

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC/SP**

**Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia**

**A essência do Poder Constituinte**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC/SP**

**Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia**

**A essência do Poder Constituinte**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração do Direito do Estado, Subárea em Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – (PUC/SP), sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Mendes.

**SÃO PAULO**

**2009**

CHIARADIA, Tatiana Del Giudice Cappa.  
A essência do Poder Constituinte / Tatiana Del Giudice  
Cappa Chiaradia. São Paulo, 2009.

260 f.

Orientador: Prof. Doutor Antônio Carlos Mendes.  
Dissertação (*Stricto Sensu*) – Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo.

1. Direito. 2. Filosofia 3. Poder 4. Constituição 5. Estado  
Constitucional 6. Poder Constituinte.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: \_\_\_\_\_ Local e data: \_\_\_\_\_

Ao Rafael, minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, porque sem Ele, nada seria possível, e à minha querida Nossa Senhora, que me ilumina a cada dia.

Agradeço aos Professores Doutores Antônio Carlos Mendes e André Ramos Tavares pelos seus preciosos ensinamentos no Curso de Mestrado da PUC/SP, ao Professor Mestre Jerson Carneiro que, já na especialização, incentivou-me a dar início ao Mestrado e, jamais poderia esquecer, ao Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo que, desde o dia em que nos conhecemos, vem me encorajando a enfrentar profundamente este desafio.

Agradeço, também, aos colegas de TozziniFreire Advogados, que acreditaram e investiram nos meus estudos, especialmente ao Fábio Rosas e à Cristina Bastianello, que me motivaram a finalizar o Curso de Mestrado da PUC/SP.

Por fim, os agradecimentos são à minha querida família – meu marido, minha mãe e meus avós – a qual com todo o seu amor, deu-me a força e o apoio emocional necessários para elaboração e conclusão do Curso de Mestrado, suportando meu mau humor diário e respeitando minhas tantas horas de isolamento e ausência, bem como aos amigos Bruno e Reginaldo, que me forneceram as orientações e instruções necessárias para finalização desta dissertação, e ao querido Vô Innocente, que deu o toque final, revisando meu trabalho.



## **RESUMO**

### **A essência do Poder Constituinte Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia**

O Poder Constituinte é uma figura misteriosa e intrigante, pois desperta a curiosidade sobre o exercício de um poder responsável pela elaboração de uma Constituição, que institui o Estado Constitucional e cria o ordenamento jurídico de um país. O exercício do Poder Constituinte é a manifestação do poder político, de titularidade do povo, que confere ao Estado a prerrogativa de disciplinar as relações sociais, limitando sua atuação, para segurança dos direitos fundamentais, por meio de normas presentes na Constituição. O objetivo do estudo foi analisar o Poder Constituinte, a fim de descobrir qual é a sua natureza, a sua razão de existência, para lhe conferir uma identidade que permita a avaliação de algumas questões interessantes sobre sua atuação. Considerando que o estudo teve por finalidade descobrir a essência do Poder Constituinte, foram apreciados os conceitos de essência, Filosofia, Direito, Poder, Constituição e Estado Constitucional, permitindo a compreensão do que é o Poder Constituinte e a análise de sua manifestação, valendo-se de um enfoque zetético (filosófico), com base em pesquisas de questões de ordem jurídica, sociológica, política, econômica, filosófica e histórica. Pelos estudos realizados, percebe-se que o poder é caracterizado pela presença de uma autoridade e uma relação hierárquica, mediante a qual o seu detentor consegue que sua vontade seja respeitada voluntariamente pelos seus destinatários, estando intimamente relacionado às questões de soberania e legitimidade. A Constituição é o conjunto de normas jurídicas responsáveis pela formação do Estado, limitando o exercício do poder político e assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana. É a norma fundamental, dotada de supremacia, posicionada no lugar mais elevado do ordenamento jurídico, conferindo validade às demais normas jurídicas. O Estado Constitucional é fruto da elaboração dessa Constituição pelo Poder Constituinte, sendo concebido como uma forma histórica de organização do poder político, diante de determinada sociedade, num dado território e em um momento específico. Quanto à essência do Poder Constituinte, identificou-se tratar de uma vontade política que atua sobre determinada estrutura social, seja no exercício de elaborar a Constituição de um país (Originário), seja na elaboração de Constituições dos Estados-membros de uma Federação (Decorrente Derivado), seja na reforma do texto constitucional (Decorrente Reformador). A Teoria do Poder Constituinte desenvolveu-se com base no manifesto de Emmanuel Sieyès (“O que é o Terceiro Estado?”), o qual confere sua titularidade à nação, com capacidade de criar a Constituição de um país.

Palavras-chave: Direito. Filosofia. Poder. Constituição. Estado Constitucional. Poder Constituinte.

## **ABSTRACT**

### **The essence of the Constituent Power Tatiana Del Giudice Cappa Chiaradia**

The Constituent Power is a mysterious and intriguing representation, it awakes the curiosity about the practicing of a power which is responsible for the elaboration of a Constitution, establishing the Constitutional State and creating the legal system of a nation. The practicing of the Constituent Power is the manifestation of the political power which belongs to the People, who relies on the State the power for regulating social relations, limiting its acting in order to assure fundamental rights, by using the ruling established in the Constitution. The objective of this study was analyzing the Constituent Power, in order to reveal its nature, its rationale, so that its identity can be defined allowing the analysis of a few interesting points about its reach. Considering that this study aimed at discovering the essence of the Constituent Power, concepts of Philosophy, Law, power, Constitution and Constitutional State were also investigated, enlarging the comprehension of what actually is the Constituent Power and the analysis of its manifestation, by using a “zetetic” (philosophical) focus, based on research of issues related to Law, Sociology, Politics, Economy and History. As consequence of the studies carried out, it became possible to realize that the power is characterized by the presence of an authority and of a hierarchic relation, due to which its withholder can grant his will to be fulfilled voluntarily by his addressees, being strongly related to matters of sovereignty and legitimacy. The Constitution is a set of juridical ruling responsible for the formation of the State, limiting the practice of the political power and assuring the fundamental rights of a person. It is the fundamental rule, featured of supremacy, which is positioned on the most elevated spot of the legal system, granting validity to any other juridical rules. The Constitutional State is an outgrowth of the elaboration of its Constitution by the Constituent Power, being conceived as a historical means for organizing political power, before a given society, in a given territory, in a given moment. As for the essence of the Constituent Power, it was identified as a political will which acts over a determined social structure, either in the practice of elaborating the Constitution of a country (Original), or in the elaboration of a Constitution of a State Member of a Federation (Resulting Derivative), or yet in the reformulation of the constitutional text (Resulting Reformer). The theory of the Constituent Power has been developed based on the manifest of Emmanuel Sieyès (“What is the Third Estate?”), which grants its title to the nation, with power to create the Constitution of a country.

Keywords: Law. Philosophy. Power. Constitution. Constitutional State. Constituent Power.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	10
2 A ESSÊNCIA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	16
2.1 Diferenciação entre os enfoques teóricos: zetética e dogmática jurídica .....	17
2.2 Filosofia .....	19
2.3 Direito .....	20
2.4 Filosofia do Direito .....	25
2.5 Filosofia da Constituição .....	26
3 O PODER .....	28
3.1 Conceito de poder .....	28
3.1.1 Poder social .....	33
3.1.2 Poder político .....	34
3.1.3 Poder e Direito .....	37
3.2 Breve histórico sobre o exercício do poder político .....	41
3.3 Titularidade do poder político .....	43
3.4 Limitação do poder político .....	45
3.5 Soberania .....	47
3.6 Legitimidade .....	53
3.7 Democracia .....	56
4 A CONSTITUIÇÃO .....	62
4.1 Conceito de Constituição .....	66
4.2 Concepções de Constituição .....	71
4.2.1 Concepção sociológica .....	71
4.2.2 Concepção política .....	74
4.2.3 Concepção jurídica .....	76
4.2.4 Concepção de Karl Loewenstein .....	78
4.3 Acepções de Constituição .....	80
4.4 Elementos da Constituição .....	81
4.5 Finalidade da Constituição .....	82
4.6 Legitimidade da Constituição .....	84
4.7 Supremacia da Constituição .....	85
4.8 Aplicação e eficácia da Constituição .....	89
4.9 Tipos de Constituição .....	92
4.9.1 Constituição formal, material e substancial .....	92
4.9.2 Constituição real, normativa, nominal e semântica .....	94
4.9.3 <i>Living Constitution</i> e <i>Fake Constitution</i> .....	95
4.9.4 Constituição escrita e costumeira .....	96
4.9.5 Constituição imutável, fixa, rígida, flexível e semirígida .....	97
4.9.6 Constituição pactada, outorgada, promulgada e cesarista .....	100
4.9.7 Constituição codificada e legal .....	101
4.9.8 Constituição concisa e prolixa .....	102
4.9.9 Constituição dogmática e histórica .....	102
4.9.10 Constituição liberal (negativa) e social (dirigente) .....	103
4.9.11 Constituição balanço e garantia .....	105
4.9.12 Constituição como um mito .....	106
4.10 Constitucionalismo .....	106
4.10.1 Evolução histórica .....	110
5 O ESTADO CONSTITUCIONAL .....	120

5.1	Conceito de Estado .....	120
5.2	Acepções de Estado .....	124
5.3	Evolução do Estado .....	125
5.4	Formação do Estado .....	126
5.5	Elementos constitutivos do Estado .....	128
5.6	Finalidade do Estado .....	130
5.7	Estado Constitucional .....	132
5.7.1	Estado de Direito .....	135
5.7.2	Estado Democrático .....	137
6	A ESSÊNCIA DO PODER CONSTITUINTE .....	140
6.1	Conceito de Poder Constituinte .....	142
6.2	Histórico da ideia de Poder Constituinte .....	145
6.3	Teoria do Poder Constituinte .....	156
6.4	Poder Constituinte Originário .....	160
6.4.1	Titularidade do Poder Constituinte Originário .....	163
6.4.2	Natureza do Poder Constituinte Originário .....	168
6.4.2.1	Teoria Positivista .....	168
6.4.2.2	Teoria Jusnaturalista .....	170
6.4.2.3	Teoria do Direito Autônomo .....	175
6.4.2.4	Teoria Dialético-Integral .....	175
6.4.3	Características do Poder Constituinte Originário .....	176
6.4.4	Exercício do Poder Constituinte Originário .....	184
6.4.4.1	Ato fundacional .....	185
6.4.4.2	Ato de revolução .....	189
6.5	Poder Constituinte Derivado .....	193
6.5.1	Características do Poder Constituinte Derivado .....	196
6.5.2	Poder Constituinte Derivado Decorrente .....	197
6.5.3	Poder Constituinte Derivado Reformador .....	200
6.5.3.1	Exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador .....	205
6.5.3.2	Limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador .....	206
6.5.3.2.1	Limites extrajurídicos e jurídicos .....	208
6.5.3.2.2	Limites implícitos .....	209
6.5.3.2.3	Limites explícitos .....	213
6.5.3.2.3.1	Limites materiais .....	213
6.5.3.2.3.2	Limites formais .....	215
6.5.3.2.3.2.1	Limites procedimentais .....	216
6.5.3.2.3.2.2	Limites circunstanciais .....	216
6.5.3.2.3.2.3	Limites temporais .....	217
6.6	Questões Intrigantes .....	218
6.6.1	Exercício do Poder Constituinte e o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – Breves esclarecimentos .....	218
6.6.2	Crise constituinte e crise constitucional .....	223
6.6.3	Possibilidade de se constatar inconstitucionalidade no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador e a necessidade de controle de constitucionalidade na sua atuação .....	224
6.6.4	Mutação constitucional .....	229
6.6.5	Fraude à Constituição .....	233
6.6.6	Puzzle constitucional de Alf Ross .....	234
7	CONCLUSÃO .....	238
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	249

“Viver não é percorrer um caminho já traçado. É construir a cada momento sua própria existência. Isso supõe valores, concepções, conhecimento, qualidades, influências e condicionamentos de toda a espécie. Posso segui-los passivamente, como um autômato, ou refletir em profundidade sobre as grandes linhas dessas concepções, valores ou condicionamentos. Nesse sentido, ainda que confusamente, cada um de nós tem sua Filosofia. Pode segui-la inconscientemente, como um autômato, ou refletir sobre os seus fundamentos, como um homem que filosofa.”

André Franco Montoro, *in Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa apresentar o conhecimento adquirido com o estudo do tema escolhido, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria. O objetivo do trabalho não é apenas o de visualizar conceitos e indicar caminhos já percorridos. Pelo contrário, pretende-se intrigar, a fim de instigar a discussão para propor uma forma de compreender a essência do Poder Constituinte.

Este trabalho fundamenta-se nos estudos filosóficos do Direito, buscando descobrir a essência do Poder Constituinte e levantar questões que induzam ao pensamento para desvendar as curiosidades sobre o tema.

Diante disso, inicialmente, serão apresentadas noções introdutórias para compreensão dos conceitos de essência, filosofia e Direito, a fim de esclarecer melhor a linha de raciocínio desenvolvida na elaboração da dissertação.

A essência de qualquer coisa define sua natureza, sua substância, sua razão e existência, conferindo-lhe identidade.

A Filosofia permite ao filósofo questionar sobre o objeto estudado e, a cada resposta, encontrar novas perguntas que o guiam na busca de uma verdade, refletindo sobre o conhecimento desse objeto, interrogando-o e problematizando-o. Seu objetivo, em todo questionamento, será sempre o de tentar encontrar uma explicação fundamental para o objeto a que ela se refere, na busca de uma reflexão sobre a essência deste ser.

Como será demonstrado, o Direito é o conjunto de normas jurídicas que organiza a vida humana em sociedade, surgindo como um elemento limitador e organizador capaz de possibilitar a atuação do Estado na imposição de obrigações e na defesa de direitos para manutenção da paz social.

Por sua vez, a Filosofia do Direito, descompromissada de uma única ideia de realidade, realiza uma verificação da essência da natureza humana, da existência do ser, buscando por aquilo que está atrás do Direito, sem fixar pressupostos ou prévios conceitos para conferir ao filósofo um rol de caminhos a ser seguido.

Nesse sentido, o papel do filósofo do Direito será avaliar os fenômenos jurídicos, analisá-los com a finalidade de melhor compreender o Direito. Por meio da Filosofia, o homem visa ao conhecimento do mundo em que vive, desse mundo como um todo, a fim de identificar sua relação do homem com esse universo. Com a Filosofia do Direito, o jurista objetiva explicar o contexto do todo no qual se insere o Direito, com a finalidade de identificar sua relação com o mesmo, justificando a ordem jurídica.

Assim, a Filosofia do Direito surge como um instrumento de investigação para justificar o mundo do Direito e a realidade dos fatos sociais por ele disciplinados.

No caso concreto, utilizando-se de um enfoque zetético (filosófico), a dissertação seguirá um caminho fundamentado na Filosofia da Constituição, que permitirá desvendar a essência do Poder Constituinte, investigando e descobrindo esse objeto em sua natureza.

Considerando que esse objeto de pesquisa está intimamente relacionado à atividade de elaboração da Constituição, é indispensável conhecer e compreender seu significado, razão pela qual a Filosofia da Constituição foi eleita para orientar o levantamento de pesquisa doutrinária, no intuito de fundamentar as exposições a serem apresentadas neste trabalho.

Por isso, o estudo desenvolvido amparou-se em pesquisas de questões de ordem jurídica, sociológica, política, econômica, filosófica e histórica, com a finalidade de construir uma realidade capaz de transmitir ao leitor a essência do Poder Constituinte.

Porém, antes da análise do Poder Constituinte em sua essência, o trabalho aprofundar-se-á, primeiramente, nos conceitos com ele relacionados, partindo de definições previamente firmadas pela doutrina com o objetivo de desenvolver seus próprios conceitos, para apreciá-los posteriormente, a fim de tornar compreensível o objeto da dissertação.

A dissertação inicia-se com a apresentação dos conceitos de Poder, Constituição e Estado, para investigar as origens e os fundamentos de fato e de direito do Poder Constituinte, destinado a criar e elaborar uma Constituição.

O homem é um ser complexo e sua convivência em comunidade exige regramento para impor segurança e estabilidade às relações sociais. Para tanto, o poder ínsito na sociedade prevalece como instrumento de força para a manutenção da paz.

O poder será o primeiro elemento intimamente relacionado ao Poder Constituinte a ser analisado na dissertação. Serão diferenciados o poder social e o poder político e verificada sua relação com o Direito. Um breve histórico sobre as manifestações do exercício do poder será apresentado para verificar se é possível atribuir a ele uma titularidade, bem como para investigar se há necessidade de limitar sua atuação.

A análise do poder exigirá a compreensão dos conceitos de soberania e legitimidade, instrumentos que precisam ser verificados juntamente com a democracia e suas espécies, todas apresentadas como elementos do estudo das formas de identificação e manifestação do poder.

Pode-se afirmar seguramente que o Poder Constituinte é uma figura misteriosa que merece ser desvendada. Sua teoria surge com a ideia de Constituição escrita, não obstante o fato de suas raízes poderem ser identificadas desde a Antiguidade. Seu conceito é fruto do gênero filosófico e científico, tendo em vista que existe apenas um fato, no qual o povo manifesta sua vontade para se auto-organizar e autogovernar sob a égide de uma Constituição.

A Constituição é um bem maior, objeto de estudo pelo Direito Constitucional. Representa um documento nacional que preserva a cultura de uma determinada sociedade num estabelecido momento histórico, refletindo seus anseios sociológicos e políticos. Pode ser compreendida como um fenômeno complexo, estudada sob várias visões – política, histórica, sociológica, religiosa, ética, moral. Neste trabalho jurídico, a Constituição será analisada por meio de um método próprio, pois será considerada como um fenômeno normativo.

Uma vez definido um conceito de Constituição, poder-se-á analisar todas as concepções e acepções que lhe foram conferidas durante a história, denotando, assim, quais são os elementos que a formam e qual é a sua finalidade.



Em seguida, poder-se-á analisar o que é uma Constituição legítima diante do princípio de sua supremacia, que coloca o texto constitucional no ápice do ordenamento jurídico, conferindo-lhe a qualidade de norma suprema, lei maior que rege a produção de todas as normas jurídicas do sistema.

Partindo dessas noções prévias, pretende-se constatar como ocorre a aplicação e como se dá a eficácia das normas constitucionais, para identificar os tipos de Constituição existentes e, enfim, fazer uma viagem pela história, com a finalidade de compreender o movimento denominado Constitucionalismo, que lhe conferiu a importância que ela adquiriu no decorrer dos tempos como a lei da mais alta hierarquia do ordenamento jurídico, responsável pela formação do Estado, pela regulamentação do poder estatal e por proporcionar e assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, possibilitando, assim, a vida segura numa sociedade em paz.

Os ensinamentos extraídos da análise da Constituição possibilitarão o estudo do Estado Constitucional, instituído pelo exercício do Poder Constituinte quando da elaboração da sua obra: o texto constitucional. Por isso, o conceito de Estado e suas acepções serão analisados a fim de permitir uma compreensão da evolução do Estado e a sua formação, bem como para designar os elementos que compõem o Estado e sua finalidade no contexto constitucional.

A compreensão do Estado Constitucional impõe, ainda, um breve estudo sobre os conceitos do Estado de Direito e do Estado Democrático, tendo em vista que a análise desses dois tipos de Estado permitirá o entendimento da função do Direito e da Democracia na formação de um Estado que reflita efetivamente os anseios de sua sociedade, consagrados por meio de uma Constituição.

A partir de então, será possível distinguir a relação do Estado Constitucional com o exercício do Poder Constituinte, tendo em vista que compete à Constituição instituir o Estado, organizando sua atuação, mediante a limitação do poder político, e permitindo, assim, o início do estudo da essência do Poder Constituinte que se pretende desvendar com o desenvolvimento da dissertação.

Como será demonstrado no decorrer deste trabalho, os estudos desenvolvidos por Emmanuel Sieyès abriram as portas para o jurista iniciar a compreensão e a interpretação do exercício do Poder Constituinte, que decorre indiscutivelmente de um poder maior, seja ele exercido por um soberano, por um povo revolucionário (revolução) ou por um governo organizado (assembleia constituinte).

Sem dúvida, desde já, pode-se afirmar que o Poder Constituinte é a expressão da mais elevada soberania, pois é o mais alto poder do Estado, responsável pela elaboração da Constituição que possibilite a organização estatal, dispoendo sobre as competências e o funcionamento dos órgãos estatais, bem como disciplinando as relações a serem firmadas entre o Poder Público e seus particulares.

Na análise da essência do Poder Constituinte serão apresentados um conceito e sua relação com uma ideia constituinte criada no decorrer da história, a fim de conferir subsídios para a compreensão da teoria desenvolvida por Sieyès e a identificação da titularidade do Poder Constituinte.

Posteriormente, pretende-se esclarecer a diferenciação entre o Poder Constituinte denominado pela doutrina de originário e derivado, com a finalidade de expor suas definições, origens, características e formas de atuação, no intuito de verificar se ambos podem ser considerados, em sua essência, Poder Constituinte, tal como são usualmente denominados.

O Poder Constituinte Originário é reconhecido pela força responsável pela elaboração da Constituição na criação de um Estado Constitucional, que se mantém vivo na pessoa de seu titular para substituir o texto constitucional em eventual necessidade. O Poder Constituinte Derivado, criado pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, é identificado pelo Poder Decorrente, responsável pela elaboração da Constituição dos Estados-membros que compõem um Estado Constitucional, e pelo Poder Reformador, responsável pela reforma do texto constitucional a fim de adaptá-lo às necessidades surgidas frente ao desenvolvimento da sociedade para a qual a Constituição, fruto do Poder Constituinte Originário, destina-se.

Dessa análise surgirão questões intrigantes e complexas, especialmente sobre a natureza dos poderes derivados, cujas respostas pretendem instigar e suscitar a compreensão do exercício do Poder Constituinte.

Para tentar solucioná-las, serão analisados breves esclarecimentos sobre a elaboração de uma nova Constituição e a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, a fim de verificar se existe ou não a necessidade de se observar esses institutos quando da modificação da ordem constitucional.

Será apresentada uma sucinta exposição sobre a diferença entre crise constituinte e crise constitucional, para, posteriormente, averiguar a possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, na atividade do poder de reforma da Constituição, a fim de constatar se há a necessidade de exercer o controle da constitucionalidade quando de sua atuação.

Dentre as questões que serão analisadas ainda estão a mutação constitucional, a definição de fraude à Constituição e o denominado Puzzle Constitucional de Alfred Ross, para encerrar a exposição sobre a compreensão do exercício do Poder Constituinte.

Ao final dessa exposição, após a análise de todos os apontamentos acima especificados, a dissertação pretende identificar qual é a essência do Poder Constituinte, consubstanciada em sua natureza, existência e identidade. Tal pretensão somente será confirmada durante o desenvolvimento do trabalho, com base nos estudos preliminares que serão apresentados adiante.

## 2 A ESSÊNCIA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como adiantado, a presente dissertação tem por objetivo analisar e compreender a essência do Poder Constituinte. Mas, primeiramente, o que é essência?

A palavra essência significa aquilo que constitui a natureza de algo, sua substância<sup>1</sup>. De acordo com o Dicionário Houaiss, essência significa (i) aquilo que é básico, característica mais importante de algo, responsável por lhe conferir identidade; (ii) uma ideia central, um argumento principal; (iii) razão de ser; (iv) existência; (v) conjunto de qualidades, propriedades e atributos universais que caracterizam a natureza própria de algo<sup>2</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que a essência do Poder Constituinte consiste na sua natureza, sua substância, sua razão e existência que lhe conferem identidade.

Para dar início ao estudo da essência do Poder Constituinte, faz-se necessária a exposição de algumas noções introdutórias que indicarão a linha de pensamento a ser desenvolvida na dissertação, permitindo ao leitor a compreensão do enfoque que foi conferido aos ensinamentos doutrinários que fundamentam a pesquisa desta exposição.

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que o Direito Constitucional é um “intertexto aberto”, que depende da análise das experiências constitucionais, do espírito filosófico, dos mitos concebidos pelos povos e do conhecimento histórico, refletindo o estudo de um direito vigente, vivo, que assim precisa ser compreendido: “Saber ‘história’ é um pressuposto ineliminável do ‘saber constitucional’”<sup>3</sup>.

Dessa forma, considerando-se o Poder Constituinte um elemento de estudo do Direito Constitucional, o espírito filosófico e a realidade histórica da sociedade serão apresentados nessa investigação que tem por finalidade revelar sua essência.

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006, p. 374.

<sup>2</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1242.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 19.

## 2.1 Diferenciação entre os enfoques teóricos: zetética e dogmática jurídica

Um estudo jurídico pode ser desenvolvido sob dois enfoques teóricos: a zetética e a dogmática.

Tercio Sampaio, em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito”, destaca as diferenças entre a zetética e a dogmática na investigação e compreensão do Direito como objeto de estudo<sup>4</sup>, as quais serão apresentadas resumidamente a seguir.

Zetética significa perquirir. Um enfoque zetético é responsável por desintegrar o objeto do estudo, dissolvendo opiniões e causando dúvidas. Sua função é especulativa explícita, sem limites. O problema analisado refere-se ao ser, à existência de algo. Por meio da zetética, busca-se saber o que uma coisa é.

Por isso, a zetética é aberta, ou seja, permite o levantamento de inúmeras premissas, dispensando-se as que não sejam boas. As questões poderão ficar, inclusive, sem respostas, até que as condições de conhecimento sejam favoráveis ao encontro de soluções, razão pela qual se pode afirmar que os problemas zetéticos são infinitos.

Diante disso, no plano de investigações zetéticas, há a constituição de um conjunto de enunciados que tem por objetivo transmitir adequadamente informações verdadeiras<sup>5</sup> sobre algo que existe, existiu ou existirá, tendo em vista que funciona com base nas constatações. O estudo parte, portanto, de uma evidência, da qual surge uma dúvida para que se dê início à investigação.

---

<sup>4</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39-51.

<sup>5</sup> “Tanto os antigos quanto os modernos afirmam que: 1. A verdade é conhecida por evidência (a evidência pode ser obtida por intuição, dedução ou indução); 2. A verdade se exprime no juízo, onde a idéia está em conformidade com o ser das coisas ou com os fatos; 3. O erro, o falso e a mentira se alojam no juízo (quando lhe negamos algo que pertence necessariamente à sua essência ou natureza); 4. As causas do erro e do falso são as opiniões preconcebidas, os hábitos, os enganos da percepção e da memória; 5. A causa do falso e da mentira, para os modernos, também se encontra na vontade, que é mais poderosa do que o intelecto ou o pensamento, e precisa ser controlada por ele; 6. Uma verdade, por referir-se à essência das coisas ou dos seres, é sempre universal e necessária e distingue-se da aparência, pois esta é sempre particular, individual, instável e mutável; 7. O pensamento se submete a uma única autoridade: a dele próprio com capacidade para o verdadeiro.” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 102-103)

Dogmática significa ensinar, doutrinar. Um enfoque dogmático apresenta opiniões e destaca alguma delas como objeto de estudo. Sua função é diretiva explícita, com limites. O problema sob análise refere-se ao dever ser, ou seja, em como algo deveria ser. Assim, com a dogmática, busca-se indicar uma decisão e orientar sua ação.

Por isso, a Dogmática é fechada, prendendo-se a conceitos fixos. Neste caso, as interpretações devem ser condizentes com as premissas levantadas.

Dessa feita, no plano de investigações dogmáticas, o estudo parte de dogmas previamente firmados, os quais serão colocados em dúvida para dar início à investigação, cujo resultado exige uma decisão.

No estudo do Direito, do fenômeno jurídico, como afirmado, é admitido adotar tanto o enfoque zetético, que se preocupa com o mundo do ser, quanto o dogmático, que se preocupa com o mundo do dever ser.

No presente caso, o trabalho será desenvolvido sob o enfoque zetético, utilizando-se dos instrumentos conferidos pela Filosofia<sup>6</sup>, a fim de estudar o mundo do ser para investigar e encontrar a essência do Poder Constituinte.

A Filosofia, como será analisada adiante, surge com um enfoque zetético buscando investigar e descobrir seu objeto mediante um saber especulativo, descomprometido imediatamente com uma ação.

Assim, a análise da essência do Poder Constituinte será realizada por meio de uma investigação desenvolvida com base em pesquisas de ordem não somente jurídica, mas também sociológica, política, econômica, filosófica, histórica, proporcionando ao leitor um amplo cenário sobre a origem desse objeto e sua natureza e o relacionando com as intervenções ocorridas a sua volta.

---

<sup>6</sup> “A palavra *filosofia* é grega. É composta por duas outras: *philo* e *sophia*. *Philo* deriva-se de *phila*, que significa amizade, amor fraterno, respeito entre os iguais. *Sophia* quer dizer sabedoria e dela vem a palavra *sophos*, sábio. *Filosofia* significa, portanto, amizade pela sabedoria, amor e respeito pelo saber. *Filósofo*: o que ama a sabedoria, tem amizade pelo saber, deseja saber.” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 19)

Portanto, a zetética analítica pura (Filosofia do Direito) será o enfoque dado a esta dissertação, na qual o jurista tem por foco os pressupostos últimos e condicionantes, bem como a crítica dos fundamentos formais e materiais desse fenômeno jurídico e sua compreensão. Discutir-se-á, neste trabalho, a existência do Poder Constituinte, com o objetivo de identificar o conjunto de qualidades sociais ao qual se atribuiu o caráter jurídico, a fim de investigar e aprofundar o seu conhecimento<sup>7</sup>.

## 2.2 Filosofia

A Filosofia é uma aspiração ao conhecimento racional, lógico e sistemático de uma realidade, natural e humana, da sua origem e transformações e do próprio pensamento humano<sup>8</sup>. É um pensamento que se aproxima da consciência, um pensamento que existe em si mesmo, ou melhor, o desenvolvimento (evolução) do pensamento, organizado num sistema<sup>9</sup>.

O objeto de estudo da Filosofia, em sua parte prática, não é uma doutrina técnica, mas a prática moral, que segue as leis da liberdade, o sistema da natureza<sup>10</sup>. Como adiantado no item anterior, com base no enfoque zetético, a Filosofia visa investigar um objeto, a fim de descobri-lo mediante especulações sobre a sua existência sem estar comprometida com uma resposta prévia àquela que será descoberta.

A origem da Filosofia é grega. Foi na Grécia onde se desenvolveram as primeiras formas de pensar e de exprimir os pensamentos decorrentes de uma análise dos acontecimentos da realidade, o pensamento humano e as suas justificativas<sup>11</sup>. O primeiro filósofo teria sido Tales de Mileto, no final do século VIII e início do século VII antes de Cristo, na cidade de Mileto, localizada nas colônias gregas que formavam a Ásia Menor, tendo por objeto a cosmologia (estudo do conhecimento racional da ordem do mundo ou da natureza)<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46-47.

<sup>8</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 20.

<sup>9</sup> HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Introdução à História da Filosofia*. Trad. por Euclidy Carneiro da Silva. São Paulo: Hemus, 1976, p. 50.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 51.

<sup>11</sup> CHAUI, Marilena. Op. cit., p. 20.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 25.

A Filosofia desenvolve-se durante o transcorrer da História, na qual se identifica: Filosofia Antiga (século VI a.C. ao século VI d.C.), Filosofia Patrística (século I ao século VII), Filosofia Medieval (século VIII ao século XIV), Filosofia da Renascença (século XIV ao século XVI), Filosofia Moderna (século XVII a meados do século XVIII), Filosofia do Iluminismo (meados do século XVIII ao começo do século XIX) e Filosofia Contemporânea (meados do século XIX até os dias atuais)<sup>13</sup>.

A Filosofia Contemporânea reduziu a Filosofia à teoria do conhecimento, à ética e à epistemologia (ciência), o que acarretou a necessidade de conhecimento das estruturas e formas do conhecimento humano<sup>14</sup>. E, por meio da Filosofia Política, passou-se a analisar a natureza do poder e da autoridade, a ideia do Direito, da justiça, as formas dos regimes políticos, o nascimento do Estado, os ideais revolucionários, as teorias de reforma, bem como criticá-los<sup>15</sup>.

### 2.3 Direito

O Direito é um conjunto de normas jurídicas responsáveis por regular o comportamento humano em sociedade. Ele pode ser compreendido como um fato, como uma obrigação, como um instrumento de poder ou como um fruto das relações sociais que necessita ser interpretado a fim de lhe conferir uma imagem viva da realidade de uma sociedade.

Herbert Hart escreveu a obra “O Conceito de Direito” objetivando descobrir o significado do Direito, da coerção e da moral, na qualidade de fenômenos sociais diferentes e intimamente relacionados<sup>16</sup>. Questionando-se sobre “o que é o Direito”, Hart desenvolve sua tese fundada numa teoria das regras<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 44-48.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>16</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 1.

<sup>17</sup> Hart defende que “o sistema jurídico é constituído *totalmente*, ou mesmo *primariamente*, por regras.” (*Ibidem*, p. 16)



De acordo com Hart, o Direito é a união de normas primárias (que impõem obrigações e deveres, definindo comportamento e sanções no caso de não cumprimento) e normas secundárias (que outorgam poderes jurídicos para criar ou modificar relações jurídicas)<sup>18</sup>. É concebido como uma prática social e é respeitado pela sociedade por força da regra de reconhecimento<sup>19</sup> que, na qualidade de uma norma de referência, estabelece critérios de validade ao sistema que devem ser reconhecidos pela sociedade<sup>20</sup>.

O Direito pode ser compreendido como um conjunto de princípios e regras<sup>21</sup> que orienta a produção de normas jurídicas convencionadas para a formação e a estruturação do ordenamento jurídico. Essas normas são responsáveis por regular a conduta humana<sup>22</sup>, uma vez que o Direito tem por objetivo disciplinar o comportamento humano em sociedade. Para tanto, fundamenta-se nos fatos repetidos ocorridos na vida social, os quais são eleitos com a finalidade de receber uma proteção ou uma condenação por meio das normas jurídicas que os regulamentarão<sup>23</sup>.

O sistema jurídico, por sua vez, apresenta-se como um conjunto de normas, de práticas, de costumes e valores, imposto pelo Estado na organização da sociedade. Por isso, todo sistema jurídico relaciona-se a um tipo de Estado, seja ele feudal, socialista ou democrático, pois exprime normas jurídicas que refletem as ideias, os objetivos e as necessidades da sociedade<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 91.

<sup>19</sup> Concebida como uma questão de fato (Ibidem, p. 274-275).

<sup>20</sup> Hart compara a regra de conhecimento como a regra de pontuação de um jogo, pois é responsável definir como o Direito será aplicado (Ibidem, p. 113).

<sup>21</sup> Os princípios e as regras são espécies de normas e assim se distinguem: “a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) ‘Proximidade da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 166-167)

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

<sup>23</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83.

<sup>24</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

Direito pode, então, ser concebido como um fenômeno ou um fato social, histórico e concreto que deve ser compreendido mediante o questionamento da realidade social e do processo histórico no qual ele manifesta-se<sup>25</sup>. É um fato social por natureza, que revela a natureza íntima de um determinado grupo social<sup>26</sup>.

Ronald Dworkin defende que o Direito é, sem dúvida, um fenômeno social, mas suas complexidades, funções e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura<sup>27</sup>. Existe como um simples fato. O que o Direito é não depende do que ele deveria ser<sup>28</sup>.

O Direito possui uma força que incide sobre a vida de todos<sup>29</sup>, influenciando suas ações e omissões de acordo com as suas normas prescritivas, de modo que “tem por função apreender os interesses materiais e ideais dos homens e tutelá-los, na medida em que eles se apresentem como dignos e proteção ou tutela”<sup>30</sup>. Trata-se de uma ordem de coerção, que prescreve um mandamento e uma sanção<sup>31</sup>, capaz de regular a conduta humana conferindo segurança e paz ao ordenamento jurídico<sup>32</sup>.

A norma jurídica produzida pelo Direito é responsável por converter uma obrigação em motivo de ação, na qualidade de mero conhecimento teórico da determinação do possível, do arbítrio. Toda legislação, quando coincide com a razão, converte-se em obrigação, motivo pelo qual deve ser sempre compulsória<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 23.

<sup>26</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 518.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>29</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 75.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>31</sup> “O conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 45-46) Sanções, são, portanto, atos de coerção aplicados pela ordem jurídica contra uma ação ou uma omissão praticados em desacordo com a conduta prescrita pela norma jurídica (*Idem. Ibid.*, p. 121).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 53-54.

O Direito pode, assim, ser compreendido como uma organização das relações de poder, fundado na imposição autoritária, que tem por princípio regulador a justiça que lhe confere sentido, uma vez que, sem essa valoração, perde seu império, sua validade e eficácia<sup>34</sup>.

O Direito é responsável por limitar, instituir e organizar o poder presente numa sociedade, disciplinando a atuação e resguardando a liberdade, os direitos do homem, elemento fundamental defendido pelo liberalismo<sup>35</sup>. A compreensão do Direito está relacionada ao conhecimento das relações hierárquicas, de autoridades presentes numa sociedade<sup>36</sup>.

De acordo com a teoria desenvolvida por Miguel Reale, o Direito possui uma estrutura tridimensional e deve ser compreendido como um elemento normativo disciplinador de comportamentos individuais e coletivos, sempre pressupondo uma determinada situação de fato, qualificada por determinado valor. O Direito é, então, uma integração normativa de fatos e valores (fato, valor e norma) que não podem ser separados, tendo em vista que o fato realiza o valor por meio da norma jurídica<sup>37</sup>.

De acordo com Reale, o Direito é “a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum”, que permite a convivência dos indivíduos em sociedade na busca daquele bem comum, compreendido como aquilo que o homem pode realizar sem prejudicar o outro homem<sup>38</sup>.

Como se pode observar, de acordo com a teoria tridimensional, o Direito é concebido pela união do aspecto normativo (ordenamento jurídico), do aspecto fático (fato social e histórico) e do aspecto axiológico (valor de justiça)<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 372-373.

<sup>35</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-4.

<sup>36</sup> Complexo de relações dos homens com seus semelhantes; grupo derivado de um acordo de vontades; conjunto de relações nas quais os indivíduos vivem solidariamente em ordem para formação de uma entidade nova e superior (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 54-55).

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

<sup>38</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 64-65.

Posto isso, as normas, os fatos e os valores devem ser compreendidos conjuntamente, refletindo a ideia da teoria tridimensional do Direito defendido por Miguel Reale<sup>40</sup>: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.”<sup>41</sup>

Pode-se, ainda, afirmar que a definição de Direito é determinada num momento concreto, fruto da análise do que dizem as leis de um determinado momento num determinado lugar<sup>42</sup>. A lei é uma proposição que contém um imperativo categórico, um mandato. Quem manda por meio da lei é o legislador, autor da vinculatoriedade de acordo com a lei. Essa lei advém da vontade suprema do legislador, de uma vontade divina<sup>43</sup>.

Nesse sentido, o Direito seria o que as instituições jurídicas, legislaturas, câmaras municipais, tribunais, decidiram no passado<sup>44</sup> e agora é analisado e aplicado pelos que estão vivendo-o no presente. Ou melhor, “O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”<sup>45</sup>.

Direito manifesta-se sobre a elaboração, interpretação<sup>46</sup> e aplicação das normas jurídicas que, organizadas, são responsáveis pela formação do sistema jurídico formado pelo conjunto de regras e princípios<sup>47</sup>. É um elemento essencial da comunidade, na qual o homem nasce e cresce sob as normas jurídicas que disciplinam sua vida<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 78.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10.

<sup>45</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

<sup>46</sup> “Interpretar é atribuir um sentido ou um significado ao texto.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37)

<sup>47</sup> “(...) podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra ordem, na aparente compilação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimento aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruírmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtraírmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’ e estas ‘vigas mestras’ são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção.” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 32-33)

<sup>48</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12.

Diante dessa exposição, pode-se conceber o Direito como um conjunto de normas jurídicas, decorrente de um fato social que impõe obrigação ao regular a vida humana em sociedade, atuando como um instrumento de poder que pode ser facilmente identificado nas relações sociais reguladas pelo Estado, com a competência de impor obrigações e assegurar direitos aos indivíduos que formam a sociedade.

## 2.4 Filosofia do Direito

Analisados os conceitos de Filosofia e Direito, é possível compreender o que é Filosofia do Direito, que servirá de instrumento para o desenvolvimento da dissertação.

A Filosofia do Direito tem por objeto descobrir a essência do Direito. O filósofo desenvolve um estudo aprofundado para descobrir qual é a essência do Direito, refletindo sobre questões jurídicas essenciais e problemas jurídicos fundamentais a fim de lhes conferir uma resposta satisfatória. O filósofo não se restringirá em formular respostas previamente prontas. Pelo contrário, dedicar-se-á a encontrar respostas na profundidade dos estudos do Direito<sup>49</sup>.

A Filosofia do Direito permite uma melhor compreensão do seu objeto de estudo por conferir linhas mestras que orientam e norteiam o saber jurídico, por meio da análise de princípios gerais e axiomas, a serem investigados pelo jurista a fim de conferir ao objeto estudado uma justificação<sup>50</sup>.

Assim, a Filosofia do Direito avalia os fenômenos jurídicos analisando as possibilidades de provê-los de uma justificação, sem, contudo, satisfazer-se com a reprodução de respostas prontas, elaboradas por outros juristas. O filósofo preocupar-se-á em desvendar os problemas, solucionando-os com suas próprias respostas, na atividade de descobrir a essência do Direito.

---

<sup>49</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25-27.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 22.

A Filosofia do Direito dedica-se a analisar as questões fundamentais da vida social, referindo-se também à doutrina do Estado<sup>51</sup>. Com base na Filosofia, o filósofo averiguará os princípios fundamentais inseridos na base do Direito, atentando-se a seus significados, a sua natureza, a seus valores, a fim de melhor compreendê-los<sup>52</sup>.

A Filosofia do Direito nos permite, então, encontrar uma justificação para a ordem jurídica, pois possibilita uma reflexão profunda sobre os fundamentos ou os pressupostos do Direito<sup>53</sup>.

## 2.5 Filosofia da Constituição

A Filosofia da Constituição tem por objeto a busca da essência da Constituição e dos elementos que a integram na formação do ordenamento jurídico. O estudo a ser desenvolvido utilizará um método lógico-dedutivo que parte do particular para o universal, ou seja, a Constituição será o foco de análise, permitindo desvendar todos os elementos que se encontram a sua volta.

Na Filosofia da Constituição, a norma constitucional, na qualidade de norma suprema e superior do ordenamento jurídico, é tida como válida, vinculante e aplicável, formada por um conjunto de normas respeitado e observado pela sociedade.

A Constituição sempre se apresenta, em termos políticos, como um limite decisório à vontade popular, institucionalizando direitos e obrigações, além de estabelecer prerrogativas e deveres<sup>54</sup>. É um fenômeno de poder, fruto das realidades culturais, do exercício do poder político, que tem por objetivo, além da organização racional e perfeita do Estado, uma esquematização e atuação do poder político para realização de seus valores<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 48.

<sup>52</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 519.

<sup>53</sup> Idem. *Estudos de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

<sup>54</sup> FARIA, José Eduardo. Entre a rigidez e a mudança: a Constituição no tempo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 2 – julho-dezembro de 2003, p. 201.

<sup>55</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 200.

Nesse sentido, importante ter em mente que a Constituição é o fundamento último do Direito, tendo em vista que, como norma suprema, inexistente norma anterior ou superior a ela. Conseqüentemente, seus fundamentos estão em princípios superiores, de ordem diversa a jurídica positiva, ou seja, fundada na política, na ética e na filosofia<sup>56</sup>.

A Constituição é o ápice do ordenamento jurídico, razão pela qual somente pode encontrar seu fundamento fora do Direito Positivo, uma vez que o valor dos princípios e de suas normas não se explica por meio de considerações jurídicas, mas com base em princípios e valores transcendentais ao Direito Positivo<sup>57</sup>.

Partindo do pressuposto de que a Constituição é, portanto, a responsável pela institucionalização do poder político<sup>58</sup>, antes de estudar a Constituição é necessário conhecer e compreender o fenômeno do poder político.

Por isso, no desenvolvimento da dissertação, que visa identificar a essência do Poder Constituinte, força responsável pela criação e elaboração da Constituição, primeiramente, será analisado o poder, anterior a ela, para compreensão do conceito de Constituição e, posteriormente, seu objeto, na formação do Estado Constitucional.

O Poder Constituinte é uma vontade constituinte capaz de preservar a existência política por meio de elaboração de normas jurídicas, investidas de vontade política na tomada da decisão de elaborar uma Constituição, a qual, além de ser fruto dessa disposição política, ainda é o conjunto de normas jurídicas referentes a essa existência política e ao modo dessa existência<sup>59</sup>.

Portanto, a Filosofia da Constituição permitirá desvendar não somente a essência do Poder Constituinte, objeto da dissertação, mas também dos demais elementos que a circundam, tais como o poder, a Constituição e o Estado Constitucional. É o que será visto adiante.

---

<sup>56</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 199.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 199.

### 3. O PODER

Como adiantado, a compreensão da noção de poder é imprescindível para o estudo da essência do Poder Constituinte, sendo certo que “O Poder Constituinte antes mesmo de ser constituinte – de onde se extrai sua finalidade – é poder e dessa elementar decorre a sua natureza e a sua ideologia social”<sup>60</sup>.

“(…) a noção de Poder Constituinte aparece como algo absolutamente necessário para poder compreender-se o tema da distribuição do Poder. E se considerarmos que no Estado Constitucional democrático, social, contemporâneo, é necessário manter a distinção do Poder, embora com outros alcances, com outras características, mas mantê-la, é evidente que também temos que conservar o conceito de Poder Constituinte de tal forma que só a parte do funcionamento deste Poder, pode-se entender a divisão de Poder.”<sup>61</sup>

A compreensão do poder, bem como dos seus estatutos, limites, finalidade e legitimidade mostra-se necessária para melhor identificar as consequências do seu uso inadequado<sup>62</sup>, tendo em vista que o poder está em qualquer lugar, assim como o ar que se respira<sup>63</sup>.

Diante disso, serão objeto de análise nesse capítulo o conceito de poder e sua relação com o Direito, para uma exposição do histórico de suas manifestações, a fim de verificar se é possível lhe eleger um titular e se há necessidade de impor uma limitação para, posteriormente, desvendar os conceitos de soberania, legitimidade e democracia, essenciais para ser dada continuidade a este trabalho.

#### 3.1 Conceito de poder

<sup>60</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

<sup>61</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 11.

<sup>62</sup> TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3 – janeiro-junho de 2004, p. 353.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise. Pluralismo, Democracia, Socialismo, Comunismo, Terceira Via e Terceira Força*. Trad. João Ferreira. São Paulo: Editora Polis, 1988, p. 204.



Pois bem: o que é poder? Defini-lo não é tarefa simples<sup>64</sup>.

Como verbo, poder significa possuir (i) faculdade ou o direito de algo; (ii) força, energia para algo; (iii) possibilidade ou autorização para fazer algo; (iv) direito ou razão; (v) força ou autoridade. Como substantivo, poder é o direito, a disponibilidade, o domínio, a força para agir, mandar, mediante uma autoridade constituída<sup>65</sup>.

De acordo com o Dicionário Houaiss, poder pode ser compreendido como (i) possuir faculdade ou possibilidade de fazer algo; (ii) possuir força física ou moral, exercendo influência sobre alguém; (iii) ter força, vontade ou energia moral para exigir algo; (iv) possuir autoridade, motivo, razão para exigir algo; (v) ter domínio ou controle sobre algo<sup>66</sup>.

O poder pode ser exercido de diversos modos: “Ter poder, dar ou delegar poder, perder poder, ganhar poder”<sup>67</sup>. Como algo, pode-se dizer que poder é exercido<sup>68</sup>. Como fato, poder é obedecido<sup>69</sup>.

O que interessa a este estudo, inicialmente, é compreender a noção de poder como verbo, que o associa à noção de possibilidade, cuja natureza indica uma ideia de potencialidade<sup>70</sup> que, a qualquer momento, pode manifestar-se mediante uma violência<sup>71</sup>. É representado como se tivesse um sujeito, pois aquele que possui o poder será evidenciado quando for exercido<sup>72</sup>.

<sup>64</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

<sup>65</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaturélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006, p. 637.

<sup>66</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2244.

<sup>67</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 16.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>69</sup> Mas por que o poder é obedecido? De acordo com a teoria normativa do poder desenvolvida por Bertrand de Jouvenal, o poder é obedecido devido (i) a uma relação causal, diante de uma causa eficiente da obediência fundada em legitimidade, pois o poder teria a condição de legítimo na sua origem (teoria da soberania); e (ii) a uma relação finalística, tendo em vista a necessidade de se alcançar uma finalidade perseguida, o bem comum (teoria da função estatal) - (*Ibidem*, p. 21-22).

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>71</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragments (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 74.

Se alguém consegue que o outro faça ou se omita de fazer algo que faria de outro modo, esse alguém tem poder<sup>73</sup>. O fato de um indivíduo ter e exercer poder sobre outro indivíduo fundamenta-se no fato de que esse indivíduo possui a capacidade de induzir aquele outro a exercer uma conduta que ele deseja<sup>74</sup>.

A ideia de poder pode ser associada, por exemplo, a uma substância, a algo, como uma coisa, tal como uma força, uma faculdade, uma capacidade para agir ou fazer alguma coisa. Trata-se de um atributo essencial para uma autoridade política, judiciária, administrativa, policial, na medida em que representa uma capacidade de produzir obediência<sup>75</sup>.

Poder pode ainda estar associado a uma faculdade humana de produzir obediência, pois está intimamente relacionado ao direito subjetivo de cumprir às ordens dirigidas a uma pessoa, ou, ainda, à ideia de um instrumento de exercício de soberania, de modo que é uma força que controla as relações entre os indivíduos<sup>76</sup>.

A noção de poder pode ser constatada no contexto social, efetivando-se com a capacidade de emitir comando com regras de condutas que são respeitadas e obedecidas, havendo uma relação de submissão entre aquele que emite a ordem e aquele que a recebe<sup>77</sup>.

Em todos os tipos de Estado, por exemplo, há a constituição do poder<sup>78</sup>, disciplinando as relações sociais e a atividade do Estado no exercício do poder estatal.

Portanto, como se pode observar, necessariamente, o exercício do poder implica em uma dose de sujeição, coerção, que o seu detentor impõe sobre as demais pessoas<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> LAPORTA, Francisco J. Poder y Derecho. *El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 444.

<sup>74</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 274.

<sup>75</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>77</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16-17.

<sup>78</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

<sup>79</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 17.

Seja social ou político, o poder representa uma questão de autoridade<sup>80</sup> e uma relação de hierarquia entre o indivíduo superior (que possui o poder e o exerce) e o inferior (que sofre o exercício do poder)<sup>81</sup>.

Considerando que uma sociedade é um sistema de relações de poder<sup>82</sup>, essas relações podem ter caráter político, social, econômico, religioso, cultural, tendo em vista que o poder é uma relação sócio-psicológica entre aquele que detém o poder e o exerce (detentores do poder) e aquele a quem o poder é dirigido (destinatários do poder)<sup>83</sup>.

É nessa sociedade que surge o Estado como uma forma exclusiva e preponderante de organização sócio-política, na qual o poder político age para exercício de um controle social dos detentores do poder e os seus destinatários<sup>84</sup>. Porém, o poder não apenas domina essa relação entre os detentores e os destinatários do poder, mas também condiciona as relações entre os diversos detentores de poder<sup>85</sup>.

Como se pode observar, uma das características do poder é a presença de uma autoridade e uma relação de hierarquia entre seu detentor e seu destinatário. Isso possibilita que a vontade do detentor do poder seja realizada naturalmente pelo seu destinatário.

Pode-se afirmar que “O poder é uno e indivisível”, uma vez que a capacidade de determinar o comportamento de outra pessoa não pode ser fracionada<sup>86</sup>. O detentor do poder o exerce isoladamente, haja vista que, ainda que o delegue, ele é o único que tem poder para exercê-lo ou dizer como ele deverá ser exercido.

---

<sup>80</sup> “A autoridade envolve, portanto, o consentimento (liberdade de) na relação governante-governado, indivíduo-Estado, ao passo que o poder *existe*, isto é, independe desse assentimento, manifestação da liberdade, mas se impõe – isto, ainda que aquela (autoridade), possa coexistir junto à idéia de poder, exercício de poder que demanda consentimento, em síntese, uma forma de poder vinculada à liberdade.” (GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 43)

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 274

<sup>82</sup> “Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo. A questão é, então, por onde principiar.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16)

<sup>83</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 26.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 26-27.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 27-28.

<sup>86</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 313.

O poder perfeito é o exercido sem ser percebido<sup>87</sup>. Ou seja, a perfeição no exercício do poder está na habilidade de impor a autoridade e a hierarquia sem uso da força, da violência, do escândalo, mas sim com naturalidade, quando então o destinatário do poder atende à vontade do seu detentor sem questionar ou discutir.

Diante disso, pode-se afirmar que o poder é exercido de modo diferente de uma ação violenta e com ela não se equipara<sup>88</sup>. É regido como categoria meio-fim, aplicada a questões humanas com características de estar o fim sempre em perigo por ser sobrepujado pelos meios<sup>89</sup>. É, portanto, a capacidade humana de agir de comum acordo<sup>90</sup>.

Essa relação entre o detentor do poder e seu destinatário, que impõe a realização da vontade daquele naturalmente por este, decorre da aplicação de regras, quando existe uma consciência social sobre sua obrigatoriedade e não porque tais regras foram escritas em algum documento<sup>91</sup>. Daí surge a importância da consciência jurídica nacional, especialmente dos aplicadores do Direito, por exemplo, antes da mudança de um texto constitucional ou da formação de uma assembleia constituinte<sup>92</sup>, que permite o exercício do poder para realização da vontade da respectiva nação.

Aristóteles, em sua obra “A Política”<sup>93</sup>, defendia a existência de três tipos de poder: o poder paterno, entre os pais e seus filhos, originário da natureza, o poder despótico, entre o senhor e seu escravo, originário do castigo, e o poder político, entre os governantes e os governados, originário do consenso<sup>94</sup>.

Neste trabalho serão analisados dois tipos de poder, o social e o político, os quais estão intimamente relacionados ao exercício do Poder Constituinte.

---

<sup>87</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

<sup>88</sup> ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. Trad. por José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 125.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 77.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>93</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. por Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, p. 1995.

<sup>94</sup> FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 50.

### 3.1.1 Poder social

“O *poder* é um fenômeno sócio-cultural”, por ser um fato da vida social, inerente à sociedade, que autoriza o indivíduo a exigir certos atos, de acordo com as finalidades, na qualidade de energia responsável por coordenar e impor decisões que têm por objetivo determinados fins<sup>95</sup>.

Como se pode perceber, o poder social é um fenômeno presente nas relações humanas, consistindo na possibilidade de uma pessoa impor sua vontade sobre outra, por meio de mera persuasão, na qual a técnica argumentativa predomina<sup>96</sup>. Trata-se de uma interferência nas modalidades do relacionamento humano, de ampla abrangência<sup>97</sup>.

Assim, em sentido social, poder é definido como a capacidade que um indivíduo ou um grupo de indivíduos possui para conduzir outros indivíduos ou um grupo de indivíduos para exercerem sua vontade, independentemente de eventuais resistências ao exercício dessa vontade<sup>98</sup>.

“Nesse sentido, *poder* é a relação entre, no mínimo, dois sujeitos, onde um impõe ao outro um comportamento que não necessariamente seria o seu próprio. Em outras palavras, é a capacidade que *A* tem de fazer com que *B* se comporte de uma maneira que não necessariamente *B* se comportaria, e esse comportamento é determinado por *A*. De modo sucinto, *poder social*, que é a posse de meios nas relações entre seres humanos.”<sup>99</sup>

Portanto, pode-se afirmar que numa sociedade, numa nação, encontra-se a fonte da origem do poder, que disciplina as relações dos indivíduos em sociedade, cuja força forma-se com o conjunto que unifica as vontades individuais num consenso comum<sup>100</sup>. Esse poder somente pertence ao conjunto que, uma vez dissociado, perderia sua força e, logicamente, seu poder<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 106-107.

<sup>96</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

<sup>97</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 45.

<sup>98</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 201-202.

<sup>99</sup> FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 50.

<sup>100</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 46.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 52.

### 3.1.2 Poder político

A política é uma ciência prática estatal aplicada, a qual estuda o modo como este pode alcançar determinados fins, considerando os fenômenos da vida do mesmo, do ponto de vista teológico, julgando fatos e relações<sup>102</sup>.

A política pode, assim, ser definida como o estudo dos fins sociais considerados de modo abstrato e objetivo, o estudo da finalidade em virtude da qual surgem e se desenvolvem as sociedades e o estudo dos meios, principalmente da organização social, para a consecução das intenções desejadas<sup>103</sup>.

Nesse sentido, poder político pode ser compreendido como uma possibilidade que uma comunidade possui para determinar seu modo de ser, os fins e os limites para sua atuação, com imposição do exercício do bem comum sobre os seus membros<sup>104</sup>.

Intimamente relacionado ao Estado, o poder político é um poder social sob o domínio do Estado com a finalidade de controlar a vida dos homens em sociedade e influenciar no próprio comportamento estatal<sup>105</sup>. É uma força vinda da sociedade, que confere a atribuição de sua organização e manutenção ao Estado, que exerce o poder político em nome dessa mesma sociedade.

O poder político decorre da unidade dos membros estatais ao formarem uma associação, conferindo ao Estado o poder de dominação, o que o diferencia dos demais tipos de poder<sup>106</sup>. O poder político é definido como o poder em relação a um povo, agindo, direta ou indiretamente, por meio do povo<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 10.

<sup>103</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 69.

<sup>104</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 201-202.

<sup>105</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 129

<sup>106</sup> JELLINEK, George. Op. cit., p. 322.

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 45.

Numa sociedade estatal, o poder político coordena e limita as funções estatais, mantendo a possibilidade da vida de diversos grupos sociais sob o mesmo regramento<sup>108</sup>. O poder é a essência de todo governo, contrapondo-se ao uso da violência<sup>109</sup>. O poder político tem por característica a atribuição da possibilidade do uso da força física exclusivamente ao Estado, faculdade vedada, portanto, a qualquer outra pessoa<sup>110</sup>. Isto posto, é indiscutível que o poder político deve caber unicamente ao Estado, que, para o bem da sociedade, recorrerá à força física somente dentro dos limites que ela própria admitiu quando lhe outorgou o poder político.

Por isso, pode-se afirmar que o poder político é aquele poder exercido pelo Estado numa sociedade organizada. Ele é, pois, um poder privativo, praticado com supremacia sobre todas as pessoas que se encontram no âmbito de jurisdição do Estado<sup>111</sup>. Esse Estado surge para instituir, organizar e limitar o exercício do poder que modifica a coletividade do povo – é um fenômeno jurídico – e que nasce de acordo com normas criadas para tanto<sup>112</sup>.

O poder do Estado é um poder de Direito, organizado pelo Direito Positivo, que lhe confere validade e eficácia<sup>113</sup>. Trata-se de um poder uno, indivisível e indelegável<sup>114</sup>, conferido pela sociedade ao Estado por meio do Direito que o disciplinará.

O poder faz parte da infraestrutura dinâmica das instituições sociopolíticas, servindo de instrumento para compreender a sociedade estatal, tendo em vista que sua origem está no descobrimento simultâneo do subconsciente coletivo social, na qualidade de um núcleo essencial do fenômeno político<sup>115</sup>.

---

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 107.

<sup>109</sup> ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. Trad. por José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 128.

<sup>110</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

<sup>111</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14.

<sup>112</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 141.

<sup>113</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 274.

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 107.

<sup>115</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 24.

Como se pode observar, o poder é algo incerto na estrutura da sociedade, criado e produzido por práticas sociais complexas de natureza normativa<sup>116</sup>. Não se apresenta como um fenômeno autônomo. Pelo contrário, é um meio para atender a uma determinada finalidade<sup>117</sup>. Por esse motivo, o exercício do poder político depende de sua finalidade, qual seja, organizar o exercício do poder pelo Estado ao disciplinar as relações da sociedade, estando intimamente relacionado à vontade dessa sociedade. Logo, o poder social, analisado anteriormente, transforma-se em político, permitindo e autorizando a organização da sociedade por meio da atuação do Estado.

O poder político, como todo poder, pode ser conhecido, observado, explicado e valorado somente por meio de suas manifestações e seus resultados<sup>118</sup>. Ele detém a função de organizar as atividades sociais de uma determinada comunidade<sup>119</sup>, razão pela qual o poder político surge como uma espécie de controle social, funcionando como uma tomada de decisão ou uma capacidade de obrigar os destinatários do poder ao cumprimento daquela decisão<sup>120</sup>.

O exercício do poder político pode ocorrer sob duas frentes: Poder Constituinte e poderes constituídos. O Poder Constituinte age num período de construção (criação do Estado), num período pré-constituinte (governos de fato, eleições constituintes) e num período constituinte (elaboração de promulgação da Constituição). Os poderes constituídos agem por meio do Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário<sup>121</sup>. Ambas as formas de manifestação do poder político serão analisados na dissertação, mas no intuito de desvendar a essência do Poder Constituinte objeto deste trabalho.

---

<sup>116</sup> LAPORTA, Francisco J. *Poder y Derecho. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 446.

<sup>117</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

<sup>118</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 25.

<sup>119</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 329.

<sup>120</sup> TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3 – janeiro-junho de 2004, p. 354.

<sup>121</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 203-208.



O poder político é o poder que interessa à Constituição, pois possui um sentido de comando, autoridade, hierarquia que envolve toda organização ou sociedade, representando o poder exercido pelo Estado sobre os demais poderes sociais (econômico, social, religioso, sindical e outros)<sup>122</sup>. Ele é exercido pelo Poder Constituinte, que cria e amolda o Estado quando da elaboração da Constituição, de acordo com a finalidade da sua organização<sup>123</sup>.

O fundamento da Constituição está na existência do poder político, que exprime a vontade social e política da sociedade, por meio do exercício do Poder Constituinte. É uma força superior e anterior ao Direito, integrado à comunidade política presente na sociedade<sup>124</sup>. E o fundamento do poder político está no consenso entre governantes e governados, que lhe conferem legitimidade e força de coação a ser exercida legalmente pelo governante sobre os governados<sup>125</sup>.

Posto isto, é possível afirmar que a natureza do Poder Constituinte é política, pois o fruto da sua obra (a Constituição) materializa a conversão do poder político em poder jurídico<sup>126</sup>.

Como se nota, ao qualificar o poder, a política confere-lhe uma característica essencial para o objeto dessa pesquisa, qual seja, o poder exercido pelo Poder Constituinte quando da elaboração da Constituição de um Estado.

### 3.1.3 Poder e Direito

---

<sup>122</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 45.

<sup>123</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 142.

<sup>124</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 201.

<sup>125</sup> FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 51.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110-111.

Poder e Direito unem-se numa relação muito íntima<sup>127</sup>, pois as normas jurídicas resultam, indiscutivelmente, do resultado de um exercício de poder daquele que o detém. Aquele que possui o poder determina qual será o conteúdo do Direito<sup>128</sup>. E não há Direito que não expresse a representação de poder<sup>129</sup>.

A relação do Poder com o Direito assegura a coexistência da natureza do Poder Constituinte que, no uso do poder político, organiza a sociedade, fundando o Estado e seu ordenamento jurídico quando da elaboração da sua Constituição.

Essa vinculação entre Poder e Direito não surge somente quando se elabora a Constituição do Estado, na delimitação do objeto do Direito, mas principalmente depois dela, pois são implantados órgãos para o desempenho das competências constitucionais, limitando o exercício do poder pelo Estado de acordo com o Direito, a fim de controlar as atividades estatais. O Direito confere ao Estado a prerrogativa de exercer o poder, impondo à sociedade sua ordem jurídica<sup>130</sup>.

Num primeiro momento, poder-se-ia pressupor que a norma jurídica seria superior ao poder, por controlá-lo. Mas, ao contrário, o poder é anterior à norma e sem aquele esta não existe, pois a norma somente será jurídica quando resultar do exercício de um poder, de uma decisão de poder que imponha uma conduta. Por isso, é lógico afirmar que a norma jurídica decorre de um ato decisório de poder<sup>131</sup>.

Observe-se que o Direito é a linguagem do poder, tendo em vista que confere à autoridade nada mais do que o poder<sup>132</sup>, transformando em linguagem jurídica como essa autoridade exercerá seu poder.

---

<sup>127</sup> “Isto é, direito e poder estão ligados ao aumento de situações conflitivas, nas quais a congruência dos interesses não pode ser pressuposta na mesma situação. Ou seja, o ato contra o poder (e o delito) não é a negação (do poder e do direito), mas sua condição.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41)

<sup>128</sup> LAPORTA, Francisco J. Poder y Derecho. *El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 441.

<sup>129</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.

<sup>130</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16-17.

<sup>131</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 329.

<sup>132</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Ciencia Juridica. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 22.

As bases do poder jurídico são os atos de edição e promulgação, que resultam na vigência e aplicação das normas, fazendo uso do poder jurídico.

Neste caso, o Direito aparentemente precederia ao poder<sup>133</sup>. Porém, essa suposição não é verdadeira, pois o poder existe antes do Direito, permitindo sua existência. O que acontece é que o poder confere ao Direito a possibilidade de organizar o Estado e disciplinar o uso do poder político, por meio da linguagem conferida pelas normas jurídicas.

Como visto anteriormente, o Direito pode ser compreendido como um conjunto de regras que, por meio do uso da força, encontra sua justificativa na formação de um ordenamento normativo dotado de eficácia reforçada<sup>134</sup>.

“Como o Direito é um fenômeno de organização e regulação sociais e implica ordem, norma, obrigação, a reflexão sobre o poder é um dado imediato e de impacto. Quem fala em poder tem de refletir sobre a força, sobre a violência, sobre a dominação e a autoridade. Se o direito não se reduz ao poder, fato é que o direito lida com a coação, com a ameaça, com a sanção, de uma forma primária e relevante.”<sup>135</sup>

O Direito surge como defensor da sociedade contra o poder arbitrário exercido à mercê de toda a regulamentação, protegendo-a da maioria caótica e do tirano ditatorial, conferindo, a todos, oportunidades iguais e amparando os que são desprotegidos<sup>136</sup>.

A sociedade apresenta-se como um universo muito complexo de práticas sociais, nas quais se pode verificar o fenômeno do poder<sup>137</sup>.

Por meio do exercício desse poder controlado pelo Direito, é possível impor à sociedade uma conduta que lhe pareça mais adequada para realizar a ideia de Direito, depois de tê-la escolhido dentre outras eventuais concepções<sup>138</sup>.

<sup>133</sup> LAPORTA, Francisco J. *Poder y Derecho. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 444.

<sup>134</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>136</sup> *Idem*. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31-32.

<sup>137</sup> LAPORTA, Francisco J. *Op. cit.*, p. 447.

<sup>138</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

A relação entre norma e poder mostra-se clara, tendo em vista que o poder é o elemento essencial para o processo de criação de normas jurídicas. A norma jurídica é fruto de um ato decisório do poder político e, por essa razão, pode-se afirmar que é resultado do exercício de um poder<sup>139</sup>.

Quem edita normas jurídicas exerce o poder e o veículo desse poder é a norma editada, como instrumento de regulamentação das condutas dos seus destinatários<sup>140</sup>. A norma jurídica pode até influenciar a sociedade ou não ser reconhecida como autoridade, mas ao estar vigente numa sociedade, será sempre uma expressão e um veículo de poder<sup>141</sup>.

Tal como já comprovado acima, o Direito é uma ordem da conduta humana, que deve ser compreendida como um conjunto de regras unificado pelo que se denomina de sistema jurídico. Toda regra jurídica tem por fundamento obrigar seres humanos a observarem determinadas circunstâncias<sup>142</sup>, o que, indiscutivelmente, é feito por meio da imposição de um poder.

Assim, pode-se afirmar que as normas jurídicas são editadas como instrumento de poder e têm por objetivo impor-se aos seus destinatários, determinando que façam ou deixem de fazer alguma coisa, razão pela qual são responsáveis por influenciar as relações jurídicas constituídas pela sociedade que elas regulamentam por meio do exercício do seu poder.

Pois bem, é importante esclarecer que as normas jurídicas não são o resultado de interesses e de relações de poder. Pelo contrário, elas configuram uma estrutura de poder, ou seja, outorgam a certos indivíduos ou grupos de indivíduos a capacidade de afetar os interesses de outros por meio do exercício do poder<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 242.

<sup>140</sup> LAPORTA, Francisco J. *Poder y Derecho. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 447.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>142</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

<sup>143</sup> MANERO, Juan Ruiz. *Principios Jurídicos. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 155.

A norma jurídica possui um poder que impõe sua obediência pela sociedade, mantendo, assim, uma estabilidade política dependente do hábito dessa sociedade em respeitar a norma jurídica, dando-lhe efetivo cumprimento<sup>144</sup>.

A Constituição, na qualidade de norma suprema do ordenamento jurídico, apresenta-se como uma gênese física e positiva do Direito, responsável por guardar, com poder, a formação do Estado e a organização da sociedade, de modo que confirma a tese de que Poder e Direito estão intimamente ligados, razão pela qual serão conjuntamente examinados neste trabalho.

### 3.2 Breve histórico sobre o exercício do poder político

O fenômeno do poder político pode ser observado paralelamente à história da humanidade, pois, seja qual for o momento histórico abordado, sua identificação será indispensável para a exata compreensão desse fenômeno<sup>145</sup>.

Como afirmado anteriormente, a tradição sempre interpretou o poder como um fato, cuja ocorrência instigou a procura de uma justificativa para a obediência<sup>146</sup>. O poder é um fenômeno social (socialidade), que sempre acontece entre duas vontades, onde uma delas predomina (bilateralidade)<sup>147</sup>. É originário de uma força externa e superior ao próprio poder, da qual se retira a legitimidade para seu exercício<sup>148</sup>. O poder social transforma-se em poder político quando a sociedade decide organizar-se por meio da formação do Estado para controle do poder através do Direito.

Pois bem. Desde os primórdios da civilização, o poder sempre foi o instrumento que viabilizou a conquista dos povos, das terras, das riquezas, dos interesses, da política, etc.

<sup>144</sup> DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. por Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 94.

<sup>145</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34.

<sup>146</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.

<sup>147</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 12-13.

<sup>148</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 12

Desde antes da Antiguidade, o homem primata já adotava estrutura de poder, direcionada à sua sobrevivência: era um instrumento de defesa pessoal, de assegurar seu alimento, mediante o uso da força física. Já na Antiguidade, os homens, organizados em sociedades, respeitavam as leis, então atribuídas a um poder divino, responsável por disciplinar o comportamento humano na realização do bem comum.

Na Idade Média, acreditava-se que todo o poder emanava de Deus e não existia outro poder senão o divino. Por esse motivo, o governo dos homens era derivado da vontade divina, de modo que se defendia que os governantes do povo eram os escolhidos por Deus para exercer seu poder sobre os homens. Deus teria escolhido os monarcas soberanos para o exercício do poder, os quais constituíram governos legitimados pela vontade de Deus<sup>149</sup>.

Essa teoria fundamentava-se na crença de que o poder é algo natural, decorrente da própria natureza humana, desenvolvido e exercido de acordo com a vontade de Deus. Esse criou o homem e estabeleceu condições para que ele pudesse viver em sociedade. Para tanto, usou seu poder absoluto, razão pela qual o homem não pode viver sem o poder concedido por Deus à sociedade humana<sup>150</sup>.

Assim, por força da vontade de Deus, estabeleceu-se na sociedade um poder a ser exercido pelo povo ou por alguém que o representasse. Era a vontade de Deus que legitimava, por exemplo, o exercício do poder pelos monarcas que governavam as sociedades medievais.

Contudo, com o passar do tempo, o exercício do poder pelos monarcas, fundamentado na vontade de Deus, foi se enfraquecendo: irromperam as revoluções sociais contra o poder exercido por tiranos, impondo limitações até à própria monarquia e culminando na conquista do regime democrático, com a outorga das cartas constitucionais.

---

<sup>149</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 26-27.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 28.

Com a eclosão da Revolução Francesa, o povo até então submisso deixou de se unir em torno do rei soberano, para unir-se a uma nação, integrada por toda a sociedade. No século XIX, enfim, a complexidade social disseminou-se, surgindo os subsistemas político, ético, econômico e cultural, o que modificou o conceito de sociedade, para compreender conceitos abstratos relacionados à função, aos valores, ao sistema, à estrutura etc.<sup>151</sup>.

A partir de então, o conceito de poder político vinculou-se à determinação de obediência numa função estrutural, fazendo com que as pessoas, diante do poder, simplesmente obedeçam<sup>152</sup>, atribuindo ao Estado, assim, a autoridade para o seu exercício em nome da sociedade que o legitima.

### 3.3 Titularidade do poder político

Como ressaltado no item anterior, por muitos anos acreditou-se que o poder era obra de Deus, que o havia transmitido à sociedade para possibilitar sua vida em comunidade. Porém, surge a seguinte questão: seria possível identificar um titular desse fenômeno, denominado poder político, presente numa sociedade?

A doutrina e a ideologia comum firmaram um consenso de que todo o poder emana do povo, de modo que todo o governo deve ser exercido de acordo com a vontade popular, manifestada e reconhecida por meio de eleições livres e honestas<sup>153</sup>. Como se pode perceber, o poder não é da titularidade de um único indivíduo, pois pertence ao grupo que se mantém unido e o exerce em conjunto<sup>154</sup>.

A titularidade do poder político não é do Estado. Esse não é titular nem fonte de seus próprios poderes, cuja titularidade é exclusivamente do povo, de quem emana todo e qualquer poder estatal, sendo o Estado apenas a sua instância de realização<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30-31.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>153</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 91.

<sup>154</sup> ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. Trad. por José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 123.

<sup>155</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

Nesse sentido, importa esclarecer que o poder estatal resulta do poder humano, da vontade dos homens que compõem uma sociedade, dando origem ao poder político diante da coincidência das vontades individuais sobre os objetivos e as metas em comum, as quais, integradas, representam a vontade superior manifestada pelo Estado<sup>156</sup>.

A titularidade do poder político é dos seus detentores, que possuem a força necessária para impor respeito às normas por eles impostas. Neste caso, sua força representa o instrumento necessário para o exercício do poder, que se justifica por meio do consenso daqueles que o aceitam<sup>157</sup>.

Destaca-se que nenhum poder pode ser maior do que o poder da sociedade que ele governa. Logo, o poder supremo está nas mãos da comunidade e o seu governante não possui em suas mãos o poder absoluto<sup>158</sup>. O povo apenas delega o exercício do seu poder ao governante sem, contudo, aliená-lo<sup>159</sup>.

Numa sociedade democraticamente organizada, a titularidade do exercício do poder pelo povo pode ser identificada de diversas formas.

Numa democracia direta, o povo organizado é o preponderante detentor do poder. Num governo de assembleia, o parlamento, na qualidade de representante do povo, é o superior detentor do poder. No parlamentarismo, há um equilíbrio entre o parlamento e o governo, reconhecidos como os detentores de poder integrados. No presidencialismo, o parlamento e o governo, na qualidade de detentores de poder, agem separados, mas em cooperação. E, num governo diretorial, há a formação de uma estrutura colegial para o exercício do poder por um órgão coletivo (diretório), peculiar ao regime jurídico da Suíça<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 209.

<sup>157</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

<sup>158</sup> SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Trad. por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 397.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 399.

<sup>160</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 91-92.



Pode-se afirmar que no processo de exercício do poder político há um equilíbrio entre quatro detentores de poder: o eleitorado, o parlamento, o governo e os tribunais. O eleitorado é um fator que legitima todos os demais detentores de poder<sup>161</sup>, possibilitando a concessão ao Estado para exercer o poder por meio do parlamento, do governo e dos tribunais.

De qualquer forma, resta claro que o poder político é algo despersonalizado e que está vinculado a uma instituição ou a um cargo que o exerce. O poder é independente de pessoa ou pessoas que o exerçam. Ele não deriva da pessoa, mas sim da instituição ou do cargo ao qual sua execução se destina<sup>162</sup>.

A titularidade do poder político reside, portanto, no povo, o que, contudo, não nos permite afirmar qual indivíduo desse povo tem competência para exercê-lo. De tudo que foi exposto até aqui, somente é possível concluir que o exercício do poder é um fenômeno complexo, que requer um estudo ainda mais profundo nas origens da sociedade e na força que dela decorre com competência para organizá-la nas relações das vidas humanas.

### **3.4 Limitação do poder político**

Depois desse breve histórico das manifestações do poder político e da identificação do seu titular (o povo), torna-se possível defender que seu exercício precisa ser limitado.

O poder é originalmente soberano, pois acima dele não existe nenhum outro que possa justificá-lo. Essa é a ideia do poder originário<sup>163</sup>, na qualidade de fonte do Direito, que dá origem à produção normativa, conferindo uma justificativa ao ordenamento jurídico<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 233.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>163</sup> “O poder originário, de qualquer modo, é entendido como o conjunto de forças políticas que, em determinado momento histórico, se unem e instauram um ordenamento jurídico.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25)

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 24.

Por natureza, o livre exercício do poder é um fato psicológico fundamental que, se não restringido nem limitado, pode exceder-se, justificando a afirmação de que o poder é o mal na sua origem, ou seja, o poder exercido sem limitação transforma-se em tirania e arbitrário despotismo, tendo em vista a visão moral negativa que entende o elemento poder como demoníaco e o processo de poder como patológico<sup>165</sup>.

“O tirano governa de acordo com seu próprio arbítrio e interesse, ao passo que mesmo o mais draconiano governo autoritário (de autoridade) é limitado por leis. Seus atos são limitados por um código que, ou não foi feito absolutamente pelo homem (caso do direito natural, dos mandamentos divinos ou das idéias platônicas), ou, pelo menos, não foi feito pelos detentores efetivos do poder.”<sup>166</sup>

A ideia da limitação do poder do soberano coaduna-se com a racionalização de um poder justo<sup>167</sup>, tendo em vista que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente (Lord Acton), ou seja, quem exerce o poder é suscetível e pode corromper-se<sup>168</sup>.

Como se pode observar, enquanto não for controlado o poder corrompe, podendo acarretar a transformação de governos legítimos em governos tirânicos ou despóticos<sup>169</sup>. Essa necessidade de limitação do exercício do poder político decorre de sua natureza, que lhe confere uma força tal que, se não limitada, acaba por ser usurpada.

Por essa razão, o Estado surge como elemento responsável por limitar o exercício do poder a fim de afastar sua usurpação. A sociedade confere ao Estado o exercício do poder político, o qual será restrito e limitado por meio da organização estatal que imponha as formas de atuação dos detentores do poder. Logo, ao limitar o poder político, estar-se-á limitando o exercício do poder pelos seus detentores<sup>170</sup>.

<sup>165</sup> “El famoso – frecuentemente mal citado – epigrama de lord Acton hace patente de manera aguda el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: ‘Power tends to corrupt absolute power tends to corrupt absolutely.’ E poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente.” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 28-29)

<sup>166</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>168</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122-123.

<sup>169</sup> TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3 – janeiro-junho de 2004, p. 354.

<sup>170</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 29.

E a Constituição é o documento que permite a formação do Estado, representando o acordo entre os detentores do poder e os seus destinatários para respeitar determinadas regras que impedem o domínio e o abuso do poder político, elaboradas de acordo com os costumes e a consciência nacional dos indivíduos organizados em sociedade<sup>171</sup>.

O reconhecimento dessa necessidade de limitação do poder político por meio da vontade popular decorre do Constitucionalismo, atendendo às necessidades do princípio da dignidade humana, que impõe à pessoa humana a possibilidade de se autolimitar, com consciência para evolução de sua vida em sociedade<sup>172</sup>.

A limitação do poder estatal pode ser identificada em decorrência da impossibilidade de todo o poder ser exercido pelo Estado, que precisa reservar uma parcela ao indivíduo para a realização das suas finalidades pessoais, mantendo, ainda, uma parcela a ser exercida pela sociedade como forma de sua manutenção. Essa limitação também é originária da reação do indivíduo em controlar o poder exercido, de modo a fiscalizar se suas finalidades estão sendo atendidas. E, por fim, da necessidade da divisão funcional dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), tudo devidamente prescrito e assegurado por uma Constituição que organize a sociedade política<sup>173</sup>.

A limitação do poder político somente se tornou possível com a conquista do Estado Constitucional de Direito, conforme será demonstrado mais adiante, submetendo o Estado e o exercício do poder nos termos em que previamente fixados por uma Constituição.

### 3.5 Soberania

A soberania é um elemento que, tal como o Direito, está relacionado ao exercício do poder político, fundamentando o exercício do Poder Constituinte.

---

<sup>171</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 29.

<sup>172</sup> TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3 – janeiro-junho de 2004, p. 354.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 373-374.

Por isso, antes do estudo da essência do Poder Constituinte, é importante analisar o conceito de soberania<sup>174</sup>, que está diretamente associado à ideia do objeto da dissertação, tendo em vista que sua titularidade reflete uma força maior, detentora do poder, que criar a Constituição, ou seja, um poder soberano, supremo, que estabelecerá as normas constitucionais<sup>175</sup>.

A soberania representa uma racionalização jurídica do fator poder, constituindo um elemento irracional da política. O ser soberano é aquele que está autorizado legalmente na sociedade estatal a exercer o poder político, ou seja, aquele que efetivamente exerce o poder político na sociedade<sup>176</sup>.

De acordo com o pensamento absolutista, a soberania está ligada à figura do soberano, concebida como uma característica principal. Com o tempo, o conceito é desenvolvido em suas origens para se desligar da figura de uma pessoa para se fixar na noção de povo. Assim, a ideia inicial da noção absolutista de soberania é ultrapassada pela superioridade da vontade geral, que supera a vontade individual do soberano. Trata-se, portanto, de um produto histórico, resultado de determinado momento histórico<sup>177</sup>.

A melhor compreensão da forma da soberania está na conceituação da vontade divina, em que todo poder provém de Deus e dele decorre toda a autoridade responsável pela determinação a ser atendida pela sociedade. Trata-se da vinculação do poder a uma lei divina que domina e obriga da todos<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> “Não há que se falar em Poder Constituinte sem soberania. Elaborar uma Constituição significa optar entre um grande número de soluções e de combinações, é se impor um normativismo e a ele ser submetido, é fazer valer o enunciado de que a fonte de todo o poder reside no povo. No mesmo compasso, dizer que um Estado é soberano significa que é regido por uma constituição própria com princípios e regras devidamente delineados por opção do constituinte originário.” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 127)

<sup>175</sup> “Certamente, já se pode sentir neste simples enunciado do tema que a questão da titularidade do Poder Constituinte se liga intimamente com o problema de quem é o detentor do mais alto poder do Estado. A ligação é uma verdade óbvia; porque é claro que, quem pode estabelecer a organização política fundamental, ou numa palavra, quem pode estabelecer a Constituição é, obviamente, quem for o detentor do poder supremo do Estado, é quem for o soberano, soberano neste sentido de ser o mais alto detentor do poder num determinado Estado.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 22)

<sup>176</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 24.

<sup>177</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía Popular y Estado de Derecho. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 47.

<sup>178</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 23.

O interesse pelo estudo da natureza do poder, no intuito de compreender melhor a sociedade estatal, substituiu o interesse científico pela soberania, que há muito tempo foi objeto de análise da teoria política e das práticas de direito internacional<sup>179</sup>.

A soberania é a efetividade da força por meio da qual as ordens das autoridades são observadas e cumpridas por meio de coação. Ela está relacionada ao poder de um soberano, capacitado a determinar a relevância e o caráter irrelevante de qualquer outra norma atuante dentro do seu âmbito de atuação<sup>180</sup>.

O conceito de soberania nasce com o surgimento dos Estados, cuja personalidade política independente precisa definir-se perante outras nações ou outros governos<sup>181</sup>. A soberania é um poder de querer do Estado, de mandar independente<sup>182</sup>.

Como se pode observar, a soberania está relacionada ao caráter supremo do poder estatal que não se subordina a nenhum outro poder estrangeiro, exceto por consentimento próprio, manifestado por meio de tratado. Trata-se de um poder incondicionado, que não se submete a nenhum outro<sup>183</sup>.

Os elementos fundamentais da soberania do Estado são dois: a independência na ordem internacional e a supremacia na ordem interna<sup>184</sup>, de modo que assim deve ser respeitado, seja pelos demais Estados, seja por seus órgãos internos ou por sua sociedade.

O Estado soberano é aquele cuja ordem jurídica é a ordem suprema, não existindo qualquer outra superior a ela, pois o Estado é a autoridade máxima, ou seja, possui o direito e o poder de emitir comandos obrigatórios<sup>185</sup> a sua sociedade.

---

<sup>179</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 24.

<sup>180</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 22.

<sup>181</sup> VIAMONTE, Carlos Sanches. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 133.

<sup>182</sup> DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Trad. por Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1939, p. 64-67.

<sup>183</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 79.

<sup>184</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 924.

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 544.

Na formação do Estado, com fundamento nos elementos clássicos (povo, território e soberania), identifica-se a reunião de indivíduos sobre um determinado território sujeito a um poder qualificado por sua soberania.

A soberania pode ser resumida nas forças do Estado, evidenciando-se o Poder Constituinte como uma manifestação dessa soberania na formação do Estado por meio da elaboração de uma Constituição. A soberania possibilita a concepção do poder, razão pela qual confere fundamento ao exercício do Poder Constituinte<sup>186</sup>.

É importante esclarecer que soberania não se confunde com autonomia<sup>187</sup>. Enquanto a primeira diz respeito ao caráter supremo, não havendo poder superior, a segunda refere-se ao poder de autodeterminação para agir independentemente, porém dentro dos limites previstos por uma lei estatal superior<sup>188</sup>.

A soberania é una, podendo sobreviver apenas uma em cada território. É indivisível, inalienável e imprescritível, estando intimamente ligada à personalidade da nação<sup>189</sup>. A soberania é una, porque é soberana; é indivisível, porque é una; é inalienável, porque quem a detém não existe sem ela; e é imprescritível, porque não tem duração. É um poder originário, exclusivo, incondicionado e coativo<sup>190</sup>.

A soberania não está sujeita a quaisquer limites jurídicos no exercício do poder de criação do Direito. Essa ausência jurídica de limites do poder soberano é uma qualidade que lhe pertence por definição<sup>191</sup>. É um poder absoluto e perpétuo, logo, não limitado<sup>192</sup>.

---

<sup>186</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 131.

<sup>187</sup> “De fato, autonomia é palavra grega composta por *autos*, ‘o próprio’ – que se converteu num elemento de composição, que traduz a idéia de *por si próprio* – e *nomos*, a lei. Daí o significado originário, na própria Grécia antiga, de autonomia: ‘direito de se reger pela própria lei’.” (GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 27)

<sup>188</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.

<sup>189</sup> DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Trad. por Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1939, p. 69-70.

<sup>190</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 81.

<sup>191</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 75.

<sup>192</sup> BODINO, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 46-48.

A doutrina moderna da soberania popular resume-se na obra de Rousseau (“O Contrato Social”), que defende a necessidade do poder ser exercido pelos governantes mediante leis que representem a vontade geral do povo, inalienável e indivisível<sup>193</sup>.

De acordo com Rousseau, cada indivíduo que integra a sociedade é detentor de uma parcela da soberania. Por sua vez, Sieyès, fundador da teoria do Poder Constituinte, como será demonstrado mais adiante, entende que nenhum indivíduo detém qualquer parcela da soberania, a qual pertence ao todo, à comunidade, à nação, por isso possui a qualidade de indivisível<sup>194</sup>.

A soberania seria, portanto, intransmissível, inalienável, indivisível e insuscetível de representação, pois o próprio povo é quem deve exercer o poder e elaborar suas próprias leis<sup>195</sup>.

A soberania de um povo é um conceito que vem se cristalizando em torno da ideia de liberdade política até consolidar-se plenamente com ela<sup>196</sup>. Trata-se de um modo de referência ao fato de aceitação como máxima de uma fonte de decisões. É um princípio político que atribui uma justificação (ético-político) à decisão normativa da maioria de indivíduos de um povo, que aceita a norma assim produzida, conferindo-lhe legitimidade<sup>197</sup>.

A soberania popular pode ser analisada sob o aspecto lógico ou político, pelo qual se questiona quem tem o poder de mandar, resumindo-se a resposta no que possui determinadas qualidades (sentido aristocrático) ou naquele que possui reivindicação para participação no governo (sentido democrático). Sob o aspecto descritivo e prescritivo, a soberania popular pode ser constatada pelo reconhecimento do povo investido no Poder Constituinte para estabelecer a Constituição do Estado. Soberania popular pode ainda ser analisada sob o aspecto da titularidade ou exercício do poder, por meio do qual o povo é considerado o titular do Poder Constituinte do Estado e do exercício do Poder Constituído. Em suma, a soberania não pode ser representada nem alienada, pois se reveste da vontade geral que se possui e se exerce<sup>198</sup>.

<sup>193</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Trad. por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971, p. 38-41.

<sup>194</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11.

<sup>195</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 133.

<sup>196</sup> LAPORTA, Francisco J. Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 85.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>198</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía Popular y Estado de Derecho. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 49-52.

A soberania popular consiste num princípio legitimador, que legitima o exercício de poder pelo povo ou embasado em seu consentimento<sup>199</sup>. Esse princípio se realiza mediante um processo dialético, pelo qual a decisão sobrevém democraticamente, respeitando os interesses da maioria e da minoria com base num acordo consensual das partes<sup>200</sup>. É, portanto, um critério básico para a legitimação democrática do exercício do poder<sup>201</sup>.

Com fundamento na soberania popular pode-se afirmar que a decisão de uma vontade unida, uma decisão democrática, é o princípio necessário para legitimar moralmente o exercício do poder<sup>202</sup>. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “soberania popular significa democracia”<sup>203</sup>.

“A doutrina afirma que em cada sociedade humana em que existe direito, sob a variedade de formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, encontra-se latente, em última análise, essa relação simples entre súditos que prestam obediência habitual e um soberano que a ninguém presta obediência habitual.”<sup>204</sup>

A soberania popular antecede o Estado e com ele permanece na qualidade de sinônimo de povo e de poder político organizado, de modo que a Constituição organiza o exercício do poder estatal ao mesmo tempo em que preserva as liberdades individuais. O povo se submete à lei, assim como o legislador, pois ela se aplica a governantes e governados. A soberania é o princípio mais importante, oferecendo segurança e consistência ao pensamento político, além da certeza de que o direito será aplicado igualmente a todos. No Estado Democrático de Direito, a soberania firma-se, então, pela expressão popular, fruto do exercício do Poder Constituinte, na qualidade de mais um instrumento emanado da própria Constituição na formação do Estado e na regulamentação do poder político.

<sup>199</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía Popular y Estado de Derecho. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 57.

<sup>200</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 62-63.

<sup>202</sup> LAPORTA, Francisco J. Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 86.

<sup>203</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural uma relação inelidível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6 – julho-dezembro de 2005, p. 649.

<sup>204</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 59.



### 3.6 Legitimidade

A legitimidade, juntamente com a soberania, é outro elemento que qualifica o exercício do poder político, requerendo uma apreciação profunda, por estar diretamente relacionada ao exercício do Poder Constituinte.

A importância da compreensão de legitimidade está no fato de que, por meio dela, reconhecem-se as decisões do detentor do poder. As decisões do poder serão legítimas na medida em que contiverem uma prontidão generalizada para serem aceitas<sup>205</sup>. O poder legítimo é aquele que goza de autoridade, influência e liderança numa forma compatível<sup>206</sup>, que represente a vontade geral de uma sociedade<sup>207</sup>.

A origem latina da palavra legitimidade (*legitimus – Lex, legis*) remete-se à concordância com a lei<sup>208</sup>. O poder precisa de legitimidade<sup>209</sup>. Porém, no sistema constitucional, é impossível o reconhecimento da legitimidade da Constituição com base em outra lei, por ser ela a lei suprema do ordenamento jurídico.

Portanto, legitimidade deve ser compreendida num sentido mais amplo, relacionada à pureza, à vinculação aos princípios superiores da convivência humana e política e ao seu reconhecimento na sociedade política<sup>210</sup>.

A legitimidade é a qualidade de determinado ato edificado de acordo com um direito predominante e não positivado. Ou seja, um ato legítimo é o que está em consonância com o consenso de determinada sociedade e não com o Direito Positivo dessa sociedade<sup>211</sup>.

---

<sup>205</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>207</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural uma relação inelidível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6 – julho-dezembro de 2005, p. 649.

<sup>208</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 218.

<sup>209</sup> ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. Trad. por José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 129.

<sup>210</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>211</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

A legitimidade do poder está relacionada à concepção predominante na sociedade a seu respeito, razão pela qual para identificá-la é necessário avaliar o exercício do poder, sua forma, os governantes, sua estrutura, suas finalidades, além das crenças sociais<sup>212</sup>.

Determinado ato pode não ser originariamente legítimo, devendo, portanto, passar por um processo de legitimação, que exige sua aprovação pela sociedade. Sem ser aceito pela sociedade, o ato não é legítimo, razão pela qual carece de eficácia.

O poder legítimo seria um poder de direito, por estar em consonância com os ideais de determinada sociedade<sup>213</sup>. O poder ilegítimo, por sua vez, seria um poder de fato, pois não reflete os anseios da sociedade que está obrigada a seguir uma força maior que lhe é imposta.

O exercício do poder por certo indivíduo depende da legitimidade do referido poder para que suas ordens sejam cumpridas. O Estado, por exemplo, ao estabelecer normas, legitima-as, a fim de que seus destinatários acreditem ser ele o criador do Direito, dependendo, ainda, de coação, para que possa ser acatado<sup>214</sup>.

O significado genérico de legitimidade aproxima-se do sentido de justiça ou de racionalidade, aparecendo no contexto político com uma acepção mais específica, na qualidade de um atributo do Estado, que consiste em verificar o grau de consenso que garanta a obediência sem a então necessária imposição<sup>215</sup>. A legitimidade pode ser aferida quando a ordem constitucional fundada não mais precise de revolução, pois se encontra de acordo com as relações sociais vigentes e atende aos anseios de seu povo<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

<sup>213</sup> O princípio fundamental da dignidade humana destaca-se como um elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à Constituição, tendo em vista que a pessoa humana é o fundamento e a finalidade da sociedade e do Estado (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77).

<sup>214</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 231-232.

<sup>215</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 82.

<sup>216</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 108.

Para compreensão da legitimidade, faz-se necessário diferenciá-la da legalidade. Enquanto a primeira está relacionada com o consenso da sociedade que legitima o ato, a segunda precisa da verificação do ordenamento jurídico vigente, ou seja, precisa-se contrastar o ato com a norma jurídica anterior. Se compatibilizado com ela, estará confirmada a legalidade do ato em questão.

A legalidade transparece quando a legislação coaduna-se com a ação identificada do sujeito<sup>217</sup>. A legitimidade diz respeito às formas de investidura do poder de acordo com as fontes da sua origem.

Essa diferenciação se faz importante na delimitação do conceito de Constituição que será analisado mais à frente. A legalidade ocorre conciliada com a supremacia da Constituição, pois por força dessa supremacia, todas as demais normas do ordenamento jurídico devem estar de acordo com as normas constitucionais, que lhe conferem legalidade. A legitimidade refere-se à aceitação da Constituição pela sociedade, de modo que o povo aceita a Constituição, respeitando-a e cumprindo suas disposições, conferindo-lhe legitimidade<sup>218</sup>.

Para se compreender o exercício do poder, pode-se afirmar que ele será legítimo e legal quando resultar do consenso da sociedade e for exercido de acordo com o ordenamento jurídico vigente. O poder será legítimo, mas ilegal, quando aceito pelo consenso da sociedade, porém rompa com o ordenamento jurídico anterior, sem observar suas normas para tanto. O poder será ilegítimo, mas legal, quando, embora divirja dos anseios da sociedade, for praticado de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Por fim, o poder será ilegítimo e ilegal quando não resultar do consenso da sociedade nem se conciliar com o ordenamento jurídico vigente<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 54.

<sup>218</sup> “O Estado é legítimo enquanto exercer o seu poder com base em uma Constituição que contém um determinado estoque nuclear de ‘princípios’ da família constitucional.” (MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 104)

<sup>219</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49-50.

Essa diferenciação é importante e deve ser compreendida previamente porque o exercício do Poder Constituinte está relacionado à questão de legitimidade, pois tanto a elaboração e a vigência de uma Constituição, tal como o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador<sup>220</sup>, dependem da legitimação para poderem surtir seus efeitos sobre a sociedade.

### 3.7 Democracia

Por fim, a democracia constitui o último elemento relacionado ao poder que será estudado neste primeiro capítulo, pois o exercício do Poder Constituinte, como será visto mais adiante, está diretamente ligado ao conceito de democracia, razão pela qual compreendê-la nesta fase do trabalho é essencial à continuidade da análise proposta na dissertação.

O conceito de democracia é histórico, representando um meio e um instrumento da realização de valores essenciais à convivência entre os homens que refletem os direitos fundamentais, mantendo o exercício do poder político nas mãos do povo<sup>221</sup>.

Democracia, em sua essência, pode ser definida como o sistema pelo qual se assegura o pleno exercício da vontade popular na prática das atividades estatais, representando, assim, um regime no qual a vontade do povo possa influir na tomada das decisões pelos governantes<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> “A questão da reforma constitucional é uma questão de *legitimidade*, basicamente, antes de qualquer cogitação de caráter processual-constitucional.” (GARCIA, Maria. Reforma do Estado e Administração Pública: A EC 19/98. O problema da reforma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 10 - n. 38 – janeiro-março de 2002, p. 134)

<sup>221</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 43.

<sup>222</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, A Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 31.

A democracia pode ser compreendida como a vontade popular representada na ordem jurídica do Estado, idêntica à vontade dos sujeitos desse Estado<sup>223</sup>. A “democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”<sup>224</sup>.

É um governo do povo porque a titularidade do poder político está nas mãos do povo, de acordo com o princípio da soberania popular. É um governo pelo povo porque se fundamenta na vontade popular, exercida de acordo com o consentimento do povo que lhe confere legitimidade. E é um governo para o povo porque lhe confere segurança, proteção e bem estar<sup>225</sup>.

Como se infere dessa breve explanação, o poder soberano numa democracia está nas mãos do povo<sup>226</sup>. O exercício do poder democrático deve se dar com patriotismo<sup>227</sup>, ou seja, com amor à igualdade<sup>228</sup>, sob pena de ser corrompida<sup>229</sup>. Esse poder é visível, devendo ser desempenhado publicamente<sup>230</sup>.

Os valores que inspiram a democracia são dois: a liberdade e a igualdade<sup>231</sup>. A supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos<sup>232</sup> são características inerentes à democracia, devendo distinguir qualquer governo que se denomine democrático.

Dessas características decorre o fato de que a concretização do princípio democrático é responsável pela institucionalização de canais que garantam a participação, como condição para a atividade e o funcionamento do Estado Social de Direito, e o pluralismo, fomentando as opiniões reflexivas<sup>233</sup>.

<sup>223</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 406.

<sup>224</sup> Essa afirmação é de Lincoln (SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 44)

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>226</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, Trad. e Notas por Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>230</sup> BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise. Pluralismo, Democracia, Socialismo, Comunismo, Terceira Via e Terceira Força*. Trad. João Ferreira. São Paulo: Editora Polis, 1988, p. 208.

<sup>231</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

<sup>232</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 139.

<sup>233</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Soberanía Popular y Estado de Derecho. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 65.

O objetivo da democracia é libertar o homem da coação autoritária, por meio de imposição de regras a cuja observação todos se sujeitam<sup>234</sup>, de modo que a sociedade possa participar livremente do governo e exigir dele um tratamento igualitário que represente a vontade popular.

A atuação normativa do princípio da soberania é uma condição para a democratização efetiva dos processos e instituições de ordem estatal, visando garantir o exercício do poder pelos órgãos do Estado, o abrigo da legitimação popular e o interesse do povo<sup>235</sup>.

A democracia retrata a melhor forma de governo, pois com ela todos estão sujeitos ao controle de suas ações pela autoridade competente, que o executa de acordo com a lei vigente na respectiva sociedade. Porém, revela imperfeições quando permite que pessoas incapazes ou desonestas assumam o poder. Por esse motivo, o maior desafio da democracia está em colocar no poder somente os pretendentes efetivamente preparados, instruídos e aptos a exercê-lo<sup>236</sup>.

A ideia de Poder Constituinte, objeto de análise deste trabalho, está relacionada à assunção e ao exercício do poder político, e a democracia representa o regime político mais legítimo para essa função, pois faculta oportunidades iguais, garante equilíbrio entre os poderes constituídos e assegura as liberdades políticas e públicas<sup>237</sup>.

A verdadeira democracia somente será alcançada quando todos os cargos políticos estiverem disponíveis para que qualquer dos integrantes da sociedade neles interessados possa desfrutar da chance igualitária de assumi-los. Porém, para o bom exercício democrático do governo, em respeito aos ideais da aristocracia, deverão ser selecionados para a finalidade pretendida apenas os pretendentes efetivamente preparados para tal missão.

---

<sup>234</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 46.

<sup>235</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía Popular y Estado de Derecho. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 64.

<sup>236</sup> DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. por Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 193-194.

<sup>237</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 117.

Isso porque, obviamente, a sociedade deve ter a liberdade de escolher seus governantes democraticamente, mas somente quem estiver preparado deverá ocupar o cargo desejado<sup>238</sup>, sob pena de o governo democrático não atender às necessidades da sociedade, pela eventualidade da admissão de alguém desqualificado para tanto.

Um Estado Constitucional Democrático será, portanto, fundado por uma Constituição que assegure instrumentos democráticos que possibilitem a efetiva participação popular no exercício do poder político pelo Estado.

Numa democracia constitucional, além dos princípios democráticos, é preciso observar também os direitos fundamentais que iluminam valores supremos do desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana<sup>239</sup>. O reconhecimento e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais são o núcleo essencial para o sistema político da democracia constitucional<sup>240</sup>.

Depreende-se que a Constituição democrática precisa ser fruto não somente da participação popular na sua elaboração (processo de formação), como ainda deve representar a vontade do povo refletida em seu texto, que deverá prever o instrumento de participação popular para manter a vontade do povo no exercício do poder (iniciativa popular, referendo popular, veto popular, revogação de mandato parlamentar)<sup>241</sup>.

Quanto mais completa a estrutura democrática de um Estado, maior participação haverá do eleitorado no processo de exercício do poder, o que exige, inclusive, um frequente processo de reforma da Constituição, que precisa ser ratificada pelo referendo popular<sup>242</sup> a fim de manter a legitimidade do sistema constitucional.

---

<sup>238</sup> DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. por Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 102.

<sup>239</sup> A dignidade da pessoa humana é algo real, intrínseco à pessoa humana, irrenunciável, inalienável (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40-41)

<sup>240</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 392.

<sup>241</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 69.

<sup>242</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 65.

A democracia pode ser exercida diretamente pelo povo, quando seus cidadãos em assembleia popular ou primária são responsáveis por legislar e exercer as funções executivas e judiciárias do Estado<sup>243</sup>. Isso é possível também quando, mediante representação, o povo elege seus representantes para a constituição do parlamento e para o exercício das funções administrativas e judiciárias do Estado<sup>244</sup>.

É denominada democracia direta aquela na qual o povo exerce os poderes governamentais sem intermediações, editando leis, administrando o governo e julgando os casos pertinentes. A democracia indireta se dá por meio da representação supracitada, na qual o povo, fonte primária do poder, elege representantes para direção dos negócios do Estado, a fim de legislar, executar e julgar. E na democracia semidireta, há o exercício do poder popular por meio de representação, exercendo o povo diretamente determinadas funções de governo desempenhando sua cidadania<sup>245</sup>.

Nesse sentido, deve-se conceber a democracia constitucional como aquela realizada mediante o fato de que o povo, consciente de suas condições histórico-culturais, consegue elaborar uma Constituição, nela refletindo perfeitamente essa consciência<sup>246</sup>, assegurando instrumentos que o possibilitem a exercer o poder político juntamente com Estado, em defesa da preservação da vontade popular.

\*\*\*\*\*

Como se observa, o exercício do poder, qualificado pela soberania, legitimidade e democracia, confere força ao povo para o exercício do poder político, no intuito de organizar o Estado por meio da criação de uma Constituição que assegure os direitos fundamentais da pessoa humana, representando a vontade popular, habilitada a se manifestar a qualquer momento.

---

<sup>243</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 412.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 413.

<sup>245</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 47.

<sup>246</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 132.



Trata-se, portanto, do poder conferido ao Poder Constituinte, objeto da presente investigação. O Poder Constituinte exerce esse poder em nome do povo e pelo povo, na formação do Estado regida por uma Constituição que irradie os princípios democráticos que o autorizam a manter sua atuação sempre que necessária, para que o governo atenda aos interesses da sociedade.

Deve-se agora, analisar a Constituição, obra do Poder Constituinte, antes de desvendar o fruto de sua atuação, o Estado Constitucional.

#### 4. A CONSTITUIÇÃO

A Constituição é um fenômeno complexo, que pode ser estudado sob a visão política, histórica, sociológica, religiosa, ética e moral. Os juristas concentram seus estudos no fenômeno normativo, analisando a Constituição por meio de um método próprio, jurídico, pelo qual o texto constitucional é compreendido como uma norma<sup>247</sup>, hierarquicamente superior às demais normas, que são editadas com consonância e respeito a ela.

A Constituição é compreendida usualmente como a lei fundamental de uma sociedade<sup>248</sup>, formada por normas que dizem respeito à organização básica do Estado, reconhecendo e assegurando os direitos fundamentais do ser humano, bem como dispendo sobre as formas, os limites e as competências do Poder Público, tais como legislar, governar e julgar<sup>249</sup>. Em sentido moderno, a Constituição é acolhida como o instrumento responsável por ordenar, fundar e limitar o poder político, reconhecendo e garantindo os direitos e liberdades do indivíduo<sup>250</sup>.

Ela é a lei fundamental de um país, contendo normas que dispõem sobre a organização básica do Estado, reconhecendo e assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como disciplinando as forças, os limites e as competências do exercício do Poder Público nas atividades de legislar, governar e julgar<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 32

<sup>248</sup> “(...) como poderíamos distinguir uma *lei fundamental* de outra lei qualquer para que a primeira possa justificar o nome que lhe foi assinalado. Para isso será necessário: 1º Que a lei fundamental seja uma lei *básica*, mais do que as outras comuns, como indica seu próprio nome: ‘fundamental’. 2º Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a *lei fundamental*, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendar as outras leis comuns originárias da mesma. A *lei fundamental*, para sê-lo, deverá, pois, atuar e *irradiar-se* através das leis comuns do país. 3º Mas as coisas que têm um *fundamento* não o são por um capricho; existem por que necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de *outro modo*. Somente as coisas que *carecem de fundamento*, que não as casuais e as fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer forma; as que possuem um fundamento, não. Elas se regem pela *necessidade*. (...) A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*.” (LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 9-10)

<sup>249</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 229.

<sup>250</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 54-55.

<sup>251</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte Assembléia Processo Poder*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 11.

É um documento político, ao mesmo tempo em que é formada pelo conjunto de normas jurídicas, responsáveis pelo fenômeno jurídico que vincula a todos<sup>252</sup>. Seu conjunto de normas está impregnado de valores<sup>253</sup>, refletindo os anseios de uma determinada sociedade em determinado momento histórico. Não foi por outro motivo que a Constituição foi definida por Goffredo Telles Júnior como sendo o “Estatuto do Governo”, uma vez que suas normas iluminam não só a produção jurídica estatal, mas também comportam princípios que orientarão os atos no governo, no exercício de legislar, governar e julgar, de acordo com as normas constitucionais<sup>254</sup>.

A Constituição é, por natureza, a primeira lei positiva do ordenamento jurídico, fonte da produção de todas as demais normas que compõem o sistema jurídico<sup>255</sup> que cria o Estado. Por conta disso, que não se pode compreender a Constituição como uma simples norma pura, pois sua totalidade interage com a realidade social, representando um conjunto de elementos e membros que forma o todo, unitário, denominado Constituição<sup>256</sup>.

A Constituição adquire uma forma de divisão do poder, baseada no sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), no qual o poder do Estado passa a ser exercido conjuntamente pelos seus órgãos (Executivo, o Legislativo e o Judiciário), como um instrumento de combate ao absolutismo<sup>257</sup>.

---

<sup>252</sup> “Así pues, cuando aceptamos que la Constitución es <<norma jurídica>> nos comprometemos con una perspectiva que, expresada en un lenguaje quizás más preciso y familiar para el teórico del derecho, mantiene que las normas que forman ese cuerpo o conjunto al que llamamos <<Constitución>> son normas jurídicas *válidas* en el triple sentido de que son normas jurídicas vinculantes y deben por ello ser obedecidas; son normas que pertenecen al orden jurídico como su base de sustentación normativa; y por último son normas vivas en su aplicación real y su aplicabilidad efectiva.” (LAPORTA, Francisco J. *Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: Una aproximación preliminar. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 19)

<sup>253</sup> “Os valores referem-se a fins. Todo valor representa um fim em si. Na Constituição, os valores estão no começo e no fim de sua elaboração. A Lei Maior intenta, por exemplo, a organização de um regime político estável e a declaração de direitos com garantia de sua eficácia. Tais fins serão seus valores, os bens a que mira alcançar. Na verdade, indicam seus princípios ou causas. O fim é uma causa. Aliás, a causa final é a rainha das causas. Os valores preservados pela Constituição representam os seus princípios. Eles são revelados pela análise dedutiva da interpretação jurídica e estão contidos na letra expressa do Código Constitucional ou nas suas decorrências implícitas.” (POLETTI, Ronaldo. *Os valores da Constituição (II)*. Correio Brasiliense, 4 abr. 1984)

<sup>254</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, A Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 04.

<sup>255</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.

<sup>256</sup> BARRUFINI, José Carlos Tosei. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 32.

<sup>257</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 33.

Como se observa, a Constituição preceitua a organização do poder, apresentando-se como um instrumento de limitação do poder estatal, dividido entre seus órgãos independentes sob o sistema de freios e contrapesos, de modo que confere garantia às liberdades individuais<sup>258</sup>.

Diante disso, conclui-se que sem a Constituição não existe Estado, tendo em vista que ela é responsável por criar o próprio Estado, os poderes de governo, fundada na força conferida pelo texto constitucional ao qual ele se subordina. Ela decorre de um poder maior, anterior a ela própria, diverso dos poderes instituídos por ela. Surge, então, a importância do Poder Constituinte, responsável pela elaboração da Constituição<sup>259</sup>, o qual, como será demonstrado mais adiante, não se confunde com os poderes instituídos pela Constituição, de vez que é o próprio poder que cria o texto constitucional.

Percebe-se, assim, que as normas constitucionais são criadas por atos de vontade política daquele que detém o poder para elaborá-las. Quem possui esse poder é denominado de “soberano” e o próprio poder é reconhecido como o “Poder Constituinte”<sup>260</sup>.

A finalidade de toda Constituição é a criação de instituições para limitar e controlar o poder político. Cada uma possui um duplo significado ideológico, qual seja, liberar os destinatários do poder do controle social absoluto de seus dominadores e autorizar sua legítima participação no processo de poder, razão pela qual o exercício do poder político deve se submeter a determinadas regras e procedimentos obrigatoriamente respeitados pelos detentores do poder<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84-85.

<sup>259</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 12.

<sup>260</sup> LAPORTA, Francisco J. *Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: Una aproximación preliminar. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 23-24.

<sup>261</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 151.

Determinados fatores influenciam na elaboração do texto constitucional<sup>262</sup>. Eles interferem diretamente na formação do Estado Constitucional, como se verá mais adiante, repercutindo nas disposições reguladas pela Constituição quando da criação do Estado e do ordenamento jurídico ao qual este estará subordinado.

Por fim, não se pode esquecer de destacar que a Constituição deve acompanhar a realidade da sociedade, adaptando-se aos ideais sociais e absorvendo os valores que demonstram a evolução de determinada comunidade<sup>263</sup>.

Por essa razão, conforme restará comprovado neste capítulo, pode-se afirmar que a Constituição é um organismo vivo, que precisa refletir a realidade dinâmica da sociedade<sup>264</sup>. Não é por outro motivo que, a própria Constituição acaba criando institutos que permitem sua atualização para seu texto se adaptar à evolução da sociedade à qual ela se destina.

Diante da longa exposição introdutória, conclui-se que a Constituição ideal seria fundada numa ordem normativa que dispusesse de um processo político em que todos os desenvolvimentos da sociedade, sejam políticos, sociais, econômicos ou culturais, estivessem previstos no texto constitucional, sem a necessidade da modificação do seu conteúdo. Porém, considerando que ela reflete unicamente a situação social vigente no momento de sua elaboração, torna-se impossível a antevisão dos eventos futuros que exigirão a alteração do texto constitucional<sup>265</sup>, de modo que os instrumentos previstos pelo sistema constitucional para sua atualização são indispensáveis para aplicação e eficácia de suas normas constitucionais.

É o que se pretende analisar ao estudar a essência do Poder Constituinte nos próximos capítulos.

---

<sup>262</sup> Esses fatores podem ser (i) naturais ou físicos, resultantes da natureza física do Estado (dimensão, clima, vizinhos), estudados pela Geopolítica; (ii) sociais, identificados no estágio de desenvolvimento da sociedade; (iii) políticos, refletidos no contexto da Constituição, um documento político por natureza; (iv) econômicos, constatados no texto constitucional pela disciplina da ordem econômica do país; (v) históricos, presente na vida do povo que, naturalmente, é traduzida pela Constituição, tais como os fatores culturais e religiosos; e (vi) externos, pois a Constituição deverá coexistir com a ordem internacional pré-existente, e a globalização, que influencia diretamente como instrumento de interligação do Estado com o mundo externo. (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 29-31)

<sup>263</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

<sup>264</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 164.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 164.

#### 4.1 Conceito de Constituição

Em 1862, na Conferência pronunciada diante de um grupo de cidadãos em Berlim, Ferdinand Lassalle questionou: “O que é uma Constituição?” Ele deu origem, destarte, à obra de idêntico título, na qual examinou a essência da Constituição<sup>266</sup>. Na oportunidade, Lassalle esclareceu que sua exposição seria dotada do caráter estritamente científico, com o objetivo de discorrer sobre os problemas e o conceito de Constituição, a fim de averiguar sua essência<sup>267</sup>.

A Constituição pode ser compreendida como um sistema normativo aberto de regras e princípios, de onde se extrai a uniformidade das normas constitucionais que convivem harmoniosamente no ordenamento jurídico<sup>268</sup>. É nada mais do que uma lei, diferenciando-se de uma simples lei na medida em que é superior, pois é a lei fundamental de um país, não podendo ser modificada pelo mesmo procedimento de alteração de uma lei comum<sup>269</sup>.

Como lei fundamental, a Constituição possui características peculiares, que a aprofundam mais a cada tema do que as demais leis, consistindo, por isso, na fonte de validade das outras leis, com fundamento na sua essência, porque assim há de ser<sup>270</sup>.

A Constituição pode ser compreendida como “o simples modo de ser do Estado”<sup>271</sup>. É fruto do pacto social que, na formação daquele, visa garantir e assegurar os direitos dos cidadãos. Parte dela decorre da qualidade de como a sociedade funciona, e parte reflete os princípios que a sociedade deseja sejam seguidos pelo governo.

---

<sup>266</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica –Líder, 2004.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>268</sup> “A constituição indica como, supostamente, o país vai funcionar, como é que vão ser feitas e cumpridas as outras leis. Ela fixa os direitos dos cidadãos e os limites até onde o Estado pode interferir nas liberdades individuais. Indica, também, quais são as responsabilidades de cada um, governo e cidadãos, para que seja assegurado o funcionamento do Estado. Isso quer dizer que, ao mesmo tempo que ela serve para estabelecer as regras de conduta para os cidadãos, que as devem obedecer e das quais devem, sobretudo, se valer, ela também estabelece regras que o Estado deve cumprir, como representante dos cidadãos, assegurando ao conjunto da sociedade formas de controle sobre a ação do Estado.” (GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 9-10)

<sup>269</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Op. cit.*, p. 39-40.

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>271</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 37.

Ressalve-se que a essência da Constituição não está na lei, mas na decisão política do titular do Poder Constituinte<sup>272</sup> que resulta na criação e elaboração da Constituição na qualidade de norma suprema responsável pela organização do Estado, limitação do exercício do seu poder<sup>273</sup> e regulamentação das relações sociais.

“La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituyente* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya ‘*dado una Constitución*’. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*.”<sup>274</sup>

A Constituição representa uma organização sistemática dos elementos que constituem o Estado, definindo sua forma e estrutura, determinando o sistema de governo a ser exercido com divisão e funcionamento dos poderes, dispendo sobre o modelo econômico e assegurando os direitos, deveres e garantias fundamentais<sup>275</sup>.

“Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama una Constitución.”<sup>276</sup>

O conceito de Constituição depende dos valores inerentes do doutrinador que o expressar, pois refletirá a formação filosófica e a orientação política e ideológica daquele que enunciará essa definição<sup>277</sup>.

<sup>272</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 47.

<sup>273</sup> “O poder do Estado é multiplamente mediado pela Constituição e pelo direito a ela subordinado: divisão dos poderes – competências – procedimentos (geração, implementação e controle da norma) até a ordem de ação e a sua execução.” (MÜLLER, Friedrich. *Fragments (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 80)

<sup>274</sup> SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 45-46.

<sup>275</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

<sup>276</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 381.

<sup>277</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 28.

De acordo com Lassalle, o conceito de Constituição é a fonte primária da qual derivam a arte e a sabedoria constitucionais<sup>278</sup>, que resulta nos princípios e normas fundamentais disciplinadores que, ao instituírem o Estado, determinarão como ele exercerá o poder político, ao mesmo tempo em que assegurará à sociedade a proteção dos direitos e garantias individuais a fim de permitir a convivência social.

Carl Schmitt, ao definir Constituição, primeiramente a diferencia da lei constitucional, pois somente seria possível definir um conceito de Constituição quando se diferenciasse a Constituição de lei constitucional<sup>279</sup>.

Todas as leis constitucionais são passíveis de reformas, diversamente do texto da Constituição, cuja integralidade não pode ser modificada, sob pena de atingir a decisão política fundamental que se concretizou na elaboração do texto constitucional. A Constituição, como decisão política fundamental, é, portanto, intangível, enquanto as leis constitucionais podem ser suspensas ou violadas em caso de estado de exceção<sup>280</sup>.

As leis constitucionais são base da Constituição e a pressupõem, validadas pela prévia decisão política adotada por uma autoridade politicamente existente, que tem seu valor e sua razão de existência nela mesma<sup>281</sup>. A Constituição é intangível (a decisão política fundamental e a substância da Constituição), enquanto as leis constitucionais podem ser suspensas<sup>282</sup> ou modificadas.

A definição de Constituição proposta por Carl Schmitt deve ser compreendida com a concepção política de Constituição que será apresentada mais à frente, ante a qual a Constituição é concebida como uma decisão política fundamental, representando a força maior que disciplina a organização estatal de acordo com a vontade dos detentores do poder que decidiram pela elaboração da Constituição para definição do modo de ser e agir do Estado. É, de fato, a sua essência.

---

<sup>278</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica –Líder, 2004, p. 38.

<sup>279</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 45.

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 49-51.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 50.



Para Canotilho, a Constituição deve ser compreendida sob vários sentidos: histórico, político e jurídico. Confira:

“(…) a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos *de direito* e com os meios *do direito* os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como ‘lei’: o *direito constitucional é direito positivo*. Neste sentido se fala na ‘constituição como norma’ (GARCIA DE ENTERRIA) e na ‘força normativa da constituição’ (K. HESSE). A completa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a *constituição vale como lei*, então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade* (...) regulando jurídica e efectivamente as relações da vida (P. HECK) dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos (LUHMANN).”<sup>283</sup>

De acordo com José Afonso da Silva, a Constituição é a lei fundamental de um Estado, incumbida de organizar seus elementos essenciais num sistema de normas jurídicas (escritas ou costumeiras) que regulam a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, estruturando seus órgãos, dispondo sobre os limites para sua atuação, assegurando os direitos e garantias fundamentais<sup>284</sup>.

Como se nota, fixar um conceito único de Constituição não é tarefa fácil. Celso Bastos, por exemplo, sugere que o termo “constituição” seja analisado sob vários sentidos, os quais, conjuntamente, possibilitam a compreensão de uma definição de Constituição, dependendo da perspectiva de que ela é analisada.

Em sentido material, Constituição é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, presentes numa determinada sociedade, que identifica a realidade social de um Estado, disciplinando sua forma de ser, dentro do mundo do ser<sup>285</sup>. Essas forças são refletidas na elaboração do texto constitucional, demonstrando a face do Estado e como serão tomadas as decisões políticas referentes ao exercício do seu poder.

<sup>283</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 183.

<sup>284</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 37-38.

<sup>285</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

Em sentido substancial, Constituição é o conjunto das normas que conferem essência ou substância ao Estado, disciplinando sua estrutura, instituindo seus órgãos, dispondo sobre suas competências, estabelecendo os limites de sua atuação, observando os direitos e as garantias dos indivíduos que compõem a sociedade<sup>286</sup>. Essas normas determinam a forma de atuação do Estado, de fato, sua essência.

Em sentido formal, Constituição é o conjunto de normas que diferem das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo em vista que exigem um processo legislativo diverso, mais difícil, para a produção das normas constitucionais<sup>287</sup>. As normas constitucionais também são diferenciadas formalmente das demais normas jurídicas do ordenamento, uma vez que sua elaboração decorre da atuação do Poder Constituinte, enquanto aquelas são frutos do exercício dos poderes constituídos pelo Poder Constituinte quando da elaboração da Constituição.

Há, por fim, quem compreenda a Constituição como “aquilo que os juízes dizem que é”<sup>288</sup>. Neste caso, ela seria o resultado da interpretação do texto constitucional conferida pelo Poder Judiciário quando da aplicação das normas constitucionais. Em que pese, na realidade, a aplicação da Constituição ser realizada, em última instância, pelo Poder Judiciário, não se concorda com essa posição, pois se acredita que a Constituição é algo muito maior, que não pode ficar ao arbítrio privativo do Poder Judiciário, pois se trata de obra do Poder Constituinte, que, como será visto, emana do povo.

Depois de todos esses ensinamentos, definir-se-á Constituição como o conjunto de normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica (lei fundamental), que disciplina a organização estatal, regulando o exercício do poder pelo Estado, dispondo sobre a divisão das competências e assegurando os direitos fundamentais. A Constituição é o resultado de uma decisão política da sociedade, que confere ao Estado o poder de administrá-la, razão pela qual deve representar os fatores reais de poder dessa mesma sociedade, que a legitima, reconhece, respeita e aplica.

---

<sup>286</sup> BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>288</sup> “Tal frase é atribuída ao Juiz President Hughes dos Estados Unidos por Hendel, *Charles Evan Hughes and the Supreme Court* (1951), págs. 11-12.” (HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 283) “we are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 26)

Com relação a esse conceito, destaca-se, apenas, que ao intérprete da Constituição cumpre, sim, um papel de suma importância, seja ele o legislador, o governador, o juiz ou a sociedade, na função de extrair do texto constitucional o perfeito sentido de suas normas, motivo pelo qual deve dotá-las dos valores que refletem os anseios de determinada sociedade em dado momento histórico, sob pena de deturpar a essência da Constituição, acima definida.

## 4.2 Concepções de Constituição

O conceito de Constituição definido acima pode ser melhor compreendido quando da análise das concepções<sup>289</sup> conferidas à Constituição durante o desenvolvimento da Teoria da Constituição.

### 4.2.1 Concepção sociológica

A concepção sociológica realça que a Constituição reflete a soma dos “fatores reais de poder”<sup>290</sup> existentes na respectiva sociedade.

Tal concepção é defendida por Ferdinand Lassalle, para quem os fatores reais do poder são responsáveis por disciplinar a vida de cada sociedade, na qualidade de uma força ativa e eficaz, competente para informar todas as leis e instituições políticas dessa mesma sociedade<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> Concepção: (i) ato ou efeito de conceber algo (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006, p.252); (ii) obra da inteligência, produção, criação, teoria; (iii) trabalho de criação, projeto, plano; (iv) faculdade ou ato de aprender uma idéia ou questão, de compreender algo, percepção. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 784)

<sup>290</sup> “É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, anda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais.” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9)

<sup>291</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Líder, 2004, p. 42.

Como já afirmado, Lassalle expôs sua concepção sociológica da Constituição em 1862, na Conferência de Berlim, cuja apresentação deu origem à obra “O que é uma Constituição”.

Na oportunidade, ele enfatizou que a essência da Constituição está intimamente relacionada à soma dos fatores reais de poder existentes em determinada sociedade, quais sejam, a reunião da política, do exército, da economia e da cultura, cujos anseios são refletidos no texto constitucional, podendo demonstrar facilmente quem são os detentores de poder de certo núcleo social.

A concepção sociológica de Constituição demonstra que aquela representa as influências sociais e econômicas da sociedade, afastando, por conseguinte, a força e a autonomia do Direito, que é reduzido ao exercício e ao controle da força. Observe-se que a Constituição é um “instrumento da disputa de poder”<sup>292</sup>, que está em consonância com as forças sociais.

De acordo com o entendimento de Lassalle, a Constituição escrita deve retratar os fatores reais de poder da sociedade, sob pena de ser considerada apenas uma simples folha de papel. Assim, a Constituição será real somente quando representar e se identificar com os fatores reais de poder para, enfim, insurgir-se com a qualidade de lei fundamental, básica, que origina e fundamenta as demais normas do ordenamento jurídico. Posto isto, é notório que a essência da Constituição está no fato de ser a norma básica, fundamental e necessária para formar o próprio Estado<sup>293</sup>.

Lassalle assevera que todo país teria duas Constituições: uma real e efetiva, que representa a soma dos fatores reais de poder de uma sociedade, e uma escrita, denominada por ele de simples folha de papel<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 36-37.

<sup>293</sup> “Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos *fatores reais de poder* que vigoram nesse país. Mas que relação guarda isso com o que vulgarmente se chama Constituição jurídica? Não é difícil, senhores, compreender a relação que os dois conceitos guardam entre si. Colhem-se estes fatores *reais* de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores *reais de poder*, mas que se erigiram em direito, em instituições *jurídicas*, e quem atentar contra eles atentará conta (sic) a lei e será castigado.” (LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Líder, 2004, p. 48)

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 53.

Somente quando a Constituição escrita corresponder à Constituição real, apoiando-se nos fatores reais de poder da sociedade, o texto constitucional será reputado como bom e duradouro<sup>295</sup>.

Como explicitado no início deste trabalho, a compreensão do Poder Constituinte e sua obra, a Constituição, envolvem não somente questões de direito, mas, principalmente, questões de poder, pois o texto constitucional está alicerçado nos fatores reais e efetivos de poder da sociedade, aos quais compete revestir a Constituição escrita de seu valor e sua durabilidade<sup>296</sup>.

Konrad Hesse, analisando a concepção sociológica pregada por Lassalle, complementa sua teoria ao afirmar que a Constituição não pode apenas representar os fatores reais de poder, pois precisa também ser dotada de eficácia, a fim de “imprimir ordem e conformação à realidade política e social”<sup>297</sup>, haja vista que sua força normativa lhe impõe “realizar essa pretensão de eficácia”<sup>298</sup>.

A força normativa da Constituição defendida por Hesse advém da vontade da sociedade em ter o texto constitucional como instrumento para imposição de tarefas de forma a conferir eficácia às normas com base no seu respeito e efetividade<sup>299</sup>. Como se percebe, a Constituição jurídica precisa se conciliar com a realidade político-social da sociedade.

Logo, a concepção sociológica de Constituição sustentada por Lassalle deve ser interpretada juntamente com os apontamentos de Hesse, pois a Constituição deve ser concebida como o conjunto dos fatores reais de poder de uma sociedade e, ao mesmo tempo, ser dotada de força normativa para que possa ser observada e cumprida pelo Estado e por toda a sociedade.

---

<sup>295</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica –Líder, 2004, p. 63.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>297</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>299</sup> “Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (*Ibidem*, p. 19)

#### 4.2.2 Concepção política

A concepção política de Constituição tem por defensor Carl Schmitt, para quem ela é uma decisão política fundamental, decorrente da fusão da força e da autoridade, para impor controle ao poder do Estado por meio das normas constitucionais responsáveis por disciplinar com força a decisão fundamental.

De acordo com Carl Schmitt, a Constituição será legítima quando a força e a autoridade do Poder Constituinte forem reconhecidas nessa decisão fundamental, que deve ser compreendida como uma decisão política sobre a forma de existência estatal que integra a substância da Constituição. Sua validade está na unidade política existente e o sujeito do Poder Constituinte que fixa o modo e a forma de sua existência<sup>300</sup>.

A decisão política fundamental funciona como o alicerce da própria Constituição, ao estipular como o poder político será estruturado e exercido em determinada sociedade<sup>301</sup>.

A decisão política defendida por Schmitt apresenta-se como fonte do Direito, da qual deriva o Direito Constitucional, havendo de um lado a regra estrutural (decisão política) e de outro o elemento do sistema (ordenamento constitucional). A Constituição é um todo unitário, equiparado ao próprio Estado<sup>302</sup>.

Nos termos da concepção política de Constituição, o Direito submete-se às questões não jurídicas, uma vez que é a força política que determina as normas que instituem o Estado quando da elaboração da Constituição. Desta feita, a Constituição consiste claramente no produto do exercício do Poder Constituinte, objeto de análise do presente trabalho, o qual compete a decisão política fundamental no momento da definição da estrutura política do Estado Constitucional.

---

<sup>300</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 104.

<sup>301</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 44.

<sup>302</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 231.

Depreende-se da concepção política de Constituição que a decisão política fundamental, fonte do texto constitucional, permanece viva na própria Constituição e exerce sua força de acordo com as necessidades do Estado, o que permite que tal decisão seja revista para estabelecer novos ditames ao texto constitucional.

Como já foi antecipado, Carl Schmitt é quem diferencia a Constituição das leis constitucionais, sendo que a primeira, num sentido político absoluto<sup>303</sup>, possui uma razão extremamente existencial relacionada à decisão política fundamental, enquanto que as leis constitucionais são normas representativas do formalismo constitucional, conferindo rigidez ao ordenamento jurídico de acordo com a hierarquia imposta pela essência da Constituição.

“A Constituição, como decisão, nos confere um conceito absoluto da Constituição, em presença da relatividade das leis constitucionais isoladas. Escreve o publicista: ‘A distinção entre Constituição e lei da Constituição só é possível porque a essência da Constituição não se acha contida numa lei ou numa norma’. Anterior a toda normatividade, afirma ele, se acha a decisão política fundamental do titular do poder constituinte, que é o povo, na democracia, e o monarca, nas monarquias genuínas.”<sup>304</sup>

Todas as Constituições revestem-se de uma decisão política fundamental, que representa a decisão política eleita entre as várias possibilidades existentes na sociedade estatal. Trata-se de uma decisão determinante, relativa a assuntos internos e externos de natureza política, sócio-econômica e moral, que, depois de escolhida, determinará o sistema político da comunidade<sup>305</sup>.

E é essa decisão política elementar que confere normatividade e superioridade à Constituição, na condição de norma mais importante do ordenamento jurídico.

Como se observa, a concepção política de Constituição diretamente associada ao exercício do Poder Constituinte que, de posse do poder político, toma a decisão fundamental para a formação do Estado e a regulamentação do exercício do poder por meio da elaboração do texto constitucional.

---

<sup>303</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103-105.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>305</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 63.

### 4.2.3 Concepção jurídica

A concepção jurídica é defendida por Hans Kelsen, que destaca e consagra a importância do Direito perante a Constituição.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen promoveu um estudo do Direito sem misturá-lo com ideais ou justiça, analisando-o como ele é e não como deveria ser<sup>306</sup>. Com base nessas premissas, Kelsen defende uma teoria do positivismo jurídico, analisada de acordo com a própria essência e estrutura do Direito, afastando a valoração do Direito Positivo em nome de uma ciência jurídica<sup>307</sup>, tendo em vista que Kelsen prioriza o Direito puro, sem interferência de qualquer elemento não jurídico.

Com base na teoria desenvolvida por Kelsen, os valores decorrentes das interferências sociológicas são afastados da compreensão do Direito, porque a interpretação da Constituição não tem por objetivo influenciar o exercício da força jurídica sobre as normas jurídicas. A Constituição é a norma mais elevada do Direito Positivo, com competência para prescrever a produção de todas as demais normas do ordenamento jurídico<sup>308</sup>.

Ainda segundo Kelsen, a Constituição deve ser compreendida sob dois prismas: num sentido jurídico-positivo, na qualidade de norma posta pelo Estado, qualificada pelo grau da mais alta hierarquia no ordenamento jurídico, e num sentido lógico-jurídico, como norma hipotética fundamental pressuposta pela razão humana<sup>309</sup>.

Como se verifica, as concepções política, de Carl Schmitt, e jurídica, de Hans Kelsen, contrapõem-se. Enquanto o primeiro defende uma existencialidade da Constituição por meio do “‘algo vale, quando existe e porque existe’ (‘Etwas gilt, wenn es ist und weil es ist’)”, o segundo sustenta uma normatividade da Constituição com base no “‘algo vale, quando vale e porque vale’ (‘Etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt’)”<sup>310</sup>.

<sup>306</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XXVIII.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>309</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 39.

<sup>310</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 105.



Kelsen entende que a Constituição no seu sentido (i) jurídico-positivo deve ser compreendida como uma norma posta pelo Estado da mais alta hierarquia, representando a norma suprema do ordenamento jurídico positivado; e (ii) lógico-jurídico, pois possui sua validade fundada na norma hipotética fundamental, pressuposta pela razão humana, responsável por lhe conferir legitimidade perante a sociedade à qual ela se destina.

Essa norma hipotética fundamental (*Grundnorm*)<sup>311</sup> é a força garantidora da validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico<sup>312</sup>. Para compreendê-la é necessário partir do conhecimento de que se trata de uma norma pressuposta pelo homem e que não se confunde com as demais normas postas pela autoridade competente, razão pela qual é dotada da qualidade da espécie de norma mais elevada do sistema jurídico<sup>313</sup>, que valida a Constituição, fonte para produção das demais normas que constituem o ordenamento jurídico.

A norma fundamental, pressuposta pela razão humana, deve ser compreendida como aquela cuja validade não deriva de nenhuma outra norma superior, pois é a que confere validade a todas as demais normas editadas com base nela. Ela é a responsável por vincular todas as normas, dentro do ordenamento jurídico<sup>314</sup>, pois seu comando é “cumpra-se a Constituição”, que dispõe sobre a produção das demais normas jurídicas.

---

<sup>311</sup> “A *Grundnorm* ou norma fundamental é o conceito-chave com que traduzi aí a noção clássica do poder constituinte originário, sendo portanto aquela norma que produz e legitima todo o sistema jurídico ou que consente, como último ponto de referência e legitimidade, hierarquizar em distintos graus as diferentes normas do sistema.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 174)

<sup>312</sup> “A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundante da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 221/222)

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 163

De acordo com Kelsen, a norma fundamental pode conferir unidade a uma pluralidade de normas, ao mesmo tempo em que representa o fundamento de validade de todas as normas que constituem o denominado ordenamento jurídico<sup>315</sup>. Essa unidade da Constituição afasta a possibilidade de se detectar qualquer contradição entre as normas contidas no texto constitucional<sup>316</sup>.

Trata-se de um pressuposto gnoseológico, ou seja, um precedente lógico do conhecimento, uma condição lógico-transcendental (logicamente antes da experiência), que é posto pelo jurista para ensejar a pesquisa jurídico-científica, com caráter indispensável ao reconhecimento do Direito como um sistema de normas válidas<sup>317</sup>. Não prescreve obrigações, nem assegura direitos, pois é uma norma metajurídica pressuposta pelo pensamento jurídico com a finalidade de conferir validade ao sistema jurídico<sup>318</sup>.

A concepção jurídica de Kelsen contrapõe-se às concepções sociológica e política de Lassalle e Schmitt, pois defende que a Constituição é dotada de força normativa cuja fonte está presente unicamente no Direito, excluindo dessa noção os fatores sociais e políticos que não interferem na elaboração da Constituição<sup>319</sup>. Como se constata, Kelsen alega que a Constituição está intimamente interligada ao Direito, que, para melhor compreensão, não se subordina à influência das questões políticas, sociais e culturais da sociedade que ela disciplina.

#### 4.2.4. Concepção de Karl Loewenstein

Karl Loewenstein presume uma concepção de Constituição relacionada ao controle para a disputa pelo poder, delimitando as relações existentes entre os que detêm esse poder e os seus destinatários. Por isso, a Constituição pressupõe a divisão de competência por meio do sistema de freios e contrapesos defendido pela doutrina.

<sup>315</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

<sup>316</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 173.

<sup>317</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 129.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>319</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 40.

Segundo essa concepção, a Constituição é compreendida de acordo com a sua eficácia imposta pelos detentores do poder, os quais impõem sua hegemonia sobre a sociedade<sup>320</sup>.

No julgamento de Loewenstein, a Constituição converteu-se num dispositivo fundamental para o controle do processo de poder<sup>321</sup>.

A Constituição autêntica deve prescrever (1) uma diferença entre as tarefas estatais a serem desenvolvidas por diferentes órgãos estatais ou detentores de poder, no intuito de evitar a concentração do poder nas mãos de um único e autocrático detentor; (2) um mecanismo que imponha cooperação dos diversos detentores de poder, no sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*), para limitação do exercício do poder; (3) um mecanismo prévio que possibilite que um dos detentores do poder possa resolver seu impasse com o outro detentor do poder, no caso de não haver cooperação; (4) um método prévio para adoção pacífica da ordem fundamental e das modificações das condições sociais e políticas por meio de uma reforma constitucional, sem o uso da força ou de revolução; e (5) um conhecimento expresso dos direitos e garantias fundamentais com os instrumentos para sua proteção contra a atuação dos detentores de poder<sup>322</sup>.

Para Loewenstein, as Constituições podem ser normativas, quando efetivamente obedecidas pelos detentores do poder e por toda a sociedade, nominais, quando não condizem com a realidade da sociedade e carecem de força normativa, e semânticas, quando legitimam os detentores do poder político para regular quem detém o poder e pode exercê-lo sem dividi-lo ou perdê-lo<sup>323</sup>.

Como se nota, a concepção de Constituição de Loewenstein diferencia das concepções sociológica, política e jurídica, ao mesmo tempo em que com elas se integra, tendo em vista que, ao imaginá-la como um instrumento de controle de poder, reconhece a força dos fatores reais de poder da sociedade, que tomaram a decisão política fundamental ao elaborar a Constituição na formação do Estado, prevendo os meios de controle desse poder mediante normas jurídicas que impõem dever de obediência diante da sua aplicação na realidade social.

---

<sup>320</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 49.

<sup>321</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 149.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 217-222.

### 4.3 Acepções de Constituição

Existem três acepções<sup>324</sup> clássicas de Constituição (uma inglesa, uma americana e uma francesa), das quais surgiram as primeiras Constituições que se desenvolveram para formação da Constituição concebida no sentido moderno que ostenta atualmente.

A acepção inglesa de Constituição é revelar, pois ela se apresentava como um instrumento de revelação dos direitos e liberdades da burguesia. Seu marco histórico é a *Magna Charta Libertatum*, que tinha por objetivo reforçar as prerrogativas dos cidadãos (clero e burguesia) por meio das leis de direito, fundadas no direito costumeiro, com a finalidade de explicitar os direitos assegurados pelo documento jurídico<sup>325</sup>.

A acepção americana de Constituição é garantir, uma vez que se mostrava como uma forma de garantir direitos diante da divisão dos poderes do Estado contra o absolutismo daqueles que detinham o poder, a fim de determinar a participação política dos cidadãos. O texto constitucional era concebido como garantia dos direitos dos cidadãos, em consonância com o exercício do poder pelos governantes<sup>326</sup>, disponibilizando direitos a toda coletividade.

A acepção francesa de Constituição é formar, porque esta permitiu a queda da nobreza e a elevação da burguesia, mediante uma reestruturação da sociedade, com a proteção dos direitos fundamentais e a limitação do exercício do poder pelo Estado, mediante a criação de um novo regime, com a ruptura do anterior, baseado na filosofia burguesa, profetizando a supremacia do parlamento. O objetivo do texto constitucional era reformular a estrutura do poder sem, contudo, desproteger os cidadãos frente ao novo governo assim idealizado<sup>327</sup>.

---

<sup>324</sup> Acepção: (i) sentido em que se emprega um termo, significação (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006, p. 88); (ii) cada um dos sentidos que palavra apresenta de acordo com o contexto; (iii) ação de receber, compreensão de uma palavra ou sentido que lhe dá quem a ouve (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 50).

<sup>325</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 35.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 35-36.

Essas três acepções de Constituição refletem a realidade histórica em que ela surgiu, como um documento político fundamental, responsável pela formação do Estado, da organização dos seus poderes e garantia dos direitos individuais, o que poderá ser melhor compreendido quando da exposição sobre o desenvolvimento do Constitucionalismo, a ser formulada no final deste capítulo.

Como será elucidado mais adiante, na Inglaterra, a Constituição surgiu como uma maneira de revelar à sociedade a existência dos seus direitos e liberdades, protegidos pela carta constitucional, em oposição ao poder soberano do monarca. Nos Estados Unidos da América do Norte, a Constituição aparece como um recurso de garantia dos direitos individuais então já reconhecidos, exigindo uma limitação aos abusos no exercício do poder estatal. E na França a Constituição apareceu como um processo transformador do poder político, destituindo a estrutura do autoritarismo dominante, através de um documento que reformulou o Estado e assegurou os direitos e garantias fundamentais.

#### **4.4 Elementos da Constituição**

José Afonso da Silva salienta que a Constituição possui elementos essenciais que conferem a qualidade especial às suas normas constitucionais, as quais são organizadas no texto da Constituição em consonância com a correlação da sua função e de seu conteúdo<sup>328</sup>.

Ele frisa que esses elementos são: elementos orgânicos, que dizem respeito à regulação dos poderes do Estado e sua estrutura; elementos limitativos, que correspondem à definição dos direitos e garantias fundamentais, restringindo o âmbito da atuação do Estado; elementos sociológicos, que se referem ao compromisso firmado entre o Estado individual e o Estado social, traçando o perfil ideológico estatal; elementos de estabilização constitucional, que se reportam à garantia da paz social que amolda a normalidade estatal; e elementos formais de aplicabilidade, que se relacionam a forma de aplicação da Constituição<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 44.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 44.

Dessa simples exposição sobre os elementos formadores da Constituição pode-se extrair sua essência, ordenando o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a organização do Estado e o exercício do poder, limitado pela proteção dos direitos e garantias individuais, bem como colacionando o ideal de uma sociedade e lhe proporcionando estabilidade, estrutura e efetividade na aplicação de suas normas.

#### **4.5 Finalidade da Constituição**

Partindo dos pressupostos analisados anteriormente, pode-se agora identificar qual é a principal finalidade de uma Constituição.

Na qualidade de lei fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição tem por princípio a orientação da produção normativa estatal e a gestão das atividades de legislar, governar e julgar, além de assegurar os direitos e garantias fundamentais, conduzindo o Estado e a sociedade na busca do bem comum.

Assim, como um “Estatuto de Governo”, a finalidade da Constituição é a de delimitar as competências dos órgãos do Estado, evitando que o Poder Público atue com arbitrariedade, assegurando a liberdade das pessoas, disciplinando as relações entre o Estado e os particulares, de modo que permita que o poder não seja arbitrário nem esteja ausente na vida do Estado e da sociedade<sup>330</sup>.

Nota-se, pois, que a Constituição representa um instrumento de regulação, de medida<sup>331</sup>, para organização do uso do poder pelo Estado no exercício de suas atividades de orientar a vida dos indivíduos em sociedade.

---

<sup>330</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, A Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 26.

<sup>331</sup> A Presidente da Suprema Corte da Alemanha de 1995 já afirmava que “Só conheço uma medida de medir: a Constituição” (GARCIA, Maria. *A Constituição Desconstituída: As Emendas e o Cânone Constitucional*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 08 – n. 33 – outubro-dezembro de 2000, p. 86)

André Ramos Tavares, seguindo a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, elenca dez funções fundamentais da Constituição: garantia, organizativa ou estruturante, limitativa, procedimental, instrumental, conformadora da ordem sócio-política, legitimadora (e às vezes, legitimante), legalizadora, simbólica, e prospectiva. E, ainda, acrescenta mais as funções: social ou prestacional mínima, escolha econômica, pacificadora ou de calibração das forças políticas, judicialização do respeito aos direitos fundamentais, e outras, de acordo com cada Constituição em particular<sup>332</sup>.

Verifica-se, assim, que a Constituição possui um caráter de multifuncionalismo, o qual, contudo, em nada afeta a unidade da Constituição, sob pena da perda do seu conjunto de valores<sup>333</sup>.

Roberto Hugo Lima Pessoa desenvolveu em sua dissertação de mestrado uma análise funcional da Constituição. Partindo do entendimento de Canotilho sobre a função da Constituição<sup>334</sup>, ele arrolou três modelos (tipos ideais) para compreensão dessas funções.

A Constituição, como um artefato, é um meio para o alcance de objetivos racionalmente perseguidos pelo agente-autor. Como um mecanismo de integração, ela satisfaz as exigências de funcionamento do sistema social em que se insere. E, como um jardim de justiça, é o elemento do sistema jurídico que contribui para que o Direito satisfaça um bem humano relevante<sup>335</sup>.

Como se pode perceber, a Constituição tem a função de construir um sistema normativo para a organização estatal. Como lei fundamental, ela determina a competência dos órgãos de soberania e disciplina a maneira do exercido do poder pelo Estado.

---

<sup>332</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 75-76.

<sup>334</sup> A qual seria “o ‘constituir normativo da organização estadual’ (organização estatal), a ‘racionalização e limite dos poderes públicos’ e a ‘fundamentação da ordem jurídica a comunidade’ (consubstanciada num catálogo de Direitos Fundamentais e respectivas garantias)” (PESSOA, Roberto Hugo Lima. *Análise Funcional da Constituição*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 2008, p. 232).

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 235.

Outra função da Constituição está na racionalização e limitação do poder público estatal, mediante a divisão do poder do Estado com interdependência. A Constituição é responsável, ainda, por fundamentar o sistema jurídico, pois serve de orientação formal e material para a produção de todas as normas jurídicas.

Por fim, a Constituição tem a função de apresentar um programa de ação estatal, baseado nos princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, democrático, republicano, social e pluralista), que impõem tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado como forma de legitimação material da vontade constitucional.

#### 4.6 Legitimidade da Constituição

Como demonstrado no primeiro capítulo, a legitimidade é uma qualidade do poder quando ele é exercido em consonância com o consenso e os anseios da sociedade, sendo seus comandos aceitos naturalmente, sem questionamentos ou imposições.

Diante disso, a Constituição, como instrumento de controle de poder, será legítima quando corresponder ao pacto social firmado entre os cidadãos, refletindo as práticas políticas da sociedade vigentes num determinado momento histórico. Por sua vez, quando não representar a vontade da maioria da população nem tiver autoridade reconhecida pelos cidadãos, não será considerada legítima, pois sua obediência decorrerá necessariamente da imposição e do uso da força<sup>336</sup>.

Não é por outro motivo que, como já afirmado anteriormente, quando a Constituição carece de legitimidade, há a necessidade de ruptura do ordenamento jurídico e de elaboração do novo texto constitucional que reflita os anseios da sociedade manifestados em determinado momento histórico.

De tudo que foi analisado até aqui, pode-se afirmar que, de acordo com a doutrina de Lassalle, a legitimidade da Constituição está nos fatores reais de poder presentes na sociedade. Para Schmitt, a legitimidade da Constituição está na decisão política fundamental. E Kelsen, por sua vez, defende sua teoria fundada na norma hipotética fundamental, responsável por conferir validade e legitimidade à Constituição<sup>337</sup>.

<sup>336</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 26-27

<sup>337</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 56.



A legitimidade da Constituição pode ser analisada sob o aspecto formal, por meio do qual se constata a origem do poder que dela emana (jurídico), e sob o aspecto material, no qual se identifica o seu conteúdo, exigindo uma adequação das finalidades que ela objetiva (político-filosófico)<sup>338</sup>.

A Constituição será legítima sob o ponto de vista formal quando for fruto do consentimento da nação soberana. E será legítima sob o ponto de vista material quando o Estado tiver por objetivo e limites de atuação a manutenção do ordenamento jurídico fundado nos fins superiores do Direito, mantendo a ordem, a segurança, o progresso social e individual, a realização da justiça e do bem comum, observando, em suma, os direitos inalienáveis e os princípios da justiça e do direito natural<sup>339</sup>.

“(...) uma Constituição só é democrática – jurídica e normativa – quando ela é legítima. O seu grau de legitimidade é dado pelo grau de correspondência entre o pacto social vigente, nascido das práticas políticas daquela nação naquele determinado momento histórico, e a letra da Constituição. Uma Constituição que não é legítima (que não representa a vontade da maioria) pode assegurar o poder daqueles que se apossaram do Estado, mas certamente não terá autoridade reconhecida pelos cidadãos, que obedecem apenas por constrangimento imposto pela força das armas.”<sup>340</sup>

Como se pode observar, como uma qualificadora do poder, a legitimidade é uma qualidade ínsita à natureza da Constituição, permitindo que ela retire da sociedade<sup>341</sup> sua força normativa para a instituição do Estado, regulando o exercício do poder político, bem como a garantia e a defesa dos direitos individuais exercidos em harmonia com o consenso e os anseios da sua sociedade.

#### 4.7 Supremacia da Constituição

<sup>338</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 219.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 219-221.

<sup>340</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 26-27.

<sup>341</sup> As normas constitucionais não possuem sua validade em normas superiores, mas são legitimadas democraticamente pela sua sociedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1147-1148).

A Constituição é dotada de supremacia, qualidade essa acrescida da suprallegalidade e da imutabilidade relativa. Trata-se de um princípio maior que rege todo o contexto constitucional.

A supremacia da Constituição decorre de sua origem, por ser proveniente de um poder que institui todos os demais poderes (Poder Constituinte), o que a torna a norma mais importante do ordenamento jurídico<sup>342</sup>, colocada no ápice do sistema jurídico, conferindo validade às demais normas que são produzidas de acordo com a competência previamente prescrita pelo texto constitucional. Ela confere à Constituição um caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico, que deve ser compatível com as normas constitucionais deve estar compatível<sup>343</sup>.

“A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprimazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas de normas (normae normarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.”<sup>344</sup>

Como já esclarecido, a Constituição é a norma responsável por regular a produção de todas as demais normas do ordenamento jurídico. É a norma superior e, como tal, seus mandamentos devem ser observados na produção das demais normas jurídicas, que devem ser compatíveis com ela. Tal fato a dota da supremacia, colocando-a no escalão mais elevado do Direito Positivo, pois ela disciplina a produção de todas as normas jurídicas<sup>345</sup>, as quais somente serão válidas se tiverem sido editadas pela autoridade competente e tratarem de matéria de sua competência, de acordo com os procedimentos previamente prescritos na Constituição<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> “A supremacia da Constituição decorre da sua origem.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-21)

<sup>343</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

<sup>344</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1147.

<sup>345</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 225.

A supremacia da Constituição pode ser analisada sob o aspecto material, que exige que toda a produção normativa ou atividade estatal se coadune com a norma constitucional, ou sob o aspecto formal, que impõe a observação da Constituição que prevê a forma de organização do Estado, da sua estrutura, composição, atribuição e procedimentos dos poderes, constituídos pela Constituição<sup>347</sup>.

A supralegalidade material reside no fato de a Constituição ser fonte do controle da constitucionalidade, devendo as demais normas jurídicas estar ajustadas às dela. A supralegalidade formal fundamenta-se no fato de a Constituição ser o centro da produção normativa para a criação das demais normas jurídicas do ordenamento. Como se pode observar, a supralegalidade da Constituição advém da sua própria supremacia<sup>348</sup>.

Importante esclarecer que a supremacia da Constituição não pode ser reconhecida como um simples princípio jurídico. Este é o fundamento e a base do ordenamento jurídico, constitui uma espécie de norma, a ser aplicada, estando sujeita, inclusive, à ponderação, na hipótese de aparente conflito normativo. Por sua vez, a supremacia da Constituição é algo maior, superior, que não se sujeita, por exemplo, à ponderação. Consiste, na verdade, numa norma estrutural do sistema constitucional, razão pela qual pode ser compreendida como uma regra do que como um princípio<sup>349</sup>.

O sistema constitucional, como o próprio nome diz, deve ser considerado um sistema, ou seja, “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem”, no qual a Constituição representa a fonte maior que organiza todas as demais normas que a ela devem obediência e entre elas mantêm certa coerência.<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86-87.

<sup>348</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 55.

<sup>349</sup> ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade Ponderação e Regras de Argumentação para a Interpretação Conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 65-66.

<sup>350</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 71.

Partindo do pressuposto de que a supremacia da Constituição não possui sua natureza jurídica nas regras nem nos princípios<sup>351</sup>, deduz que ela significa, na verdade, uma “metanorma”, ou melhor, um postulado normativo<sup>352</sup>, responsável por estruturar a aplicação de todas as demais normas jurídicas, sendo certo que a Constituição está acima de todo o ordenamento, iluminando a produção das demais normas jurídicas e a supremacia da Constituição apresenta-se, assim, como uma norma lógica capaz de manter a unidade<sup>353</sup> e a hierarquia da Constituição<sup>354</sup>.

Uma ação importante para a manutenção da supremacia da Constituição está no controle de constitucionalidade, que impede a presença de atos inconstitucionais no ordenamento jurídico que vêm em afronta à supremacia constitucional<sup>355</sup>, mantendo as normas constitucionais no nível mais elevado do sistema jurídico.

Portanto, pode-se concluir que a supremacia da Constituição está no fato dela representar a norma suprema do ordenamento jurídico, constituindo a soberania do Estado, fruto do exercício do Poder Constituinte. Na qualidade de norma suprema, a Constituição revela-se como um fenômeno hierárquico, que impõe a compreensão e a interpretação do sistema jurídico sempre partindo dos mandamentos constitucionais<sup>356</sup>.

<sup>351</sup> Como já esclarecido anteriormente, para diferenciar os princípios das regras, Canotilho apresenta os seguintes critérios: “a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo inverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da idéia de direito*: os *princípios* são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1160-1161)

<sup>352</sup> Postulados jurídicos, como normas de segundo grau, que não são princípios nem regras, mas são dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito, orientando-o na aplicação dos próprios princípios e regras (ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41-42).

<sup>353</sup> “Todavia, o importante é que a unidade da Constituição não reside nela mesma, senão na unidade política, cuja particular forma de existência se fixa mediante o Ato Constituinte. A Constituição não é, pois, coisa absoluta, porquanto não surge de si mesma. A Constituição vale por virtude da vontade política existencial daquela que lhe dá.” (BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 19)

<sup>354</sup> ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade Ponderação e Regras de Argumentação para a Interpretação Conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 66.

<sup>355</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

88.

<sup>356</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

Diante disso, o Poder Constituinte, responsável pela elaboração da Constituição, é, nessa qualidade, nota de supremacia<sup>357</sup>.

A compreensão da supremacia da Constituição é muito importante, inclusive para a análise do papel do Poder Constituinte Derivado Reformador, instituído pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, no exercício do poder de reforma constitucional, tendo em vista que somente ele poderá modificar o texto constitucional, lei suprema do ordenamento<sup>358</sup>, mantendo-lhe a unidade e a supremacia. Reside aí a característica de imutabilidade relativa do texto constitucional, que somente poderá ser modificado na hipótese de serem observados os mandamentos constitucionais prescritos para tanto.

#### 4.8 Aplicação e eficácia da Constituição

A aplicação das normas constitucionais permite que a Constituição surta efeitos jurídicos dentro do âmbito de aplicabilidade exigida da sua capacidade<sup>359</sup>. Aplicabilidade e eficácia<sup>360</sup> estão intimamente relacionadas: enquanto eficácia é uma potencialidade, a aplicabilidade é a realização e a prática da norma jurídica<sup>361</sup>.

As normas constitucionais são aplicáveis e eficazes, do ponto de vista sociológico, quando efetivamente observadas e cumpridas pela sociedade, e, do ponto de vista jurídico, quando estão vigentes, são legítimas e possuem eficácia<sup>362</sup>.

---

<sup>357</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

<sup>358</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 53.

<sup>359</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 17.

<sup>360</sup> Não será desenvolvida, aqui, com a atenção que o tema requer, a teoria de José Afonso da Silva (eficácia plena, contida e limitada das normas constitucionais), mas apenas indicar-se-á as condições de aplicação e eficácia das normas constitucionais a fim de comprovar que a Constituição possui supremacia que autoriza a plena aplicação a fim de surtir efeitos perante a sociedade para o qual ela se destina.

<sup>361</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 52.

Toda Constituição é dotada de pelo menos um mínimo de eficácia sobre a realidade social<sup>363</sup>, ou seja, suas normas são dotadas de uma eficácia mínima<sup>364</sup> que autoriza sua aplicação sobre o mundo real ao qual ela se destina. Isso significa que todas as normas constitucionais, sem exceção, são capazes de surtir efeitos desde sua vigência<sup>365</sup>.

A Constituição precisa ser corretamente interpretada para o alcance da adequada compreensão dos seus mandamentos. O intérprete deve buscar a principiologia das normas constitucionais e conscientizar plenamente de seus preceitos básicos, para que se possa assegurar efetividade ao texto constitucional.

No exercício de interpretação da Constituição, o intérprete deve ter em mente os princípios da supremacia e da unidade da Constituição, conferindo às normas constitucionais o grau de máxima eficiência (princípio da máxima eficiência), o que significa que, sempre que possível, a Constituição deve ser interpretada de forma a atribuir o maior grau de eficácia às suas normas<sup>366</sup>.

Esses comandos de interpretação têm por objetivo conferir à Constituição a possibilidade de se realizar no mundo real, surtindo efeitos práticos sobre a sociedade à qual ela se destina. Trata-se da necessidade de concretizar cabalmente as normas constitucionais, possibilitando que elas saiam do universo jurídico normativo do texto da Constituição para ir ao encontro do universo fático onde efetivamente surtirá seus regulares efeitos.

Tal concretização pode ser alcançada pela exata interpretação da Constituição, que deve absorver a realidade social (fatores reais de poder) e extrair o conteúdo da Constituição a fim de lhe proporcionar a correta aplicação. Nesse sentido, a interpretação constitucional destaca-se com um caráter criativo, pois o conteúdo normativo somente será completo após a interpretação da Constituição<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 97.

<sup>364</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

<sup>365</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 57.

<sup>366</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 175-176.

<sup>367</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.

“O Direito, do ponto de vista sociológico, é meramente a institucionalização da força, é o resultado de um jogo de relações sociais em que as forças maiores prevalecem. Isto é o Direito. De um ângulo extra sociológico é o sistema de normas, pura e simplesmente. Esse tipo de separação talvez torne mais simples verificar a problemática que enfrentamos, inclusive na órbita política. Quem interpreta o fundamental na Constituição quando diz que o poder emana do povo e em seu nome é exercido. Bem o último a interpretar é Poder Judiciário, a interpretar como órgão do Direito Positivo, mas todos nós interpretamos a cada momento no exercício da norma atividade. Enquanto todos nós não interpretarmos com consciência jurídica, não adianta nada. É isto que precisa ser transformado e este é um papel importantíssimo para o bacharel de Direito, porque ele faz parte dessa comunidade que dissemina uma consciência jurídica. É isso que nós precisamos fazer. Então aprendemos a separar o Direito da Política para chegar a esse ponto.”<sup>368</sup>

Já afirmava Konrad Hesse que a condição de eficácia de uma Constituição jurídica refere-se à coincidência da realidade e da norma, o que constitui um limite hipotético extremo, eis que entre a norma constitucional estática e racional e a realidade social existe uma tensão que dificilmente se eliminará<sup>369</sup>. Portanto, o efeito determinante de uma Constituição real é se desvincular da Constituição jurídica<sup>370</sup>, para que possa efetivamente representar os comandos que organizam de fato determinada realidade social.

Infere-se, assim, que a norma constitucional não possui existência autônoma diante da realidade, pois a essência dela está na sua vigência, na sua efetiva concretização na realidade social<sup>371</sup>. Isso, contudo, não afasta da Constituição seu caráter de “dever ser”, pois mantém sua qualidade de impor a ordem e a conformação à realidade política e social<sup>372</sup>, de modo que consegue a plena pretensão de eficácia quando adquire força normativa<sup>373</sup>.

A essência e a eficácia da Constituição estão, portanto, na força da natureza das coisas, que impulsiona as normas constitucionais de modo a transformá-las em força ativa para efetiva realização constitucional<sup>374</sup> possibilitando a aplicação das normas da Constituição perante a sociedade à qual ela se destina a tutelar.

<sup>368</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 101.

<sup>369</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 20.

No estudo do Poder Constituinte a ser desenvolvido mais adiante, será verificado, ainda, que existe a possibilidade de uma Constituição ser superada por uma nova Constituição, razão pela qual surgirão questionamentos acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

É certo que, a nova Constituição afasta a aplicação da Constituição anterior, de modo que é permitido afirmar que as novas normas constitucionais acarretam a perda da validade das normas constitucionais anteriores.

Porém, como fica a legislação ordinária editada anteriormente à nova Constituição? Caso compatível com a nova ordem jurídica instalada, a norma infraconstitucional anterior será recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, mantendo sua normatividade plena e eficaz. Consequentemente, a norma infraconstitucional, incompatível com a nova Constituição, perderá automaticamente suas validade e eficácia, não podendo ser aplicada à vista da nova realidade constitucional.

Isso não prejudica a supremacia da Constituição nem afeta a eficácia e a aplicabilidade das normas. Essas são relacionadas à sua natureza e, na hipótese de a Constituição perder a legitimidade perante a sociedade à qual ela se destina, nada mais natural do que a nova Constituição emergir com supremacia para a formação do novo ordenamento jurídico, impondo aplicabilidade e eficácia às suas normas constitucionais.

## **4.9 Tipos de Constituição**

Prosseguindo na estrutura expositiva, sem adotar uma classificação específica, apresentar-se-ão, em seguida, os tipos de Constituição que podem existir, conforme identificado do decorrer da história.

### **4.9.1 Constituição formal, material e substancial**



A Constituição formal é distinguida por todos os preceitos jurídicos constantes no seu texto. Ela possui três características que a individualizam: suas normas são objeto de um documento denominado Constituição, estabelecidas por um órgão competente para tanto, denominado Poder Constituinte, e são hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico<sup>375</sup>.

Trata-se de um conjunto de normas jurídicas elaboradas de modo especial e solene<sup>376</sup>, que recebe o nome de Constituição.

A Constituição formal está imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos que compõem a realidade viva e dinâmica de uma sociedade, apresentando-se como um conjunto de normas e princípios que refletem a espontaneidade da vontade social e a força presente em determinado momento, fixando a organização política fundamental regulada pelo texto constitucional<sup>377</sup>.

Enquanto a Constituição formal é apenas um documento solene, formado por um conjunto de normas cuja modificação não pode ocorrer como a alteração das demais normas do ordenamento jurídico, a Constituição material é conjunto das normas jurídicas que regulamentam a criação das demais normas do ordenamento jurídico<sup>378</sup>.

Trata-se de um conjunto jurídico das forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas de determinada sociedade<sup>379</sup>, as quais, adequadas à realidade do Estado, determinam seu modo de ser<sup>380</sup>.

Portanto, do ponto de vista material, a Constituição é concebida como o conjunto de normas relativas à organização do poder, à distribuição de competências, ao exercício de autoridade, à forma de governo e aos direitos da pessoa humana. Ou seja, abrange toda a matéria que diz respeito à composição e ao funcionamento da ordem política do Estado<sup>381</sup>.

---

<sup>375</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 22.

<sup>376</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63.

<sup>377</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 98-99.

<sup>378</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 182.

<sup>379</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>380</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

<sup>381</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 80.

Surge, então, a classificação de Constituição substancial, defendida por Celso Bastos e André Ramos Tavares, como o conjunto de normas que organizam determinada sociedade política. Trata-se de normas de organização do Estado, limitação de poder, direitos humanos, que representam os componentes estruturais mínimos de um Estado<sup>382</sup>, diferenciando-se da Constituição material, que seria fruto somente do universo do ser, por expor o modo de ser do Estado<sup>383</sup>.

Assim, em sentido substancial, a Constituição reúne as normas que conferem essência ou substância ao Estado, dispendo sobre a sua estrutura e a definição de competências, limitando o exercício do poder estatal e respeitando as garantias individuais<sup>384</sup>, ou seja, a Constituição será definida de acordo com o conteúdo de suas normas, diferenciando-se da Constituição material, cujas normas referem-se à realidade da sociedade.

#### **4.9.2 Constituição real, normativa, nominal e semântica**

A Constituição real é a que reflete a realidade formada por determinados componentes que atuam com eficácia, de acordo com as vontades dos partidos políticos, dos grupos de interesses, das categorias patronais e da opinião pública, conforme as forças presentes na sociedade<sup>385</sup>.

A Constituição normativa possui força normativa, ou seja, a Constituição como norma estipuladora dos deveres e obrigações a serem observadas pelo Estado e sua sociedade. Trata-se da Constituição viva, que é, de fato, vivida pela sua sociedade e pelo Estado, ou seja, pelos destinatários e detentores do poder. É uma Constituição real e efetiva, que estabelecem o processo político e adapta às normas constitucionais a ele, de forma a serem observadas por todos os interessados e integradas à sociedade estatal num ambiente favorável para sua realização<sup>386</sup>.

<sup>382</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

<sup>383</sup> Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>385</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 99.

<sup>386</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 217.

A Constituição nominal é uma Constituição válida, mas, diante da dinâmica do seu processo político, não se adapta às suas normas, razão pela qual carece de realidade existencial. Os pressupostos sociais e econômicos existentes no momento atual agem contra a harmonia absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder, inviabilizando a integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política. A Constituição nominal incorpora uma função educativa, com o objetivo de se converter em uma constituição normativa<sup>387</sup>, e não é considerada quando do efetivo exercício do poder pelos seus detentores.

A Constituição semântica serve de instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos da localização do poder político. Por meio dela, a liberdade é restrita e será exercida na forma estabelecida pelos detentores do poder<sup>388</sup>, sendo invocada como pretexto para justificar a dominação dos detentores do poder político.

#### 4.9.3 *Living Constitution e Fake Constitution*

A *Living Constitution* significa Constituição viva. Não pode permanecer estática, desenvolvendo-se a par dos costumes, as práticas políticas, as ações do congresso e do presidente, e especialmente com a interpretação judicial. Como uma “pele viva”, deve ser elástica, expansível e constantemente renovada<sup>389</sup>, atendendo às necessidades da realidade da sociedade para a qual se destina, adaptando-se à sua evolução.

A *Fake Constitution* significa Constituição falsa. Difere da Constituição nominal por se apresentar como uma constituição verdadeira que não incorpora a legitimidade da Constituição real do país. É uma Constituição que possui forma sobre sua sociedade, mas que não extrai dela sua legitimidade.

---

<sup>387</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 218.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>389</sup> McBAIN, Howard Lee. *The living constitution. A consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The MacMillan Company, 1929, p. 30-33.

#### 4.9.4 Constituição escrita e costumeira

A Constituição escrita é o resultado de um processo de codificação do Direito Público, onde o Direito Constitucional está sistematizado num único documento textual<sup>390</sup>, formado pelo conjunto de normas advindas de um procedimento específico, inclusive utilizado no momento da reforma constitucional.

A Constituição escrita ou dogmática é o conjunto dos textos legislativos sistematizados e revisados periodicamente e que descrevem as tradições históricas, os usos e costumes da sociedade, corporificados num documento escrito a fim de delimitar com precisão os direitos<sup>391</sup> a serem respeitados pelo Estado e os deveres a serem cumpridos pelos indivíduos. Ela ordena sistematicamente os princípios fundamentais da organização política do Estado e das relações estatais com a sociedade. Compõem, enfim, um documento único, supremo, sobrevivendo especialmente num determinado território e no momento oportuno<sup>392</sup>.

A Constituição costumeira deriva da sociedade, sem formalidade nem solenidade, sendo formada pelo conjunto de orientações não positivadas, oriundas basicamente da jurisprudência e costumes<sup>393</sup>. Ela decorre das práticas constantes de regras e costumes de uma sociedade, consagrados pela sua evolução histórica como atos normativos e imperativos a serem observados. Representa, portanto, um “grupo de hábitos coletivos que determinam a organização, o funcionamento ou a transmissão do poder estatal nos seus múltiplos aspectos”<sup>394</sup>.

Também denominadas Constituições consuetudinárias ou não-escritas, as Constituições costumeiras são fundadas no costume constitucional<sup>395</sup>.

---

<sup>390</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

<sup>391</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 80.

<sup>392</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

<sup>393</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 67-68.

<sup>394</sup> FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>395</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 84-85.

Historicamente, as Constituições escritas foram se sobrepondo às constituições costumeiras, em virtude da crença na superioridade da lei escrita sobre os costumes, da convicção de que a Constituição renova a solenidade do contrato social e da persuasão de que não há melhor instrumento para educação política do que o texto constitucional<sup>396</sup>.

#### 4.9.5 Constituição imutável, fixa, rígida, flexível e semirígida

A Constituição imutável é que não prevê qualquer possibilidade de modificação do texto constitucional, não havendo outorga de poder a algum órgão designado para reformar ou revogar dispositivos constitucionais. Ela é elaborada com a pretensão de se conservar num instrumento eterno<sup>397</sup>, desautorizando qualquer poder a reformá-la com legitimidade e, sobretudo, a revogá-la. Neste caso, a manifestação do Poder Constituinte é única, esgotando-se com a elaboração da Constituição<sup>398</sup>.

Os exemplos de Constituição imutável que podem ser citados são o Código de Hamurabi, as Leis de Esparta e a Constituição da Finlândia, textos que não admitem a existência de um órgão competente para revê-los, tal como a cláusula constitucional que limita temporal ou materialmente o procedimento da reforma<sup>399</sup>.

A Constituição imutável não se coaduna com a vida social à qual ela se destina, que requer mudança, movimento, renovação progresso e rotatividade. Esse tipo de Constituição impede qualquer espécie de reforma pacífica do seu texto, o que pode acarretar revoluções ou golpes de Estado<sup>400</sup>.

A Constituição fixa admite que a modificação do texto constitucional ocorra mediante uma assembleia legislativa com poderes iguais aos da que a criou.

<sup>396</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 86.

<sup>397</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 39.

<sup>398</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 124-125.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>400</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 196-197.

Por isso, a reforma, neste caso, está vinculada ao exercício do próprio Poder Constituinte<sup>401</sup>, denominado Poder Constituinte Originário, que defere a competência ao Poder Constituinte Derivado Reformador para modificar a Constituição.

São modelos de Constituição fixa a Constituição do Ano VIII da Revolução Francesa, as Constituições da França de 1814 e 1830, o Estatuto do Reino da Sardenha de 1848 (que se tornou a Constituição da Itália) e a Constituição da Espanha de 1876<sup>402</sup>.

A Constituição rígida prevê um processo legislativo de alteração diverso do das leis ordinárias, sendo mais dificultoso (iniciativa reduzida, *quorum* maior)<sup>403</sup>, reclamando um processo de formalidades para sua revisão, executado pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, constituído pelo Poder Constituinte Originário. Ela própria prescreve os prazos e os procedimentos necessários à modificação do texto constitucional, a fim de conferir a si mesma supremacia frente às demais normas do ordenamento jurídico, autorizando o controle de constitucionalidade dessas normas à vista do seu texto<sup>404</sup>. Existe uma diferenciação entre as leis constitucionais e as leis ordinárias, havendo a previsão de um conjunto de solenidades para a alteração da Constituição<sup>405</sup>.

A Constituição do Brasil de 1988 é um exemplo de Constituição rígida, pois preceitua em seu artigo 60 um procedimento especial para a reforma do texto constitucional, mais difícil do que o de produção das demais normas jurídicas<sup>406</sup>.

---

<sup>401</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 125.

<sup>402</sup> Idem. *Ibid.*, p. 125.

<sup>403</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

<sup>404</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 70.

<sup>405</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 83.

<sup>406</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Como se observa, a rigidez constitucional implica na imutabilidade da Constituição por procedimentos ordinários de produção legislativa<sup>407</sup>. Na Constituição rígida, qualquer modificação de seu texto é mais difícil do que a edição de uma lei ordinária, enquanto que o processo de modificação do texto da Constituição flexível é o mesmo da edição das leis ordinárias<sup>408</sup>.

A Constituição é super rígida quando prescreve cláusulas pétreas que impedem modificação de determinados dispositivos constitucionais<sup>409</sup> no exercício de reforma da Constituição, tal como estabelece o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal do Brasil de 1988<sup>410</sup>.

A Constituição flexível prevê, para sua modificação, um processo legislativo semelhante ao das leis ordinárias, que podem inclusive alterar dispositivos da Constituição<sup>411</sup>. Isso porque, as Constituições flexíveis não prescrevem um processo legislativo diferente do das leis ordinárias para modificação do texto constitucional. A superioridade da Constituição está no âmbito sociológico, econômico, real dela própria<sup>412</sup>.

Um exemplo de Constituição flexível é a da Itália ao admitir sua modificação por meio do Poder Legislativo, que segue o mesmo procedimento da elaboração das leis ordinárias<sup>413</sup>.

Importante destacar que é um erro presumir que todas as Constituições costumeiras são flexíveis e que todas as Constituições escritas são rígidas. A flexibilidade constitucional pode ser característica dessas duas espécies de Constituição<sup>414</sup>.

---

<sup>407</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 41.

<sup>408</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 370.

<sup>409</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

<sup>410</sup> “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>411</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

<sup>412</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 83.

<sup>413</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 126-127.

<sup>414</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 83.

A Constituição semirígida ou semiflexível é um meio termo entre as Constituições rígidas e flexíveis, exigindo um processo de alteração de determinadas normas constitucionais mais difícil do que o de outras normas da mesma Constituição<sup>415</sup>.

A Constituição do Brasil de 1824 é um exemplo de Constituição semirígida, pois prescrevia uma diferenciação (artigo 178<sup>416</sup>) entre as normas constitucionais (as que dispõem sobre limites e atribuições dos poderes políticos e individuais dos cidadãos) e as não constitucionais (todas as demais) presentes no texto da Constituição, permitindo que essas últimas pudessem ser modificadas sem formalidades específicas<sup>417</sup>, como ocorre no caso das leis ordinárias.

#### 4.9.6 Constituição pactuada, outorgada, promulgada, cesarista

A Constituição pactuada é a decorrente de um compromisso estável de duas forças políticas rivais, revestindo-se de um equilíbrio precário<sup>418</sup>. Ela resulta de um pacto daquele que detém o Poder Constituinte, associada à ideia de unidade desse poder<sup>419</sup> e sua sociedade. Exprime um compromisso entre duas forças políticas opostas (realeza absolutista e a nobreza com a burguesia, por exemplo), que convencionam uma relação de equilíbrio numa monarquia exercida com limitações<sup>420</sup>.

A Constituição outorgada é imposta por aquele que não recebeu poderes para tanto, estando ausente qualquer participação popular<sup>421</sup>. É fruto da concessão do chefe de Estado titular do Poder Constituinte, autor do texto constitucional<sup>422</sup>. O rei, o príncipe ou o chefe de Estado abrem mão de parte de seu poder absoluto para, unilateralmente, assegurar direitos e garantias jurídicas e políticas em favor do povo<sup>423</sup> por meio da Constituição.

<sup>415</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

<sup>416</sup> “Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.”

<sup>417</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 127.

<sup>418</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 70.

<sup>419</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 32-33.

<sup>420</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 89.

<sup>421</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 69.

<sup>422</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. Op. cit., p. 33.

<sup>423</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 89.



Na Constituição outorgada há um ato unilateral de vontade política soberana, exercido pelo outorgante da Constituição, com fundamento nos princípios monárquico absoluto e democrático do consentimento<sup>424</sup>.

A Constituição promulgada é uma Constituição popular, democrática, fruto da assembleia constituinte eleita para tanto<sup>425</sup>. Nela, o Poder Constituinte pertence ao povo, que o exerce de modo delegado, através de uma assembleia constituinte, semidireto, mediante o referendo popular, ou direto, por intermédio de um plebiscito popular<sup>426</sup>.

Também denominada democrática, a Constituição promulgada encontra-se baseada no princípio político e jurídico de que a vontade do povo deve preponderar no governo, por meio da assembleia constituinte, que submete o texto constitucional a um referendo para avaliação do povo do projeto constitucional elaborado<sup>427</sup>.

A Constituição cesarista é a decorrente do plebiscito popular acerca do projeto de um imperador ou ditador. Neste caso, a participação popular não é democrática, pois visa apenas à ratificação da vontade do detentor do poder<sup>428</sup>.

#### **4.9.7 Constituição codificada e legal**

A Constituição codificada é a escrita e sistematizada num único documento, um corpo de lei (preâmbulo, parte introdutória, parte orgânica, parte dogmática, parte final e, se necessário, parte transitória)<sup>429</sup>. Seu teor condensa-se num só texto, abrangendo os princípios e as disposições organizados sistematicamente em títulos, capítulos, seções, incorporados na lei unificada<sup>430</sup>.

---

<sup>424</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 89.

<sup>425</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

<sup>426</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 34.

<sup>427</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 90.

<sup>428</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 41-42.

<sup>429</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 68.

<sup>430</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 87.

A Constituição legal, por seu turno, apresenta as normas constitucionais em diversos documentos legislativos, ou seja, documentos físicos distintos<sup>431</sup>, fragmentando seu conteúdo em diversos textos constitucionais<sup>432</sup>.

#### 4.9.8 Constituição concisa e prolixa

A Constituição concisa é a breve, sucinta, básica, que envolve apenas princípios gerais ou enunciações de regras básicas referentes à organização e ao funcionamento do sistema jurídico estatal. Ela acarreta uma maior estabilidade ao texto constitucional em face de uma melhor flexibilidade, permitindo sua adaptação mais fácil às modificações sofridas pela sociedade<sup>433</sup>.

Ela pode ser denominada também de Constituição sintética, pois é breve, sumária, básica, sucinta, concisa, cuidando apenas de elementos substancialmente constitucionais (princípios e organização do poder)<sup>434</sup>.

A Constituição prolixa é formada por um texto longo, amplo, extenso, que colaciona matérias de cunho constitucional e não-constitucional em seu contexto. Essa característica decorre da preocupação de proteger com eficácia e rigidez constitucional determinado assunto, a fim de proporcionar estabilidade à legislação sobre ele<sup>435</sup>.

Ela pode ser denominada também de Constituição analítica, por sua disposição prolixa, extensa, inchada, ampla, minuciosa, detalhista ou desenvolvida, possuindo grande número de normas jurídicas que contemplam as minúcias de determinadas matérias<sup>436</sup>.

#### 4.9.9 Constituição dogmática e histórica

---

<sup>431</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68-69.

<sup>432</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 88.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>434</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>435</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 91-92.

<sup>436</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 73.

A Constituição dogmática, também é denominada sistemática, é fruto da elaboração de uma assembleia constituinte, colacionando dogmas e ideais fundamentais e consagrados pela política dominante em determinado período<sup>437</sup>.

A Constituição histórica inibe a caracterização exata do titular do Poder Constituinte, pois ele é exercido difusamente por toda a sociedade ou uma parte dela<sup>438</sup>. É o resultado da sedimentação jurídica de um povo, por meio de suas tradições, representando o desenvolvimento histórico da sociedade que reflete os fatos e as tradições cristalizadas nas normas responsáveis pela formação do Estado<sup>439</sup>.

#### **4.9.10 Constituição liberal (negativa) e social (dirigente)**

A Constituição liberal é fruto dos ideais do liberalismo, concorrendo para a divisão de poder, a declaração das liberdades dos cidadãos e a limitação da atuação estatal. Por impor ao Estado uma omissão, a de não interferir na liberdade individual, também é denominada Constituição negativa<sup>440</sup>. Ela é imparcial, pois exclui normas econômicas no texto constitucional.

A Constituição social, também denominada programa, demanda uma conexão entre o Direito e a sociedade<sup>441</sup>. Trata-se da Constituição dirigente, que prevê um plano para dirigir a evolução política da sociedade, refletindo um ideal a ser concretizado, formado por normas constitucionais programáticas<sup>442</sup>.

Na Constituição dirigente há a atuação positiva do Estado na proteção dos direitos sociais, a fim de corrigir as desigualdades para conferir a efetividade da igualdade a todos. É o denominado Estado do bem comum, que estabelece um plano dirigido à evolução política da sociedade<sup>443</sup>.

---

<sup>437</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73-74.

<sup>438</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 32.

<sup>439</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 74.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>441</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 128.

<sup>442</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

<sup>443</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 74.

A Constituição Dirigente foi objeto de estudo por Canotilho, que escreveu a obra “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*”, na qual defendeu a existência da Constituição como instrumento do governo, corporificado num programa normativo do Estado e da sociedade<sup>444</sup>.

A Constituição Dirigente apresenta-se como uma ordem fundamental e um programa de ação por meio do qual a sociedade consegue edificar uma unidade sócio-econômica e política, formulando os fins sociais, fixando os limites das atividades exercidas pela sociedade e traçando os princípios fundamentais das determinações processuais da vida política da sociedade.

Nesse sentido, a Constituição Dirigente sintoniza-se com um plano desenvolvido para que a realidade reflita a transformação da sociedade. Serve de estatuto jurídico para a organização do Estado e da coletividade. E dirige-se ao legislador infraconstitucional como um mandamento diretivo para a concretização das normas constitucionais por meio de um programa estatal voltado ao futuro da sociedade.

A Constituição Dirigente pode ser definida pelo conjunto de normas constitucionais que dispõem sobre as finalidades e as tarefas do Estado, estabelecendo direções e imposições para a concretização constitucional, no que se aproxima da noção de Constituição Programática.

Atualmente, a Constituição Dirigente deveria ser compreendida como um projeto programático de limitação do poder do legislador, que se mantém obrigado a cumprir o texto constitucional, influenciando na sobrevivência da Constituição Dirigente com base em termos jurídico-programáticos<sup>445</sup>. O desafio atual da Constituição Dirigente é o de se adequar à evolução e às inovações da sociedade para se manter como um instrumento de realização histórica da pessoa humana, a fim de conviver em uma sociedade juridicamente organizada.

---

<sup>444</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

<sup>445</sup> Idem. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

Em que pese Canotilho ter afirmado no prefácio da segunda edição da sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” que a Constituição Dirigente teria acabado, tal assertiva deve ser entendida como a Constituição que está relacionada ao instrumento da revolução social, que impunha comportamentos direcionados ao desenvolvimento imediato da sociedade, exigido em determinado momento histórico de transformação da realidade.

A interpretação correta a ser conferida à sua doutrina é no sentido de que, atualmente, a Constituição Dirigente está plenamente viva, ativa e voltada para a regulação do poder estatal, vinculando a atividade do legislador no sentido de atender aos interesses da sociedade com base nas necessidades de um determinado momento histórico em certa sociedade<sup>446</sup>.

#### 4.9.11 Constituição balanço e garantia

A Constituição balanço presta-se a descrever e registrar a organização política estabelecida, ou seja, registra um estágio das relações de poder. Cada momento diferente vivido pela sociedade representaria uma Constituição, que espelharia sua realidade, na condição de balanço dos estágios pelos quais a sociedade passara em seu desenvolvimento<sup>447</sup>.

A Constituição balanço surgiu em oposição à Constituição garantia, que visa garantir as liberdades, limitando o exercício do poder<sup>448</sup>. Ela consiste numa carta de direitos e garantias, que limita o exercício do poder pelo Estado, assegurando simultaneamente os direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>446</sup> “Assim sendo, restou bastante óbvio que Canotilho, embora tenha abrandado seu absoluto amor pela tese, não havia decretado o fim da Constituição dirigente. O que Canotilho, em verdade, fez, foi mudar seu projeto de Constituição dirigente, não mais defendendo a Constituição como instrumento de revoluções sociais, mas sim um novo Constitucionalismo, no qual a Constituição tem menos carga ideológica e se reduz a regulador das relações sociais. Em Portugal, a Constituição tinha, em um primeiro momento, o objetivo de implantar efetivamente o socialismo, meta que foi abandonada com uma sucessão de emendas constitucionais que extraíram este aspecto da Carta Portuguesa, tudo tendo como motivação facilitar a inserção de Portugal na Comunidade Econômica Européia. Canotilho conformou sua visão de Constituição Dirigente às mudanças ocorridas em seu país.” (SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de abril de 2008)

<sup>447</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.

14.

<sup>448</sup> *Ibidem*, p. 14.

#### 4.9.12 Constituição como um mito

Fábio Nadal Pedro, em sua dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional<sup>449</sup>, considerou a existência de uma Constituição como um mito. Em sua defesa, ele avalia a Constituição como um núcleo de condensamento de valores de determinada comunidade cultural, numa síntese dos ideais e valores sociais.

Mito, na opinião de Fábio Nadal Pedro, é a crença ou o conjunto de crenças (fé na Constituição) que propiciam o urdimento do sistema normativo (base racional) em comunhão com um discurso competente (ideológico), com a finalidade (telos) de atingir e manter a funcionalidade (simbólica, dominação, regulação e integração), alcançando plena sincronia entre o ser e o dever ser.

É nesse sentido que a Constituição deve ser compreendida como mito, na qualidade de documento normativo, no qual a sociedade deposita sua fé, envolta numa ideologia, com o objetivo de regular os mundos do ser e do dever ser que tanto valoriza o Direito.

#### 4.10 Constitucionalismo

Constitucionalismo é um termo que pode ser compreendido sob várias acepções. Na primeira delas, seria um movimento político-social com o objetivo de limitar o poder arbitrário, de origens históricas. Na segunda, haveria a tentativa da imposição de que a Constituição seja um mero documento escrito. Na terceira, a Constituição limitar-se-ia a seus objetivos. Por fim, seria a evolução histórico-constitucional de um Estado<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> PEDRO, Fábio Nadal. *O Mito como Discurso Legitimador da Constituição*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 2004.

<sup>450</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

Preliminarmente, o Constitucionalismo pode ser explicado como um movimento em prol da Constituição, evocado para combater o autoritarismo monárquico, a fim de estruturar o Estado com base num ordenamento jurídico formalizado na Constituição escrita, o conjunto de leis que, comparado às leis ordinárias, supera-as, proporcionando segurança jurídica aos povos civilizados que o idealizaram e aos que o acolheram<sup>451</sup>.

A história do Constitucionalismo narra a busca, pelo homem político, das limitações do poder absoluto exercido pelo seu detentor, bem como do esforço dele para fixar uma justificação espiritual, moral e ética da autoridade<sup>452</sup>. A Constituição escrita surge como um documento dotado de força e poder.

Esse movimento constitucionalista, a ser comentado adiante, faz parte de um processo de racionalização do poder e, principalmente, de sua limitação<sup>453</sup>. Na qualidade de movimento político, ele fundamentou-se no racionalismo da doutrina liberal pós-renascimento, objetivando a organização do Estado e a limitação do exercício do poder estatal, reconhecendo direitos e garantias fundamentais que marcaram a formação do Estado liberal<sup>454</sup>.

O Constitucionalismo representou um movimento jurídico-político iniciado no final do século XVIII, que visava criar regimes constitucionais, em oposição aos Estados absolutistas, com o fim precípua de impor limites ao exercício do poder pelos governos da época.

Como produto racionalista e mecânico dos séculos XVII e XVIII, o Constitucionalismo provocou uma revolução da nova classe social contra aquele poder místico tradicional que permitiu que o poder fosse aceito como um elemento irracional da dinâmica política, capaz de ser eliminado ou contido por meio das instituições racionais que o exerciam e o controlavam<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 10.

<sup>452</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 150.

<sup>453</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 3.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>455</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Op. cit.*, p. 24-25.

No Constitucionalismo observam-se determinadas características marcantes que identificam o movimento, a saber: a exigência de uma Constituição que tenha por objetivo (i) a defesa da soberania popular; (ii) a supremacia e a imperatividade da Constituição; (iii) um sistema democrático e um governo representativo; (iv) um governo limitado, com separação dos poderes (*check and balances*) e controle civil dos militares; (v) governo de leis e controle judicial, com judiciário independente; (vi) direitos civis assegurados pelo governo; (vii) a existência de instituições que impõem e mantêm o respeito à Constituição; e (ix) o respeito ao direito de escolha política livre<sup>456</sup>.

O Constitucionalismo possui um aspecto jurídico, ao considerar a Constituição como um sistema dotado de normatividade e hierarquia sobre os governantes, um aspecto sociológico, por ser um movimento social que sustenta a limitação do exercício do poder pelo Estado, e um aspecto ideológico, quando garante a limitação do poder<sup>457</sup>.

Todas as entidades políticas sempre tiveram uma Constituição como uma estrutura de poder característica e com o mínimo de normas jurídicas que disciplinavam essa estrutura<sup>458</sup>. Somente nos últimos dois séculos, a palavra Constituição passou a ser utilizada em seu sentido restrito, pois, anteriormente, ela era compreendida apenas como a Constituição jurídica, com forma e conteúdo típico determinados<sup>459</sup>.

“Todos os países sempre têm e tiveram uma Constituição *real e efetiva*, e não há nada mais equivocado nem que leve a deduções mais desencaminhadas do que essa idéia tão extensa de que as Constituições são uma característica peculiar dos tempos modernos. Não há tal coisa. Do mesmo modo e pela mesma lei de necessidade que todo o corpo tem uma constituição, sua própria constituição, boa ou má, estruturada de um modo ou de outro, todo país tem, necessariamente, uma Constituição, real e efetiva, pois não se concebe país algum em que não imperem determinados fatores reais de poder, *quaisquer* que sejam.

(...)

Assim, pois, todo país tem, e sempre teve, em todos os momentos de sua história, uma Constituição *real e verdadeira*. O específico dos tempos modernos – há que se fixar bem nisto, e não esquecê-lo, pois tem muita importância – não são as Constituições *reais e efetivas*, mas as Constituições *escritas, as folhas de papel*.”<sup>460</sup>

<sup>456</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>458</sup> “Toda a unidade política tem uma constituição ou forma que a individualiza, que lhe confere fisionomia própria, e que pode ser definida como o modo pelo qual as tendências ou fatores de poder se opõem, se articulam, se chocam ou se equilibram. Essa fórmula mais sucinta, entendem-se por constituição, nesse significado, as características *reais* dominantes de uma associação política.” (SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 15)

<sup>459</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 318.

<sup>460</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica –Líder, 2004, p. 55-56.



O Constitucionalismo possui uma relação com o Direito Natural e dele não se separa, não se suprime, pois se desenvolve como uma expressão deste, haja vista que são os direitos naturais que inspiram a elaboração da Constituição<sup>461</sup>. A ideia de Direito Natural nasceu e se desenvolveu no período medieval, consistindo no Constitucionalismo antigo. Na Idade Moderna, o Direito Natural suscita a ideia de Constituição e a doutrina do Direito Constitucional, apresentando o Constitucionalismo moderno. E, atualmente, o fundamento da Constituição passa a ser o desenvolvimento dos direitos fundamentais, marcando a ideia do Constitucionalismo hipermoderno<sup>462</sup>.

Como será demonstrado, esse movimento constitucional pode ser detectado em cada momento histórico, em cada sociedade, razão pela qual é possível afirmar que não existe um único Constitucionalismo, mas vários Constitucionalismos, como o antigo, com base no conjunto de princípios que fundamentam os direitos estamentais perante o monarca e que limitam seu poder, e o moderno, de acordo com o movimento político, social e cultural que questiona os planos políticos, filosóficos e jurídicos acerca do domínio político, tal como o Constitucionalismo inglês<sup>463</sup>, o americano<sup>464</sup>, o francês<sup>465</sup>, os quais refletem a intenção de limitação do poder, representando uma teoria normativa da política<sup>466</sup>.

Isso posto, a seguir será examinada a evolução histórica do surgimento da Constituição e do desenvolvimento do Constitucionalismo e como movimento político social que visa à organização do Estado e à limitação do poder estatal por meio do documento denominado Constituição.

---

<sup>461</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural uma relação inelidível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6 – julho-dezembro de 2005, p. 642.

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 652.

<sup>463</sup> No constitucionalismo inglês é possível identificar o modelo historicista, no qual se buscou a garantia de direitos adquiridos (liberdade e propriedade), uma estruturação corporativa dos direitos, sua regulação, como instrumentos de garantia (devido processo legal), com balanço das forças políticas e sócias por meio da representação e da soberania parlamentar. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 55-56)

<sup>464</sup> No constitucionalismo americano encontra-se o modelo estadualista, responsável pela limitação normativa do domínio político por meio da constituição escrita (bíblia política do estado) elaborada pelo povo, num acordo popular, que constitui o governo, prescrevendo os princípios fundamentais e direitos individuais (*ibidem*, p. 58-60)

<sup>465</sup> No constitucionalismo francês identifica-se o modelo individualista, onde se objetivou assegurar uma ordem dos direitos naturais dos indivíduos, com base numa legitimação e fundação de um novo poder político, que exigiu uma Constituição para estruturação da política e da defesa dos direitos contra o exercício do poder político. (*Ibidem*, p. 56-58)

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 51-52.

#### 4.10.1 Evolução histórica

No início, a lei era responsável pela organização da estrutura da sociedade, com fundamento no direito divino. Ao rei competia executar a vontade divina e o Poder Constituinte estava fundado na vontade de Deus<sup>467</sup>.

Os hebreus foram os primeiros a desenvolver o Constitucionalismo organizando sua sociedade com base na teocracia, na qual o povo submetia-se ao domínio de uma autoridade divina, ao passo que os sacerdotes eram meros representantes do poder divino. Esse tipo de sociedade foi comum na Antiguidade, quando os valores religiosos guiavam as instituições políticas<sup>468</sup>.

O regime teocrático hebreu influenciou a história da organização política, pois o dominador estava sujeito às leis divinas, não podendo exercer seu poder do modo absoluto e arbitrário, de forma que desenvolveu a ideia de limitação do poder por meio da lei moral, originária da Constituição moral respeitada pela sociedade<sup>469</sup>. Por conta disso, pode-se afirmar que a primeira aparição do Constitucionalismo ocorreu com os hebreus, ainda que por meio de uma manifestação de forma tímida, se comparado com seu atual grau de desenvolvimento<sup>470</sup>.

Na Grécia antiga, nos estudos de Aristóteles (“A Política”), identifica-se a Constituição (*politeia*) como um ideal, representando a organização das tarefas da cidade-estado (polis), bem como a orientação a ser seguida pelas leis secundárias (*nomoi*) e pelas políticas contemporâneas (*psephismata*). A ideia era de fixar a necessidade de garantir a igualdade dos cidadãos perante a lei, sendo certo que todos (exceto os estrangeiros e os escravos) deveriam participar da elaboração das leis e submeter-se a elas<sup>471</sup>.

---

<sup>467</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 78.

<sup>468</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 154.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 154-155.

<sup>470</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

<sup>471</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 13.

Para Aristóteles, a Constituição do Estado é a organização regular de todas as magistraturas, principalmente a soberana de tudo – em toda parte o Estado é soberano – portanto, a Constituição é o próprio governo<sup>472</sup>.

Por muitos anos, a Grécia esteve submetida a um regime político absolutamente constitucional<sup>473</sup>. As Cidades-Estados surgem como o primeiro caso real de democracia constitucional, por representarem o primórdio da racionalização do poder, com qualidade de identidade plena entre os governantes e os governados (democracia direta), baseada em Constituições que caracterizam a comunidade política<sup>474</sup>.

As cidades de Esparta e Atenas eram organizadas pelas Constituições criadas por Licurgo e Solón, fundadores das cidades-estados, dispendo sobre os direitos da cidadania e quem poderia participar das assembleias dos órgãos do governo, com natureza jurídica superior às demais deliberações dos poderes existentes<sup>475</sup>.

Nas cidades-estados era possível identificar o único exemplo conhecido de sistema político onde havia identidade entre os governantes e os governados, imperando a democracia direta, na qual o poder político estava igualmente distribuído entre os cidadãos ativos<sup>476</sup>. Os gregos estabeleceram diferentes funções estatais, representadas por diferentes cargos públicos, sorteados para serem exercidos por qualquer cidadão por tempo determinado<sup>477</sup>.

Na Roma antiga, fortaleceu-se a igualdade perante os homens (excluídos os escravos), refletida no direito romano, com base na razão que permite apreender uma lei natural universal que rege a todos<sup>478</sup>. A organização estatal romana previa um sistema político com dispositivos complicados de freios e contrapesos que impunha a divisão e a limitação do poder político<sup>479</sup>.

---

<sup>472</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. por Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, p. 1995, p. 96.

<sup>473</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 155.

<sup>474</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

<sup>475</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 79.

<sup>476</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 155.

<sup>477</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 4.

<sup>478</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 13.

<sup>479</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 156.

Com o advento do Império Romano, os fundamentos da Constituição republicana foram eliminados, dando origem a um governo absoluto monárquico, que perdurou até a Idade Média. As pessoas então viviam sob os regimes absolutistas, nos quais os governantes eram considerados enviados de Deus para dirigir o povo de acordo com sua livre vontade, sem se sujeitar a quaisquer limitações<sup>480</sup>.

Porém, surgiu na Idade Média a denominada doutrina pactista medieval, mediante a qual havia um consentimento e uma subordinação, condutores do poder do governo. Deus conferiria o poder ao governante, cuja fonte era um pacto, firmado por meio de cartas, convênios escritos ou acordos. Os monarcas assinavam, ainda, a outorga monárquica, cujos textos os submetiam a poderes limitados para a continuidade de seus reinados<sup>481</sup>.

Surgiram, também, os forais ou cartas de franquia, que se assemelhavam aos pactos por possuírem a forma escrita e disporem sobre direitos individuais, distinguindo-se deles por prever a participação dos súditos no governo local e por serem outorgados pelo senhor<sup>482</sup>.

Na Idade Média o Constitucionalismo apareceu como um movimento de conquista das liberdades individuais, mediante o qual uma Magna Carta representa uma imposição de limites à atuação do soberano, ao mesmo tempo em que preservada os direitos individuais na qualidade de opositor à opressão do Estado<sup>483</sup>.

Iniciava-se, assim, um esboço de lei fundamental com base nas Leis Fundamentais do Reino que disciplinavam normas de direito natural e definiam os poderes dos reis, razão pela qual eram consideradas normas superiores às demais. Elas prescreviam um procedimento especial para modificação diverso do das outras normas e tinham por objetivo limitar os poderes do rei e assegurar os direitos dos súditos<sup>484</sup>.

---

<sup>480</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4-5.

<sup>481</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 80-81.

<sup>482</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

<sup>483</sup> TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>484</sup> AGRA, Walber de Moura. *Op. cit.*, p. 79-80.

As Leis Fundamentais impunham ao rei a obrigação de criar um órgão de defesa da Coroa, para reprimir as fraquezas do monarca. Acima do soberano e fora do seu alcance, existiriam regras que compunham um corpo específico quanto à matéria (aquisição, exercício e transmissão do poder), à autoridade (superior às regras legislativas) e à estabilidade (imutáveis)<sup>485</sup>.

O Constitucionalismo britânico derivou da *Magna Carta* de 1215<sup>486</sup>, seguido pela luta entre o Rei e o Parlamento por meio da *Petition of Rights* em 1628<sup>487</sup> (documento preocupado com as liberdades públicas) e do *Bill of Rights* de 1689<sup>488</sup>.

Com a Revolução Puritana na Inglaterra, que repercutiu nas colônias inglesas na América do Norte, dava-se início à segunda fase do Constitucionalismo, fundada na transformação da monarquia absoluta em monarquia constitucional, desenvolvida na Inglaterra em decorrência da Revolução Gloriosa entre 1685 e 1689<sup>489</sup>, que tinha por finalidade confirmar, consagrar, reforçar direitos e garantir privilégios<sup>490</sup>.

Entretanto, apesar da sua inovação histórica, a Inglaterra não formulou uma Constituição escrita, porque seus institutos constitucionais estão fundamentados nas tradições e nos costumes do povo inglês<sup>491</sup>.

A transição da monarquia absolutista para a monarquia constitucional na Inglaterra ocorreu mediante um movimento gradual, do qual se originou a fonte do poder estatal que passou da pessoa do monarca para a Constituição, que então passou a ser a fonte do poder, não obstante sua titularidade seja do povo. O Direito Constitucional britânico resultou num modelo político-jurídico exercido pelo Poder Real, a aristocracia e os comuns, formando um sistema de governo misto<sup>492</sup>.

---

<sup>485</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

<sup>486</sup> “(...) acordo entre João sem Terra e seus súditos revoltados, sobre direitos a serem respeitados pela colônia.” (Ibidem, p. 4)

<sup>487</sup> “(...) que os parlamentares lograram impor ao rei na Inglaterra (Carlos I), forçando-o ao respeito de direitos inmemoriais dos cidadãos ingleses.” (Ibidem, p. 4)

<sup>488</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

<sup>489</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 158.

<sup>490</sup> TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 9.

<sup>491</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>492</sup> Ibidem, p. 6.

O Constitucionalismo moderno desenvolveu-se com base nas obras e pensamentos de Thomas Hobbes e John Locke, no século XVII, e de Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII, com amparo nos ideais de conquista da Constituição como instrumento de oposição à monarquia absoluta e à concentração do poder político nas mãos do soberano.

Ganhou importância, assim, a denominada doutrina contratualista, firmada num pressuposto lógico que deu origem à sociedade civil decorrente da transformação da sociedade natural. É reconhecido o fato de que o homem precisa viver em sociedade, mediante sua união com os seus pares, dando origem, assim, à sociedade e às demais relações sociais. Tal como afirmava Aristóteles, o homem é um ser social por natureza<sup>493</sup>, de modo que toda cidade é uma espécie de associação, que se une com um objetivo comum<sup>494</sup>.

De acordo com Thomas Hobbes, o homem é um ser originariamente a-social ou individualista, que, submetido às leis naturais, possui o direito de fazer de tudo, independentemente de ser bom ou mau, justo ou injusto<sup>495</sup>.

Hobbes é o autor de “Leviatã”, obra na qual pretendeu defender a monarquia absoluta. Em princípio, todos os homens estavam sujeitos aos interesses individuais no estado natural, convivendo em permanente ameaça de guerra entre si. Por isso, os homens decidiram unir-se e criar a sociedade civil com o propósito de firmar um pacto no qual todos renunciaram aos seus poderes individuais para que eles pudessem ser exercidos por um soberano capaz de governar e protegê-los com igualdade, afastando a constante ameaça de guerra<sup>496</sup>.

O Direito Natural atribuiu ao homem a liberdade de usar seu poder como bem quiser, conservando o estado de natureza, sua própria vida, utilizando sua razão para alcançar seus fins. Vivendo assim, ele corre o risco de guerra, pois cada indivíduo estará sendo governado por sua própria vontade, como lhe convier, sem qualquer instrumento de proteção<sup>497</sup>.

---

<sup>493</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 81.

<sup>494</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. por Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, p. 1995, p. 11.

<sup>495</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

<sup>496</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 14-15.

<sup>497</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã O la matéria, forma y poder de uma republica, eclesiástica y civil*. Trad. por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 106.

Diante disso, os homens, de comum acordo, renunciam ao seu direito individual de liberdade, por meio de um contrato<sup>498</sup>, que transmite ao Estado a incumbência de garantir segurança a todos durante sua vida em sociedade<sup>499</sup>.

O contrato social em Hobbes tem por objetivo defender o homem do próprio homem (“o homem é o lobo do homem”), garantindo, assim, a paz social, ainda que submetidos a monarquias absolutistas<sup>500</sup>. Por meio do contrato social, as pessoas entregam a um governo absoluto o poder de estabelecer a ordem jurídica, garantindo todas as necessidades para a manutenção de uma vida pacífica em sociedade<sup>501</sup>.

De acordo com John Locke, o homem é um ser genuinamente social e que, submetido às leis naturais, possuiria o direito de punir e ressarcir-se quando ofendido um direito seu<sup>502</sup>. Locke escreveu dois tratados sobre o governo civil, com o objetivo de legitimar a revolução e o direito de propriedade com fundamento nos conceitos de lei natural e de pacto social.

De acordo com o primeiro tratado, Locke conclui que Adão não possuía autoridade sobre seus filhos ou sobre o mundo, seja decorrente do Direito Natural, seja por doação divina, de modo que o direito de governar não foi passado aos seus herdeiros, não sendo capaz de justificar a origem do poder exercido pelos governantes<sup>503</sup>. Posto isso, Locke diferencia o poder político dos demais poderes (entre pais e filhos, patrão e empregados, marido e esposa), compreendendo-o como o direito de fazer leis com o objetivo de regulamentar e preservar a propriedade, com a titularidade do uso da força para fazer com que a comunidade respeite as leis e a fim de defender a sociedade e proteger o bem público<sup>504</sup>.

---

<sup>498</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatan O la matéria, forma y poder de una republica, eclesiástica y civil*. Trad. por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 109.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>500</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 81.

<sup>501</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

<sup>503</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 4. ed. Trad. por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 81.

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 82.

Partindo desse pressuposto, no segundo tratado, Locke sustenta que, no estado natural, todos estão obrigados a manter a paz e a preservar a humanidade, com base na liberdade e na igualdade dos homens. Logo, caso seja desrespeitado algum desses direitos, aquele que tiver causado a desavença deve ser punido por quem foi ofendido, a fim de restabelecer o respeito à lei natural<sup>505</sup>.

Para tanto, Locke indica o governo civil, em decorrência de um pacto firmado entre os homens, para a função de mantenedor dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade. Com isso, todos os indivíduos abriram mão do seu poder individual para que ele seja exercido pelo poder público, mediante o exercício do poder legislativo, que governa e elabora as leis, e do poder judiciário, nomeado por aquele para assegurar a justiça<sup>506</sup>.

Locke afirma que somente o pacto social será capaz de sanar as deficiências do estado de natureza, mediante a instauração de um governo do estado civil ou político, com divisão das funções entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)<sup>507</sup>.

Já Montesquieu defende que o desejo do homem de viver em sociedade decorre de uma lei natural e, uma vez unido em sociedade, emanariam leis para disciplinar o convívio em paz, denominado de Direito das Gentes, e o Direito Político, pois a sociedade não pode subsistir sem um governo<sup>508</sup>.

Rousseau, por sua vez, defende que o homem também seria originariamente a-social ou individualista e que, submetido às leis naturais, seria não social por natureza, porém bom, podendo ser corrompido pela sociedade em que convive<sup>509</sup>.

Rousseau elaborou a obra “O Contrato Social”, na qual analisou o homem no seu estado de natureza, onde era livre e igual aos demais, porém incapaz de sobreviver com seus próprios meios, razão pela qual, ao estar com sua vida ameaçada, decidiu associar-se aos demais por meio de um pacto social a fim de garantir seus direitos naturais de liberdade e igualdade.

---

<sup>505</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 4. ed. Trad. por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 84-85.

<sup>506</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 18

<sup>507</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

<sup>508</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, Trad.e Notas por Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81-82.

<sup>509</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 40.



Com base nesse pacto, cada indivíduo renuncia à sua liberdade natural para se filiar à liberdade convencional, socializada, que protege todos, apoiado no corpo político, representado pelo Estado e pelo soberano<sup>510</sup>.

“Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sôbre as fôrças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então êsse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser.”<sup>511</sup>

A solução para tal situação encontrada por Rousseau está na agregação de forças por meio do contrato social, com cláusulas determinadas pela natureza do ato, e na alienação dos direitos de todos em favor da comunidade<sup>512</sup>.

O contrato de Rousseau revela-se como um meio de emancipação dos homens, sendo o governo de leis e não de homens, afastando, assim, o autoritarismo e conservando o exercício da democracia com base em normas que contam com o consentimento da sociedade<sup>513</sup>.

Em Rousseau identifica-se uma valorização das leis, necessária por unir os direitos e deveres para manter a defesa da justiça com base nos direitos dos cidadãos. Haveria, assim, quatro espécies de leis: a civil, a penal, a política e, mais importante de todas, a Constituição do Estado, que deve permanecer gravada nos corações dos cidadãos<sup>514</sup>.

A Constituição do Estado deve ter solidez e durabilidade, tendo em vista o fato de as conveniências serem observadas de acordo com as relações naturais presentes na sociedade<sup>515</sup>.

A partir dos ensinamentos desses filósofos quanto à compreensão do contrato social, a Constituição moderna surge como um documento escrito que contém a lei fundamental do Estado, reguladora de toda a estrutura estatal.

<sup>510</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 19.

<sup>511</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Trad. por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971, p. 29-30.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>513</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 81-82.

<sup>514</sup> GARCIA, Maria. *Op. cit.*, p. 21

<sup>515</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 61.

Esse tipo de Constituição contrapõe-se ao modelo medieval, no qual as decisões eram tomadas de acordo com a vontade da Igreja, dos senhores feudais e dos reis.

As Constituições modernas resultaram das revoluções burguesas contra o absolutismo dos monarcas. Elas fundamentam-se no pensamento jurídico romano e nos ideais do Direito Natural, amparadas na racionalização formal e material, que influenciam na estrutura unitária do poder do Estado pela codificação sem lacunas<sup>516</sup> das normas jurídicas fundamentais, respeitando o direito à liberdade e à igualdade a todos.

As conquistas do movimento constitucionalista que resultou na formação do novo Estado liberal foram a queda da monarquia absolutista, a superveniência da monarquia constitucional, o bicameralismo, com divisão orgânica das funções dos poderes estatais (executiva, legislativa e judiciária) e o reconhecimento das liberdades públicas e de suas garantias, universalizando tais valores, que ilustraram um Estado novo em nada comparado aos Estados existentes até então<sup>517</sup>.

Com a edição da Constituição norte-americana de 1787 e da francesa de 1791, o documento constitucional escrito firmou-se como símbolo do Constitucionalismo moderno, com a característica revolucionária que rompeu com a ordem jurídica anterior, nos Estados Unidos da América do Norte, com a independência das Treze Colônias, e na França, com a queda da monarquia e da nobreza<sup>518</sup>.

O novo modelo de Constituição distingue-se pela publicidade dos textos constitucionais, o qual deve expor o amplo conhecimento da estrutura do poder e a garantia dos direitos, com clareza e segurança suficientes para afastar quaisquer dúvidas sobre tais direitos e as limitações do poder<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> “A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 213)

<sup>517</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 12.

<sup>518</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12.

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 11.

Essa nova Constituição surgiu pela unidade organizacional estatal condicionada a uma estrutura real e normativa, a fim de que todos os integrantes da sociedade estejam aptos à submissão de suas normas. Há, de fato, uma racionalização da estrutura do poder para estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder pelo Estado.

Com o Constitucionalismo moderno foram criados os institutos da universalização dos direitos individuais, com a limitação do poder do soberano, da divisão dos poderes, do princípio da soberania nacional e do princípio da igualdade<sup>520</sup>.

A partir de então, as ideias do contrato social foram abandonadas, enquanto o Constitucionalismo espalhava-se mundialmente, justificando e fundamentando o exercício do poder pela sociedade<sup>521</sup>. O Constitucionalismo moderno evoluiu e seus fundamentos justificam atualmente o Constitucionalismo contemporâneo, fundado nos ideais de limitações constitucionais e na existência de direitos fundamentais, que devem estar assegurados através de uma Constituição de titularidade do povo.

Como se nota, o Constitucionalismo, como um movimento, não teve por finalidade única e exclusiva conferir Constituições aos Estados, mas sim a de lhes atribuir capacidade para assegurar a tripartição dos poderes exercidos pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, privilegiando a vontade geral popular, em detrimento dos interesses do soberano<sup>522</sup>.

O desafio do Constitucionalismo atual é o de se adaptar às necessidades decorrentes da globalização, que possibilitem a propagação e o alcance, por todas as nações unidas, dos ideais humanos consagrados juridicamente<sup>523</sup>.

---

<sup>520</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>522</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 15-16.

## 5. O ESTADO CONSTITUCIONAL

Atualmente, o Estado é compreendido como um Estado Constitucional, que possui uma Constituição responsável pela fundação do Estado de Direito, organizado por normas que desenvolvem o sistema político com participação dos detentores e dos destinatários do poder, consagrando o equilíbrio entre as forças sociais<sup>524</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, analisando o papel de Sieyès na história da Teoria do Poder Constituinte, afirma que

“(...) todo Estado tem uma Constituição. Essa Constituição, entretanto – e entra aqui o *pacto* -, é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.”<sup>525</sup>

Como se pode observar, a formação do Estado Constitucional é obra do Poder Constituinte, objeto desta investigação, quando da elaboração da Constituição, motivo pelo qual será neste capítulo analisado, a fim de subsidiar a continuação do desenvolvimento da dissertação.

### 5.1 Conceito de Estado

O Estado (do latim *status* que significa *estar firme*) é uma associação humana (povo), localizada numa base espacial (território), sob o comando de uma autoridade (poder) que não se sujeita a qualquer outra (soberano)<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 163.

<sup>525</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11-12.

<sup>526</sup> Idem. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

É o fato que unifica uma nação, na qualidade de instituição maior, dotada de amplos poderes para conferir efetividade à disciplina normativa das instituições menores, mediante um sistema normativo elaborado em conformidade com a vontade política da respectiva sociedade<sup>527</sup>.

Pode-se afirmar que o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder<sup>528</sup>, uma das formas de sociedade política<sup>529</sup>, fundada numa organização política qualificada pela centralização da produção normativa que controla o exercício do poder por intermédio de sua Constituição<sup>530</sup>. É, portanto, uma ordem jurídica centralizada, limitada pelo domínio espacial e temporal, soberana e globalmente eficaz<sup>531</sup>.

A denominação de Estado foi mencionada por Nicolau Maquiavel em sua obra “O Príncipe”, ao analisar sua imagem tradicional, a de uma sociedade política organizada, cabendo o exercício do poder por um senhor soberano sobre as demais pessoas subordinadas a esse poder<sup>532</sup>.

De acordo com Maquiavel, todos os Estados que possuem poder sobre os homens são repúblicas ou principados<sup>533</sup>, nos quais esse poder é exercido sobre o povo com o intuito de satisfazê-lo e fazê-lo contente<sup>534</sup>. Observa-se, neste caso, que o poder e a legitimidade do Estado não possuem origem divina, mas sim popular, pois somente o povo pode conferir ao Estado o direito de governá-lo.

---

<sup>527</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241.

<sup>528</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 89.

<sup>529</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 41.

<sup>530</sup> “O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 316)

<sup>531</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

<sup>532</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 90.

Antigamente, o Estado era uma comunidade política e religiosa, razão pela qual algumas questões morais estavam relacionadas com as questões políticas<sup>535</sup>. Atualmente, o Estado deve ser compreendido como uma modalidade recente da forma de a sociedade organizar-se (resultado das transformações da sociedade por volta do século XVI). É um modo específico de sociedade política, fruto da evolução da maneira de organização do poder<sup>536</sup>. Como um fenômeno da vida humana, tem fundamento natural no território, no número e na personalidade do seu povo<sup>537</sup>.

O Estado está fixado geograficamente em determinada superfície de terra, que possui um poder dominante pelo qual os homens elevam a unidade estatal<sup>538</sup>. Ele está estreitamente ligado às questões humanas, destacando-se como um fenômeno social<sup>539</sup>. Não obstante, é possível analisá-lo sob o aspecto jurídico, no âmbito do conhecimento de normas jurídicas que servem de pauta para as instituições e funções estatais. Há, então, uma relação dos fatos reais da vida do Estado com os juízos normativos referentes ao pensamento jurídico<sup>540</sup>.

Como se constata, a existência do Estado está relacionada à realidade de determinada sociedade<sup>541</sup>. Essa realidade social constitui uma unidade dialética (progressiva) de natureza e cultura, condicionada a uma conexão cósmica<sup>542</sup>, que exige a ação social individual e coletiva para constituir aquela unidade dialética inseparável<sup>543</sup>.

Assim, a sociedade organizada dispõe do poder individual de cada integrante para ceder lugar ao poder geral e coletivo, responsável por limitar o poder dos indivíduos, a ser exercido pelo Estado.

---

<sup>535</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 39.

<sup>536</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4-5.

<sup>537</sup> JELLINEK, George. Op. cit., p. 56.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>539</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>540</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>541</sup> “Se o Estado é uma unidade que atua na realidade histórico-social, não podemos evitar o exame, ainda que superficial, da difícil questão referente ao caráter desta realidade social.” (HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 93)

<sup>542</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p. 105.

Essa transferência de poder decorre da necessidade de conter os impulsos do homem, proporcionando-lhe uma vida segura e sem o risco de prejuízos aos seus semelhantes. O Estado tem por objetivo, em suma, conferir liberdade ao indivíduo para proporcionar chances de crescimento à sociedade<sup>544</sup>.

Como se pode perceber, o Estado consiste numa sociedade política aperfeiçoada que permite a convivência humana em comunidade, protegendo seu desenvolvimento para atingir as finalidades individuais de cada integrante, funcionando como regramento das relações humanas, o qual rege o uso da força concentrada nas mãos do Estado<sup>545</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que o Estado é uma comunidade e o poder juridicamente organizados pelo Direito<sup>546</sup>, consistindo numa pessoa jurídica que espelha a personificação da sociedade e da ordem jurídica para as quais ele se destina<sup>547</sup>. A legitimidade do Estado para impor o domínio sobre os seus governados é facultada quando seu poder é exercido em harmonia com o ordenamento jurídico que lhe confere validade<sup>548</sup>. Assim, tendo em seu poder o monopólio sobre o uso da força, o Estado é reconhecido como uma organização política que mantém a ação coercitiva regulada pelo Direito<sup>549</sup>.

Importante esclarecer que o Estado é uma ordem jurídica soberana destinada a alcançar o bem comum do povo localizado em um determinado território<sup>550</sup>. É uma pessoa jurídica, constituída fictamente, proveniente de uma Constituição, que organiza o poder político sobre determinada sociedade, num dado território, em concomitante momento histórico, regulando e administrando as realidades sociais com força normativa conferida constitucionalmente, objetivando proporcionar, assim, paz às relações sociais e permitiu a convivência humana em sociedade.

---

<sup>544</sup> DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. por Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 191.

<sup>545</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 12-13.

<sup>546</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 21.

<sup>547</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 262.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 273

<sup>550</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118.

## 5.1 Acepções de Estado

Existem três acepções acerca das quais o Estado pode ser compreendido: a filosófica, a jurídica e a sociológica.

Tem-se a acepção filosófica, desenvolvida por George Hegel, como a realidade da ideia moral, substância ética consciente em si mesma, manifestação visível da divindade, face à qual o valor social está no grau mais elevado, conciliando os interesses da família e da sociedade sob um poder maior, absoluto, com exteriorização dialética, que envolve arte, religião e a filosofia<sup>551</sup>.

Com fundamento nessa acepção filosófica, o Estado pode ser concebido como um elemento relacionado com os fatores externos de uma sociedade, refletindo as influências absorvidas da realidade, com caráter artístico, religioso, moral e filosófico.

O Estado pode ser analisado sob uma acepção jurídica, em virtude da qual equivale a uma reunião de pessoas que vivem sob as leis do Direito<sup>552</sup>. O Direito, na filosofia de Immanuel Kant, apresenta-se como um conjunto de leis pelas quais é possível haver uma legislação (Direito Positivo)<sup>553</sup>, mediante a qual o arbítrio de alguém pode conciliar com o de outro, segundo uma lei geral de liberdade<sup>554</sup>.

Ainda sob essa acepção jurídica, o Estado pode ser concebido como um sujeito da ordem jurídica que permite a organização da comunidade de um povo, na natureza de uma organização estatal, como forma de uma sociedade<sup>555</sup>. Giorgio del Vecchio defende essa acepção concebendo o Estado como uma admissível espécie de sociedade que se alicerça no vínculo jurídico, com normas que regulam parte da operação humana<sup>556</sup>, denominando-o como uma “*unidade de um sistema jurídico que tem em si o próprio centro autônomo, e que por isso é dotado da suprema qualidade de pessoa (em sentido jurídico)*”<sup>557</sup>.

<sup>551</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 62-63.

<sup>552</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>553</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 77.

<sup>554</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>555</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>556</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Teoría do Estado*. Trad. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 19-23.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 24.



Comprova-se, nessa acepção jurídica, que o Estado é reputado como a reunião de normas jurídicas que impõe poder e arbítrio às relações humanas em sociedade.

O Estado pode ser compreendido também sob a acepção sociológica, sendo apenas uma instituição social de um grupo vitorioso sobre o grupo vencido, tendo por finalidade a organização desse domínio para perpetuar a ausência de rebeliões<sup>558</sup>.

Sob a acepção sociológica, Léon Duguit entende o Estado diante de uma coletividade (sociedade humana), organizada num território, sob a vigilância dos serviços públicos, com limitação do poder estipulada pelo Direito<sup>559</sup>. O Estado é a força subordinada a uma regra de direito superior a ele, imposta por uma força legítima que age em sintonia com o Direito<sup>560</sup>. Já Karl Marx e Friedrich Engels defendem a ideia de um Estado como fenômeno histórico passageiro, que centraliza, em suas mãos, a propriedade decorrente da luta de classes numa sociedade, de modo que o poder político representa um poder organizado da classe opressora sobre a outra oprimida<sup>561</sup>.

De acordo com a acepção sociológica, o Estado é concebido como o resultado natural decorrente da organização de determinada sociedade.

### 5.3 Evolução do Estado

Como já afirmado, o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder, que vem evoluindo com o passar dos tempos até adquirir as características conhecidas atualmente.

Primeiramente, havia o Estado oriental, também denominado de teocrático, no qual o poder absoluto era exercido com limites apenas religiosos e não jurídicos.

---

<sup>558</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 64.

<sup>559</sup> DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Trad. por Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1939, p. 8-11.

<sup>560</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>561</sup> MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. 4. ed. Trad. por Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 43-44.

No Estado grego, caracterizado pela existência das cidades-estados, identificava-se a liberdade dos cidadãos face à sua participação efetiva no exercício das funções públicas e não num sistema de garantia dos cidadãos. No Estado romano prevalecia a soberania, personalidade jurídica e individual do Estado. No Estado medieval, também denominado feudal, havia pluralidade de poderes, com várias figuras, e a complexidade de relações hierárquicas, sem unidade sólida constituída. No Estado moderno surge o ordenamento unitário próprio, com isenção da interferência da Igreja e com limitação de poderes por meio da Constituição, que abrigava um sistema de garantias aos direitos individuais<sup>562</sup>.

Essa evolução histórica condiz com o desenvolvimento da Constituição, exposta anteriormente, na medida em que o Estado surgiu e foi aprimorando-se paralelamente à evolução daquela Constituição, com o propósito de organizar a sociedade pela regulamentação do exercício do poder político e da defesa dos interesses individuais.

Nos dias atuais, o Estado social tem como pressuposto a democracia política, econômica, empresarial, que participa das decisões estatais<sup>563</sup>. Ela atua na sociedade a fim de satisfazer os interesses da coletividade, na obrigação de manter a paz nas relações sociais, tutelando, ainda, todas as atividades a ela inerentes, que envolvem questões econômicas, educativas, morais, assistenciais, além das políticas.

#### **5.4 Formação do Estado**

A formação de um Estado pode ser analisada sob o enfoque de duas teorias: teriam (i) uma formação natural, espontânea, ou a formação contratual, decorrente de uma vontade; ou (ii) uma origem familiar, sobrevinda de atos de violência ou de alguma conquista, por efeito de causas econômicas ou patrimoniais, ou, ainda, do desenvolvimento interno de uma sociedade<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Teoria do Estado*. Trad. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 49.

<sup>563</sup> PELAYO, Manuel García. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 50

<sup>564</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54-56.

O Estado pode ser formado originariamente, nascendo juntamente com a população e o país, inteiramente novo, sem derivar de um Estado preexistente; de modo secundário, quando há a união de Estados já existentes para a formação de um novo Estado; ou de modo derivado, ao decorrer das influências de um Estado antecedente<sup>565</sup>.

George Jellinek apresenta cinco teorias de justificação para a formação do Estado.

A teoria teológica (religiosa) assevera que o Estado está fundado em Deus, pois todos estão obrigados aos mandamentos divinos que impõem a organização<sup>566</sup>. A teoria da força prega que o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos produz uma relação elementar da natureza, que impõe a organização estatal<sup>567</sup>. A teoria jurídica discursa que o Estado está fundado no princípio da ordem jurídica, sendo um produto do Direito<sup>568</sup>. A teoria psicológica explica que o Estado é fruto de uma necessidade histórica, num produto empírico do povo<sup>569</sup>, enquanto a teoria ética relaciona-o com a necessidade moral<sup>570</sup>.

Atualmente, a formação do Estado moderno depende da compreensão da evolução pela qual passaram os Estados desde a Antiguidade, conforme restou exaustivamente demonstrado quando da exposição do histórico do desenvolvimento da Constituição, haja vista que é ela quem o institui.

“Vai-se constituindo assim o Estado. A luta contra o feudalismo, as autonomias comunais, as corporações e as ordens não passam de momentos de grande luta para o estado se constituir.

De um lado, é entidade suprema, não se subordina a qualquer outra. De outro lado, submete-se ao seu poder quantos estejam na esfera de domínio territorial que é sua. É ilimitada a sua autoridade e incondicional a sua superioridade.

A vitória nem foi total nem instantânea, mas obra de séculos.

Ao final, quando a soberania passou da pessoa do soberano para a do estado, já então êste se apresenta na plenitude de suas características, entre as quais a do povo governa-se e não ser governado.”<sup>571</sup>

<sup>565</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

<sup>566</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 139.

<sup>567</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>568</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>571</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 45.

Inicialmente, havia a necessidade de distinguir o âmbito público do privado, posteriormente absorvido pela vida social, que, atualmente, conflita com a exigência da liberdade e da vontade da sociedade comandadas pela atuação estatal<sup>572</sup>. A formação de um Estado, hoje, depende da vontade de algum povo, imperando sobre a defesa de suas liberdades individuais e a manutenção da paz social.

## 5.5 Elementos constitutivos do Estado

Kelsen, inspirado em sua teoria do Direito puro, plenamente jurídica, sem interferências naturais, preleciona que o Estado é concebido como uma unidade social concreta, traçada em três elementos: território, povo e poder. É da essência do Estado exercer o seu poder soberano sobre determinado território, no qual se localiza determinado povo num determinado tempo<sup>573</sup>.

Dalmo Dallari, por sua vez, defende que o Estado é constituído com base em quatro elementos essenciais: soberania, território, povo e finalidade<sup>574</sup>. A soberania equivaleria ao poder mencionado por Kelsen, e a finalidade deveria ser acrescentada para motivar a existência do Estado.

Pois bem. E qual a natureza desses elementos?

A soberania, analisada anteriormente como sendo um poder absoluto, não se subordina a nenhum outro poder, por ser suprema e soberana. O território é o espaço no qual a ordem jurídica estatal possui validade<sup>575</sup>. O povo é o conjunto de indivíduos que forma o Estado, criando um vínculo jurídico por meio do qual é erigida a vontade do mesmo para o exercício do poder soberano<sup>576</sup>. E a finalidade é o motivo pelo qual o Estado constitui-se e as razões para sua manutenção.

<sup>572</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 418-420.

<sup>573</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 299, 334 e 364.

<sup>574</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 99-100.

Como visto no capítulo terceiro, a soberania do Estado está implícita em sua própria natureza, na qualidade de real supremacia sobre os indivíduos que compõem a organização estatal<sup>577</sup>. É da essência do Estado ser soberano sobre seu território, sobre seu povo e sobre os povos internacionais a sua volta.

A soberania é um poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências. O Estado soberano é o regedor único e onipotente do comportamento humano. “Nada lhe é superior, nem mesmo a ordem moral; nada lhe dita normas ou as limita.”<sup>578</sup> Nesse sentido, o Estado não admite partilha do seu poder. Sua soberania é inalienável, indivisível, ilimitada, porque o Estado é absoluto, gozando de supremacia onipotente e originária<sup>579</sup>.

O território, na qualidade de elemento essencial do Estado, é o espaço geográfico limitado, no qual ele exerce o poder, consubstanciado num fator determinante em sua vida.. Pode ser definido como sendo o conjunto das condições naturais daquele, abstração essa feita do aspecto físico de seus habitantes e dos aspectos naturais (clima, solo, mar), que exercem influências sobre a sociedade, a centralização econômica e a organização estatal<sup>580</sup>.

O povo é a multidão de indivíduos unidos numa ordem estável de vida, diante de um sistema jurídico uniforme e autônomo<sup>581</sup>. O povo materializa-se através do Estado, representando o próprio Estado em concreto<sup>582</sup>.

A sociedade pode ser concebida num sentido amplo, como a totalidade de relações psicológicas entre os homens e o mundo externo, ou, em sentido estrito, como a totalidade dos agrupamentos humanos unidos sob um elemento comum<sup>583</sup>. O povo, por sua vez, como resultado da associação estadista, é o responsável por formar o Estado, na pessoa do poder público<sup>584</sup>.

---

<sup>577</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Teoria do Estado*. Trad. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 39.

<sup>578</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 50.

<sup>579</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>580</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 56.

<sup>581</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>582</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 44.

<sup>583</sup> JELLINEK, George. *Op. cit.*, p. 68-70.

<sup>584</sup> *Ibidem*, p. 304.

Como se verifica, o território e o povo são os elementos de ordem material do Estado, enquanto o poder é o elemento de ordem formal<sup>585</sup>.

Por fim, a finalidade do Estado pode ser compreendida como o conjunto das condições sociais presentes na sociedade que permite o desenvolvimento da vida e da personalidade humana dentro do convívio social. É a busca pelo bem comum, assegurando, por exemplo, os direitos fundamentais que possibilitam a convivência pacífica das pessoas em sociedade.

A finalidade do Estado está na prosperidade pública e no provimento das vitais necessidades de cada um para atingir a perfeição física, intelectual e moral, com segurança dos direitos individuais, da liberdade, da conservação e do aperfeiçoamento da vida social<sup>586</sup>.

O Estado é, portanto, uma sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica, cuja finalidade é regular globalmente a vida social do povo residente em determinado território e sob um poder<sup>587</sup>.

Esses elementos orientam o jurista a compreender melhor a formação do Estado, porém não são suficientes para defini-lo, pois, como visto acima, trata-se de uma estrutura complexa, que se estende à noção de questões filosóficas, jurídicas, sociológicas e políticas<sup>588</sup>.

## 5.6 Finalidade do Estado

---

<sup>585</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 66.

<sup>586</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 147-148.

<sup>587</sup> Idem. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 67.

<sup>588</sup> “Estado não pode ser concebido nem como uma função da terra, nem como fenômeno de expressão do povo, da sociedade de classes ou da opinião pública e que não pode ser de maneira alguma dissolvida no direito. Todos esses fenômenos naturais e culturais são condições, em parte históricas e em parte universalmente necessárias, do nascimento e permanência da unidade estatal. Mas nem em conjunto nem, muito menos, isoladas, podem tais condições revelar-nos a lei substantiva do Estado.” (HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurco Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 239)

A finalidade do Estado será analisada aqui não como um dos elementos do mesmo, abordando-se apenas o breve motivo de sua existência e para o que ele serve, com relato das funções para as quais a Constituição o cria e o institui.

O Estado é o centro da ordem jurídica, mas não o criador do Direito. O Direito nasce do espírito humano e converge para formação do Estado, adquirindo qualidade jurídica de pessoa superindividual<sup>589</sup>. Portanto, é criado e instituído pela Constituição, que é a responsável pela criação do Direito e pela definição do Estado ao instituir a ordem jurídica. O Estado existe, enfim, para regular a atividade política<sup>590</sup> e permitir a vida social, por meio de um ordenamento jurídico organizado sistematicamente.

Diante disso, pode-se afirmar que o Estado baseia-se num ideal de justiça (princípio racional)<sup>591</sup> para proteção, propulsão e coordenação da atividade humana<sup>592</sup>, promovendo a assistência à integridade física e moral do homem e estabelecendo a ordem econômica da sociedade<sup>593</sup>.

O Estado foi feito para o indivíduo, para garantir seu bem estar moral e material, para sua finalidade<sup>594</sup>. Contudo, não pode ser compreendido como o fim do homem, de vez que sua missão é a de ajudar o homem a alcançar seu fim. Logo, o Estado é um meio, que visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens<sup>595</sup>.

As causas do Estado podem ser detalhadas sob quatro perspectivas: formal, representando o modo de ser do Estado, ou seja, o poder estatal (poder político); final, representando o bem comum por ele pretendido; eficiente, revelando que o que provém do Estado é a natureza social do homem; e material, que trata da composição do Estado, do povo e de sua comunidade política<sup>596</sup>.

---

<sup>589</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Teoria do Estado*. Trad. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 125.

<sup>590</sup> JELLINEK, George. *Teoria General del Estado*. Trad. por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 177.

<sup>591</sup> VECCHIO, Giorgio del. Op. cit., p. 99.

<sup>592</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>593</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>594</sup> NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 152.

<sup>595</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>596</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 210.

A função estatal constitui uma situação cultural e natural<sup>597</sup>. O Estado é responsável por organizar e atuar autonomamente na cooperação social, territorial, fundada na necessidade histórica de um modo de viver comum que harmoniza as posições de interesse dentro de uma zona demográfica<sup>598</sup>.

Dessa forma, de acordo com as necessidades da sociedade, cumpre ao Estado a finalidade de facilitar a vida humana em comunidade, mediante a sistematização da organização jurídica fundada pela Constituição, com legitimidade para o uso do poder político para promover a paz nas relações sociais.

## 5.7 Estado Constitucional

Como afirmado, atualmente, o Estado pode ser concebido somente como um Estado Constitucional, submetido ao Direito, regido por leis, com a organização de seus poderes, qualificado pelas características do Estado de Direito e do Estado Democrático<sup>599</sup>.

Isso porque, conforme demonstrado, não existe Estado sem Constituição, uma vez que é por meio dela que ele é constituído. O Estado Constitucional possui uma ordenação do poder público, com garantias aos direitos individuais até contra o abuso do mesmo poder<sup>600</sup>.

Portanto, o Estado Constitucional é um Estado de Direito fundado em uma Constituição que rege democraticamente o exercício do poder político, dividido entre órgãos independentes e harmônicos entre si, que se controlam<sup>601</sup>, cuidando para que a lei seja observada por todos<sup>602</sup>.

<sup>597</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 244.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>599</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 92-93.

<sup>600</sup> VECCHIO, Giorgio del. *Teoria do Estado*. Trad. por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 54.

<sup>601</sup> “O conceito de ‘separação dos poderes’ designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas pelo Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 385).

<sup>602</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.



Trata-se de um instrumento de limitação do poder político por meio de normas jurídicas editadas de acordo com os mandamentos constitucionais.

O Estado Constitucional incorpora um ser e um dever ser, com elementos, finalidades e valores que configuram o modo de ser desse Estado. Refere-se a um modelo normativo que reproduz as ordens jurídico-políticas reais da sociedade e os seus valores<sup>603</sup>.

“Importa que, em se tratando do Estado, este não possa atuar por qualquer modo contra a sociedade da qual faz parte, e a sociedade deva ter, no Estado – a sua parte dela mesma -, dirigida ao âmbito interno e externo, a ação governamental.”<sup>604</sup>

Depreende-se que um Estado Constitucional deve possuir uma Constituição escrita ou cristalizada nos costumes de determinada sociedade, dispondo sobre normas e regras estabelecidas, responsáveis por regulamentar as relações entre os detentores do poder e seus destinatários, bem como entre os diversos detentores do poder e a vontade estatal<sup>605</sup>.

O Estado Constitucional baseia-se na distribuição do poder, pela qual os vários detentores deste participam da vontade estatal, organizando, disciplinando e limitando o exercício do poder político por meio de um documento denominado Constituição, que funda o Estado de Direito de determinada sociedade. Ressalte-se que o Estado, como uma unidade política, precisa ser controlado<sup>606</sup> mesmo quando de sua criação, prescrevendo sua organização juntamente com os instrumentos de controle do exercício do poder estatal.

Logo, pode-se afirmar que o Estado Constitucional tem por objetivo a supremacia dos indivíduos, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença nas virtudes da razão para a racionalização do poder<sup>607</sup>.

---

<sup>603</sup> GARCIA, Maria. A Reforma Previdenciária e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Os limites da atuação legislativa do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 80.

<sup>604</sup> Idem. Reforma do Estado e Administração Pública: A EC 19/98. O problema da reforma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 10 - n. 38 – janeiro-março de 2002, p. 114.

<sup>605</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 89.

<sup>606</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 22.

<sup>607</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 198.

Esse poder estatal a ser controlado é validado e possui eficácia quando exercido em conformidade com a ordem jurídica vigente, que delimita a unidade do território e do povo. A soberania estatal evidencia uma qualidade atribuída pela ordem normativa que impõe autoridade e é fonte de obrigações e direitos forçosamente respeitados pelo Estado<sup>608</sup>.

Nesse cenário, a Constituição representa um instrumento de soberania popular, que surge antes do Estado, institui e permanece com ele, disciplinando as relações jurídicas. É um sinônimo de povo e de poder político organizado, cabendo-lhe a preservação das liberdades públicas. É a fonte do Estado Constitucional, conferindo-lhe existência, legitimidade, poder e instrumentos para sua atuação.

O Estado Constitucional reúne características especiais que o qualificam. Há uma estabilidade de procedimento, pois a Constituição organiza a atuação do Estado, sujeita à participação do controle pela sociedade. Há a vigência da Constituição, que impõe a responsabilidade entre o Estado e os cidadãos, de forma que estes últimos respondam pelos atos governamentais. Há, também, a divisão dos poderes instituídos, com o controle dos atos públicos de um poder pelo outro. Há, ainda, uma representação, por meio da qual o Estado é governado por representantes dos cidadãos, com mecanismos de controle de toda e qualquer atividade estatal. Por fim, há a transparência das atividades estatais, pois os cidadãos precisam ter conhecimento de como o Estado funciona para poder fiscalizar sua atuação<sup>609</sup>.

Com se pode observar, a existência do Estado Constitucional depende de uma Constituição, razão pela qual se pode afirmar que “Desde que existe Estado, existe materialmente ao menos a função constituinte, pois é incompreensível um grupo estatal sem essa função”<sup>610</sup>, tendo em vista que é o exercício do Poder Constituinte, na elaboração da Constituição, que criará o Estado Constitucional munido dos fundamentos acima expostos que o caracterizam.

---

<sup>608</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 365.

<sup>609</sup> GARCIA, Maria. *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 25-26.

<sup>610</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 41.

Atualmente, o Estado é concebido como uma vontade organizadora, na qualidade de organismo institucional vivo, cuja finalidade está em assegurar o bem estar dos indivíduos da sociedade<sup>611</sup>, por meio de uma Constituição viva e forte. Portanto, pode-se afirmar que a preservação do Estado Constitucional depende da preservação da própria Constituição e da sua supremacia, na condição de norma superior do ordenamento que garante a conservação do próprio Estado<sup>612</sup>.

Considerando que o Estado Constitucional possui seus fundamentos no Estado de Direito e no Estado Democrático, a seguir serão apresentadas as características básicas desses dois tipos de Estados, a fim de melhor esclarecer a natureza do Estado Constitucional, dando início ao estudo da essência do Poder Constituinte no capítulo seguinte.

### 5.7.1 Estado de Direito

A partir do Direito, a sociedade política se estrutura e dá origem ao Estado, que tem como fonte normativa a Constituição, a qual é a fonte normativa primária como visto anteriormente, consubstanciada num documento oriundo do pacto social<sup>613</sup>. Compete ao Estado de Direito a permissão ao desenvolvimento do Estado Constitucional, dotando-o de forma, estrutura e normatividade.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, “O Estado de direito é um Estado constitucional”, baseado na Constituição, reconhecida como lei fundamental do país, que organiza o Estado, regulamentando seu exercício por meio de normas que a revestem de respeito e obediência, bem como garantindo a permanente efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana:

---

<sup>611</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 428.

<sup>612</sup> TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

<sup>613</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

“Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o primado do direito do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.”<sup>614</sup>

Como se pode perceber, o Estado de Direito é aquele que sujeita os governantes ao “império da lei”, permitido-lhes somente as ações compatíveis com a lei (*secundum legem*), definindo as relações com seus governados sob o “regime de direito” baseado em regras que asseguram os direitos individuais dos cidadãos ante o poder do Estado<sup>615</sup>. No Estado Constitucional, por sua vez, como esclarecido acima, a Constituição é a “Lei das Leis”, consistindo no fundamento da validade de todo o ordenamento jurídico, e regulamentando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>616</sup>.

Diante disso, se pode dizer que “o *Estado de Direito* preparou o *Estado Constitucional*”<sup>617</sup>, sendo certo que “O movimento chamado ‘constitucionalismo’ surgiu, basicamente, para eliminar os poderes até então ilimitados do Estado”<sup>618</sup>, conferindo segurança à sociedade por força do Estado de Direito<sup>619</sup>, conforme exaustivamente demonstrado no capítulo anterior.

No Estado de Direito, a atividade estatal deve observar, respeitar e garantir as liberdades individuais disciplinadas pela Constituição que o instituiu<sup>620</sup>, posto que é o símbolo do princípio da segurança jurídica<sup>621</sup> e da confiança do cidadão, tendo em vista que estabelece claramente as regras que deverão ser seguidas pelo Estado e pela sociedade desde sua criação.

<sup>614</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 360.

<sup>615</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 381.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 383.

<sup>619</sup> O Estado de Direito é “um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e traduz e, preceitos concebidos expressamente para montagem de um esquema de controle de poder”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48)

<sup>620</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-17.

<sup>621</sup> “Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controversa no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança passou a ter *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. de Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 90)

Nesse sentido, conclui-se que o Estado de Direito tem no princípio da segurança jurídica a certeza de que as normas constitucionais serão respeitadas na produção, interpretação e aplicação dos demais elementos normativos, bem como de que os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana deverão ser reconhecidos pelo Estado no exercício do poder de reger as relações de sua sociedade.

### 5.7.2 Estado Democrático

O Estado Constitucional é um Estado Democrático por ser instituído por uma Constituição legitimada pelo povo, ou seja, mediante a legitimação democrática do poder<sup>622</sup>.

Assim, no Estado Democrático de Direito, no qual se fundamenta a Constituição, o poder é exercido democraticamente pelo Estado, preservando os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, com a participação da sociedade, que respeita e confia no fiel cumprimento da lei editada em consonância com o texto constitucional, bem como na sua interpretação, assentada nas decisões judiciais proferidas pelos magistrados do Poder Judiciário.

O Estado Constitucional Democrático é o Estado Moderno, concebido como uma estrutura política e juridicamente organizada pela Constituição, que disciplina o exercício do poder pelo Estado, limitando-o por meio de normas jurídicas que também asseguram os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Nesse Estado, a essência do processo de poder repousa no intuito da manutenção do equilíbrio entre as diferentes forças existentes na sociedade estatal, garantindo a devida esfera de liberdade da pessoa humana<sup>623</sup>.

---

<sup>622</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 98.

<sup>623</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 27.

Nas palavras de Canotilho, o Estado Moderno assenta-se na lei fundamental escrita, ou seja, a Constituição juridicamente construtiva das estruturas básicas da justiça, pressupondo um modelo de legitimação que, por tendência, reconduz à legitimação democrática<sup>624</sup>.

Observa-se, pois, que a Constituição qualifica o Estado Democrático de Direito, irradiando seus princípios como a lei maior, que orienta todo o ordenamento jurídico, sob a legitimidade consagrada pela força superior advinda da vontade popular.

O Estado Democrático de Direito nasceu da união dos conceitos e princípios do Estado Democrático (baseado na soberania popular como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana) e do Estado de Direito (fundado no Estado Liberal de Direito, com fundamento na submissão ao império da lei, na divisão dos poderes, no enunciado e nas garantias dos direitos individuais), com o objetivo máximo de promover a justiça social norteadas pela organização política do Estado<sup>625</sup>.

O Estado Democrático e o Estado de Direito são conceitos intimamente relacionados (embora não se confundam), que impõem a submissão do Estado à força da lei elaborada de acordo com a vontade popular<sup>626</sup>, manifestando o denominado Estado Democrático de Direito.

Os objetivos do Estado Democrático de Direito são a superação das desigualdades sociais e regionais, com fundamento no regime democrático da realização da justiça social baseada nos seguintes princípios (i) da constitucionalidade (legitimidade da Constituição rígida, que representa a vontade popular, com supremacia, vinculando-a a todas as esferas de poderes); (ii) democrático (democracias representativas, participativas e pluralistas); (iii) sistema de direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e culturais); (iv) justiça social; (v) igualdade; (vi) divisão dos poderes e da independência do juiz; (vii) legalidade; e (viii) segurança jurídica<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 43.

<sup>625</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112-120.

<sup>626</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 156-157.

<sup>627</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 122.

Portanto, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático, como resultado da concepção do Estado Democrático e do Estado de Direito, representa o atual Estado Moderno, fundado na Constituição, considerada como sua lei fundamental, que disciplina o exercício do poder estatal e assegura os direitos e garantias fundamentais, razão pela qual deve ser observada pelo próprio Estado e respeitada por toda a sociedade como o principal instrumento para o exercício da justiça social.

\*\*\*\*\*

Levando em conta todos esses ensinamentos preliminares e as breves considerações históricas, pode-se dar início ao estudo sobre o Poder Constituinte, no tocante ao exercício da criação e elaboração da Constituição, à fundação do Estado Constitucional para organizar o exercício do poder político e permitir a manutenção da paz nas relações sociais mediante a instituição do ordenamento jurídico tendente a observar e respeitar os direitos e as garantias fundamentais e, finalmente, ao intuito de desvendar sua essência, objetivo que se pretende alcançar com o desenvolvimento da dissertação.

## 6. A ESSÊNCIA DO PODER CONSTITUINTE

“A essência do Poder Constituinte é a capacidade que dispõe de elaborar a Constituição do Estado, vale dizer, de ditar a especial maneira de ser, sob o prisma das premissas jurídicas fundamentais, do Estado constituído sob o império de seu designo constituinte.”<sup>628</sup>

A análise da essência do Poder Constituinte está relacionada à sua finalidade, ao resultado da sua atuação, ao produto de sua atividade e àquilo que representa sua capacidade, ou seja, está no advento da Constituição, com a qualidade de atemporalidade e continuidade eterna que não se encontra em nenhum outro poder<sup>629</sup>, tendo em vista que a criação e a fundação da ordem jurídico-positiva<sup>630</sup> emana da própria essência do Poder Constituinte, ao qual competem a elaboração e a colocação da Constituição em vigor, criando normas jurídicas com valor constitucional<sup>631</sup>.

O Poder Constituinte<sup>632</sup> é uma figura peculiar, cujo exercício expressa-se por meio de intervenções em momentos decisivos da sociedade, indicando a conjunção das instituições e da vida social<sup>633</sup> que repercute na organização dos órgãos do Estado através da criação e da elaboração da Constituição. Ele pode se assemelhar como algo ideológico, desempenhado pelo detentor do poder por intermédio de um grupo político ou de um acordo que alicerça sua ideologia<sup>634</sup>.

Como será demonstrado, a essência do Poder Constituinte está profundamente relacionada com todos os elementos estudados até aqui, envolvendo o exercício do poder político na elaboração de uma Constituição, quando da fundação do Estado Constitucional.

<sup>628</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 90.

<sup>629</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

<sup>630</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 33.

<sup>631</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 20.

<sup>632</sup> “Em situações de normalidade constitucional, poder constituinte é tema teórico e justifica a origem das constituições. Quando a ordem jurídica é quebrada, nas revoluções e golpes de Estado, ou quando se reclama urgente reconfiguração do poder político, ele interrompe intenso e é a explicação doutrinariamente plausível para a formulação do novo pacto.” (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p.16)

<sup>633</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 6.

<sup>634</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 3.



O Poder Constituinte é a vontade política, cuja força ou autoridade habilita-a a adotar a decisão concreta do conjunto sobre o modo e a forma da Constituição. Ele é a própria existência política, pois determina a unidade política estatal como um todo. Das decisões dessa vontade provém a validade de toda regulamentação constitucional<sup>635</sup>. Como será comprovado, pode-se avaliar sua atuação diante do ato da tomada da decisão política fundamental<sup>636</sup>, no que tange à elaboração da Constituição.

A essência do Poder Constituinte pode ser validamente compreendida como uma força detentora do valor consciente de sistematização e imposição jurídica de determinada estrutura social delimitada historicamente, com a qualidade de ser eterno e inerente à sociedade humana. O produto do seu exercício, a Constituição, deve espelhar a realidade social, e assim deverá ser compreendida pelos legisladores e pelos aplicadores do Direito<sup>637</sup>.

O Poder Constituinte nada mais é do que a uma forma excepcional da produção jurídica. Ele não decorre de um poder normal, mas consubstancia-se num procedimento extraordinário para criação do Direito, originando normas jurídicas da mais alta hierarquia do Direito Positivo<sup>638</sup> e refletindo a realidade jurídica de um povo.

Essa necessidade do exercício do Poder Constituinte retrata a realidade social e institui uma ideia do Poder Constituinte evolutivo, capaz de acompanhar a dinâmica da realidade social, sem prender as futuras gerações a decisões tomadas no passado<sup>639</sup>, o que seria possível também com a transferência das realizações das políticas públicas para o campo da legislação ordinária, permitindo, assim, um processo de revisão mais fácil<sup>640</sup>, o que, contudo, poderia enfraquecer a função e a força da Constituição.

---

<sup>635</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 94.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>637</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

<sup>638</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 22.

<sup>639</sup> FARIA, José Eduardo. Entre a Rigidez e a Mudança: a Constituição no Tempo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 2 – julho-dezembro de 2003, p. 202.

<sup>640</sup> *Ibidem*, p. 203.

Nesse capítulo, o trabalho dedicar-se-á à compreensão do conceito de Poder Constituinte e da sua evolução no decorrer do tempo, a fim de examinar a teoria com base nas características e formas de sua atuação.

## 6.1 Conceito de Poder Constituinte

Como afirmado desde o início da dissertação, o conceito de Poder Constituinte é fruto do gênero filosófico e científico. O que existe é um fato, qual seja, o povo manifesta sua vontade para se auto-organizar e autogovernar.

O exercício do Poder Constituinte pode ser reconhecido como um fato, mas, contudo, não encerra uma explicação lógica. Trata-se da manifestação de vontade de um soberano ou do povo organizado, concretizado por meio da assembleia constituinte ou por uma revolução, que termina sua atividade com a publicação da Constituição<sup>641</sup>.

O Poder Constituinte resume-se numa questão de poder, de força, de autoridade política, capaz de criar, garantir ou eliminar a Constituição, compreendida como a lei fundamental da sociedade política<sup>642</sup> juridicamente organizada.

Conforme será comprovado mais adiante, o Poder Constituinte é o poder de titularidade do povo para lhe outorgar a Constituição, representando a mais alta expressão do poder político, pois demonstra a energia capaz de organizar política e juridicamente a sociedade por meio da elaboração do texto constitucional<sup>643</sup>.

---

<sup>641</sup> “O exercício do Poder Constituinte elaborador dessas normas fundamentais pode abranger, portanto, o desenvolvimento de uma vontade política do seu titular, determinando forma e organização do Estado e o ordenamento jurídico da sociedade, nesse Estado. É o Poder Constituinte originário, na sua ‘etapa de primigeneidade’ primeira e incondicionada.” (GARCIA, Maria. Exercício do Poder Constituinte Derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 3 – n. 11 – abril-junho de 1995, p. 31)

<sup>642</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 65.

<sup>643</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 67.

Portanto, é indiscutível que o Poder Constituinte preceda a Constituição e o Estado, pois se incumbe da elaboração da Constituição que, por sua vez, confere existência ao Estado<sup>644</sup> com a fundação da ordem jurídica do país.

Assim, pode-se afirmar que o exercício do Poder Constituinte somente poderá ser identificado depois de elaborada a Constituição. Antes dela, não é possível sequer conhecer quem nem como atuará, tendo em vista que ele está relacionado e precisa ser analisado em conjunto com sua obra já elaborada (a Constituição)<sup>645</sup>.

“Como há pouco teorizamos, Poder Constituinte é mais que o poder de produzir normas constitucionais. É aptidão para produzir toda a Constituição, de uma vez só, e ab-rogar todas as normas da velha Carta Magna, também num único momento (se assim preferir). É o mesmo que dizer: numa das mãos, o Poder Constituinte usa o giz para criar a nova Constituição. Na outra mão, usa do apagador para descreiar a Constituição antiga. Seu verdadeiro alvo não são determinadas normas constitucionais a derruir, a erigir, ou a modificar. Seu verdadeiro alvo são as duas Constituições por completo: a velha e a nova. Quem trabalha ao nível das normas constitucionais, e não ao nível da Constituição por completo (nem da antiga nem da nova), é o Poder Reformador.”<sup>646</sup>

Nota-se, portanto, o Poder Constituinte é um poder destinado a criar a Constituição e que pode ser encontrado nas bases de todo o texto constitucional, seja na elaboração da primeira Constituição do Estado, seja nas demais Constituições novas que serão elaboradas durante a história da sociedade. Ele significa, enfim, o poder de constituir, de criar, de fazer uma Constituição<sup>647</sup> e de disciplinar a produção das normas constitucionais que devem atender à realidade da sociedade à qual ela se destina<sup>648</sup>.

<sup>644</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 15.

<sup>645</sup> “Tiene además una propiedad francamente sorprendente: su existencia no puede ser inferida sino después de que ha actuado. No podemos saber a priori ni quién es ni cómo es. Solamente podemos conocer de su existencia *ex post*. Sólo cuando estamos en presencia de una constitución ya vigente podemos colegir que ha habido un poder constituyente tal. Antes no.” (LAPORTA, Francisco J. *Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: Una aproximación preliminar. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 24).

<sup>646</sup> BRITO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 1, jan. 2004. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25 maio 2005, p. 7.

<sup>647</sup> SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 86.

<sup>648</sup> O Poder Constituinte é compreendido fundamentalmente como uma função, de modo que permite a afirmação de que, inclusive na etapa de reforma da Constituição, existe uma manifestação desse poder (VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12).

O Poder Constituinte pode ser analisado sob o aspecto material e formal. O aspecto material demonstra o poder de auto-organização do Estado, enquanto o formal representa o poder de eleger os preceitos à categoria de normas constitucionais. O aspecto material antecede, logicamente, o aspecto formal logicamente porque, como já visto, a ideia de Direito é anterior à regra de Direito, e, historicamente, porque existem dois tempos no processo constituinte, um do triunfo da ideia do Direito e outro da formalização dessa ideia<sup>649</sup> por meio da produção das normas constitucionais que formam o todo denominado Constituição.

“Poder Constituinte é aquele que participa da criação e distribuição das competências supremas do Estado e veremos que cada vez que existe uma redistribuição ou uma reformulação dessas competências é evidentemente mais uma manifestação do Poder Constituinte.”<sup>650</sup>

É importante esclarecer que o Poder Constituinte não se confunde com o Poder Legislativo de um país. Enquanto o primeiro tem por função a criação do texto constitucional, o segundo é o poder instituído por aquele, com o fim de criar as normas jurídicas do ordenamento em consonância com a Constituição<sup>651</sup>.

Conforme será demonstrado neste capítulo, o Poder Constituinte, no exercício da criação e elaboração da Constituição, institui o Estado, concedendo-lhe poderes para administrar e reger a sociedade a que ela se destina. Diante disso, por força do exercício do Poder Constituinte, há a instituição de poderes derivados, responsáveis não só pela produção legislativa do país, de competência do Poder Legislativo, como também pela administração do Estado (Poder Executivo), pela sua jurisdição (Poder Judiciário), pela criação de novas Constituições para organização dos Estados-membros de uma federação (Poder Decorrente), e pela própria reforma do texto constitucional (Poder Reformador).

---

<sup>649</sup> “Origina-se a vontade constituinte histórico imediatamente anterior ao do surgimento do Estado. É o ponto de maturação de uma sociedade ainda informe, para institucionalizar-se como sociedade política por excelência, adotando a forma estatal. Esse poder constituinte material originário permanece depois latente, para ser chamado a emergir em qualquer momento. Isso, caso a necessidade de se conferir novos rumos ao Estado vier a se mostrar imperante.” (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 15)

<sup>650</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12.

<sup>651</sup> “Na verdade, toda a teoria da separação dos *poderes*, confirma a diferença, que é substancial, entre o poder constituinte e o poder de reforma.” (SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 86)

Portanto, para firmar um conceito de Poder Constituinte, pode-se atestar que se trata de uma força emanada do povo, do qual decorre o poder de criar e elaborar uma Constituição para instituição do Estado, bem como de regular o exercício do poder político, a fim de proporcionar estabilidade e segurança às relações sociais dentro do seu âmbito de atuação.

## 6.2. Histórico da ideia de Poder Constituinte

Em que pese a possibilidade da identificação do exercício do Poder Constituinte na criação de uma Constituição, a ideia de Poder Constituinte desenvolveu-se gradualmente desde a Antiguidade, porém seu conceito somente alcança definição quando se originam as Constituições escritas para organização do Estado<sup>652</sup>, depois do advento da doutrina de Sieyès, que conferiu importância ao fenômeno desse poder de elaborar a Constituição.

Desde a Antiguidade pode-se identificar uma tentativa de surgimento da ideia de Poder Constituinte, dada a viabilidade de se notar a diferença entre as leis constitucionais, responsáveis por regular a organização política e do governo, e as demais leis, compreendidas como leis ordinárias<sup>653</sup>.

As leis de Creta, originárias de Minus, eram consideradas modelos de Constituição e influenciaram na elaboração das leis em Esparta e Atenas, na Grécia<sup>654</sup>. As concepções de Aristóteles, expostas em sua obra “A Política”, já evidenciavam a distinção entre as leis concernentes à organização do governo e as demais leis, ou seja, entre as leis constitucionais e as não constitucionais, denominadas de ordinárias<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> VIAMONTE, Carlos Sanches. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 133.

<sup>653</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

<sup>654</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 27.

Em Atenas, as leis reservadas ao estabelecimento da estrutura da cidade-estado, por disporem sobre cidadania e reconhecerem quem detinha o poder para participar das assembleias dos órgãos de governo, eram consideradas diferentes das demais leis. Havia a previsão de que tais leis eram fundamentais e de que outra lei que não observasse os seus preceitos poderia ser impugnada por uma “ação”<sup>656</sup>.

As leis fundamentais representavam a vontade da sociedade, que com elas se identificavam, ganhando característica de unidade política e jurídica responsável por conferir forma à própria sociedade e ao governo. Nesses ideais é que reside a essência do Poder Constituinte<sup>657</sup>, que emerge da vontade dos indivíduos formadores da sociedade, a qual se manifesta por meio de uma aspiração entendida como o fenômeno constituinte<sup>658</sup>.

Apesar desse reconhecimento da importância das leis fundamentais, não havia exatamente uma ideia do Poder Constituinte, pois ainda não se distinguia a existência de uma organização especial, encarregada da elaboração das leis fundamentais, tendo em vista que tais normas eram legisladas juntamente com as demais normas jurídicas.

Contudo, não obstante a ideia do Poder Constituinte não ter sido desenvolvida até então, na Antiguidade começaram a surgir os elementos necessários à elaboração de uma Constituição, tendo em vista que a própria sociedade já identificava a diferença entre as leis fundamentais e as demais normas jurídicas produzidas no ordenamento antigo.

Na Idade Média também foi possível distinguir a diferença entre as normas que tratam da organização fundamental do Estado e as demais normas. Todavia, como acontecera na Antiguidade, ainda não era possível verificar a diferença entre quem elaborara tais normas, pois não havia, ainda, a ideia de que tais normas deveriam ser decorrentes de um poder especial<sup>659</sup>, fruto do Poder Constituinte.

Na França desenvolveu-se a intitulada doutrina das leis fundamentais do Reino, segundo a qual as normas dirigidas à organização política eram superiores às demais, sendo superiores, inclusive, às do próprio monarca e dos demais órgãos políticos que a ela estavam sujeitos.

---

<sup>656</sup> “(...) um verdadeiro antecedente da ação direta de inconstitucionalidade, aparentemente uma criação do Direito Constitucional moderno.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4)

<sup>657</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 28.

<sup>658</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>659</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 4.

Surge então, na França, uma ideia que se aproxima da teoria do Poder Constituinte, pois havia a previsão de que as leis fundamentais não podiam ser modificadas, exceto quando observado um processo especial, eximido da influência e da interferência do monarca e representado pela reunião dos Estados Gerais (“Os Três Estados”) formado pelo Clero (Primeiro Estado), pela Nobreza (Segundo Estado) e pelo Povo (Terceiro Estado, desprovido de qualquer privilégio). Contudo, ainda não se falava na necessidade de um poder peculiar, que atendia às normas especiais, para a elaboração das leis fundamentais<sup>660</sup>.

A doutrina pactista medieval sentenciava que a base do governo estava nos poderes de Deus, conforme ensinamentos contidos na Epístola dos Romanos. O povo consentia com a ideia de que Deus era a fonte do poder político por intermédio dela, o que, por sua vez, já iluminava a ideia de que, por vontade do povo, decorrente de um acordo, seria formada a organização política denominada de Estado<sup>661</sup>. A doutrina pactista medieval amparava-se na persuasão de que o pacto representava um ajuste de vontades, da qual remanesce a fonte do governo e da representação do poder, mas não a fonte da sociedade, que decorreria de uma vontade natural<sup>662</sup>.

Por volta do século X, sobreveio o desenvolvimento da legislação foral, baseada nas cartas e foros. As cartas expressavam a manifestação da vontade constituinte, consideradas constituições rudimentares, pelas quais eram desenvolvidas reivindicações de soberania, consideradas embriões das assembleias constituintes. Na França surgiram os “fueros”, pactos escritos fundados no direito consuetudinário<sup>663</sup>.

A Carta Magna de 1215 é considerada um ato constituinte manifestado na Inglaterra, não obstante ainda não se identificasse completamente com o exercício do Poder Constituinte que se conhece atualmente. Trata-se de um pacto entre as forças políticas da época, que deu início aos atos constituintes sucessivos editados pelas forças políticas dominantes. Nela é possível identificar seus titulares, os barões e a Coroa inglesa, sendo os primeiros os responsáveis por fiscalizar o exercício do poder pela monarquia, que devia obediência e respeito à Carta Magna. A população era representada pela Câmara dos Comuns, com personalidade e força política<sup>664</sup>.

---

<sup>660</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4-6.

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>662</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33.

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 30.

Na Idade Média imperava o feudalismo, regime em que o senhor feudal e o rei disputavam o controle da sociedade e impunham seus poderes sobre o território. Nessa realidade, o Estado era construído pela atitude dos libertadores, que buscavam garantir a ordem, a defesa e a segurança. Esse tipo de Estado instrumentava-se por via de uma futura Constituição<sup>665</sup>.

Como se pode observar, na Idade Média alguns ideais já eram ensaiados para o surgimento da Constituição, mas ainda não se identificava a existência de um poder especial, soberano, diferenciado, com legitimidade para criar e elaborar a Constituição quando da formação do Estado Medieval. A elaboração das leis era prerrogativa privativa do soberano que, no papel de monarca, detinha os poderes oriundos da vontade divina. Apesar de começar a surgir a necessidade de limitação do exercício do poder político, a ideia de Poder Constituinte ainda não tinha sido desenvolvida para identificação de seu exercício nesse período.

A partir do século XVI e até o século XVIII, durante a Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea, surge a ideia do contrato social, então assinalado como fonte da sociedade, dando início às teorias contratualistas<sup>666</sup>.

Como visto no histórico sobre o desenvolvimento da Constituição, a teoria do contrato social muito se aproxima da Escola do Direito Natural. Por meio desse contrato, os homens, por livre vontade, concordariam na formação da sociedade, cujas normas regulamentares não poderiam prejudicar nenhum deles. A questão surge sobre a forma de elaboração desse contrato, para o fim de verificar se já é possível identificar ou não o exercício do Poder Constituinte.

Como já demonstrado, de acordo com a teoria contratualista, a sociedade está baseada num contrato social firmado entre os homens, permitindo a convivência entre eles em sociedade. O pacto seria firmado sob o consenso dos contratantes que, exercendo livremente sua vontade, acordavam em firmar cláusulas que não prejudicariam nenhuma das partes<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

<sup>666</sup> As obras que refletem esse pensamento são a Escola do Direito Natural e das Gentes orientada por Hugo Grócio, no *Leviatã* de Hobbes (primeira metade do século XVIII), no Segundo Tratado do Governo Civil de Locke (última década do século XVIII), e no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6)

<sup>667</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 33.



Dentre os contratualistas, como já estudado anteriormente, tem-se os filósofos Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Rousseau.

O primeiro, Thomas Hobbes, defende em sua obra “Leviatã” que o contrato era a via adequada para se alcançar a essência do Estado por meio do poder soberano<sup>668</sup>.

Os homens, no estado de natureza, representam uma ameaça permanente, devido ao egoísmo e à luxúria que fazem com que se agridam uns aos outros, levando-os a uma vida solitária. De acordo com Hobbes, “o homem é o lobo do homem”. Por conta disso, surge a necessidade de celebração do contrato social fundado na razão humana, visando à mútua transferência de direitos<sup>669</sup>.

Assim, os homens concordaram em se submeter voluntariamente às normas objeto do mencionado acordo, a fim de ser protegidos dos demais. O governo surge como um recurso indispensável para que todos possam viver pacificamente em sociedade<sup>670</sup>.

Segundo a teoria contratualista de Hobbes, para a formação do Estado é necessária a eleição de algum homem ou de uma assembleia de pessoas representantes da sociedade, constituindo, assim, o “Leviatã”, ou melhor, o Deus mortal, abaixo do Deus imortal, que exercerá o poder com força suficiente para manter a paz social, cuja titularidade compete ao soberano<sup>671</sup>.

Para Hobbes, o poder exercido pelo governante seria absoluto e ilimitado. Os súditos assinam o contrato e dão origem ao soberano, na qualidade de fruto e resultado do contrato firmado. É aqui que nasce o Estado como representante da vontade dos homens<sup>672</sup>. Nessa teoria, o poder soberano para a formação do Estado poderia advir de uma força natural, constituindo o Estado por instituição, quando um ou mais homens unem-se, ou pela guerra, constituindo o Estado por aquisição<sup>673</sup>.

---

<sup>668</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

<sup>669</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12-13.

<sup>670</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 36.

<sup>671</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã O la matéria, forma y poder de una republica, eclesiástica y civil*. Trad. por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 140-141.

<sup>672</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 36.

<sup>673</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit., p. 141.

John Locke acredita que os homens unem-se a fim de firmarem entre si um contrato para superar os problemas decorrentes da convivência num estado de natureza, razão pela qual acordam em passar ao estado uma sociedade política ou civil organizada, formada por um corpo político, com legislação, judicatura e força fundada na sociedade, visando à preservação da propriedade e à garantia da proteção da sociedade<sup>674</sup>.

Enquanto Hobbes sustenta que os homens abdicaram de sua liberdade para se subordinarem à vontade do Estado mediante um pacto de submissão da sociedade perante o Estado soberano, a fim de lhes conferirem segurança, Locke crê que o contrato social é um pacto de consentimento para formação da sociedade civil voltada à preservação dos direitos naturais.

A diferença entre os dois contratualistas está no fato de que o contrato social, para Hobbes, é o instituto que acarreta a perda da liberdade individual para conferir segurança à sociedade, enquanto que, para Locke, ele é um instrumento destinado ao resguardo dos direitos individuais, que assim ganham sua importância.

A Constituição, para Locke, é a fonte jurídica suprema do Estado, sendo o Poder Constituinte a instância de legitimação da Constituição, manifestada na vontade do povo<sup>675</sup>. Apesar de não se referir expressamente à existência de um Poder Constituinte, Locke já distinguia o Poder Constituinte do povo como responsável pela determinação da uma nova forma de governo, competindo ao poder originário do governo e do legislativo o dever de elaboração das leis<sup>676</sup>.

De acordo com a teoria desenvolvida por Locke, há um poder supremo em virtude do estado de natureza ser de caráter social, no qual os indivíduos possuem uma série de direitos naturais e o poder supremo é conferido à sociedade e não a um soberano, por meio do contrato social, ao passo que ao legislador é concedido um poder limitado, daí se depreendendo que somente o corpo político concentrado no povo tem competência para criar a Constituição de uma sociedade<sup>677</sup>.

---

<sup>674</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 37.

<sup>675</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

<sup>676</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 72-73.

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 73.

Locke afirma que o poder com que cada indivíduo privilegiou a sociedade, quando da celebração do contrato social, não pode reverter a ele enquanto perdurarem as cláusulas contratuais, desde então sob a posse da sociedade, que mantém a união desses indivíduos em comunidade, do mesmo modo que ocorre com o poder conferido ao legislativo para elaboração das leis, tendo em vista que cada indivíduo renunciara ao seu poder individual para poder ser exercido conjuntamente pela sociedade e os órgãos por ela formados<sup>678</sup>.

Apesar de denominada contratualista, a teoria de Locke aproxima-se visivelmente da teoria de Aristóteles e São Tomás de Aquino, devido à sua concepção cristã de criação, sendo possível identificar uma influência forte de sua formação religiosa em suas obras<sup>679</sup>.

Montesquieu, por sua vez, entende o contrato social como um consentimento mútuo dos homens, com a finalidade de entregar à sociedade o domínio dela mesma. Os homens nasceram livres e possuem a liberdade de decidir sobre a criação do seu próprio governo, qualidade ínsita ao exercício da soberania<sup>680</sup>.

Já para Rousseau, a vontade humana é o fundamento da sociedade<sup>681</sup>, que deve ser compreendida como resultado da estrutura decorrente do pacto social (contrato social), responsável pela criação do governo e do comando da vontade geral, razão pela qual é a teoria contratualista que mais se aproxima da teoria do Poder Constituinte. Apesar de não diferenciar o Poder Constituinte do Poder Legislativo, nem a Constituição das leis ordinárias, Rousseau reporta-se à lei fundamental como obra de um Poder Constituinte, na manifestação da vontade geral da sociedade, ainda que designada apenas por “lei”<sup>682</sup>.

Na teoria contratualista desenvolvida por Rousseau, o único governo legítimo seria aquele em que a vontade geral é habilitada a ditar a última palavra, de modo que o governo legítimo será sempre o governo da vontade geral<sup>683</sup>.

---

<sup>678</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 4. ed. Trad. por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 234.

<sup>679</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 16.

<sup>680</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 39.

<sup>681</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 12-13.

<sup>682</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Op. cit., p. 39.

<sup>683</sup> “‘Poder constituinte’ significa no liberalismo apenas: capacidade legitimante de atribuir, competência.” (MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84)

Essa vontade geral resulta da participação de todos os homens na tomada das decisões, de forma que cada indivíduo da sociedade detém uma parcela de soberania<sup>684</sup>. De fato, para Rousseau nunca existiu nem nunca existirá a verdadeira democracia<sup>685</sup>, pois ele descrê a possibilidade de os homens tomarem as decisões juntamente no exercício do poder.

Com o desenvolvimento da sociedade medieval, foi preciso refazer esse pacto social da teoria contratualista, face à necessidade de substituir as instituições existentes para adequar a participação da sociedade no governo. A necessidade de refazer o pacto social implica no reconhecimento de que a sociedade precisa de uma Constituição escrita para disciplinar, legitimamente o estabelecimento do governo, assegurando liberdades e direitos à sociedade<sup>686</sup> e dando origem, assim, à ideia de Poder Constituinte.

A carência de uma Constituição escrita, disciplinadora da vida da sociedade junto ao exercício do poder pelo Estado, alinha-se à ideia de Poder Constituinte desenvolvida por Emmanuel Sieyès, que se conhece atualmente e na qual esses estudos estarão voltados para desvendar sua essência buscada na dissertação.

A doutrina do Poder Constituinte decorreu das revoluções que originaram o Estado Constitucional moderno: Revolução Inglesa na Inglaterra em 1688, Revolução Americana nos Estados Unidos da América do Norte em 1776 e Revolução Francesa na França em 1789.

Como visto na análise da aceção inglesa de Constituição, na Inglaterra, o Poder Constituinte manifestou-se como um processo histórico de revelação da Constituição<sup>687</sup>. A confirmação da existência dos direitos e liberdades era o objetivo da lei fundamental, instituindo o equilíbrio entre os poderes medievais e a garantia dos direitos e liberdades através de um governo moderado<sup>688</sup>.

---

<sup>684</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24-25.

<sup>685</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Trad. por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971, p. 73.

<sup>686</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>687</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 68.

<sup>688</sup> *Ibidem*, p. 69.

Os contratos de domínio emergiram como um complexo de normas reguladoras do relacionamento entre os poderes medievais e a necessidade da restauração dos direitos e liberdades. As cartas magnas apareceram na Inglaterra sem o objetivo de instituir uma nova ordem política, razão pela qual não são dotadas da característica de poder constituinte com competência para instaurar o novo modelo político de um povo<sup>689</sup>, como ocorreu com a mencionada Carta Magna de 1215.

Tal como demonstrado na análise da acepção americana de Constituição, nos Estados Unidos da América do Norte, o Poder Constituinte apresentou-se como um dizer sobre os fundamentos da lei da nação num texto escrito<sup>690</sup>, visando garantir os direitos individuais por meio de um documento escrito denominado Constituição.

A ideia era a de criar a Constituição para registrar, num conjunto de regras, a imagem de que povo americano (*We the people*) consistia na autoridade ou no poder político superior, estando o legislador subordinado às normas constitucionais, sem qualquer poder supremo, superior aos constituídos e autorizados pela Constituição, colocados em posição equilibrada (*checks and balances*), de modo a garantir um conjunto de direitos assegurados pelo texto constitucional<sup>691</sup>. Como se pode observar, nos Estados Unidos da América do Norte surge a ideia atual de Poder Constituinte, com o objetivo de elaborar uma Constituição para limitar o exercício do poder estatal mediante a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos americanos.

Diante disso, pode-se dizer que o autêntico Poder Constituinte surgiu originariamente em 1787, na Convenção de Filadélfia, nos Estados Unidos da América do Norte, quando os delegados das ex-colônias britânicas reuniram-se em assembleia para a elaboração da Constituição americana<sup>692</sup>.

Essa Constituição surge como um instrumento necessário para garantia de direitos, de modo que o Poder Constituinte não tinha plena autonomia por estar limitado à necessidade de garantir direitos e limitar poderes. Assim, esse Poder apresenta-se apenas como um instrumento funcional para definição da lei maior e fixação das regras a serem observadas pelos poderes constituídos e a sociedade americana<sup>693</sup>.

---

<sup>689</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 69.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>691</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>692</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

<sup>693</sup> A diferenciação entre Poder Constituinte e poder constituído é a maior criação de todos os tempos, essencial para o Estado de Direito (VIAMONTE, Carlos Sanches. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 238).

Com base no princípio republicano do povo, o poder não poderia estar centralizado, o que levou a união de Estados por meio de uma Constituição federal com autonomia federativa<sup>694</sup>.

Já na França, foi identificada a acepção francesa de Constituição, mediante a qual o Poder Constituinte aparece como o responsável pela criação de uma nova ordem jurídico-política por meio de uma Constituição<sup>695</sup>, possibilitando o desenvolvimento da teoria desse Poder. Com isso, é formado o novo Estado francês, mediante a legitimação do poder político, a transformação do Estado Moderno numa República Democrática e a criação de uma nova solidariedade entre os cidadãos ativos na construção e integração de uma nova ordem social<sup>696</sup>.

A crise assolou a Europa no final do século XVIII, atingindo seus sistemas econômicos, com muita agitação política e revolta da população. Na França, uma pequena parcela da população possuía privilégios, sendo que sua grande parte vivia a crise econômica. A monarquia começou a passar por problemas financeiros, exigindo da sociedade um aumento de impostos, o que ocasionou o descontentamento de todos, inclusive da burguesia, que antes não se sujeitava ao pagamento de tributos.

Diante desse cenário de crise econômica, a burguesia decide dar início a uma revolução, no intuito de recuperar o Estado, desenvolvendo um conjunto de ideias que resultam na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, representando um manifesto contra os privilégios da nobreza<sup>697</sup>, expressamente prevendo o direito do povo francês a uma Constituição que assegurasse os direitos individuais e impusesse a separação dos poderes no exercício do poder político estatal<sup>698</sup>.

---

<sup>694</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 70.

<sup>695</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>697</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 44.

<sup>698</sup> O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescrevia que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n’a point de Constitution.”) – (*Ibidem.*, p. 88).

Com fundamento nessa declaração e no movimento de ruptura do antigo regime, entre 1789 e 1791, é convocada uma assembleia constituinte que resultou na elaboração da Constituição da França de 1791, representando o marco da Revolução Francesa<sup>699</sup> e o expreso exercício do Poder Constituinte nesse país por meio da manifestação do seu povo.

Um dos inspiradores da Revolução Francesa foi o livro escrito por Emmanuel Sieyès “*Qu’est-ce que le Tiers État?*” (O que é o Terceiro Estado?), que constitui um manifesto da Revolução Francesa, por meio do qual o povo reivindicava a participação no poder político exercido pelo Estado.

A obra de Sieyès, apresentada durante o movimento revolucionário ocorrido na França em 1789, defende a ideia da existência de um poder anterior à ordem jurídica, um poder legítimo, cuja titularidade pertencia à nação<sup>700</sup>. O manifesto insurgia-se contra as dificuldades econômicas, sociais e políticas causadas pelo governo de Luís XVI, e se concretizou mediante a reunião dos Estados Gerais (formado pela maioria expressiva do clero e da nobreza) e uma minoria do povo, que representava o Terceiro Estado<sup>701</sup>.

A obra inicia com as seguintes perguntas e respostas apresentadas no manifesto: O que é o Terceiro Estado? Tudo. Que tem sido até agora no ordenamento? Nada. O que pede? Chegar a ser algo<sup>702</sup>. A proposta da obra era que o poder concentrado nas mãos do clero e da nobreza fosse dividido com o Terceiro Estado, que era o verdadeiro representante da nação, e possuía competência para convocar uma assembleia constituinte para elaboração da Constituição, com a finalidade de inaugurar uma nova ordem jurídica<sup>703</sup>.

Como se constata, o resultado do manifesto foi a queda dos Estados Gerais e do poder de Luís XVI em julho de 1789, seguida da convocação da assembleia constituinte e da elaboração da Constituição.

<sup>699</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45.

<sup>700</sup> Mas o que é a nação? O termo nação representa comunidade, indicando uma relação com a comunidade histórico-cultural de um povo (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 96).

<sup>701</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 115.

<sup>702</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *L’Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 3.

<sup>703</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Op. cit., p. 115.

Assim, a teoria de Sieyès resultou na Constituição da França de 1791, sendo ele reconhecido, atualmente, como o autor da doutrina do Poder Constituinte<sup>704</sup>, desvendando a ideia de Poder Constituinte, que fundamenta a teoria objeto dessa dissertação.

### 6.3 Teoria do Poder Constituinte

A Teoria do Poder Constituinte é uma doutrina de legitimação do poder, decorrente da nova forma de manifestação do poder político, fundada na soberania nacional e popular, e surgida depois dos movimentos históricos e revolucionários do século XVIII descritos anteriormente<sup>705</sup>.

Essa teoria confere dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana, prendendo-se ao conceito formal de Constituição, identificando e separando o Poder Constituinte dos demais poderes constituídos e fundamentando o Constitucionalismo do final do século XVIII, com o advento das Constituições escritas<sup>706</sup>.

Conforme afirmado, a Teoria do Poder Constituinte é desenvolvida primeiramente por Emmanuel Sieyès, que fez uma distinção entre Poder Constituinte, que cria a Constituição, dispondo sobre os poderes que regerão a sociedade, e o Poder Constituído, que é criado por aquele para reger a sociedade. O Poder Constituinte é a justificativa para compreensão da superioridade da Constituição, cuja titularidade pertence, de acordo com Sieyès, à nação<sup>707</sup>.

Tal diferenciação dos poderes representou uma garantia de natureza formal conferida ao Poder Constituinte, responsável por proteger e resguardar os direitos garantidos constitucionalmente.

---

<sup>704</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

<sup>705</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 141.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>707</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 12.



Trata-se de uma das medidas acauteladoras mais importantes para a organização constitucional de um país<sup>708</sup>, tendo em vista que somente o Poder Constituinte pode elaborar a Constituição e disciplinar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais.

Importante esclarecer a diferença entre Poder Constituinte e sua teoria, pois o primeiro sempre existiu, como visto no histórico apresentado no item anterior, já que nunca deixou de existir um ato de vontade da sociedade em fixar os fundamentos de sua própria organização. Já a Teoria do Poder Constituinte surgiu e se desenvolveu apenas no final do século XVIII, com os estudos apresentados por Sieyès<sup>709</sup>.

Para compreender a importância da teoria desenvolvida por Sieyès, é preciso entender a situação histórica em que ela é desenvolvida, tendo em vista que seus estudos antecederam a eclosão da Revolução Francesa e permitiram a elaboração da nova Constituição da França<sup>710</sup>, conforme descrito no histórico exposto acima.

A França era um país basicamente agrário, com predomínio dos feudos produtores. Havia três classes sociais: o Primeiro Estado, representado pela nobreza, o Segundo Estado, representado pelo clero, e o Terceiro Estado, representado pela burguesia, pelos camponeses e pelos demais integrantes da sociedade, sendo o responsável pela manutenção desta, pois seu trabalho assegurava o sustento dos Três Estados<sup>711</sup>.

O governo de Luís XVI não andava bem financeiramente, devido à sua ausência de vontade para governar e sua ineficácia para controlar as finanças públicas<sup>712</sup>. O modelo feudal foi desgastando-se aos poucos e o Terceiro Estado foi se cansando de apenas pagar impostos para financiar um governo decadente. Por esse motivo, a nobreza foi convocada para pagar tributos, o que acarretou a “Revolta Nobiliária”, como meio de impedir a exigência de impostos<sup>713</sup>.

---

<sup>708</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 154.

<sup>709</sup> *Ibidem.*, p. 142.

<sup>710</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 99.

<sup>711</sup> *Ibidem.*, p. 99.

<sup>712</sup> *Ibidem.*, p. 99-100.

<sup>713</sup> *Ibidem.*, p. 100.

Diante desse cenário, a nobreza convocou a reunião dos Estados Gerais, com a intenção de decidir não pagar mais tributos ao rei. Essa convocação foi intensificada com a reunião do baixo clero, parte do Segundo Estado (do qual Sieyès fazia), com a burguesia, representando o Terceiro Estado, o que acarretou a revolução contra os privilégios do Primeiro Estado e a convocação dos Estados Gerais, na qualidade de assembleia constituinte, dando início à Revolução Francesa<sup>714</sup>.

Sieyès exerceu um papel importante nessa convocação, quando elaborou seu manifesto<sup>715</sup>, dando início aos pensamentos dirigidos à elaboração de uma Constituição, provocando a reação da sociedade com os questionamentos mencionados sobre a função do Terceiro Estado e a necessidade de reformulação da organização social e estatal.

Os fundamentos da teoria desenvolvida por Sieyès estão na ideia de um Poder Constituinte originário e soberano, de titularidade da nação, exercido com plena liberdade para fazer uma Constituição sem a necessidade de observar quaisquer limites. Ao mesmo tempo em que trazia a ideia de Constituição do Estado, essa teoria desconstituiu a ordem jurídica anterior (monarquia absoluta), para a reconstrução de uma nova ordem<sup>716</sup>.

Sieyès diferencia a nação do povo. Enquanto este é representado pelo conjunto de indivíduos subordinados ao poder, a nação é mais abrangente, pois “é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante”<sup>717</sup>.

De acordo com Sieyès, uma nação livre somente poderá terminar com suas diferenças por meio de uma Constituição, que depende da própria nação. Ainda que não haja a Constituição, a nação o tem direito de fazer uma<sup>718</sup>.

---

<sup>714</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 100.

<sup>715</sup> O que é o Terceiro Estado? Tudo. Que tem sido até agora no ordenamento? Nada. O que pede? Chegar a ser algo. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *L'Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 3)

<sup>716</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 73.

<sup>717</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

<sup>718</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *L'Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 69.

A importância da diferenciação feita por Sieyès está no fato de que, mantendo a titularidade do Poder Constituinte, a nação representa a força maior do soberano, desobrigada da sujeição às vontades dos indivíduos que a compõem, mas submetida apenas às vontades da própria sociedade, no determinado tempo, como um todo<sup>719</sup>.

Diversamente da doutrina anterior de Rousseau, Sieyès defende que a soberania está somente nas mãos da nação, pois nenhum indivíduo pode deter sozinho a soberania, cuja titularidade é indivisível<sup>720</sup>.

Na teoria desenvolvida por Sieyès há ainda uma diferenciação entre as leis fundamentais, que dão origem ao texto constitucional, e as demais leis que compõem o ordenamento jurídico da sociedade.

De acordo com Sieyès, as leis positivas da sociedade somente podem surgir da vontade da nação. Diante disso, têm-se as leis constitucionais, divididas numa parte responsável por regular a organização e as funções do corpo legislativo, e em outra parte, que determina a organização e as funções dos diferentes órgãos estatais. Tais leis são consideradas fundamentais, dependentes da vontade da nação<sup>721</sup>.

A primeira parte traz as leis fundamentais que estabelecem a legislação, fundadas na vontade nacional, antes da Constituição, classificada como de primeiro grau. A segunda parte traz as leis fundamentais estabelecidas pela vontade representativa especial, consignando todas as partes do governo, remetendo-se à vontade da nação. As demais leis são obra do corpo legislativo, que é formado e age de acordo com a Constituição<sup>722</sup>.

O responsável pela elaboração das leis fundamentais, que se fundem na Constituição, é o Poder Constituinte, que, de acordo com Sieyès, está nas mãos da nação que responde pela sua Constituição<sup>723</sup>. Cada parte da Constituição é obra do Poder Constituinte e nenhuma espécie de poder delegado pode modificar as condições de sua delegação<sup>724</sup>.

---

<sup>719</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

<sup>720</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>721</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48-49.

<sup>722</sup> *Idem*. *L'Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 77.

<sup>723</sup> *Idem*. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 49.

<sup>724</sup> *Idem*. *L'Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 76-77.

O Poder Constituinte realiza sua obra – a Constituição – e não desaparece depois dela, permanecendo na respectiva nação, que poderá modificar sua obra quando desejar. O Poder Constituinte confere ao poder constituído a obrigação de cumprir a Constituição. Por isso não se pode dissociar a ideia de que a nação existe antes de tudo, por ser a responsável pela elaboração do texto constitucional, e não está refreada pela Constituição, já que possui o poder de modificá-la e substituí-la por uma nova<sup>725</sup>.

“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural.”<sup>726</sup>

#### 6.4 Poder Constituinte Originário

Nesta dissertação, a expressão Poder Constituinte Originário é utilizada para diferenciá-lo dos Poderes Constituídos, denominados de Derivado. É o efetivo Poder Constituinte, que possui força para a elaboração da Constituição com a instituição do Estado Constitucional.

O Poder Constituinte Originário é o responsável pela criação da Constituição, positivando as decisões políticas fundamentais de uma sociedade, inaugurando uma nova ordem jurídica, capaz de amenizar racionalmente as tensões sociais, com base num ideal<sup>727</sup> comum.

A noção de Poder Constituinte Originário está relacionada à questão da assunção e do exercício do poder político, tendo em vista que é sua a competência para criação do regime político, mediante a formação do Estado por meio da elaboração de uma Constituição que prescreva oportunidades iguais aos cidadãos, com garantia e equilíbrio entre os poderes constituídos no exercício do poder político pelo Estado<sup>728</sup>

<sup>725</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12-13.

<sup>726</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48.

<sup>727</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 120.

<sup>728</sup> *Ibidem*, p. 117.

Ele é concebido como um fato, pois se manifesta num mundo pré-jurídico, presente no campo político-social, na qualidade de potência efetiva. Porém, possui características do mundo jurídico, conferindo legitimidade às normas por ele produzidas, razão pela qual não deve ser identificado como um simples fato, mas, sim, como um efetivo poder jurídico<sup>729</sup>.

Trata-se, portanto, do efetivo poder que tem competência para elaborar o texto constitucional, que pode conferir vida constitucional, dada a existência da Constituição<sup>730</sup>. Ele pode manifestar-se sobre a característica de fundacional, originando uma ordem jurídica com a elaboração da primeira Constituição do novo Estado, ou de revolucionária, insurgindo-se contra a ordem jurídica existente em determinado Estado, para criar uma nova em seu lugar.

O Poder Constituinte fundacional manifesta-se com a elaboração da primeira Constituição de um povo organizado num território, o qual, reunido, exerce sua soberania, a fim de disciplinar a sociedade para a formação do novo Estado<sup>731</sup>.

Esse Poder Constituinte fundacional pode ser denominado histórico e ser também identificado como primário, quando da elaboração da primeira Constituição, que institui o Estado de forma originária, ou como secundário, representado pela criação de outras Constituições ante um Estado anteriormente instituído<sup>732</sup>.

Diante disso, entende-se que o Poder Constituinte Originário “é o que produz normas constitucionais originárias, que compõem uma Constituição, quer seja a primeira a instituir o Estado, quer seja a que sucede e substitui outra existente”<sup>733</sup>.

“O poder constituinte originário, que é a manifestação primeira e mais elevada da soberania popular, realiza sua obra, a constituição, nela traduzindo o princípio da supremacia, e, com isso, ele se ausenta, se oculta, desaparece, porque o seu poder soberano passou a ser encarnado naquela supremacia. A soberania da Constituição perdurará até que o poder constituinte originário seja novamente chamado para a elaboração de nova Carta Política. Então, retorna ele seu poder originário e a soberania constitucional cede em face de sua presença. Essa

<sup>729</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 72.

<sup>730</sup> SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 86.

<sup>731</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61.

<sup>732</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

<sup>733</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 227.

retomada é feita sem limite, pois, ao elaborar uma nova Constituição em substituição à obra anterior, assume ele todas as suas características de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade.”<sup>734</sup>

Dessa forma, compreende-se que o exercício do Poder Constituinte Originário pode ser identificado quando da instituição do Estado, com a organização e a fundação dos poderes constituídos, pela elaboração da primeira Constituição, além dos momentos posteriores, com a elaboração das demais Constituições que neste Estado surgirão<sup>735</sup>, ainda que resultantes de manifestações revolucionárias.

A denominação Poder Constituinte Originário pode ser considerada redundante e desnecessária<sup>736</sup>, diante do fato de que o Poder Constituinte é, por natureza, o poder que cria a Constituição do Estado, razão pela qual é originário em sua essência, instituindo o Estado mediante a criação de sua Constituição.

Porém, como foi antecipado, nesta dissertação, que tem por objetivo analisar a essência do Poder Constituinte, será utilizada a mencionada expressão, a fim de diferenciá-la dos poderes instituídos, denominados Poder Constituinte Derivado, que, criado pelo Poder Originário, pode manifestar-se por meio da elaboração da Constituição dos Estados-membros (Decorrente) e pela reforma do texto constitucional (Reformador).

Cumprido destacar que o exercício do Poder Constituinte Originário não se esgota com a criação da Constituição, permanecendo esse poder potenciado no povo que possui sua titularidade, esperando o momento oportuno para se manifestar<sup>737</sup>, seja para confirmar a atual ordem jurídica constitucional (quando consultado em referendo ou plebiscito popular sobre a modificação do texto constitucional<sup>738</sup>), seja para a elaboração de uma nova Constituição, para modificação da ordem jurídica constitucional.

<sup>734</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 229.

<sup>735</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 69.

<sup>736</sup> “Rigorosamente, por ser potência o poder constituinte é denominado fundacional ou originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua eficácia atual. Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado. Há sim órgãos com competência para promover modificações na Constituição jurídica, observados os limites dessas atribuições.” (BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 71)

<sup>737</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 73.

<sup>738</sup> GARCIA, Maria. A Constituição Desconstituída: As Emendas e o Cânone Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 08 – n. 33 – outubro-dezembro de 2000, p. 87.

Logo, pode-se concluir que o Poder Constituinte Originário é o poder de elaborar a Constituição, firmando a decisão política fundamental para a criação do Estado, mediante o documento constitucional que disciplina o exercício do poder político pelo Estado e a defesa e segurança dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

#### 6.4.1 Titularidade do Poder Constituinte Originário

A identificação da titularidade do Poder Constituinte Originário esbarra nos questionamentos sobre quem seria competente para exercer esse poder, ou seja, quem teria efetivamente a titularidade do Poder Constituinte para criar e elaborar uma Constituição na organização política do Estado Constitucional. A titularidade do Poder Constituinte reflete o sujeito que detém a grandeza política para instituir a lei fundamental<sup>739</sup>.

Como será demonstrado, essa identificação depende, na verdade, da questão ideológica, que está relacionada à concepção política predominante na sociedade em determinado momento<sup>740</sup>.

De fato, o titular do Poder Constituinte não é quem quer ser ou quem possa ser legitimado para tanto, mas unicamente aquele que pode ser seu titular, possuindo condições para tanto, estando apto a produzir a decisão eficaz para a elaboração da Constituição<sup>741</sup>.

A Constituição nasce da decisão política unilateral do sujeito do Poder Constituinte ou da convenção plurilateral dos vários sujeitos<sup>742</sup>. O Poder Constituinte pode competir a um único órgão ou sujeito, pode ser a soma ou resultado dos atos parcelares advindos de dois ou mais órgãos da mesma entidade e resultar de um acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos ou entidades<sup>743</sup>.

<sup>739</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 65.

<sup>740</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

<sup>741</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 249.

<sup>742</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 66.

<sup>743</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 534.

Na verdade, é preciso ter em mente que a titularidade do Poder Constituinte deve corresponder ao detentor da soberania, tendo em vista que a ideia de Poder Constituinte está fundada no pressuposto de soberania, responsável pela elaboração da Constituição<sup>744</sup>. Porém, a problemática surge quando essa autonomia deve ser objeto do consenso da sociedade<sup>745</sup>, que precisa aceitar o exercício do Poder Constituinte e legitimar sua obra.

De início, compreendia-se que a titularidade do Poder Constituinte estava nas mãos de Deus, que acumulava todo o poder, exercido pelos reis que o representavam<sup>746</sup>. O primeiro titular do Poder Constituinte foi o monarca que dispunha da força e possuía poder para institucionalizar a coexistência para criação do Estado por meio da elaboração da Constituição. Nas mãos do rei estavam concentrados os poderes de legislar, executar e julgar, respondendo pela organização da sociedade<sup>747</sup>.

Posteriormente, o povo assumiu a titularidade do Poder Constituinte<sup>748</sup>, cujos poderes foram repassados do monarca ao povo, tal como foi possível observar na análise da teoria do Poder Constituinte desenvolvida por Sieyès<sup>749</sup>.

“No quadro do Estado burguês sistematicamente organizado e da soberania popular, o povo foi para o ato da constituição da constituição da Constituição novamente instância à qual o poder correspondente deveria ser atribuído – e isso justamente também porque somente podia ser ‘o’ povo que estava lutando por um Estado de novo tipo, que era tanto fundamentado por uma Constituição (escrita) – nesse sentido contra o princípio monárquico enquanto expressão da sociedade feudal – quanto também limitado (para fins de liberação da nova camada social dominante).”<sup>750</sup>

De acordo com a teoria desenvolvida por Sieyès, a nação, na qualidade de titular do Poder Constituinte, nunca perde o estado de natureza, que independe de leis, regras ou formas, possuindo o direito absoluto de mudar a Constituição, de criar e organizar o governo. Como se nota, com base nessa teoria, o Poder Constituinte confunde-se com a vontade da nação<sup>751</sup>.

<sup>744</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 131.

<sup>745</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 32.

<sup>746</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 87.

<sup>747</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 19.

<sup>748</sup> “Com vistas ao caso histórico da constituição da Constituição, o ‘poder constituinte do povo’ é um subcaso do princípio da soberania popular.” (MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23)

<sup>749</sup> NALINI, José Renato. Op. cit., p. 20.

<sup>750</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 24.

<sup>751</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 148.



Isso porque, de acordo com a teoria defendida por Sieyès, a nação não depende de uma formalização positiva para atuar e exercer o Poder Constituinte, sendo suficiente que sua vontade apareça para que o direito político cesse ao se defrontar com a manifestação da fonte-mestre suprema de todo o ordenamento jurídico<sup>752</sup>. A vontade da nação é o resultado das vontades individuais, assim como a nação é a reunião desses indivíduos<sup>753</sup>.

Atualmente, não mais se duvida de que o titular do Poder Constituinte é mesmo o povo, na qualidade de nação unida, que possui um poder supremo, uma soberania que a autoriza a elaborar a Constituição<sup>754</sup>. A ideia de que o povo é o titular do Poder Constituinte decorre da lógica de que será possível criar a Constituição somente com a autorização e o consentimento dele.

A titularidade do Poder Constituinte na pessoa do povo decorre da soberania popular<sup>755</sup>, de modo que a vontade constituinte passa a ser a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes reunidos que elaboram a Constituição<sup>756</sup>. Numa democracia, somente o povo pode ser o detentor do Poder Constituinte<sup>757</sup>. O povo, de posse da titularidade do Poder Constituinte, pode exercer seu poder de elaborar a Constituição através da eleição de representantes populares para integrarem a assembleia constituinte, ou por meio de uma revolução, sem, necessariamente, passar por sua efetiva organização para expressão sua manifestação<sup>758</sup>.

<sup>752</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

<sup>753</sup> Idem. *L'Que es el tercer Estado?* Trad. por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 107.

<sup>754</sup> “Considerar-se o povo como sujeito do poder constituinte é o que melhor atende à preservação do ideal democrático. O povo é mais importante do que o Estado. Este existe para servir o povo. É mero instrumento e não pode ser convertido em finalidade castradora da iniciativa e da participação. A Nação é uma entidade emocional cujo nome se mostra suscetível de motivar a arregimentação do povo. Mas existe sempre o risco de por ela se pronunciar alguém desprovido de legitimidade, mediante invocação de interesses superiores. Depois, os nacionalismos exacerbados podem degenerar em lutas fratricidas e o fenômeno globalizante mostra a tendência de reduzi-los. O povo, sim, formado de pessoas concretas, com suas angústias e anseios, com seus sonhos e vontade de reformar o mundo, deve titularizar o poder constituinte. Só ele deve deter, no Estado de Direito de índole democrática, o poder de estipular as regras do jogo.” (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 21)

<sup>755</sup> “Se há um Direito que nasce diretamente do Princípio da Soberania do povo, é o direito à auto-regulação constitucional, o direito a um ‘self-determination’, a uma auto determinação constitucional.” (VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 25)

<sup>756</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 88.

<sup>757</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 234.

<sup>758</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 33.

“Se adotarmos esse princípio básico da nossa civilização, de que o povo é o titular do Poder Constituinte, a conclusão lógica a que chegamos é de que o povo, no exercício do Poder Constituinte, não pode sofrer limitações; seria como delimitar a própria soberania, que é, por natureza, ilimitada.”<sup>759</sup>

Portanto, resta claro que o povo é quem deve manifestar sua concordância durante o processo da elaboração da Constituição, devendo haver uma manifestação popular em alguma das instâncias do processo constituinte<sup>760</sup>. O modo como o povo manifestar-se-á será responsável por determinar o grau democrático dessa Constituição. O ideal será, no mínimo, a votação para eleição dos componentes da assembleia constituinte e a ratificação do texto constitucional por meio de referendo<sup>761</sup>.

Mas quem é esse povo?<sup>762</sup>

A denominação de povo é um conceito polissêmico que apresenta vasta quantidade de determinações<sup>763</sup>. Atualmente, o povo reflete uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições veiculares de interesses, ideias, crenças e valores presentes em determinada sociedade<sup>764</sup>.

O povo é a união de pessoas que se submete à ordem jurídica de determinado Estado, que possui a vontade de estabelecer as linhas normativas básicas por meio de um acordo formal que vincula a todos<sup>765</sup>. Ele é o verdadeiro titular da vontade responsável pelo estabelecimento do pacto fundamental, razão pela qual detém a titularidade do Poder Constituinte<sup>766</sup>.

<sup>759</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 12-13.

<sup>760</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 24.

<sup>761</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 27.

<sup>762</sup> “Constata-se logo que ‘povo’ não é um conceito simples nem um conceito empírico; povo é um conceito artificial, composto, valorativo; mais ainda, é e sempre foi um conceito de combate.” (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94)

<sup>763</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 90.

<sup>764</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 65-66.

<sup>765</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 13.

<sup>766</sup> *Ibidem*, p. 14.

O povo não é apenas a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições (forma indireta), nem por via de referendos legislativos (forma direta), mas sim o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção, justificando o ordenamento jurídico num sentido amplo, como ordenamento democrático, tendo o direito de concordar ou não com as normas jurídicas que lhe foram impostas<sup>767</sup>.

Como se pode perceber, trata-se de conceber o “povo” em sentido político, ou seja, o grupo de pessoas que atuam de acordo com ideais, interesses e representações de natureza política<sup>768</sup>.

O poder emana do povo. O poder estatal é um poder de direito. O Estado não é seu sujeito nem proprietário, mas apenas seu âmbito material de responsabilidade e atuação. Assim, todo poder estatal não está no povo, mas decorre dele juridicamente. Ele é exercido pelo povo em regime de responsabilidade<sup>769</sup>.

Porém, importante esclarecer que não é o povo quem efetivamente cria e elabora a Constituição. O povo possui a titularidade do poder, mas o exerce de forma passiva, autorizando que uma “elite”, um grupo organizado, o represente para ordenar o poder político e, exercendo tal poder de forma ativa, elabore o texto constitucional<sup>770</sup>. De qualquer forma, não se exclui o papel do povo, que é o responsável por legitimar a Constituição e lhe conferir efetividade e eficácia.

Jorge Miranda ainda defende que o último estágio da titularidade do Poder Constituinte seria o Estado, que, como entidade, teria poderes de se auto-organizar, uma vez que o poder político institui e amolda o Estado de acordo com a finalidade da sua organização<sup>771</sup>.

---

<sup>767</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

<sup>768</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 75.

<sup>769</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50-51.

<sup>770</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 31.

<sup>771</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 142.

Contudo, defender-se-á que o povo é quem possui a titularidade para o exercício do Poder Constituinte, na função de elaborar a Constituição. Trata-se de uma titularidade inalienável<sup>772</sup>, que está na essência do Poder Constituinte e dela não se afasta<sup>773</sup>, haja vista que o Estado é fruto do exercício constituinte, não podendo, portanto, assumir sua titularidade.

#### **6.4.2 Natureza do Poder Constituinte Originário**

A natureza do Poder Constituinte Originário pode ser analisada com base nas teorias positivista, jusnaturalista, autônoma e dialético-integral, conforme será exposto a seguir. Elas permitem a justificação da origem da existência desse poder, a fim de possibilitar a compreensão das suas características que serão apresentadas mais adiante.

##### **6.4.2.1 Teoria positivista**

A teoria positivista, fundada no positivismo jurídico, identifica-se com a afirmação de que todo o direito é resultado do Direito Positivo, aquele posto pelo Estado, de modo que o Poder Constituinte seria fruto de uma atividade social, consistindo num fato, já que não encontraria fundamento jurídico anterior à elaboração da Constituição que disciplinou o direito vigente em determinada sociedade<sup>774</sup>.

---

<sup>772</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

<sup>773</sup> É um direito do povo o exercício do Poder Constituinte, de modo que, se lhe for negado, de nada adiantará lhe reconhecer, por meio de uma Constituição da qual esse povo não participe, outros direitos de caráter secundário (VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 25).

<sup>774</sup> “Para o positivismo jurídico, a Constituição é um mero fato, o Poder Constituinte é u’a força social e a ordem jurídica se apóia simplesmente num pressuposto lógico-transcendental. O Poder Constituinte é simplesmente uma força social, a ser estudada pela Sociologia, e não algo que deva ser estudado estritamente pelo Direito.” (BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 39-40)

Deve-se esclarecer que, conforme analisado anteriormente, o Direito Positivo da uma sociedade surge com a Constituição, que inaugura a ordem jurídica e funda o próprio Estado. Neste caso, a Constituição é reconhecida como um fato, do qual o Poder Constituinte representa apenas uma força social.

Logo, de acordo com a teoria positivista, o exercício do Poder Constituinte e a Constituição por ele criada representam apenas um fato decorrente daquela força social, razão pela qual não deveriam ser estudados pelo Direito, mas sim pela Sociologia<sup>775</sup> do Direito, pois a Constituição é objeto de estudo da Ciência do Direito, repositório de normas jurídicas por ela expressadas.

A obrigatoriedade da observação da Constituição é explicada, para o positivismo jurídico, por meio da Sociologia<sup>776</sup> e da Psicologia, ou ainda logicamente, como Hans Kelsen frisou.

Kelsen analisa o Direito isoladamente, apartado de qualquer influência social, política, moral, retirando dele todos os aspectos valorativos, como a ética, política, religião, filosofia, e deixando a norma do direito livre de qualquer interferência, para o estudo da Ciência do Direito como base no princípio da pureza metodológica<sup>777</sup>.

Ainda de acordo com Kelsen, o Direito identifica-se com o ordenamento jurídico, no qual a Constituição está posta no grau mais elevado, conferindo sistematização e hierarquia às normas jurídicas. Imagina-se uma pirâmide – pirâmide de Kelsen<sup>778</sup> – onde na base se localizam as normas infraconstitucionais, editadas de acordo com as normas constitucionais, postas no topo da pirâmide, validando o ordenamento. Acima da Constituição, no ápice da pirâmide, está a norma hipotética fundamental, fictícia (*Grundnorm*), que determina o cumprimento da Constituição.

---

<sup>775</sup> “A sociologia jurídica é a ciência que, por meio de métodos e técnicas de pesquisa empírica, visa estudar as relações recíprocas existentes entre a realidade social e o direito, abrangendo as relações jurídicas fundamentais, as camadas sedimentares ou níveis da realidade jurídica, a tipologia jurídica dos grupos particulares e das sociedades globais, a ação da sociedade sobre o direito e a atuação do direito sobre a sociedade.” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 226)

<sup>776</sup> “A Sociologia Jurídica estuda o direito como um fato social”, que tem por objetivo descrever a realidade jurídica e a sua relação com os fatores sociais (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 519).

<sup>777</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 118-119.

<sup>778</sup> “A estrutura lógica da ordem jurídica é piramidal, uma vez que as normas, que são os seus elementos constitutivos, são colocadas pela ciência do direito sob a forma de uma pirâmide, estabelecendo uma hierarquia, uma relação de subordinação, de tal modo que a norma do escalão inferior se harmoniza com a que lhe seja imediatamente superior. Logo, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra, figurativamente, designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.” (Ibidem, p. 127)

A norma hipotética fundamental impõe uma ordem no sentido de que “deve-se cumprir a Constituição”, razão pela qual a Constituição acaba sendo acatada porque assim prescreve a norma hipotética fundamental.

Neste caso, para a teoria positivista de Kelsen, a Constituição, apesar de resultar de um fato decorrente apenas da força social, tem sua obrigatoriedade fundada num pressuposto lógico-transcendental<sup>779</sup>.

De acordo com a teoria positivista, o Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, ou seja, inexistindo Direito antes da sua manifestação, não há a necessidade da observação de quaisquer regras ou procedimentos para o exercício da laboração da Constituição. Porém, indaga-se se o Poder Constituinte não estaria limitado moralmente perante os ideais da sociedade. A resposta dada pela tese positivista é a de que se trata, apenas, de um problema metajurídico<sup>780</sup> que não é passível de uma análise convencional, jurídica<sup>781</sup>, de vez que está fora do Direito posto, do sistema jurídico.

Portanto, com fundamento na teoria positivista, o Poder Constituinte deve ser compreendido apenas como um fenômeno social, com alicerce metajurídico, decorrente do fato manifestado pela produção da Constituição, refletindo os anseios da sociedade com o intuito de organizar seu ordenamento jurídico mediante a fundação do Estado de Direito.

#### 6.4.2.2 Teoria jusnaturalista

A teoria jusnaturalista, fundada no Jusnaturalismo, defende que, além do Direito Positivo, existe o Direito Natural<sup>782</sup>, inerente à natureza humana, sendo a lei natural imutável em seus princípios<sup>783</sup>.

<sup>779</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 55.

<sup>780</sup> Ibidem., p. 75.

<sup>781</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1907.

<sup>782</sup> “A vontade de Deus é – na doutrina do Direito natural – idêntica à natureza, na medida em que a natureza é concebida como tendo sido criada por Deus, e as leis naturais como sendo expressão da vontade de Deus. Conseqüentemente, as leis que regulam a natureza têm, de acordo com essa doutrina, o mesmo caráter das regras jurídicas emitidas por um legislador: elas são comandos dirigidos à natureza; e a natureza obedece a esses comandos assim como o homem obedece às leis emitidas por um legislador. A lei criada por um legislador, i.e., por um ato de vontade de uma autoridade humana, é Direito positivo.” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13)

<sup>783</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37.

Diferentemente da teoria positivista, para a teoria jusnaturalista o Poder Constituinte não é apenas uma força social, mas sim um poder jurídico, um poder de direito, que resulta da vontade da sociedade e que fundamenta a ordem jurídica natural.

A teoria jusnaturalista desenvolvida por São Tomás de Aquino (Escola Tomista) tem fundamento no pensamento aristotélico.

De acordo com São Tomás de Aquino existem três tipos de leis: a lei eterna, a lei natural e a lei humana, e acima delas, existe a lei divina, revelada por Deus. A lei eterna está no plano racional de Deus, por meio do qual a sabedoria divina é dirigida à sua finalidade. A lei natural está na natureza humana, que o faz agir segundo sua razão. E a lei humana, decorrente da lei natural, é a lei jurídica, elaborada pelo homem (Direito Positivo)<sup>784</sup>.

Existe ainda um Direito Eterno, que é a Lei Divina, derivado da própria razão de Deus e legado ao conhecimento da sociedade por meio da Igreja ou da revelação, mediante o qual é defendida a existência de uma lei eterna, expressão da vontade de Deus, cujo cumprimento advém da razão humana, onde estaria fundado o Direito Natural. Esse Direito diferencia-se do Direito Positivo, posto pelo homem para organização do poder político por meio do Estado<sup>785</sup>, o qual, contudo, possuirá seu caráter legal somente se derivar da lei da natureza<sup>786</sup>.

De acordo com a visão tomista, o Poder Constituinte decorre da necessidade humana, que acredita num poder superior, delegado por Deus aos homens<sup>787</sup>. O Direito, estabelecido pelo homem, na qualidade de Direito Positivo, será válido somente quando estiver em conformidade com o Direito Natural, permitindo, assim, que o homem tenha acesso à lei divina, natural<sup>788</sup>.

---

<sup>784</sup> MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica e o giro lingüístico*, São Paulo: Noeses, 2007, p. 95.

<sup>785</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 123.

<sup>786</sup> SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Trad. por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 426.

<sup>787</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

<sup>788</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 3.

“O passo fundamental dado pelos tomistas, ao discutir o conceito de sociedade política, consistiu em retomar a concepção aquinate de um universo regido por uma hierarquia de leis. Em primeiro lugar colocaram a lei eterna (*lex aeterna*) pela qual age o próprio Deus. A seguir, vem a lei divina (*lex divina*), que Deus revela diretamente aos homens nas Escrituras e sobre a qual a Igreja foi fundada. Segue-se a lei da natureza (*lex naturalis*, às vezes denominada *ius natureale*), que Deus ‘implanta’ nos homens, a fim de que sejam capazes de compreender Seus desígnios e intenções para o mundo. E por último aparece a lei humana positiva, diversamente designada por *lex humana*, *lex civilis* ou *ius positivum*, que os homens criam e promulgam para si próprios com o objetivo de governar as repúblicas que estabelecem.”<sup>789</sup>

Hugo Grotius desenvolveu a teoria jusnaturalista denominada de Escola do Direito Natural e das Gentes, defendendo a autonomia do Direito Natural, independente da teologia, da moral, da política e do Direito Positivo<sup>790</sup>.

A teoria fundamenta-se no fato de que o Direito Natural estaria fundado numa ciência autônoma baseada no ideal de justiça. Também se sustentando no pensamento aristotélico, defendia-se que o homem vive em sociedade e para tanto necessita de poder para se auto-organizar<sup>791</sup>. O Direito é aquilo que é justo, sendo uma qualidade moral do indivíduo de fazer algo justo<sup>792</sup>, pois a justiça é responsável por trazer segurança à consciência<sup>793</sup> dos indivíduos em sociedade.

As leis do Estado dizem respeito à utilidade própria e surgem em virtude do consenso, na qualidade de regras para utilização de vasto conjunto de associações humanas. O Direito das Gentes não se confunde com o Direito Natural, pois é o direito que existe entre as nações<sup>794</sup>.

De acordo com a Escola de Hugo Grotius, o Direito Natural baseia-se na razão humana e na inclinação social do homem, e não na lei de Deus como defendia a Escola Tomista<sup>795</sup>.

<sup>789</sup> SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Trad. por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 426.

<sup>790</sup> MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica e o giro lingüístico*, São Paulo: Noeses, 2007, p. 101.

<sup>791</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 124.

<sup>792</sup> GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Trad. por Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2004, p. 72-74.

<sup>793</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>794</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

<sup>795</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 4.



Para a teoria jusnaturalista desenvolvida pela Escola de Hugo Grotius, o Poder Constituinte decorre da razão humana, com o propósito de oferecer um Direito para o próprio homem, diverso do Direito Natural, no qual estariam fundados os princípios da justiça que possibilitam a união em sociedade com segurança e autonomia, isenta de qualquer elemento externo.

Kant desenvolveu uma teoria do Direito Natural baseada na racionalidade e na lógica, mediante a qual o homem é identificado como um ser dotado de virtuosidade, liberdade, bondade, características essas inatas ao ser humano.

De acordo com a teoria de Kant, a razão<sup>796</sup> leva o homem a compreender a necessidade de conviver em sociedade, defendendo seus direitos e suas liberdades, competindo ao Estado a obrigação de assegurar essas necessidades<sup>797</sup>. Em sua obra “Crítica da Razão Pura”<sup>798</sup>, Kant desenvolve um pensamento fundado no conhecimento puro, que não se mistura com nada, sem relação com a experiência e a sensação. A razão é o poder que administra os princípios do conhecimento. A razão pura é a que contém os princípios que servem para conhecer algo *a priori*<sup>799</sup>.

Por meio da teoria do direito racional de Kant, desenvolveu-se uma ciência do Direito rigorosamente lógica, com a separação do direito e da moral. O Direito está dividido entre o Direito Natural, no qual repousam os princípios *a priori*, e o Direito Positivo, que advém da vontade do legislador<sup>800</sup>. Para Kant, o direito é um poder para constringer. O homem é um ser livre e racional, capaz de se impor normas de condutas com determinada finalidade e não como um meio de impor algo a alguém<sup>801</sup>.

---

<sup>796</sup> “A razão é um estrutura vazia, uma forma pura sem conteúdos. Essa estrutura (e não os conteúdos) é que é universal, a mesma para todos os seres humanos, em todos os tempos e lugares. Essa estrutura é inata, isto é, não é adquirida através da experiência. Por ser inata e não depender da experiência para existir, a razão é, do ponto de vista do conhecimento, **anterior** à experiência. Ou, como escreve Kant, a estrutura da razão é *a priori* (vem **antes** da experiência e não depende dela).” (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 78)

<sup>797</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 124.

<sup>798</sup> KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos a toda Metafísica Futura*. Trad. por Manuel Fernández Núñez e José López y López. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1950.

<sup>799</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>800</sup> KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Trad. por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 97.

<sup>801</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 42.

Portanto, na teoria desenvolvida por Kant, o Poder Constituinte encontraria sua origem na razão humana, responsável por conferir ao homem a possibilidade de se reunir em sociedade e de desenvolver suas próprias normas para regular as condutas sociais.

Como se observa, a base da teoria jusnaturalista está na liberdade do Poder Constituinte (fundamento do Direito Natural), no sentido de que cada homem tem o direito de se autogovernar, podendo, em coletividade, organizar a vida da sociedade<sup>802</sup>.

Essa liberdade marca a qualidade do Poder Constituinte que, depois de elaborada a Constituição, permanece potencialmente pronto para uma nova atuação, pois não se esgota depois de criado o texto constitucional, já que permanece livre para atuar quando entender necessário<sup>803</sup>.

Para os jusnaturalistas, o Poder Constituinte não é mera força social, consiste num poder jurídico, de direito, que decorre da ordem jurídica natural para a comunidade, não sendo, assim, um simples poder de fato<sup>804</sup>.

Como será demonstrado mais adiante, a teoria jusnaturalista, diferentemente da positivista, defende que o exercício do Poder Constituinte está limitado pelo Direito Natural, ou seja, pelos direitos fundamentais universalmente conhecidos e que devem ser observados quando da elaboração da Constituição<sup>805</sup>. Seria, portanto, um poder inicial e incondicionado, porém limitado aos princípios do Direito Natural<sup>806</sup>.

Por esse motivo, com fundamento na teoria jusnaturalista, pode-se afirmar que o Poder Constituinte é um poder de direito, sujeito às regras anteriores à instituição do Estado por meio da elaboração da Constituição, as quais estão disciplinadas pelo Direito Natural.

---

<sup>802</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 45.

<sup>803</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>804</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>805</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

<sup>806</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 14.

### 6.4.2.3 Teoria do direito autônomo

Seguindo outra linha de pensamento, Georges Burdeau desenvolveu a teoria do direito autônomo, que se diferencia das teorias positivista e jusnaturalista por defender a ideia de um direito autônomo, no qual o exercício do Poder Constituinte não se consubstanciaria no poder de fato no poder de direito. O Direito nasceria juntamente com o Estado, sem ser responsável pela sua criação. Logo, o Poder Constituinte não seria resultado do Direito Natural, pois amolda o direito antes da existência do Estado<sup>807</sup>, nem fruto do Direito Positivo, criado somente depois de elaborada a Constituição do Estado.

De acordo com Burdeau, o Poder Constituinte é o criador do Estado, como resultado de exteriorização da lei que limita as regras constitutivas da ordem jurídica<sup>808</sup>. A legitimidade dessa criação é a ideia de que o Direito triunfa e constitui o regime político de acordo com a concepção de ordem social<sup>809</sup>.

Neste caso, o Poder Constituinte seria inicial, autônomo e incondicionado, encerrando a força política dominante constituída num poder de direito<sup>810</sup>.

### 6.4.2.4 Teoria dialético-integral

A teoria dialético-integral foi desenvolvida por Hermann Heller, que discordava da tese de que o Poder Constituinte possui uma natureza jurídica ou política, para defender sua natureza sócio-jurídica. A realidade da sociedade e suas justificativas são absorvidas pelo Estado e pelo Direito, de modo que a Constituição surge como um produto dialético-integral dos respectivos princípios dos mundos do ser e do dever ser<sup>811</sup>.

---

<sup>807</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 127.

<sup>808</sup> BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institution Politiques*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1984, p. 86.

<sup>809</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>810</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 18.

<sup>811</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Op. cit.*, p. 127.

De acordo com Heller, não existe Constituição sem haver a permanência das normas sociais e do *status* social<sup>812</sup>. A Constituição real consiste nas relações reais de poder de determinada sociedade<sup>813</sup>.

O Poder Constituinte é um poder soberano, dotado da vontade sócio-jurídica que se caracteriza pelas conjunções e expressão das forças do mundo do ser e do dever ser<sup>814</sup>. Sua natureza é sócio-jurídica, caracterizada por ser inicial e limitada pelos princípios jurídicos suprapositivos e pela realidade social<sup>815</sup>.

Portanto, na teoria dialético-integral, o Poder Constituinte deve estar vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura do poder, por meio de princípios jurídicos comuns para possuir autoridade e existência<sup>816</sup>.

### 6.4.3 Características do Poder Constituinte Originário

Analisadas as teorias quanto à natureza do Poder Constituinte Originário, pode-se identificar quais são suas características. Trata-se de um poder supremo, inicial, original, autônomo, incondicionado, indivisível, ilimitado e permanente.

Tais características do Poder Constituinte Originário decorrem da premissa de que não se refere a um fato jurídico, pois não tem referência em nenhuma norma jurídica, uma vez que é algo pré-jurídico, que precede a formação do Direito na qualidade de um fato<sup>817</sup>. Ele pertence a um mundo exterior ao Direito<sup>818</sup>.

---

<sup>812</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. por Lycurco Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 301.

<sup>813</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>814</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 17.

<sup>815</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>816</sup> HELLER, Hermann. *Op. cit.*, p. 327.

<sup>817</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 69.

<sup>818</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

Como já afirmado, uma das características marcantes no estudo da Teoria do Poder Constituinte é a superioridade dela, tendo em vista que sua obra, a Constituição, é indiscutivelmente superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico que devem sujeitar-se à mesma<sup>819</sup>. O Poder Constituinte cria seus poderes constituídos, cuja manifestação está sempre sujeita às normas constitucionais, consideradas leis fundamentais<sup>820</sup>.

Essa é sua autoridade suprema, livre de qualquer autoridade, fundamentada em si mesmo e sobre si mesmo<sup>821</sup>. Portanto, é insubordinado, por natureza<sup>822</sup>, diante da ausência de regra jurídica que sirva de paradigma para aferir o grau de sua atuação, razão pela qual é qualificado como incondicionado e ilimitado juridicamente<sup>823</sup>.

O Poder Constituinte é um poder supremo juntamente com o fruto da sua obra, a Constituição, que, como analisado anteriormente, é dotada de supremacia, nada mais prevalecendo além de sua força e do seu poder. É assim que o exercício do Poder Constituinte, na elaboração da Constituição, também deve ser compreendido.

O Poder Constituinte está fora do ordenamento jurídico<sup>824</sup>, tendo em vista que é o responsável pela sua criação quando da elaboração da Constituição. Ele inaugura a ordem jurídica ao elaborar a Constituição, motivo pelo qual se pode afirmar que seus atos são iniciais, pois dão origem à ordem jurídica sem observar um ordenamento jurídico anterior, salvo o advindo do Direito Natural<sup>825</sup>, na hipótese de se defender a teoria jusnaturalista da natureza do Poder Constituinte.

---

<sup>819</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao estudar as características do Poder Constituinte sob a ótica de Sieyès, destaca que o criador da Teoria do Poder Constituinte já havia identificado que tal é a superioridade da Constituição e de suas normas, que as leis elaboradas pelo Poder Constituído que com ela não estivessem de acordo seriam atos inconstitucionais, nulas, vazias, sem qualquer efeito, de modo que, mesmo antes do célebre caso *Marbury versus Madison* nos Estados Unidos, no qual foi destacada a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais e seus efeitos, já se havia reconhecido a importância da Constituição e da impossibilidade de se elaborar normas que com ela não sejam compatíveis. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15)

<sup>820</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>821</sup> CARRIÓ. Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 246.

<sup>822</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>823</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 93.

<sup>824</sup> CARRIÓ. Genaro R. *Op. cit.*, p. 245.

<sup>825</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 15.

De qualquer maneira, pode-se afirmar que o Poder Constituinte tem por característica ser inicial, pois formula uma nova Constituição, dando origem ao ordenamento jurídico<sup>826</sup>. Observe-se que ele é inicial porque acima dele não há lei, direito ou qualquer outro poder<sup>827</sup>, uma vez que ele inicia uma nova ordem jurídica independente de um ordenamento jurídico anterior.

Diante disso, pode-se afirmar que, uma vez finalizado o exercício pelo Poder Constituinte com a criação do Estado mediante a elaboração de uma Constituição, ainda que tal poder mantenha-se potencialmente reservado para a criação de novas Constituições, essas sempre derivarão daquela primeira, de forma que, tão somente na sua primeira atuação poder-se-ia identificar a característica de inicial desse poder, exceto, por exemplo, no caso de ruptura da sua atuação, tal como acontece quando instaurada uma revolução que modifica integralmente o ordenamento jurídico anterior, instituindo um novo Estado, sob as regras de um novo ordenamento.

Contudo, compreende-se que a manifestação do Poder Constituinte é, por sua natureza, inicial, pois mesmo na hipótese de já existirem Constituições anteriores cujo ordenamento jurídico seja mantido na atuação desse poder, a nova Constituição tem por característica optar pelo decidir pelo advento de um novo ordenamento jurídico. Ainda que se resolva pela permanência dos princípios e fundamentos do ordenamento anterior, essa decisão é fruto da sua vontade, que poderá ou não instaurar um novo ordenamento. Daí a característica de inicial no exercício desse poder.

Como se observa, a característica de inicial coaduna-se com a própria natureza do Poder Constituinte Originário, responsável pela formação do Estado mediante a elaboração da Constituição, ao fundar o ordenamento jurídico<sup>828</sup>, prescrevendo como os poderes por ele instituídos deverão produzir efeitos.

---

<sup>826</sup> “A par da conceituação inesgotada de Poder Constituinte Originário depreende-se o caráter que tem este de ser inaugurador, criador, fundante de uma nova ordem jurídica, fundamento jurídico do Estado, instituído por um processo de consciência constitucional. O consectário natural da atuação do Poder Constituinte Originário é a Constituição.” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 120)

<sup>827</sup> CARRIÓ. Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 245.

<sup>828</sup> “É inicial porque nenhum outro poder existe acima e antes dele – nem de fato nem de direito – exprimindo o Poder Constituinte a idéia de Direito predominante na sociedade. Siyèès tem bem nítida a idéia de que a Constituição – produto do Poder Constituinte – é a base da ordem jurídica que deve prosperar no Estado. Assim, o Poder Constituinte edita atos juridicamente iniciais, porque dão origem à ordem jurídica.” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 94)

Portanto, somente esse poder tem a característica de constituir algo, criando e organizando o Estado em sua origem, sem a obrigação de respeitar regras precedentes<sup>829</sup>.

Por esse motivo, o Poder Constituinte Originário tem tal denominação por ser dotado de originalidade, de modo que sua atuação cria o ordenamento jurídico sem observar qualquer Direito anterior ou posterior a ele, institucionalizando, por sua vontade, o novo Estado mediante a elaboração da nova Constituição<sup>830</sup>. É, assim, o poder que produz normas constitucionais originárias na elaboração da Constituição, seja a primeira que constitui o Estado, seja a que sucede outra existente e a substitui<sup>831</sup>.

O Poder Constituinte é, portanto, autônomo, por ter o poder de sozinho decidir sobre a elaboração da Constituição e a instauração da nova ordem jurídica, sem depender da cooperação de qualquer órgão ou poder, já que a criação do novo ordenamento jurídico, quando da elaboração do texto constitucional, depende apenas dele próprio.

Diante disso, pode-se afirmar também que o Poder Constituinte é incondicionado, pois a nação, ao exercer seu poder de criar a Constituição, não está sujeita a nenhum procedimento específico, podendo manifestar livremente sua vontade, sem respeitar qualquer ritual imposto para o seu exercício<sup>832</sup>. É um poder unitário, indivisível e absolutamente livre para criar e elaborar a Constituição<sup>833</sup>.

“O poder constituinte originário, que é a manifestação primeira e mais elevada da soberania popular, realiza sua obra, a constituição, nela traduzindo o princípio da supremacia, e, com isso, ele se ausenta, se oculta, desaparece, porque o seu poder soberano passou a ser encarnado naquela supremacia. A soberania da Constituição perdurará até que o poder constituinte originário seja novamente chamado para a elaboração de nova Carta Política. Então, retorna ele seu poder originário e a soberania constitucional cede em face de sua presença. Essa retomada é feita sem limite, pois, ao elaborar uma nova Constituição em substituição à obra anterior, assume ele todas as suas características de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade.”<sup>834</sup>

<sup>829</sup> Porém, metodologicamente, a doutrina decidiu denominar o Poder Constituinte de Originário, responsável pela criação da Constituição, a fim de diferenciá-lo do Poder Constituinte Derivado, instituído pela Constituição para autorizar a criação de Constituição pelos Estados-membros (Decorrente) e a reforma da Constituição (Reformador) - (SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986).

<sup>830</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 16.

<sup>831</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 227.

<sup>832</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

<sup>833</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 246.

<sup>834</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 229.

Afirmar que o Poder Constituinte é ilimitado significa dizer que a nação, titular desse poder, não está restrita a nenhum Direito anterior, quando da elaboração da Constituição, eximindo-se da obrigatoriedade de observar parâmetros impostos pelo Direito Positivo anterior.

De acordo com a teoria da soberania, uma vez que o Poder Constituinte é soberano, pode-se afirmar que ele é juridicamente ilimitado, tendo em vista que, em qualquer sociedade em que há Direito, há um soberano, cujo poder é exercido juridicamente sem limites<sup>835</sup>.

O Poder Constituinte é o “poder que tudo pode”, pois ao agir e elaborar a Constituição, não se autolimita, expressando a vontade nacional sem se submeter a qualquer prescrição constitucional ou forma constituída<sup>836</sup>.

Surge aqui a diferenciação das teorias positivista e jusnaturalista do Direito. A primeira defende a plena autonomia no exercício do Poder Constituinte, livre de qualquer limitação, enquanto que a segunda entende que, quando da elaboração da Constituição, o Poder Constituinte estaria condicionado à observação de imposições decorrentes do Direito Natural<sup>837</sup>.

Apesar de se acreditar que o Poder Constituinte é ilimitado juridicamente, há quem defenda a existência de restrições impostas a sua atuação (Paul Bastid). Esses limites seriam de fato, pois a Constituição dependeria da aprovação da sociedade que lhe confere legitimidade, e de direito, pois a Constituição deveria observar o Direito Internacional que poderia restringir o exercício do Poder Constituinte<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 75.

<sup>836</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 148.

<sup>837</sup> “Para a tese positivista, somente existe direito posto pelo Estado, e, conseqüentemente, a Constituição – que inicia a ordem jurídica e o próprio Estado, não pode ser considerada um poder de direito, mas sim um poder de fato, uma força social. Diversamente, para a tese jusnaturalista o direito não se circunscreve ao direito posto pelo Estado – direito positivo –, havendo também o direito resultante da própria natureza humana – direito natural. O Poder Constituinte, portanto, seria um poder de direito decorrente do direito natural à liberdade de autodeterminação.” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 91)

<sup>838</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 36.



Porém, defende-se que, na realidade, o Poder Constituinte não possui limites em sua essência, pois quando da elaboração da Constituição, não há nada que o impeça de exercer sua vontade.

Conforme foi analisado anteriormente, de acordo com a teoria desenvolvida por Sieyès, o Poder Constituinte encontra-se limitado pelo Direito Natural<sup>839</sup>. Nesse caso, deveria respeitar os direitos fundamentais, podendo ser limitado, inclusive, pelas Declarações de Direito<sup>840</sup>.

Jorge Miranda defende a existência de três limites materiais ao exercício do Poder Constituinte: limites transcendentais, imanentes e heterônimos.

Os limites transcendentais advêm dos imperativos do Direito Natural e dos valores éticos, religiosos, crenças e convicções consagrados pela sociedade. Impõe-se à vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção. São valores éticos superiores à consciência jurídica coletiva, tais como os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana<sup>841</sup>.

Os limites imanentes estão ligados à configuração do Estado. A identidade do Estado de cada Constituição representa o momento da marcha histórica e da soberania do Estado, que lhe confere legitimidade política em concreto. Esses limites representam uma manifestação concreta e vinculada a determinadas circunstâncias<sup>842</sup>.

Os limites heterônimos emanam da conjugação de outros ordenamentos jurídicos (Direito Internacional), que impõem a integração do Estado na comunidade internacional. Eles relacionam-se às regras de Direito Internacional, pois o novo Estado deverá adaptar-se àquele, da mesma forma que os Estados já existentes<sup>843</sup>.

---

<sup>839</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

<sup>840</sup> Idem. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-17.

<sup>841</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 87.

<sup>842</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>843</sup> Ibidem, p. 88-89.

Canotilho esclarece que o Poder Constituinte precisa seguir determinados padrões ou modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais presentes na sociedade, considerados como a vontade do povo, o que impõe a obrigatoriedade do cumprimento dos princípios de justiça, representando, assim, limites à onipotência do Poder Constituinte<sup>844</sup> no exercício da elaboração da Constituição do Estado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, ao elaborar uma Constituição, o Poder Constituinte não deve se esquecer dos princípios ordenadores presentes da sociedade, os quais constituem a ideia de Direito dessa comunidade, proveniente de sua história como dimensão cultural<sup>845</sup>.

Cabe aqui uma ressalva sobre o fato de o Poder Constituinte sofrer influência dos grupos de pressão da sociedade (sindicatos, associações, organizações não-governamentais) e da opinião pública, além dos valores éticos e morais presentes na sociedade, fatores que acabam limitando, de certa forma, a atuação daquele poder.

Diante disso, mesmo acreditando que o Poder Constituinte possui o caráter transcendental de poder fundador, sendo a fonte suprema e originária de toda a normatividade jurídica positiva e expressão da mais alta soberania, que não pode sofrer vinculação a suas decisões fundamentais na obra da criação da Constituição, pois antes dele não existe normatividade definitiva, nem limitações ou restrições<sup>846</sup>, precisa-se esclarecer que a característica de ilimitado deve ser compreendida como uma questão jurídica.

Isso porque, independentemente dessa ausência de limitação jurídica do Poder Constituinte Originário, há algo que não se pode esquecer: a elaboração da Constituição tem por finalidade organizar a vida humana em sociedade, motivo pelo qual determinados princípios não podem ser desprezados, sob pena de deturpação do poder, que então será imposto e não democraticamente exercido.

---

<sup>844</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 81.

<sup>845</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

<sup>846</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *A irretroatividade das Constituições face aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos*. Parecer no Mandado de Segurança nº 59484 impetrado por Erlânio da Silva Torres e outros perante o Tribunal Federal de Recursos. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 247-248.

Observe que a dignidade humana<sup>847</sup>, na qualidade de atributo intrínseco, de essência da pessoa humana<sup>848</sup>, atrai a realização dos direitos fundamentais do ser humano<sup>849</sup>, não podendo deixar de ser respeitada quando da instauração da ordem jurídica, pois uma Constituição que não valoriza a vida humana e suas necessidades não se presta a organizar a vida do homem em sociedade.

Entre as características do Poder Constituinte, registram-se alguns paradoxos, como a declaração de que ele seria um poder onipotente: ora, se o Poder Constituinte é onipotente, não pode se limitar em si mesmo, e, ao não poder se limitar em si mesmo, não pode ser considerado onipotente. Pode-se afirmar que ele é onipotente e ilimitado, porém, em tal sentido, não se pode dizer que é justo e bom<sup>850</sup>, pois nesse caso não retrataria nada além da sua força, podendo elaborar uma Constituição que não atenda às exigências da sociedade à qual ela se destina.

Por fim, o Poder Constituinte é permanente, visto que, depois de elaborada a Constituição, ele não desaparece, permanece forte como uma potência pronta e preparada para atuar novamente na substituição do texto constitucional quando for da necessidade e da vontade do povo, titular exclusivo do exercício desse poder. Ele permanece atuante com a Constituição e, considerado forma de liberdade, subsiste como uma expressão de liberdade humana, pois, ao elaborar a Constituição, a sociedade toma uma decisão que poderá ser revista pelas futuras gerações, que não podem se sujeitar a decisões tomadas por seus antepassados<sup>851</sup>.

Portanto, o Poder Constituinte, depois de elaborada a Constituição, ganha a característica de permanente, pois subsiste na pessoa do seu titular, ainda que em estado de letargia, na condição de energia constituinte<sup>852</sup>.

---

<sup>847</sup> “(,,,) o princípio da dignidade humana impõe limites á atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha violar a dignidade pessoal (...).” (SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 110)

<sup>848</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 146.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>850</sup> LAPORTA, Francisco J. *Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: Una aproximación preliminar. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 25/26.

<sup>851</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58-59.

<sup>852</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

Importante esclarecer que o Poder Constituinte Originário, ao inaugurar a ordem jurídica, cria outros poderes, denominados poderes instituídos, para delimitar e organizar a atuação do Estado. Tais poderes são representados pelo poder constituído pela Constituição (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), pelo poder de elaborar as Constituições dos Estados-membros (Poder Constituinte Derivado Decorrente) e pelo poder de reformar a Constituição (Poder Constituinte Derivado Reformador)<sup>853</sup>.

Como será explicado mais adiante, apesar da atividade desses poderes instituídos identificarem-se com o exercício do Poder Constituinte Originário, e às vezes possuir quase a mesma denominação, com ele não se confundem, pois é de competência única e exclusiva do Poder Constituinte Originário a elaboração da Constituição, na criação do Estado e em sua fundação, inaugurando a ordem jurídica, sendo por isso possuidor da característica de permanente, por estar sempre apto e preparado para elaborar uma nova Constituição.

#### **6.4.4 Exercício do Poder Constituinte Originário**

Como restou demonstrado, o Poder Constituinte Originário é o responsável pela elaboração da Constituição, na formação do Estado e na fundação do ordenamento jurídico. O exercício do Poder Constituinte ocorre, portanto, quando da criação da Constituição. Contudo, considerando que o Poder Constituinte é incondicional, conforme demonstrado no item anterior, não existe exatamente uma forma pré-definida para que ele possa se manifestar<sup>854</sup>.

O exercício do Poder Constituinte conserva fundamentos políticos, sociais, filosóficos e econômicos<sup>855</sup>, que se refletem no produto resultante de sua manifestação, a Constituição.

---

<sup>853</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 122.

<sup>854</sup> “O Poder Constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentais; quando atua dentro desta propriedade inalienável está sempre em estado de natureza.” (BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11)

<sup>855</sup> *Ibidem*, p. 128.

Analisando suas intervenções na criação de Constituições, é possível identificar e compreender algumas formas pelas quais o Poder Constituinte pode se manifestar: mediante um ato fundacional, quando cria e elabora a Constituição, estabelecendo um ordenamento jurídico, ou através de um ato revolucionário, quando derruba o ordenamento jurídico anterior e estabelece uma nova Constituição<sup>856</sup>.

A atuação do Poder Constituinte pode, então, ocorrer por meio de aclamação (multidão reunida), de *referendum* constituinte (povo aprova o projeto da Constituição), da assembleia constituinte (eleição do corpo legislativo para essa função), de aprovação dos Estados-membros ou de revolução<sup>857</sup>.

#### 6.4.4.1 Ato Fundacional

O Poder Constituinte pode atuar pela manifestação de um ato fundacional, que cria e elabora a Constituição que institui o Estado e funda o ordenamento jurídico de determinada sociedade.

O exercício do Poder Constituinte pode ocorrer sob um pacto firmado no consenso, que autoriza a elaboração de um texto constitucional<sup>858</sup>.

O Poder Constituinte pode criar o ordenamento jurídico ao estabelecer uma Constituição por meio da outorga. Neste caso, uma única pessoa, um único agente, redige o texto constitucional e o entrega à sociedade, para que seja observado. Trata-se de um ato unilateral do agente revolucionário ou do escolhido pelo povo para a elaboração da Constituição. Uma vez outorgada a Constituição, há um juramento, a promessa do agente de que cumprirá o texto constitucional, submetendo-se a ele, por se tratar de uma outorga constitucional, perante a qual mesmo quem detém o poder também deverá sujeitar-se a essa obrigação<sup>859</sup>.

---

<sup>856</sup> CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 143.

<sup>857</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 215.

<sup>858</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 71.

<sup>859</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63.

A outorga de Constituição pode ser identificada frequentemente no século XIX, por meio de ato dos monarcas, que afirmavam possuir um direito divino, mas foram coagidos pela sociedade para a elaboração do texto constitucional, em virtude da revolução liberal. Assim ocorreu com a Constituição do Brasil de 1824, por exemplo. Porém, não há Constituições outorgadas apenas por monarcas. São iguais exemplos de Constituições outorgadas também as elaboradas por líderes revolucionários, como ilustra a Constituição do Brasil de 1937<sup>860</sup>.

O Poder Constituinte também pode se manifestar por meio de uma convenção ou assembleia constituinte. Nessas existe a deliberação da representação do povo para a elaboração da Constituição. Há, portanto, debates e votações na Convenção para estabelecer o texto constitucional. Entretanto, deve-se esclarecer que, para o início dos trabalhos, há, necessariamente, um ato de outorga, para evitar a aplicação da Constituição anterior na convocação da convenção ou da assembleia constituinte. De fato, o ato de outorga representa, neste caso, apenas o estabelecimento de uma organização provisória, que vigorará até a elaboração da Constituição pela convenção ou assembleia constituinte<sup>861</sup>.

Nas convenções ou assembleias constituintes, o exercício do Poder Constituinte pode (i) encerrar-se quando da elaboração do texto constituinte, onde a Constituição é estabelecida e outorgada; ou (ii) após a elaboração do texto, esse ainda deverá ser submetido a uma ratificação popular (referendo)<sup>862</sup>.

A assembleia constituinte é um modo de manifestação indireta do Poder Constituinte, que elege representantes do povo com poderes para elaborar, aprovar e promulgar a Constituição, razão pela qual é considerada uma forma de criação representativa do texto constitucional<sup>863</sup>, na qual prevalece a vontade da maioria<sup>864</sup>.

---

<sup>860</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63-67.

<sup>861</sup> *Ibidem*, p. 67-69.

<sup>862</sup> *Ibidem*, p. 69-70.

<sup>863</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 70-71.

<sup>864</sup> Na qual o governo é atribuído à maioria de um povo que o exerce (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 760).

A aclamação (reminiscência histórica) ou referendo são modos de exercício direto do Poder Constituinte, para a criação popular da Constituição, diante dos quais é preparado um projeto de Constituição pelo governo provisório ou de transição que será submetido ao referendo popular sem antes passar pela análise de uma assembleia constituinte<sup>865</sup>.

O Poder Constituinte pode, ainda, expressar-se sob a modalidade mista, que combina a forma representativa por meio de uma assembleia constituinte eleita pelo povo, incumbida da elaboração e aprovação do projeto da Constituição, o qual será submetido ao referendo popular que, se aprová-lo, será o responsável pela promulgação da mesma<sup>866</sup>.

Por fim, o Poder Constituinte pode se manifestar por meio de um plebiscito popular sobre o projeto de um Imperador ou Ditador, cuja Constituição não é fruto de uma participação popular democrática, de vez que o povo apenas ratifica a vontade do detentor do poder (Constituição cesarista<sup>867</sup>).

“Resumindo, o Poder Constituinte Originário manifesta-se, basicamente, ou através de atos unilaterais dos detentores do poder, editados de uma só vez – outorga – ou através de ato promulgado por um corpo coletivo de representação popular, após debates e aprovação, ato este submetido ou não à aprovação direta do povo, mediante referendo ou plebiscito; manifesta-se, também, através de formas que não se enquadram precisamente nos modelos apontados, que pode, ser chamadas de mistas, e que assumem as mais variadas combinações, fruto das circunstâncias que propiciam ou exigem o estabelecimento de Constituição para um determinado país.”<sup>868</sup>

Analisando essas formas de atuação do Poder Constituinte Originário e os tipos de Constituição existentes, traça-se facilmente a lista das Constituições pactuadas, outorgadas, promulgadas e cesaristas analisadas anteriormente, com as formas de exercício do Poder Constituinte especificadas acima, manifestadas por meio de um pacto, de uma outorga, de uma convenção ou assembleia constituinte, ou mediante a aprovação por um plebiscito, respectivamente.

<sup>865</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 70.

<sup>866</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>867</sup> *Idem*. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 41-42.

<sup>868</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 49.

Conforme já afirmado, o exercício do Poder Constituinte não consiste uma forma de ação pré-definida, de modo que a outorga e as convenções ou assembleias constituintes não tipificam regras obrigatórias que devem ser seguidas na elaboração da Constituição que depende, apenas, da vontade e do poder para a criação do texto constitucional. Tais formas foram somente as mais identificadas no curso da história como exemplos da atuação do Poder Constituinte<sup>869</sup>.

O Poder Constituinte age em três fases: a da iniciativa constituinte, que expressa a decisão de criar a Constituição; a do período preparatório, onde se resolve manter provisoriamente a situação anterior, preparatória da convocação do órgão constituinte para elaboração da Constituição; e a da formação da Constituição, na qual se efetiva o exercício do Poder Constituinte, no que tange à discussão, ao debate, às emendas e à votação, finalizada com a elaboração da Constituição<sup>870</sup>.

Meireles Teixeira sugere um esquema de três etapas para o exercício do Poder Constituinte e os modos de sua atuação, descrevendo a atuação no momento de elaboração de uma Constituição. A primeira fase é o período de construção ou de fundação do Estado, quando a comunidade política (Nação), consciente de sua vontade política de existência soberana, transforma-se em Estado. É um momento anterior ao Direito, seguido da segunda fase, o período pré-constituinte, no qual o governo provisório, depois de fundado o Estado, irá dotá-lo de estrutura e forma, traçando os limites de sua atuação, por meio da elaboração da Constituição ainda incompleta. Nessa fase, iniciam-se as eleições constituintes que designarão o corpo legislativo responsável por elaborar o texto constitucional. Na terceira fase, a do período constituinte, depois da eleição da assembleia constituinte, é elaborada e promulgada a Constituição, colocada acima de todas as normas jurídicas positivas, que deve observar, tão somente, as considerações do bem comum, em respeito aos princípios da razão e do Direito Natural. Promulgada a Constituição, encerra-se a atividade do período constituinte<sup>871</sup>.

---

<sup>869</sup> Há Constituições, portanto, que não foram elaboradas por meio de outorga ou assembleia constituinte, tal como a Constituição de 1852 de Napoleão Bonaparte, que foi outorgada depois de aprovado parte do texto num plebiscito mediante uma prévia consulta popular, e a Constituição do Brasil de 1967, decorrente do Ato Institucional nº 4 que estabeleceu os procedimentos a serem seguidos antes da elaboração do novo texto constitucional (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 70-72).

<sup>870</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 68-69.

<sup>871</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 205-206.



#### 6.4.4.2 Ato de revolução

Outra forma de exercício do Poder Constituinte se dá por meio de um ato de revolução, que causa um processo de mudanças radicais na sociedade e em sua estrutura política. Como será demonstrado, há dois tipos de revolução: a criadora, responsável por romper com o ordenamento jurídico vigente, instituindo uma nova ordem, e a restauradora, que busca o restabelecimento da ordem jurídica justa<sup>872</sup>.

Poderia até se afirmar que o Poder Constituinte é revolucionário em suas raízes históricas, pois se manifesta num momento pré-jurídico, quando da elaboração da primeira Constituição, ou num momento especial de aglutinação e civismo do povo de determinado Estado<sup>873</sup>.

Contudo, a experiência indica que existiria um Poder Constituinte Revolucionário, que, prescindido do tema de sua legitimidade, possui obviamente o caráter de Poder Constituinte, porque atua profundamente na estrutura dos órgãos do Poder ou nas relações entre o poder e a sociedade<sup>874</sup>.

Constata-se, destarte, que na maioria das vezes, a revolução é confundida com o exercício do Poder Constituinte<sup>875</sup>, pois, logicamente, depois de uma revolução é que se modifica a sociedade e se lhe confere uma nova Constituição. Trata-se, na verdade, de um veículo para a atuação do Poder Constituinte<sup>876</sup>, mas nem sempre o exercício desse poder precisa se alcançar pelo árduo caminho da revolução<sup>877</sup>.

<sup>872</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 128.

<sup>873</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110-111.

<sup>874</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 13.

<sup>875</sup> “A revolução é a fonte formal de convocação de uma Assembléia Constituinte.” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 64)

<sup>876</sup> “Através desta, o grupo constituinte consegue impor ou restaurar a idéia de Direito, derrubando a antiga Constituição.” (BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 51)

<sup>877</sup> “A revolução é fato social que envolve a ruptura e a cessação do ordenamento jurídico vigente e poderá ocorrer também pelo exercício do Poder Reformador, quando este extravaze (sic) as limitações dos seus poderes ou competência.” (GARCIA, Maria. Exercício do Poder Constituinte Derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 3 – n. 11 – abril-junho de 1995, p. 41)

Do ponto de vista filosófico, a revolução é uma mudança súbita na continuidade de um processo. Do ponto de vista sociológico, ela é a adequação das condições básicas da sociedade que implica numa rápida mudança, de forma súbita e violenta. E, do ponto de vista político, é uma modificação violenta dos fundamentos jurídicos do Estado<sup>878</sup>.

A revolução pode ser compreendida como um fenômeno, porém, é preciso diferenciar o fenômeno social do fenômeno jurídico.

Como fenômeno social, ela apresenta-se como resultado de uma evolução natural da sociedade, razão pela qual é reconhecida como uma realidade específica, irreduzível e fundamental para a natureza dessa sociedade<sup>879</sup>. Como fenômeno jurídico, acarreta a modificação ou a substituição da Constituição vigente, sem observar os processos legítimos para essa atuação<sup>880</sup>.

Burdeau compreende a revolução como a criação de uma nova ordem jurídica, transformando o fato em direito<sup>881</sup>.

De acordo com Hans Kelsen, a revolução ocorre quando a ordem jurídica vigente é modificada (anulada ou substituída) de forma ilegítima, ou seja, não segue os procedimentos previstos na ordem vigente para sua modificação, instituindo, assim, uma nova ordem jurídica<sup>882</sup>. Numa revolução é possível identificar claramente a importância da norma fundamental, imprescindível à validação da nova ordem jurídica imposta pelos revolucionários<sup>883</sup>.

Destaca-se que a imposição da Constituição por meio da revolução, que “quebra” o ordenamento jurídico anterior, não pode ser considerada legítima do ponto de vista de um fenômeno jurídico, pois modifica o texto constitucional sem observar as condições para tanto.

---

<sup>878</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 225.

<sup>879</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65.

<sup>880</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>881</sup> BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institution Politiques*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1984, p. 87.

<sup>882</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171.

<sup>883</sup> *Ibidem*, p. 173

Trata-se, na verdade, do exercício do poder para a modificação da sua titularidade<sup>884</sup>.

O povo possui o direito de acesso à revolução, ou seja, o direito de mudar a organização constitucional estabelecida, que deve repousar na vontade de todos<sup>885</sup>. Esse direito é exercido tal como o de resistência, na condição de autorizar seu Poder Constituinte a agir para exprimir sua vontade de mudar a organização política, insurgindo-se contra a Constituição vigente para elaborar uma nova<sup>886</sup>.

Trata-se de um direito objetivo, na medida em que todo poder emana do povo, que, na qualidade de poder supremo e inalienável, tem o direito de rever e modificar sua Constituição manifestando sua vontade, ainda que pela via revolucionária. É também um direito subjetivo, como faculdade concedida ao povo para postular a desejada mudança da sua Constituição. E é, ainda, um direito de caráter ético e moral, que deve ser exercido com a finalidade de alcançar o bem comum e defender os direitos fundamentais da pessoa humana<sup>887</sup>.

Portanto, o povo deve ter assegurado seu direito de recorrer à revolução, pois não pode ser obrigado a permanecer sob um ordenamento como o qual discorda. O reconhecimento desse direito é defendido com base na teoria jusnaturalista, pois a sociedade usufrui da faculdade de modificar sua organização jurídica. De acordo com a tese jusnaturalista, a revolução deve atender a três condições: (i) somente pode ser desencadeada quando não houver outros recursos; (ii) deve ser um meio econômico para se alcançar a finalidade; e (iii) será admitida apenas quando tiver chances de trazer êxito e sucesso e não apenas de causar destruição<sup>888</sup>.

---

<sup>884</sup> “Importa dizer, a despeito de abalizados pensamentos, é que a revolução realmente marca o rompimento de um regime político e o início de outro, com ou sem o uso da violência. É inevitável, nesse processo, um Governo de transição, digamos, um Governo de fato, e, uma conseqüente Assembléia Nacional Constituinte, que reflita os valores do movimento revolucionário, pena de se incorrer em ilegitimidade e, via de extensão, paulatina derrocada da nova ordem.” (BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, p. 129)

<sup>885</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 51.

<sup>886</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

<sup>887</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 240-241.

<sup>888</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60-61.

A revolução pode passar por três fases. A primeira é caracterizada pela identificação de certa moderação, onde havendo quem pleiteie a modificação política e social de determinada sociedade sem, contudo, destruir a estrutura política e social. A segunda pode ser identificada pela radicalização, onde os moderados acabam sendo superados pelos radicais, que visam à ruptura na sociedade pela revolução. A terceira fase é identificada por três alternativas: a contrarrevolução, com a reconquista do poder por aqueles contra quem se reagia; o prosseguimento da revolução, estendendo-se o terror estendido à sociedade; e a tomada do poder pelas forças armadas da própria sociedade<sup>889</sup>.

O resultado da revolução eficaz será a instituição de uma nova Constituição, que impõe outra ordem jurídica, a ser respeitada pela sociedade. É por esse motivo que as revoluções são consideradas obra de Poder Constituinte, que cria e elabora a Constituição por meio de um ato revolucionário. Ao ser aceita e respeitada pela sociedade, ela se investe de eficácia perante o novo ordenamento jurídico.

“O Ato Constituinte representa a formalização do triunfo do grupo revolucionário. É o ato pelo qual se efetiva e se formaliza o ato de Constituição. O Ato Constituinte tem a pretensão de fundar uma ordem ou uma nova ordem jurídica; importa, sempre, na renovação do fundamento da ordem jurídica. O Ato Constituinte contém simplesmente uma pretensão, isto é, esse ato não se aperfeiçoa enquanto não se implementa uma condição, que é uma condição resolutiva.”<sup>890</sup>

Como se observa, para que a revolução identifique-se com a figura do Poder Constituinte, fruto de um ato revolucionário, é indispensável que sua obra – a Constituição – seja dotada de eficácia perante a sociedade. Caso contrário, ela revelará um perfil social desalinhado do mundo jurídico. Portanto, a normatividade promulgada pela revolução legitima-se pela eficácia, com aceitação do Ato Constituinte pelo povo, o qual se transforma em Constituição<sup>891</sup>.

---

<sup>889</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

<sup>890</sup> BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 67.

<sup>891</sup> *Ibidem*, p. 67-68.

Pode-se afirmar que a elaboração da nova Constituição por meio do movimento revolucionário é um ato legítimo, por representar a vontade de um determinado grupo revolucionário aceita pelos governados, porém é ilegal, por estar em desacordo com o Direito Positivo vigente derrubado. Por esse motivo, após a tomada do poder, os revolucionários legalizam seu ato por meio da edição da nova Constituição, exercendo, assim, a atividade do Poder Constituinte<sup>892</sup> através do ato revolucionário.

O exercício do Poder Constituinte Revolucionário é comparado à prática do Poder Constituinte Originário, pelo fato de não se ajustar à legalidade pré-existente. Contudo, enquanto o Poder Constituinte Originário não reconhecer tal legalidade, porque ela nunca existiu, o Poder Constituinte Revolucionário não a acolhe porque a derrubou e a destruiu, atuando em instância de fato ou revolucionária, golpista, exercida apenas em caráter provisório e emergencial<sup>893</sup>.

De qualquer forma, é de se ver que os efeitos da revolução atingem a identidade do Estado, que é substituído pelo Estado novo, mas sem perder sua substância, já que se mantém no mesmo território e atua sobre a mesma sociedade. Alcançam, ainda, a Constituição então vigente, que é destruída para a elaboração de uma nova, que modificará a forma de Estado, a forma de Governo e os seus órgãos de Estado. No tocante à legislação ordinária, a revolução poderá revogá-la expressamente ou somente naquilo que com ela for incompatível implicitamente. Com relação aos direitos fundamentais, impõem-se a obrigação de respeito aos direitos adquiridos, exceto se contrários às finalidades da revolução e ao interesse público. Por fim, o Estado, no que tange às suas obrigações internacionais, continuará respondendo por elas, tendo em vista que, na prática, sua personalidade jurídica não desapareceu internacionalmente<sup>894</sup>.

## 6.5 Poder Constituinte Derivado

---

<sup>892</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

<sup>893</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Trad. de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 13.

<sup>894</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 241-251.

O Poder Constituinte Derivado é também denominado de Poder Constituído, por ser um poder instituído pelo Poder Constituinte Originário que, ao elaborar a Constituição, prescreve as formas para sua (dele) atuação.

“El poder constituyente constituido por la Constitución es una criatura de ésta, como lo son los otros poderes (el legislativo, el ejecutivo, el judicial). Por eso los teóricos del Derecho Constitucional lo llaman ‘poder constituyente derivado’ y lo contraponen a lo que llaman ‘poder constituyente originario’. El concepto de poder constituyente originario no designa a una criatura de la Constitución, sino el creador de ella, o bien al ilimitado conjunto de competencias supremas ejercidas al crearla.”<sup>895</sup>

Como se pode observar, trata-se de um poder secundário, advindo do exercício do Poder Constituinte Originário que, após a elaboração da Constituição, não se esgota nem desaparece. Pelo contrário, ele permanece, a fim de rever, reformar e mudar sua obra realizada<sup>896</sup> (a Constituição), bem como para elaborar as Constituições dos Estados-membros de uma federação.

O Poder Constituinte Derivado é instituído pelo Poder Constituinte Originário, que autoriza aquele a exercer parcialmente sua função constituinte para (i) elaboração de Constituições pelos Estados-membros num sistema federativo; e (ii) reforma do texto constitucional, porém limitado de acordo com as coordenadas determinadas quando da elaboração da Constituição<sup>897</sup>.

“(…) pois o poder constituinte não age apenas uma vez, ficando então esgotado até a próxima ‘decisão’ revolucionária, que então pode novamente fazer *tabula rasa*, com legitimidade; mas porque o poder constituinte é, ao lado do seu papel em prol de uma democrática colocação em vigor da Constituição, *antes de mais nada* a norma, atuante no tempo, de uma permanente instância de responsabilização chamada ‘povo’ – ou, dito em outros termos, porque por sua causa o ordenamento fundamental se deve manter no longo prazo no quadro material do cerne democrático da Constituição. O poder constituinte realiza-se ‘historicamente’ pela fundamentação dos poderes do Estado e depois ‘historicamente’ na sua atualização. Tais ‘poderes do Estado’ assentam materialmente na normatividade do ‘poder constituinte’.”<sup>898</sup>

<sup>895</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 245.

<sup>896</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118.

<sup>897</sup> “Dizer que o Poder Constituinte originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvidas, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não o agente do Poder Constituinte originário autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está com os demais órgãos constituídos limitado em sua competência pela Lei Magna.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29)

<sup>898</sup> MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81.

A atuação do Poder Constituinte Originário é efetivamente completada quando da instituição do Poder Constituinte Derivado, pois poderá continuar sua atuação, ainda que na forma derivada, prevista e condicionada pelo poder revisor ou reformador, em momento secundário ou em continuidade àquela manifestação<sup>899</sup>, e também para elaborar a Constituição dos Estados-membros de uma federação.

Diante disso, a instituição do Poder Constituinte Derivado permite que o Poder Constituinte Originário continue seu exercício de criar e elaborar a Constituição, agora mediante a criação e elaboração das Constituições dos Estados-membros num sistema federativo e por meio da revisão das normas constitucionais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, apesar de instituído pelo Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado é um Poder Constituinte em sua essência, apesar de desprovido das mesmas características do poder que o criou. Diversamente do Poder Constituinte Originário, aquele é um poder de direito, que deve respeito e obediência à ordem constitucional fundada pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição<sup>900</sup>.

Portanto, o Poder Constituinte Derivado é resultado do exercício do Poder Constituinte Originário, que na elaboração da Constituição, o autorizou a continuar desempenhado seu papel<sup>901</sup>, seja no modo de reservar a competência dos Estados-membros de instituírem suas próprias Constituições num sistema federativo, seja no de reformar e revisar o texto constitucional<sup>902</sup>.

---

<sup>899</sup> GARCIA, Maria. Exercício do Poder Constituinte Derivado. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 3 – n. 11 – abril-junho de 1995, p. 32.

<sup>900</sup> “O Poder Constituinte instituído é um poder de direito, ninguém o nega. Em realidade, para o positivismo jurídico, este é o único jurídico dos Poderes Constituintes.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.110-111)

<sup>901</sup> “Poder Constituinte não se esgota na edição da Constituição, não desaparece na sua obra realizada.” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118)

<sup>902</sup> “O Poder Constituinte instituído manifesta-se sob duas formas: uma delas, a que se destina a rever e a modificar a própria Constituição, é o Poder reformador ou de revisão; nos Estados Federais, apresenta-se como aquele Poder destinado à organização das unidades competentes dos Estados-membros.” (GARCIA, Maria. Op. cit. p. 32)

Como será demonstrado mais adiante, o exercício do Poder Constituinte Derivado pode ocorrer mediante o Poder Decorrente, responsável pela elaboração das Constituições dos Estados-membros de uma Federação, e o Poder de Revisão, ao qual compete a reforma do texto constitucional.

### 6.5.1 Características do Poder Constituinte Derivado

Considerando que o Poder Constituinte Derivado é instituído pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, diversamente daquele, não é um poder supremo, nem inicial, nem original, nem autônomo, visto que está condicionado e limitado às determinações impostas no texto constitucional que prescrevem suas formas de atuação<sup>903</sup>.

Pode-se afirmar que o Poder Constituinte Derivado é um poder de direito, fruto do ordenamento jurídico instaurado quando da elaboração da Constituição. Como o próprio nome já diz, ele é um poder derivado, pois resulta da vontade do Poder Constituinte Originário, que está subordinado, condicionando-se às normas específicas ao seu exercício. Por isso não pode ser supremo, inicial, original nem autônomo, por dever obediência à ordem jurídica fundada pela Constituição<sup>904</sup>.

As características do Poder Constituinte Derivado decorrem da sua natureza, pois este não esgota sua força num fato, tendo em vista que é um poder calção em regra de Direito, regra constitucional que admite e permite a sua atuação<sup>905</sup>. É, portanto, um poder que pertence ao mundo do Direito<sup>906</sup>.

---

<sup>903</sup> “Em primeiro lugar, o Poder Constituinte originário é um poder inicial; ele cria a ordem jurídica, não é criado pela ordem jurídica. É o contrário do que se dá com o Poder Constituinte derivado, que é criado pela ordem jurídica. O Poder Constituinte originário é dito ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária. O Poder Constituinte derivado ou instituído é um poder subordinado. O Poder Constituinte originário é incondicionado, porque pode manifestar-se dos mais diferentes modos, ou, por outras palavras, não tem um modo prefixado de manifestação. O Poder Constituinte instituído ou derivado tem um modo especial de sua manifestação, que é o modo previsto na Constituição.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.113)

<sup>904</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 52.

<sup>905</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 70.

<sup>906</sup> *Ibidem*, p. 70-71.



O Poder Constituinte Derivado sujeita-se às limitações impostas pela Constituição, que regula seu exercício, autorizando e proibindo que determinadas matérias sejam por ele tratadas, bem como prescrevendo a forma pela qual deverá criar ou alterar normas constitucionais<sup>907</sup>.

Ao elaborar o texto constitucional, o Poder Constituinte Originário, além de instituir o Poder Constituinte Decorrente, prescreve também sua forma de atuação, determinando quem, quando e como poderá elaborar a Constituição por Estados-membros, no caso de um sistema federativo, e promover a reforma da Constituição, razão pela qual lhe atribui a característica de um poder condicionado e limitado à vontade manifestada quando da elaboração da Constituição.

Como se pode perceber, a identificação entre o exercício do Poder Constituinte Originário e Derivado apenas é possível quando se percebe que o poder instituído continua, ainda que condicionado e limitado, o exercício do poder originário, uma vez que pode elaborar a Constituição do Estado-membro, bem como modificar normas constitucionais no exercício do poder de reforma da Constituição. Contudo, tal identificação acaba aqui, pois são poderes de natureza diversa<sup>908</sup>, não obstante um pouco semelhante.

### 6.5.2 Poder Constituinte Derivado Decorrente

O Poder Constituinte Derivado Decorrente surge nos sistemas federativos<sup>909</sup> em que é conferido aos Estados-membros o poder de elaborar sua própria Constituição, desde que observados os mandamentos previstos no texto constitucional federativo.

---

<sup>907</sup> “O que sobressai das teorias e debates expostos, é a existência efetiva de limitações ao Poder Constituinte instituído ou Poder Reformador: explícitas, como o sejam no mandamento constitucional e implícitas, quando decorrem do ordenamento jurídico em si, pelas razões de coerência, de harmonia e de co-existência que presidem à vida de qualquer organismo.” (GARCIA, Maria. Exercício do Poder Constituinte Derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 3 – n. 11 – abril-junho de 1995, p. 41)

<sup>908</sup> Somente o Poder Constituinte Originário tem competência para elaborar a Constituição e fundar o Estado.

<sup>909</sup> O federalismo é uma forma de Estado, na qual este é formado pela união de coletividades políticas autônomas politicamente (Estados-membros). O Estado federal é dotado de personalidade jurídica de Direito Público Internacional, que a exerce com soberania e capacidade de autodeterminação. Os Estados-membros são entidades federativas componentes do Estado Federal, dotados de autonomia para se auto-organizar. Há a necessidade de previsão constitucional para repartição de competências entre o Estado federal e o Estado-membro. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 99-101)

A Constituição Federal convoca o Poder Constituinte Derivado Decorrente para a organização dos Estados-membros, mediante a elaboração da Constituição Estatal, que organizará sua estrutura política interna.

“Outra é o Poder Constituinte dos Estados-Membros de um Estado federal. O chamado Poder Constituinte decorrente. Este deriva também do originário, mas não se destina a rever sua obra e sim a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja.”<sup>910</sup>

A função do Poder Constituinte Decorrente é estruturar e organizar as unidades que compõem o Estado Federal. Surge, portanto, em decorrência do pacto federativo, que impõe características próprias ao Estado, formado pela união das unidades federadas, com poder de auto-organização<sup>911</sup>.

As Constituições Estaduais decorrem da existência de um poder especial responsável por organizar, formar e constituir os respectivos Estados federados, o qual se manifesta por meio do exercício do Poder Constituinte do povo de cada unidade federada responsável pela sua instituição<sup>912</sup>.

O Poder Constituinte Derivado Decorrente possui o caráter de instrumento complementar a Constituição, uma vez que tem por objetivo perfazer a obra do Poder Constituinte Originário, concorrendo à elaboração da Constituição nos Estados-membros. Nesse sentido, o Poder Constituinte Derivado Decorrente age, como poder instituído que é, na qualidade de criador da Constituição dos Estados-membros, perfazendo a obra do Poder Constituinte Originário<sup>913</sup>.

Como se pode observar, o Poder Constituinte Decorrente representa a possibilidade dos Estados-membros, com autonomia político-administrativa, organizarem-se por meio da elaboração de suas próprias Constituições Estaduais, desde que observados os comandos previstos na Constituição Federal<sup>914</sup>.

---

<sup>910</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

<sup>911</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

<sup>912</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 591.

<sup>913</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 19.

<sup>914</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 92.

A natureza do Poder Constituinte Derivado Decorrente advém da Constituição do Estado Federal, que exige que os Estados-membros da Federação tenham autonomia para se auto-organizarem através da elaboração de uma Constituição própria. Contudo, essa autonomia esbarra na Constituição Federal, a quem o Poder Constituinte Decorrente deve plena e integral obediência<sup>915</sup>.

Por força do exercício do Poder Constituinte Decorrente, cada Estado-membro é dotado de autonomia constitucional para a institucionalização de seus órgãos internos mediante a elaboração de uma Constituição. Trata-se de um poder subordinado e condicionado ao Poder Constituinte Originário, que lhe confere o poder quando da promulgação da Constituição Federal. E seu titular é o povo da unidade federada<sup>916</sup>.

Portanto, em que pesem os Estados-membros serem dotados de autonomia para elaboração de suas próprias Constituições, tal como demonstrado no item anterior, a exigência da observação dos limites impostos pela Constituição Federal perdura, por envolver o poder decorrente, instituído, confirmando a tese de que se trata de um poder limitado, não inicial e condicionado<sup>917</sup>.

Percebe-se, então, que a Constituição Estadual permite que os Estados-membros possam se auto-organizar por meio do exercício de um poder que possui competência para elaboração de uma Constituição. Trata-se, porém, de um poder diverso do Poder Constituinte Originário que cria a Constituição Federal, a ele equiparando-se, tão somente, pelo fato de ser competente para elaborar uma Constituição<sup>918</sup>.

---

<sup>915</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 20.

<sup>916</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 25.

<sup>917</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-57.

<sup>918</sup> “A auto-organização dos Estados se efetiva pela adoção de Constituição e legislação próprias. O que pressupõe a necessidade de um órgão com o poder de elaborar a Constituição do Estado. A manifestação desse poder é tida, normalmente, por constituinte. Contudo, as diferenças que apresenta com o poder constituinte nacional é de tal monta que parece impróprio conservar-se o mesmo nome para realidades tão díspares. O único ponto comum entre o poder constituinte nacional e o chamado poder constituinte estadual é que ambos se reúnem para elaborar uma Constituição. Tudo o mais são diferenças.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 306)

Portanto, embora o Poder Constituinte Decorrente Derivado identifique-se com o Poder Originário na possibilidade da elaboração da Constituição do Estado-membro, com ele não se confunde, devendo ficar claras suas diferenças, eis que o primeiro é resultado da vontade do segundo expressa quando da elaboração da Constituição Federal, instituidora do Poder Decorrente que permitiu sua atuação na organização dos Estados-Membros<sup>919</sup>.

Uma característica que merece destaque no exercício do Poder Constituinte Decorrente é a necessidade da observação do princípio da simetria, o qual impõe aos Estados-membros, quando da elaboração de suas Constituições Estaduais, a obediência aos princípios magnos e aos padrões estruturantes do Estado Federal, previamente reconhecidos pela Constituição Federal, a fim que os textos estaduais sejam uma reprodução simétrica das disposições do texto constitucional federal<sup>920</sup>. Isso significa que os Estados-membros devem seguir a modalidade normativa imposta pela Constituição Federal.

Assim como ocorre com a Constituição Federal, uma vez elaborada a Constituição do Estado-membro, seu texto deverá manter-se atualizado em consonância com as modificações ocorridas na sociedade estadual, razão pela qual também deverá prescrever a atuação de um poder de reforma para revisão e atualização do texto constitucional estadual.

### **6.5.3 Poder Constituinte Derivado Reformador**

O Poder Constituinte Derivado Reformador é aquele ao qual cabe a revisão do texto constitucional, cujo exercício somente é possível identificar nas Constituições rígidas, onde há a prescrição de um procedimento formal para a modificação do texto constitucional<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 63.

<sup>920</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14-15.

<sup>921</sup> “Reforma constitucional é o processo formal de modificação da Constituição, por ela própria prevista. Pode ser também entendida como o próprio resultado desse processo. O problema da reforma constitucional surge somente para as constituições rígidas, ou seja, aquelas constituições somente alteráveis mediante processos, solenidades e exigências mais difíceis do que os processos ordinários de elaboração das leis.” (CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 139)

Já nas Constituições flexíveis, o exercício do Poder Constituinte Reformador não é visível nem identificável, porque é impossível antecipar quando, como e por quem o texto constitucional passará por mudanças, uma vez que não há previsão de um procedimento formal para a modificação da Constituição<sup>922</sup>.

A Constituição é obra do homem, ente falível, razão pela qual pode conter imperfeições que, obviamente, devem ser corrigidas<sup>923</sup>. Tal fato justifica a existência do poder capacitado a reformar o texto constitucional.

Desde 1973, o artigo 28 da Constituição Francesa reconhecia e assegurava que “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer as Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures” (“Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis as gerações futuras”)<sup>924</sup>.

Como se verifica, o exercício do Poder Constituinte Reformador consiste num direito e na garantia do cidadão para atualização do texto constitucional, a fim que suprir as necessidades decorrentes da evolução da sociedade, as quais requerem o aperfeiçoamento da sua Constituição. É uma relação entre o Tempo e o Direito, pois nenhuma geração tem como impor uma ordem constitucional a gerações futuras.

Compreende-se a Constituição como um sistema jurídico aberto que, ao mesmo tempo em que é completo, exige atualização do seu texto, a fim de adaptá-lo à evolução da sociedade à qual ele se destina. O exercício do Poder Constituinte Reformador não tem por objetivo resolver problemas de lacunas constitucionais (as quais se acredita não existir no ordenamento jurídico<sup>925</sup>), mas sim alterar, modificar, adicionar ou suprimir alguma norma constitucional.

---

<sup>922</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 18.

<sup>923</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 54.

<sup>924</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 263.

<sup>925</sup> Diversamente de Loewenstein, para quem a Constituição possui algumas lacunas que, quando identificadas, autoriza a realização de uma reforma constitucional (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 170-172).

O exercício do Poder Constituinte é um processo formal, pelo qual são elaboradas novas normas constitucionais para a alteração da Constituição. Como poder constituído que é, nesse processo devem ser observadas determinadas regras impostas pelo texto constitucional.

Não se pode questionar que o Poder Constituinte Derivado Reformador é um poder constituído, especial, possuidor de competência para, quando necessário, estar disponível e se manifestar a fim de modificar a Constituição<sup>926</sup>. Por isso não se pode confundi-lo com o Poder Constituinte Originário<sup>927</sup>, único dotado de poder para elaborar a Constituição, que não se confunde com a legislação de normas constitucionais<sup>928</sup>. Destaca-se que a decisão fundamental refletida na Constituição não pode ser objeto de reforma.

Como se observa, a reforma da Constituição não implica o exercício de um poder, mas sim a realização de uma competência<sup>929</sup> para modificação do texto constitucional, conferida pelo Poder Constituinte Originário, efetivo detentor do poder para elaboração da Constituição, ao firmar a decisão fundamental para sua criação.

A importância do Poder Constituinte Derivado Reformador revela-se com as modificações naturais que ocorrem na sociedade, as quais ocasionam a necessidade da atualização do texto constitucional<sup>930</sup>.

Cumprir destacar que o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador não tem por função mudar a Constituição, mas tão somente sua reforma<sup>931</sup> para alterar, modificar, adicionar ou suprimir determinadas normas constitucionais, mantendo, contudo, a identidade e a continuidade da Constituição<sup>932</sup>.

<sup>926</sup> SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 87.

<sup>927</sup> “No momento em que alguém exercita essa competência reformadora, como diz o Prof. Michel, ele está subordinado ao texto constitucional. Mas, no momento em que ele reforma, ele tira uma regra de força hierárquica constitucional e substitui por outra regra de força e hierarquia constitucional, que vai ser a norma fundante de todas as demais normas jurídicas. Nesse sentido, acho possível usar a expressão porque nesse segundo instante ele se converte em texto constitucional.” – razão e justificação para manter a denominação de Poder Constituinte Reformador (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 94-95).

<sup>928</sup> SALDANHA, Nelson. Op. cit., p. 88.

<sup>929</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 93.

<sup>930</sup> “A História demonstra, entretanto, que as alterações ocorrem. Decorrem da dinâmica de coexistência, do surgimento de novos fatos sociais, de questões derivadas da aplicação mesma da Constituição. Tais modificações parecem independe do modelo de Constituição adotada, defluindo mais das turbulências políticas.” (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p.23)

<sup>931</sup> “reforma significa ‘dar melhor forma’; ou seja, **reformular é conferir melhor forma às coisas**. Reformar é tão somente retocar, rever, repassar. Mas com que finalidade? Visando sempre a melhorar, a atualizar, a aperfeiçoar aquilo que se põe como o próprio objeto do ato de reforma.” (BRITO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 1, jan. 2004. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25 maio 2005, p. 6)

<sup>932</sup> CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 140.

Apesar de a Constituição presumir-se estável, isso não significa que ela seja imutável. Sua eficácia está na possibilidade de que a ordem constitucional esteja adaptada às vontades da sociedade que vive naquele Estado naquele determinado momento histórico<sup>933</sup> a fim de manter a ordem constitucional legítima.

“A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social*. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinárias.”<sup>934</sup>

Em que pese a legitimidade do exercício do Poder Constituinte Reformador, cumpre salientar o perigo que a frequente revisão do texto constitucional pode causar. Cada manifestação do Poder Constituinte Reformador exprime um abalo na confiança da força normativa da Constituição, cuja estabilidade é requisito fundamental para a eficácia do texto constitucional<sup>935</sup>.

Portanto, antes do início do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, é necessária a correta interpretação do texto constitucional<sup>936</sup>, para integrar suas normas, conferindo-lhes adequada aplicabilidade ajustada à vontade do povo, manifestada quando da elaboração da Constituição. E, somente na identificação de uma efetiva necessidade de reforma, autorizar a manifestação do Poder Constituinte Reformador no intuito de deixar a Constituição de acordo com a vontade da população à qual ela se destina.

---

<sup>933</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 129.

<sup>934</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 42.

<sup>935</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.

Observa-se que o objeto de reforma é o texto constitucional. Essa reforma deve ser pontual, com a modificação de somente determinados dispositivos pelo Poder Constituinte Derivado Reformador. Trata-se, na verdade, de um retoque à Constituição, devendo sempre se atentar ao seu espírito, que não poderá ser atingido pela reforma<sup>937</sup>, tendo em vista que a decisão fundamental que originou a Constituição não pode ser modificada, sob pena de usurpação do poder conferido ao Poder Constituinte Derivado Reformador, fazendo às vezes do Poder Constituinte Originário.

“Uma faculdade de reformar a Constituição, atribuída por uma norma legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legal-constitucionais podem ser substituídas por outras regulações legal-constitucionais, mas somente sob o pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão somente a faculdade de praticar, nas prescrições legal-constitucionais, reformas, adições, refusões, supressões, etc., mas mantendo a Constituição; não a faculdade de dar uma nova Constituição, nem tampouco de reformar, alargar ou substituir por outro o próprio fundamento dessa competência de revisão constitucional.”<sup>938</sup>

O procedimento concernente ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador envolve as fases de iniciativa, com a apresentação da emenda constitucional para alteração ou criação de alguma norma constitucional, e deliberativa, na qual a emenda será discutida, votada e aprovada, para posterior promulgação e publicação para sua vigência, conforme procedimento previamente prescrito pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição.

Destaca-se, aqui, a importância do referendo popular como instrumento de legitimação do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, que confere à soberania popular a aprovação realizada no texto constitucional<sup>939</sup>. Neste caso, considerando o exercício do poder de reforma uma continuidade do exercício do Poder Constituinte Originário, faz-se necessária a convocação do seu titular, o povo, para confirmar se a reforma atende às suas necessidades, legitimando, assim, o procedimento de reforma constitucional<sup>940</sup>.

<sup>936</sup> Ao Poder Judiciário compete a tarefa de interpretação da Constituição, conferindo-lhe seu real alcance e sentido (NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 9).

<sup>937</sup> BRITO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 1, jan. 2004. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25 maio 2005, p. 8.

<sup>938</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132-133.

<sup>939</sup> GARCIA, Maria. A Constituição Desconstituída: As Emendas e o Cânone Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 08 – n. 33 – outubro-dezembro de 2000, p. 87.

<sup>940</sup> Sieyès defendida que à nação compete reformar a Constituição (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Trad. por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 55).



A importância do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador cresce de acordo com o tipo de Constituição que será objeto da reforma. Isso porque a Constituição que possui matéria estritamente constitucional, exige um procedimento de reforma de menor intensidade, tendo em vista que o texto constitucional não precisa ser modificado constantemente para se adaptar às mudanças sociais. Porém, numa Constituição que possui não somente matérias constitucionais, o processo de reforma é mais exigido, pois as mudanças da sociedade precisam estar refletidas no texto constitucional.

Como se evidencia, o exercício do Poder Constituinte ajusta-se estreitamente com o exercício do Poder Constituinte Originário, não obstante a atuação deste ser realizada quando da elaboração da Constituição. Sua natureza fundamenta-se na Constituição, que autoriza a convocação desse poder jurídico para sua reforma, a fim de atualizar o texto constitucional e de adaptá-lo às carências da sociedade. Posto isso, na qualidade de poder constituído, instituído pelo Poder Constituinte Originário, ele está sujeito às limitações impostas pelo texto constitucional, que delimita a forma e o âmbito da sua atuação. É o que se demonstrará mais adiante.

### **6.5.3.1 Exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador**

O exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, conforme já exposto, está sujeito às limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição. Esses limites impõem, inclusive, um procedimento adequado a ser seguido antes de se dar início à reforma constitucional.

Ao outorgar poderes ao Poder Constituinte Derivado Reformador, a Constituição deverá prever como deve se dar a iniciativa de reforma do texto constitucional, cujas normas esclarecerão se essa modificação será restrita, limitada ou reservada, demonstrando o grau de rigidez imposto pelo sistema constitucional. Deverá prever também quem será responsável pelo exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, indicando sua titularidade, ou seja, qual órgão será competente para dar início à revisão (legislativo ordinário ou convenção), demonstrando se o sistema será liberal ou autoritário<sup>941</sup>.

---

<sup>941</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 204-207.

Iniciada a reforma constitucional, o novo texto deverá ser ratificado pela assembleia revisora com aprovação pela maioria qualificada, pelo referendo popular num sistema de democracia semidireta, ou por órgãos especiais, tal como uma assembleia legislativa no modelo norte-americano<sup>942</sup>, conforme previsão expressa contida na Constituição descrevendo o procedimento para tanto.

O exercício do Poder Constituinte Reformador pode ocorrer por meio de (i) emendas constitucionais, que estipulam os pontos a serem modificados pela reforma; ou (ii) revisão constitucional, na qual o texto integral da Constituição é revisado para a identificação dos pontos que deverão ser objetos de reforma. Mais uma vez, será o Poder Constituinte Originário, quando da elaboração da Constituição, quem determinará como o exercício do poder de reforma deve ocorrer, conferindo ou não, ao Poder Constituinte Derivado Reformador, a possibilidade de modificar integralmente o texto constitucional.

### **6.5.3.2 Limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador**

O exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, conforme afirmado anteriormente, sujeita-se a limitações, por se tratar de um poder constituído, instituído pelo Poder Constituinte Originário, logo, um poder limitado por natureza, o que justifica o fato de ser obrigado a acatar certas condições previstas no texto constitucional, para que sua reforma seja elaborada dentro dos parâmetros previamente estipulados<sup>943</sup>.

A existência de limites para o exercício do poder de reforma da Constituição justifica-se, ainda, em razão da necessidade de preservar a essência da Constituição, assegurada pela rigidez imposta ao texto constitucional.

---

<sup>942</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 207.

<sup>943</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 75.

Essa existência de limites à reforma constitucional justifica-se, em última análise, pela necessidade de conferir concretude material de legitimação ao processo de modificação da Constituição, a fim de viabilizar a identificação de quando o texto será modificado seguindo os interesses do Poder Constituinte Originário ou o resultado de uma revolução<sup>944</sup>.

Ademais, não se deve esquecer que, além da observação dos limites impostos ao Poder Constituinte Derivado Reformador, a Constituição contém um núcleo estável que reflete a característica da decisão fundamental que resultou na elaboração do texto constitucional, o qual não poderá ser objeto de modificação pelo procedimento de reforma<sup>945</sup>.

Posto isso, pode-se afirmar que o Poder Constituinte Derivado Reformador configura um mecanismo de defesa da própria Constituição, juntamente com o exercício do controle de constitucionalidade, pois deve obediência ao texto constitucional, impedindo que o núcleo essencial da Constituição seja alterado na sua reforma<sup>946</sup>.

Diante disso, resta claro que a atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador deve observar o próprio texto constitucional, porque com ele deve estar harmonizado. A Constituição é um sistema normativo, cujas normas convivem harmoniosamente e lhe conferem a supremacia no ordenamento jurídico, a qual deverá ser respeitada, ainda que o texto constitucional seja objeto da atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador<sup>947</sup>.

Essa supremacia da Constituição e a soberania do Estado fundamentam a limitação do Poder Constituinte Derivado<sup>948</sup> que, como já demonstrado, trata-se de um poder instituído, que possui competência apenas para atuar dentro dos limites previamente impostos pelo texto constitucional.

---

<sup>944</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 204.

<sup>945</sup> GARCIA, Maria. A Constituição Desconstituída: As Emendas e o Cânone Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 08 – n. 33 – outubro-dezembro de 2000, p. 90.

<sup>946</sup> CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 141.

<sup>947</sup> GARCIA, Maria. Op. cit., p. 83.

<sup>948</sup> SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 92.

É possível ainda sustentar a necessidade de manter uma estabilidade da Constituição por meio da permanência<sup>949</sup> das normas constitucionais e da ordem constitucional<sup>950</sup>. Essa estabilidade é importante para conferir segurança ao ordenamento jurídico acerca da ordem jurídica vigente, em respeito à supremacia da Constituição, conferindo efetividade às normas constitucionais.

Porém, tal estabilidade depende da matéria tratada pela Constituição, pois o texto constitucional que tenha por objeto tão somente matéria de ordem estritamente constitucional não precisa ser periodicamente revisto, havendo uma limitação ao exercício do poder de reforma natural pela desnecessidade de sua atuação. Contudo, uma Constituição que não trate de matéria exclusivamente constitucional exigirá o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador mais atuante, o qual deverá ser realizado mediante os limites previamente impostos pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, sob pena de comprometer a estabilidade da própria Constituição.

A seguir serão apresentados os limites que podem ser impostos ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador.

#### **6.5.3.2.1 Limites extrajurídicos e jurídicos**

Os limites extrajurídicos possuem uma justificativa jusnaturalista, pois são impostos tanto ao Poder Constituinte Reformador como ao Poder Constituinte Originário, ambos submissos às imposições da cultura da sociedade e às suas naturais necessidades<sup>951</sup>.

---

<sup>949</sup> “A permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma ‘constitui’.” (BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 11)

<sup>950</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 54.

<sup>951</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 82.

Como restou demonstrado quando da análise das características do Poder Constituinte Originário, de acordo com a teoria jusnaturalista, a Constituição deve atender não somente aos anseios de sua sociedade, mas deve ainda observar o Direito Natural, o qual exige sejam respeitadas as necessidades naturais da pessoa humana, tal como o direito maior de preservação da sua dignidade.

Essa imposição de ordem natural é um limite denominado de extrajurídico, ou seja, um limite que está fora do Direito Positivo, uma vez que se justifica com fatores de ordem política, social e cultural.

Em oposição aos limites extrajurídicos, há limites jurídicos impostos ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, os quais são assim denominados por estarem presentes no próprio texto constitucional. São limites expressos, de ordem material e formal, cuja justificativa está na teoria positivista e também limitam a atuação do Poder Constituinte Reformador<sup>952</sup>.

#### **6.5.3.2.2 Limites implícitos**

Nelson de Souza Sampaio defende que o Poder Constituinte Derivado Reformador está sujeito a limites que não estão expressamente previstos da Constituição, mas que decorrem, lógica e razoavelmente, da essência do próprio texto constitucional. São os denominados limites implícitos ao poder de reforma da Constituição.

Esses limites implícitos estão presentes nas normas relativas aos direitos fundamentais, nas concernentes ao poder constituinte, nas relacionadas ao titular do poder de reforma da Constituição e nas referentes ao processo da própria reforma ou revisão constitucional<sup>953</sup>.

---

<sup>952</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 82.

<sup>953</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 95.

Recorde-se que, Carl Schmitt já defendia que a lei fundamental é uma norma inviolável, que não pode ser reformada<sup>954</sup>, de modo que o núcleo essencial da Constituição, que abriga a decisão fundamental da sociedade quanto à elaboração do texto constitucional, não pode ser atingido no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Paulo Bonavides denomina limites tácitos aqueles que implicam na impossibilidade da reforma de pontos relativos aos princípios e ao espírito da Constituição, que se referem à extensão da reforma (na ausência de expressa menção, deve ser apenas parcial), à modificação do processo de revisão e à eventual substituição do Poder Constituinte Derivado pelo Poder Constituinte Originário<sup>955</sup>.

Como se pode observar, os limites implícitos ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador originam-se do espírito da Constituição e decorrem da lógica que deve presidir suas reformas<sup>956</sup>, razão pela qual também são denominados de limites transcendentais, que impedem a reforma integral do texto constitucional<sup>957</sup>.

Os direitos fundamentais são consagrados com o caráter supraestatal, que requer respeito obrigatório de todos, inclusive do próprio Poder Constituinte, seja quando da elaboração da Constituição (Originário), seja quando da revisão do texto constitucional (Reformador)<sup>958</sup>. Eles poderão ser sempre ampliados para assegurar mais direitos, porém jamais poderão ser restringidos nem abolidos<sup>959</sup>.

A necessidade de observação dos direitos fundamentais, de acordo com a doutrina de Nelson de Souza Sampaio, é um limite implícito, pois a Constituição nunca poderá deixar de assegurá-los.

---

<sup>954</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 63.

<sup>955</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 202-203.

<sup>956</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

<sup>957</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 94-95.

<sup>958</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 95.

<sup>959</sup> *Ibidem*, p. 97.

Como visto, o titular do Poder Constituinte aparece quando da elaboração da sua Constituição, cujo texto, naturalmente, não pode ser modificado para alterar a titularidade desse poder, ainda que seja durante o exercício do poder de reforma da Constituição. Ao Poder Constituinte Derivado Reformador não compete dispor sobre poder que não lhe pertence<sup>960</sup>, dentre ele, o poder de modificar o titular do exercício do poder de elaborar a Constituição.

Do mesmo modo, o titular do Poder Constituinte Derivado Reformador, eleito pelo Poder Constituinte Originário, também não pode ser modificado no seu exercício de reforma da Constituição, pois não lhe compete renunciar em favor de nenhum outro órgão nem delegar poderes que lhe são inerentes<sup>961</sup>.

As normas que conferem titularidade ao Poder Constituinte Derivado Reformador são totalmente irreformáveis, porque não compete ao poder de reforma da Constituição transferir ou renunciar a uma faculdade que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte Originário, a qual, portanto, não lhe pertence<sup>962</sup>, de modo que assim não poderá atuar, sob pena de afrontar a vontade manifestada pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição.

E, por fim, o procedimento de reforma prescrito no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário também não pode ser objeto de reforma pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, pois é vedado a um poder constituído modificar as condições previamente estabelecidas pelo poder maior para o exercício de sua competência<sup>963</sup>. Lembrando as palavras de Sieyès, “Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação”<sup>964</sup>.

---

<sup>960</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 97.

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>962</sup> SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo da. *Poder Reformador insuficiência conceitual e experiências constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 32.

<sup>963</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>964</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *L'Que es el tercer Estado?* Traducción por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973, p. 76-77.

Nesse sentido, Nelson de Souza Sampaio defende que o Poder Constituinte Derivado Reformador apenas poderia modificar o procedimento para reforma do texto constitucional quando alterar dispositivos que visem dificultar ainda mais o processo de reforma da Constituição, tal como prescrever a necessidade de referendo popular ou impor novas limitações expressas para a modificação do texto constitucional<sup>965</sup>.

A tese defendida por Nelson de Souza Sampaio contraria a tese da dupla revisão defendida por Jorge Miranda, consoante a qual, numa primeira fase, seria possível retirar da Constituição o impedimento constitucional, a ser concretizado numa segunda fase, mediante a integração da norma antes incompatível com a Constituição<sup>966</sup>.

De acordo com Jorge Miranda, as regras de processo de revisão constitucional estão sujeitas à modificação, como qualquer outra norma<sup>967</sup>. Por isso, ele defende a dupla revisão, por meio da qual são eliminadas as cláusulas de limites previstas na Constituição, acarretando o desaparecimento dos limites, que não precisarão ser observados na próxima revisão constitucional<sup>968</sup>.

A dupla revisão permite que a parte intangível do texto constitucional possa ser modificada numa reforma da Constituição, desde que, primeiramente, sejam modificadas suas cláusulas limitativas. Jorge Miranda afirma que somente poderia ser identificada uma inconstitucionalidade na dupla revisão quando fossem estabelecidos limites materiais à revisão contrários aos princípios fundamentais<sup>969</sup>, não bastando o reconhecimento da existência desse poder implícito no texto constitucional.

Contudo, acredita-se que a dupla revisão defendida por Jorge Miranda é uma fraude à Constituição<sup>970</sup>, conforme será mais adiante analisado. Portanto, na qualidade de limites implícitos impostos ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, defende-se que as normas limitativas também não podem ser objeto de reforma.

---

<sup>965</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 107.

<sup>966</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 208.

<sup>967</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 179.

<sup>968</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>969</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>970</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 442.



De fato, a dupla revisão permite que os instrumentos de reforma conferidos pelo Poder Constituinte Originário sejam utilizados pelo Poder Constituinte Reformador para burlar a segurança constitucional e modificar os limites de reforma previamente definidos na elaboração do texto constitucional, de modo a autorizar que o núcleo intangível da Constituição seja alcançado, ferindo sua essência e atingindo sua supremacia<sup>971</sup>.

### **6.5.3.2.3 Limites explícitos**

Os limites explícitos ao exercício do Poder Constituinte Reformador são facilmente identificados na Constituição, pois estão expressamente prescritos no texto constitucional.

Trata-se de limitações explícitas ou expressas formalmente incluídas na Constituição pelo Poder Constituinte Originário, elegendo determinada matéria, um procedimento específico, uma determinada circunstância ou um momento distinto, que deverão ser observados pelo Poder Constituinte Reformador quando da reforma do texto constitucional<sup>972</sup>.

Mais adiante analisar-se-á os quatro tipos de limites expressos que podem ser impostos ao Poder Constituinte Reformador.

#### **6.5.3.2.3.1 Limites materiais**

Os limites materiais referem-se a determinadas matérias que não podem ser objeto de reforma pelo exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador. Tais matérias representam o núcleo imodificável, a essência da Constituição<sup>973</sup>, que não pode ser atingida na reforma constitucional.

---

<sup>971</sup> CAPPA, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 115.

<sup>972</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 198.

<sup>973</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 170.

Trata-se das cláusulas pétreas<sup>974</sup>, que definem a matéria intocável da Constituição, não podendo ser modificada, alterada nem excluída do texto constitucional quando do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador<sup>975</sup>.

Esses limites dizem respeito ao conteúdo e à substância das normas constitucionais que serão escolhidos pelo Poder Constituinte Originário para obstar a atuação do Poder Constituinte Reformador<sup>976</sup>. Eles podem ser identificados como proibições a determinados objetos ou conteúdos - questões de fundo e não formais - que impedem sua modificação no exercício de reforma do texto constitucional.

Os limites materiais também podem ser denominados de limites substanciais<sup>977</sup>, representando uma impossibilidade imposta ao Poder Constituinte Derivado Reformador de disciplinar determinadas matérias que foram exclusivamente reservadas ao Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição e que não podem ser objeto de reforma da Constituição<sup>978</sup>.

A existência desses limites materiais se justifica pela importância de preservar o conteúdo da Constituição. Para tanto, o Poder Constituinte cria cláusulas de imutabilidade material (cláusulas pétreas), a fim de resguardar a existência e o funcionamento do Estado de acordo com os desejos da nação<sup>979</sup>, que manifestou sua vontade quando da elaboração da Constituição pelo exercício do Poder Constituinte Originário.

---

<sup>974</sup> “Assim, é inerente e própria à Constituição uma definição que se exprime nos pontos fundamentais que consagra sobre a ordem política. Em consequência, estes pontos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição. Ora, o poder de reforma – poder de alterar a Constituição de acordo com a Constituição – não pode mudar esse núcleo, sob pena de estar fraudando a Constituição. Salvo se – e utilidade prática da sutil análise se esvai – o Poder Constituinte se insinuar sob a capa do poder de reforma...” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 178)

<sup>975</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 97.

<sup>976</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 83.

<sup>977</sup> “As limitações substanciais constituem as chamadas cláusulas pétreas, que excluem da possibilidade de emenda determinadas matérias.” (BRINDEIRO, Geraldo. *A natureza das limitações do poder constituinte*. *Jornal de Brasília*, 24 abr. 1992)

<sup>978</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>979</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 138.

Considerando a importância das cláusulas pétreas no ordenamento constitucional, manteve-se a posição anterior no sentido de que sua existência é uma garantia do povo de que sua vontade, manifestada quando do exercício do Poder Constituinte Originário na elaboração da Constituição, define o núcleo essencial do texto constitucional, o qual não pode ser modificado, o que, por seu turno, não constitui um engessamento do desenvolvimento da sociedade<sup>980</sup>.

Por isso, não se concorda com a tese da flexibilização dos limites materiais ao exercício do poder de reforma da Constituição, de vez que se acredita que as cláusulas pétreas consagram a essência da Constituição que não se sujeita ao exercício do Poder Constituinte Reformador<sup>981</sup>.

Destaca-se que não é apenas a manutenção da essência da Constituição que está presente na preservação das cláusulas pétreas, mas também a da sua supremacia<sup>982</sup>, haja vista que sua modificação pode acarretar a perda do caráter sistêmico da Constituição, surtindo hiatos e antinomias constitucionais que acarretarão a perda da sua concreitude normativa e sua descrença pela sociedade<sup>983</sup> caso seja permitida sua modificação.

#### **6.5.3.2.3.2 Limites formais**

Os limites formais ao exercício do Poder Constituinte Reformador correspondem ao procedimento de reforma da Constituição, aos quais o poder de reforma constitucional obriga-se a seguir fielmente. Esses limites formais dizem respeito à previsão constitucional quanto ao órgão competente para exercer a reforma constitucional, as etapas do processo a serem seguidas e os momentos que deverão ser escolhidos para a atuação do poder de reformar a Constituição. São exemplos de limites formais os procedimentais, circunstanciais e temporais que serão analisados adiante.

---

<sup>980</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 105.

<sup>981</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>982</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>983</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 182.

#### 6.5.3.2.3.2.1 Limites procedimentais

Também denominados de limites processuais, os limites procedimentais impõem um rito específico a ser seguido pelo Poder Constituinte Derivado Reformador<sup>984</sup> durante o exercício de reforma da Constituição. Dizem respeito ao processo de elaboração das emendas constitucionais, ou seja, ao próprio exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Podem ser reconhecidos como limites processuais, que impõem determinadas condições a serem observadas no processo de elaboração de emendas constitucionais, reservando-a a um órgão específico competente que deve atender a determinado procedimento para modificação do texto constitucional<sup>985</sup>.

Os limites procedimentais poderão dispor sobre (i) quem será competente para promover a reforma da Constituição; (ii) como será dada iniciativa à elaboração de emenda à Constituição; (iii) modo de discussão e votação da emenda constitucional; (iv) *quorum* para aprovação de emenda à Constituição; e (v) modo de promulgação e publicação da emenda constitucional.

#### 6.5.3.2.3.2.2 Limites circunstanciais

Os limites circunstanciais prescrevem determinadas circunstâncias em que o texto constitucional não poderá ser modificado, ou seja, constatada circunstância prevista na Constituição, o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador está obstado. Trata-se de normas permanentes que são aplicadas a determinadas conjunturas anormais ou especiais que podem ameaçar a livre manifestação do órgão reformador e colocar em perigo a modificação do texto constitucional<sup>986</sup>.

---

<sup>984</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79.

<sup>985</sup> “Dizem respeito à competência, iniciativa, *quorum* para aprovação e outros, tendentes a tornar a alteração constitucional mais difícil do que a da lei ordinária.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34)

<sup>986</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

Por força dos limites circunstanciais, os acontecimentos anormais que podem perturbar o livre exercício do Poder Constituinte Reformador são eleitos pelo Poder Constituinte Originário a fim de impedir a reforma da Constituição<sup>987</sup>.

A imposição de limites circunstanciais justifica-se diante da necessidade da reforma constitucional ocorrer mediante uma condição de normalidade jurídica<sup>988</sup>, não podendo haver influência de determinadas circunstâncias que possam causar uma violação à essência da Constituição. Os limites circunstanciais permitem que o texto constitucional somente seja modificado quando houver a estabilidade constitucional que autorize um bom funcionamento do sistema e a possibilidade do desenvolvimento das relações jurídicas<sup>989</sup>.

Por esse motivo, os limites circunstanciais impõem segurança ao exercício do poder de reforma constitucional, evitando, assim, a modificação da Constituição sob condições que podem atingir a própria essência do texto constitucional.

São exemplos de circunstâncias que podem ser eleitas para limitar o exercício do Poder Constituinte Reformador a vigência de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio, eleitos pela Constituição Federal do Brasil de 1988 (artigo 60, § 1º<sup>990</sup>) como limites circunstanciais ao exercício do poder de reforma no país.

#### **6.5.3.2.3.2.3 Limites temporais**

Os limites temporais dizem respeito a determinados momentos ou períodos em que o Poder Constituinte Derivado Reformador não pode modificar o texto constitucional. Eles limitam, temporariamente, a alteração da Constituição<sup>991</sup>.

---

<sup>987</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135-136.

<sup>988</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 167.

<sup>989</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>990</sup> “§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

<sup>991</sup> BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993, p. 95.

O exercício do poder de reforma é permitido na maioria das Constituições a qualquer tempo. Porém, alguns textos constitucionais preveem a impossibilidade de alteração da Constituição em determinadas épocas ou períodos de tempo<sup>992</sup>, ou impõem que o texto constitucional seja revisto periodicamente<sup>993</sup>.

A função dos limites temporais é consolidar a nova ordem estatal, proibindo a reforma de alguns ou de todos os dispositivos da Constituição num prazo determinado<sup>994</sup>. Seu objetivo é preservar a estabilidade do texto constitucional para evitar que ocorram mudanças frequentes<sup>995</sup>, razão pela qual são disciplinados momentos adequados para que seja possível o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador.

## 6.6 Questões intrigantes

Diante de todo o exposto até então, acredita-se que foi possível pesquisar, identificar e expor a essência do Poder Constituinte. Em face desse longo estudo, surgiram questões intrigantes que precisam ser, ao menos, expostas, a fim de instigar uma busca por soluções com a finalidade de ampliar ainda mais a compreensão sobre o exercício do Poder Constituinte.

### 6.6.1 Exercício do Poder Constituinte e o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – Breves esclarecimentos

Como visto anteriormente, o Poder Constituinte Originário é o poder de instaurar uma nova ordem jurídica, seja ela inicial, na formação de um Estado novo, seja na mudança da anterior por uma nova que reflita os anseios atuais de determinada sociedade. Foi esclarecido também, que o exercício desse poder de elaborar uma Constituição é supremo, inicial, original, autônomo, incondicionado, indivisível, ilimitado e permanente.

---

<sup>992</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 77.

<sup>993</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>994</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

<sup>995</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

Pois bem. Uma vez dado início à elaboração da nova Constituição, questiona-se: deve o Poder Constituinte Originário observar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada consolidados de acordo com a antiga ordem jurídica?

Primeiramente, é importante esclarecer brevemente o conteúdo desses institutos jurídicos.

O direito adquirido é o direito que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade do seu titular, de maneira que não poderá ser atingido por lei nem por fato posterior à sua aquisição<sup>996</sup>. O seu exercício está relacionado ao arbítrio do seu titular de acordo com a lei vigente no momento da sua consumação<sup>997</sup>.

“É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.”<sup>998</sup>

“O direito adquirido, para o principal nome da doutrina dos direitos adquiridos, é sempre direito incorporado ao patrimônio de quem o adquiriu.”<sup>999</sup> Para identificação de um direito adquirido, deve-se constatar que o direito pode ser exercido por seu titular ou seu representante, bem como que o termo para o exercício desse direito deve ser certo e afastado de qualquer possibilidade de modificação por alguém<sup>1000</sup>. O direito adquirido extrai sua existência dos fatos jurídicos ocorridos no passado e que são definitivos, autorizando o seu titular a exercê-lo<sup>1001</sup>.

O ato jurídico perfeito é o já consumado de acordo com as normas jurídicas vigentes quando da sua consumação, responsável por produzir efeitos jurídicos, tendo em vista que o direito gerado já foi exercido<sup>1002</sup>. O ato foi realizado preenchendo todos os requisitos previstos no ordenamento para tanto.

<sup>996</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 187.

<sup>997</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>998</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 208.

<sup>999</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

<sup>1000</sup> DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 68.

<sup>1001</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>1002</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 185.

A coisa julgada é um fenômeno processual que confere imutabilidade e indiscutibilidade a uma decisão judicial definitiva, reportando-se aos efeitos do julgamento<sup>1003</sup>.

Ou seja, determinada situação jurídica é objeto de apreciação pelo Poder Judiciário num processo judicial, no qual é proferida uma decisão final, que transita em julgado por não caber mais recurso, fazendo lei entre as partes desse processo judicial que não mais poderá ser discutida.

Como se pode observar, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são causas do direito adquirido<sup>1004</sup>, consistindo em institutos do Direito Positivo que conferem segurança às relações jurídicas firmadas de acordo com um determinado ordenamento jurídico, com fundamento no princípio da segurança jurídica que rege o Estado Democrático de Direito.

Contudo, considerando que quando da elaboração da Constituição o Poder Constituinte Originário não está preso a qualquer direito anterior, pode-se afirmar que não haveria a obrigação de serem observados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, instituídos em consonância com a ordem jurídica anterior, na instituição de um novo ordenamento jurídico.

“As normas constitucionais, políticas, administrativas, as processuais, principalmente as de organização judiciária e de competência retroagem, alcançando os atos que estão sob seu domínio, ainda que iniciados sob o império da lei anterior.”<sup>1005</sup>

A explicação está no fato de que as normas constitucionais, como qualquer outra norma, são regidas pelo princípio da incidência imediata e geral, de modo que tão logo sejam elaboradas, têm o poder de reger as situações presentes e futuras, desde o momento da sua entrada em vigor<sup>1006</sup>.

---

<sup>1003</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 193.

<sup>1004</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 212.

<sup>1005</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>1006</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 229-230.



Isso, todavia, não significa que a nova Constituição não possa observar a existência desses institutos surgidos com base no ordenamento jurídico anterior. O que precisa ser esclarecido é que o Poder Constituinte Originário não está preso a esses direitos anteriores à nova ordem jurídica, mas nada impede que ele possa considerá-los e assegurá-los na elaboração da nova Constituição<sup>1007</sup>.

Por conta disso, caso seja do desejo do Poder Constituinte Originário preservar esses institutos, deverá ressaltar sua intenção expressamente no texto constitucional, sob pena de ser interpretado como ausência dessa vontade e não reconhecer a existência desses direitos consignados com base na ordem jurídica anterior não mais válida diante da nova Constituição.

De acordo com Meireles Teixeira, não seria correta a afirmação de que os dispositivos constitucionais sejam sempre retroativos, podendo ser aplicados às situações já consumadas sem respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, não obstante reconheça o fato de que o Poder Constituinte possui a natureza de um poder originário e anterior a qualquer outro<sup>1008</sup>.

Apesar de ser lícito ao Poder Constituinte desconhecer, modificar ou nulificar direitos adquiridos, reformar ou abolir instituições sociais que forem incompatíveis com as novas e superiores ideias de direito e justiça<sup>1009</sup> instituídos quando da formação do novo ordenamento jurídico, conforme já demonstrado anteriormente, o Poder Constituinte não exerce mais seu poder absoluto, ilimitado nem arbitrariamente, pois deve observar à soberania nacional, os princípios do Direito Natural, da justiça, do bem comum e da convivência internacional – corolários da própria razão<sup>1010</sup>.

Como se pode observar, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são elementos que se coadunam com a segurança do direito, cuja preservação vem ao encontro não somente de um ordenamento jurídico que os preserve, mas que tenha por objetivo os ideais de justiça.

---

<sup>1007</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 229.

<sup>1008</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *A irretroatividade das Constituições face aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos*. Parecer no Mandado de Segurança nº 59484 impetrado por Erlânio da Silva Torres e outros perante o Tribunal Federal de Recursos. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 247.

<sup>1009</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>1010</sup> *Ibidem*, p. 248.

Posto isso, acreditar que a elaboração de uma nova Constituição possa afastar esses institutos, retroagindo seus efeitos ao passado, pode causar não só a ausência de segurança jurídica, como também a instabilidade ao ordenamento jurídico que, ao desrespeitar as relações firmadas de acordo com a ordem anterior, não poderá exigir respeito às novas normas jurídicas que disciplinarão as relações jurídicas futuras.

Como se pode observar, o falso princípio da retroatividade dos dispositivos constitucionais é um contrasenso perigoso<sup>1011</sup>. A Constituição possui uma aplicação imediata para o futuro, mas não pode ser retroativa. Ela não alcança o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, exceto se expressamente estiver previsto em seu texto constitucional<sup>1012</sup>. O que deve prevalecer é o princípio da irretroatividade, válido para todo o ordenamento jurídico, incluindo as normas constitucionais, devido ao caráter natural do ordenamento, com validade apenas para o futuro<sup>1013</sup>.

“O Direito Adquirido é o limite normal do efeito imediato; noutras palavras, as novas leis, ainda quando não expressas, se aplicam às partes posteriores dos facta pendencia,ressalvado o Direito Adquirido. Já com relação à retroatividade, ela nunca existe, a não ser quando expressa; mais ainda quando tal se dá, resta como limite o Direito Adquirido.”<sup>1014</sup>

Aceitar que a Constituição tenha efeito retroativo contraria o Estado de Direito e os valores jurídicos impostos pela Constituição (certeza, segurança, estabilidade jurídica e confiança do cidadão na proteção do ordenamento)<sup>1015</sup>.

Assim, “salvo dispositivo expreso, as Constituições não retroagem, não atingindo, portanto, direitos adquiridos e atos jurídicos aperfeiçoados sob a Constituição anterior”<sup>1016</sup>.

<sup>1011</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *A irretroatividade das Constituições face aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos*. Parecer no Mandado de Segurança nº 59484 impetrado por Erlânio da Silva Torres e outros perante o Tribunal Federal de Recursos. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 252.

<sup>1012</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>1013</sup> Ibidem, p. 268.

<sup>1014</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 202.

<sup>1015</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. Op. cit., p. 275-276.

<sup>1016</sup> Ibidem, capa.

Diversamente ocorre quando se trata do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador. Isso porque, como já comprovado anteriormente, trata-se de um poder limitado juridicamente, sujeito à observação dos limites expressos e implícitos no texto constitucional para promover a reforma da Constituição.

Nesse sentido, primeiramente, é necessário identificar quais foram as imposições feitas pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, para verificar se ela protegeu o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como institutos não alcançados pela lei ou pela reforma constitucional. Assim, uma vez assegurados esses institutos pelo Poder Constituinte Originário, impondo sua observação quando da reforma do texto constitucional, não podem ser prejudicados quando do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador.

#### **6.6.2 Crise constituinte e crise constitucional**

Paulo Bonavides esclarece a diferença entre uma crise constituinte e uma crise constitucional.

Uma crise constituinte refere-se a uma crise pela qual passa um corpo institucional, um sistema de governo, que ocasiona a convocação do poder de reforma constitucional para modificação da Constituição. Trata-se de um processo que se traduz pelo antagonismo da nova Constituição com as realidades da sociedade mais profundas, o que acarreta sua perda de eficácia, juridicidade e normatividade por não possuir uma base da aprovação popular<sup>1017</sup>.

Numa crise constituinte, há um problema com a identidade do Poder Constituinte, dado seu distanciamento dos anseios da população, perdendo, assim, sua representatividade.

---

<sup>1017</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 188-189.

Uma Constituição também pode passar por uma crise, denominada de crise constitucional, a qual, entretanto, não chega a atingir a titularidade do Poder Constituinte, tendo em vista que pode ser solucionada pela intervenção do poder de reforma constitucional, quer para modificação do texto, quer para a elaboração de uma nova Constituição<sup>1018</sup>.

Numa crise constitucional, a solução é a convocação do Poder Constituinte Derivado Reformador para a modificação da Constituição, a fim de que suas normas constitucionais possam acompanhar a evolução e as exigências da sociedade que ela se destina.

Como se pode observar, a crise constituinte é algo mais grave, sério, pois reflete um problema presente no próprio corpo social<sup>1019</sup>, que exige a intervenção na própria sociedade, ainda que seja por via da revolução, para substituição da forma de governo ou da forma de Estado, em defesa da legitimidade<sup>1020</sup>.

Diante disso, pode-se afirmar que a crise constituinte envolve uma crise de legitimidade da titularidade do poder, na qual a assembleia constituinte não se coaduna com o poder legítimo (povo ou nação), e uma crise de legitimidade do seu objeto, na qual o conteúdo material da Constituição não reflete os fatores reais de poder da sociedade<sup>1021</sup>.

### **6.6.3 Possibilidade de inconstitucionalidade no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador – Necessidade do exercício do controle de constitucionalidade sobre sua atuação**

Como restou exaustivamente demonstrado nesta dissertação, a Constituição é dotada de supremacia, estando suas normas sistematicamente organizadas na formação do ordenamento jurídico, que constituiu sua unicidade.

---

<sup>1018</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 188-189.

<sup>1019</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>1020</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>1021</sup> *Ibidem*, p. 194-195.

Diante disso, importante esclarecer que não há diferença entre as normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte Originário na elaboração da Constituição e aquelas fruto do exercício do Poder Constituinte Reformador no exercício do poder de reforma da Constituição, não havendo, assim, qualquer grau de hierarquia entre elas<sup>1022</sup>.

Contudo, no exercício do poder de reforma constitucional, poderão ser inseridas normas na Constituição que conflitem com a essência constitucional, causando incompatibilidades que não podem ser acolhidas pelo sistema jurídico, impondo-se a necessidade de eliminação da norma incompatível sob pena que prejudicar a unidade da Constituição<sup>1023</sup>.

Conforme anteriormente comprovado, o exercício do Poder Constituinte Derivado está sujeito a limitações que devem ser observadas, seja quando da elaboração das Constituições dos Estados-membros (Decorrente), seja na reforma da Constituição Federal (Reformador)<sup>1024</sup>.

Destaca-se que, não somente os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado deverão ser observados, mas, principalmente, a coerência lógica do texto constitucional<sup>1025</sup>, para que, seja na elaboração das Constituições dos Estados-membros, seja na reforma da Constituição Federal, o fruto da manifestação do Poder Constituinte Derivado se coadune com a essência da Constituição, sob pena de incorrer no vício da inconstitucionalidade.

---

<sup>1022</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 116.

<sup>1023</sup> “Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade (...) o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, (...): é um sistema num sentido menos incisivo, se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 80)

<sup>1024</sup> “Postulamos que a única forma de haver a ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais é quanto ao Poder Reformador e nunca quanto ao Poder Constituinte Originário porque, se fosse dessa forma, quebraria o caráter sistêmico da Constituição. Atuando o Poder Reformador na modificação do texto originário, as alterações advindas seriam passíveis de sofrer a incidência do controle de constitucionalidade e expulsas do ordenamento se fossem taxadas de normas constitucionais inconstitucionais.” (AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 208)

<sup>1025</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 97.

Portanto, mantém-se a posição no sentido de que o exercício do Poder Constituinte Reformador está sujeito a limites, razão pela qual pode e deve ser objeto do controle de constitucionalidade, a fim de se conferir se esses limites foram observados, impedindo uma modificação inconstitucional da Constituição<sup>1026</sup>.

“Mas, no caso de emenda ou revisão constitucional poder-se-á cogitar a juridicidade constitucional em sentido estrito. Suponhamos que se procede a uma emenda da Constituição sem observância rigorosa de todas as formalidades, nela previstas, para tal fim. Por exemplo, sem aprovação da maioria nela fixada, ou do número de discussões por ela exigido. Nesse caso, o preceito constitucional resultante, isto é, a emenda à Constituição, seria inconstitucional. Teríamos um preceito inconstitucional dentro da Constituição, visto que elaborado em desacordo com preceitos válidos e vigentes, estabelecidos pela mesma Constituição, para sua emenda.”<sup>1027</sup>

Por outro lado, uma Constituição escrita e rígida, que prescreve o procedimento para o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, também necessita ser resguardada, o que autoriza que o exercício do Poder Constituinte Reformador seja objeto de controle também para preservar as normas constitucionais<sup>1028</sup>.

Sem a possibilidade de haver esse controle de constitucionalidade, não se pode afirmar que há uma Constituição rígida, pois qualquer norma ordinária poderia modificar o texto constitucional, não sendo possível, ainda, identificar qualquer diferenciação entre o próprio Poder Constituinte Originário e Derivado no exercício de reforma da Constituição<sup>1029</sup>.

Pois bem. Na hipótese das limitações impostas ao Poder Constituinte Derivado Reformador não serem observadas no exercício de reforma da Constituição, o produto de sua atuação (emenda constitucional) está sujeito ao controle de constitucionalidade, tal como ocorre com as demais leis ordinárias<sup>1030</sup>. Isso configura o “caráter de garantia da rigidez constitucional”<sup>1031</sup>.

<sup>1026</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 116.

<sup>1027</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 222.

<sup>1028</sup> Se a lei fundamental prescreve que são inalteráveis determinados dispositivos constitucionais, mas uma alteração desse dispositivo é promovida, voluntária ou involuntariamente, resta configurada sua inconstitucionalidade, o que autoriza a manifestação do órgão competente para o controle de constitucionalidade. (BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 13)

<sup>1029</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 153.

<sup>1030</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 442.

<sup>1031</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 75.

Portanto, toda reforma da Constituição deverá seguir o procedimento imposto pelo Poder Constituinte Originário, de modo que, desrespeitado eventual trâmite desse procedimento formal, será legítimo o controle de constitucionalidade formal no intuito de reconhecer sua ilegitimidade e de declará-la inconstitucional<sup>1032</sup>.

“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, *quorum* etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.”<sup>1033</sup>

Da mesma forma, quando essa reforma alcançar dispositivo constitucional que impõe limitações materiais à sua atuação, caracterizada estará a necessidade de controle de constitucionalidade material, a fim de atestar a inconstitucionalidade da pretensão de modificação do texto constitucional sem observação dos limites que foram impostos para sua atuação<sup>1034</sup>.

Importante esclarecer que esse controle deverá ser feito de acordo com os ditames previstos pela Constituição, que poderá eleger o controle da constitucionalidade (i) político, quando um órgão externo ao Poder Judiciário for competente para realizá-lo; ou (ii) jurisdicional, quando o Poder Judiciário for eleito competente para exercê-lo. Esses controles poderão ser exercidos de forma (a) preventiva, antes da publicação da norma de reforma; ou (b) repressiva, após a publicação da norma reformada; pelas vias de (a’) ação ou (b’) exceção<sup>1035</sup>.

Portanto, como se observa, o controle de constitucionalidade do exercício do Poder Constituinte Derivado, no exercício de reforma do texto constitucional, representa um mecanismo de proteção e defesa da Constituição a fim de evitar a produção de qualquer norma que venha em afronta ao texto constitucional e à essência da Constituição<sup>1036</sup>.

<sup>1032</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995, p. 110-111.

<sup>1033</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 68.

<sup>1034</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. Op. cit., p. 111.

<sup>1035</sup> CAPP, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 122.

<sup>1036</sup> “A reforma constitucional é, pois, um mecanismo de defesa da Constituição. Mas não atua sozinha. Ao lado dela existe uma outra medida igualmente importante – o controle da constitucionalidade. Toda e qualquer reforma constitucional que respeite o processo prescrito para sua tramitação, que ultrapasse os limites temporais, circunstanciais ou materiais a ela imposta está sujeita a ser declarada inconstitucional pelo órgão dotado da função de apreciar a sua constitucionalidade.” (CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, p. 141)

“Em primeiro lugar, a revisão constitucional é um meio de preservação e conservação de uma Constituição, mediante o seu aperfeiçoamento, e não um meio de a aniquilar, de a substituir por outra, enfim, de fazer uma nova Constituição. ‘A função do poder de revisão não é fazer constituições, mas exactamente o inverso: guardá-las e defendê-las propiciando a sua acomodação a novas conjunturas’ – escrevia, em 1970, Lucas Pires (in *O Problema da Constituição*, pp. 70-71)”<sup>1037</sup>.

Portanto, como se percebe, apesar da estranheza da expressão, no caso dos limites impostos ao poder de reforma da Constituição não serem observados, poderá ser identificada a existência de uma emenda constitucional inconstitucional, por não ter sido produzida de acordo com o determinado pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição, seja quanto ao procedimento formal previsto, seja quanto à matéria constitucional abordada na reforma.

A possibilidade de haver normas constitucionais inconstitucionais é um fato importante e um problema atual do Direito Constitucional<sup>1038</sup>, uma vez que há a possibilidade de serem produzidas normas constitucionais inconstitucionais quando os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário não sejam observados no processo de reforma da Constituição, permitindo que uma lei de alteração da Constituição infrinja, formal ou materialmente, as disposições da Constituição formal<sup>1039</sup>.

Diante desse cenário, defende-se a necessidade da manutenção do controle de constitucionalidade inclusive quando do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, a fim de identificar se os limites impostos ao poder de reforma constitucional foram observados, sob pena de produção de uma emenda constitucional inconstitucional que deverá ser excluída do ordenamento jurídico por ser com ele incompatível<sup>1040</sup>.

<sup>1037</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Editorial Caminho, 1980, p. 69.

<sup>1038</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p. 14.

<sup>1039</sup> “Dá-se o primeiro caso, quando não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o último, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da imodificabilidade destas insertas no documento constitucional: assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, n.º 3, eliminasse a articulação da Federação em Estados federados ou o princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. I e 20. Não é necessário mostrar mais pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, inconstitucional.” (Ibidem, p. 52)

<sup>1040</sup> CAPPÀ, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. 2005, p. 120.



Esse controle de constitucionalidade justifica-se pelo fato da Constituição ser a norma de mais alta hierarquia do ordenamento jurídico, conferindo legitimidade para todas as demais normas que com ela devem estar compatíveis, de modo que deve ter assegurada sua supremacia, observada quando da elaboração de qualquer norma, inclusive de emenda constitucional.

#### 6.6.4 Mutaç o constitucional

A muta o constitucional surge como uma forma de atualiza o do texto constitucional sem a necessidade de exerc cio do Poder Constituinte Derivado Reformador. S o operadas modifica es na Constitui o gradualmente no tempo, de modo informal, sem seguir a determinados procedimentos jur dicos<sup>1041</sup>.

Como visto, a Constitui o   um complexo normativo, uma forma firme atrav s da qual se identifica o movimento da vida<sup>1042</sup>, que deve participar do dia a dia Estado, representando a estrutura normativa concreta estatal<sup>1043</sup>. As mudan as ocorridas na sociedade, refletidas na realidade constitucional por meio das muta es constitucionais, atualizam o contexto constitucional para sua aplica o, mas que n o modificam, contudo, a ess ncia da Constitui o<sup>1044</sup>.

A ocorr ncia da muta o constitucional   identificada diante do decorrer da hist ria de uma determinada Constitui o, que, por for a das tradi es, da necessidade de adequa o da situa o pol tico-social, dos costumes, das altera es emp ricas ou sociais, acarretam uma nova interpreta o do texto constitucional sem a necessidade de uma modifica o formal da Constitui o<sup>1045</sup>.

---

<sup>1041</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes   Constitui o: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 116.

<sup>1042</sup> PELAYO, Manuel Garc a. *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953, p. 129.

<sup>1043</sup> *Ibidem.*, p. 132.

<sup>1044</sup> *Ibidem.*, p. 138.

<sup>1045</sup> SILVA, Jos  Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constitui o)*. 1. ed. S o Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 283.

Como visto anteriormente, numa reforma constitucional há a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionais decorrentes do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, enquanto na mutação constitucional há modificação livre do texto da Constituição sem mudá-lo formalmente, mediante a produção de fatos que não têm que ser acompanhados de intenção ou consciência<sup>1046</sup>, sendo desnecessária a convocação daquele Poder.

A mutação constitucional é um processo informal de modificação do texto das Constituições rígidas, pois se desenvolve mediante a aplicação dos costumes, da tradição, das alterações empíricas ou sociológicas, da interpretação judicial e do próprio ordenamento de alterar a estrutura do Estado<sup>1047</sup>. Ela permite a produção de uma transformação da realidade da configuração do poder político, da sua estrutura social ou do equilíbrio dos interesses sociais, sem a necessidade de modificação do texto constitucional, que permanece intacto<sup>1048</sup>.

A importância da mutação constitucional está na necessidade de manutenção da dinâmica e da estabilidade da Constituição, pois, ao mesmo tempo em que mantém o texto constitucional, permite que a mesma seja interpretada de forma a atender à necessidade de evolução da Constituição<sup>1049</sup>.

A mutação constitucional fundamenta-se na natureza do Estado, na qualidade de realidade vital e dinâmica, que condicionam a possibilidade e a necessidade de transformação do Estado, de suas instituições e da própria Constituição, diante das normas constitucionais que se apresentam incompletas frente às exigências daquele<sup>1050</sup>.

A mutação constitucional é responsável por conferir estabilidade institucional à própria Constituição, pois permite que o texto constitucional seja adaptado à realidade social que acompanha a evolução da sociedade<sup>1051</sup>.

---

<sup>1046</sup> JELLINEK, George. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción por Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

<sup>1047</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

<sup>1048</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976, p. 165.

<sup>1049</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 82.

<sup>1050</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 185.

<sup>1051</sup> FRANCISCO, José Carlos. Op. cit., p. 65.

Por meio da mutação constitucional identificam-se transformações constitucionais enquanto o texto da Constituição permanece invariável, diante da incongruência entre as normas escritas e a realidade jurídico-constitucional<sup>1052</sup>, sem a necessidade de interrupção do procedimento mutacional a fim de convocar o Poder Constituinte Derivado Reformador para reformar o texto constitucional.

Por meio da mutação constitucional, é produzida uma transformação na realidade do poder político, da estrutura social, sem haver modificação do texto constitucional formalmente, pois este permanece intacto, apenas sua interpretação é modificada<sup>1053</sup>.

A mutação pode ocorrer por meio da interpretação da Constituição, por práticas constitucionais, pela construção constitucional e até por mutações inconstitucionais<sup>1054</sup>. Sua atuação se dá de forma silenciosa, lenta e gradual, sem momento certo e definido para a modificação do sentido do texto constitucional, razão pela qual não acarretam a ruptura do ordenamento jurídico vigente<sup>1055</sup>.

A nova interpretação do texto constitucional permite a aplicação da Constituição de acordo com a realidade atual da sociedade sem, contudo, modificar o texto escrito da Constituição. Qualquer pessoa que vive sob o domínio de uma norma acaba tendo que interpretá-la, direta ou indiretamente, agindo como intérprete da norma, não obstante ser o seu destinatário ativo<sup>1056</sup>.

García Pelayo defende uma classificação das mutações constitucionais, que poderiam resultar (i) de uma prática política que não se opõe formalmente à Constituição escrita, para cuja regulação não existe norma constitucional; (ii) da incompatibilidade do

---

<sup>1052</sup> PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953, p. 137.

<sup>1053</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 128.

<sup>1054</sup> “Por sua vez, as **mutações inconstitucionais** se revelam pela prática difusa que venha a violar o texto e sentido constitucional de modo manifesto e perceptível (embora possam persistir por vários fatores, dentre os quais a ineficiência do manejo dos mecanismos de controle de constitucionalidade) ou, por outro lado, de modo despercebido ou pouco perceptível (provocado pelo desuso, inércia etc.)” (FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 65)

<sup>1055</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 118.

<sup>1056</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13-15.

exercício ou por desuso das competências e atribuições estabelecidas na Constituição de modo que os preceitos que estabelecem deixam de ser direito vigente; (iii) da prática em oposição aos preceitos constitucionais; e (iv) da interpretação dos termos da Constituição de forma que os preceitos obtenham um conteúdo distinto daquele para o qual foram pensados<sup>1057</sup>.

Já George Jellinek entende que a mutação constitucional pode ocorrer por prática parlamentar, pela administração ou pela jurisdição<sup>1058</sup>, derivando da necessidade política<sup>1059</sup>, da prática constitucional<sup>1060</sup> ou do desuso de faculdades estatais<sup>1061</sup>.

José Afonso da Silva, por seu turno, defende que as mutações constitucionais válidas poderiam se dar por meio de: (i) atos provenientes de complementação constitucional, por meio de edição de atos do poder público que complementem as normas constitucionais; (ii) interpretação constitucional, que possibilite a adequação do texto à realidade social, e da construção constitucional, que permitisse a interpretação dos princípios constitucionais sistematicamente de modo a identificar normas não explicitamente previstas na Constituição; e (iii) práticas político-sociais, convertidas em convenções constitucionais, que interferem no significado de determinados preceitos da Constituição<sup>1062</sup>.

A mutação constitucional por meio da interpretação, mais comum, ocorre quando é atribuído um sentido novo para a Constituição, quando se aplica a norma constitucional com um caráter mais abrangente alcançando situações antes não contempladas, ou quando é atribuído um novo significado à norma constitucional, sem que haja uma modificação formal do texto da Constituição<sup>1063</sup>.

---

<sup>1057</sup> PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953, p. 137-138.

<sup>1058</sup> JELLINEK, George. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Trad. por Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 15-27.

<sup>1059</sup> *Ibidem*, p. 29-35.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, p. 37-43.

<sup>1061</sup> *Ibidem*, p. 45-53.

<sup>1062</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 288-297.

<sup>1063</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, p. 56-57.

Em que pese se referir ao um processo de atualização da Constituição, adaptando as normas constitucionais à realidade da sociedade a que ela se dirige, a mutação constitucional envolve o risco de que a verdadeira essência da Constituição seja atingida no processo de conferir uma nova interpretação às normas constitucionais, o que, contudo, não pode servir de fundamento para afastar a sua ocorrência, muito importante para preservação da realidade constitucional<sup>1064</sup>.

Tal como ocorre quando do exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, o processo de mutação constitucional deve submeter-se ao controle de constitucionalidade, a fim de assegurar a supremacia da Constituição, que não pode ser atingida por qualquer procedimento, formal ou informal, de modificação de seu texto constitucional, haja vista a possibilidade de ocorrer uma mutação que pode conflitar com os limites de reforma constitucional ou com a própria essência da Constituição que não pode ser modificada.

#### **6.6.5 Fraude à Constituição**

A fraude à Constituição ocorre quando ela deixa de ser autêntica, ou seja, quando deixa de respeitar as condições mínimas necessárias para limitação do poder, garantia dos direitos e legitimidade do Poder Constituinte<sup>1065</sup>. É identificada mediante modificações radicais ao texto constitucional sem observação dos limites impostos ao exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, constituindo um modo de burlar os poderes que lhe foram conferidos pelo Poder Constituinte Originário<sup>1066</sup>.

Importante esclarecer que a fraude à Constituição não resulta de fortes debates sociais nem da mobilização da população. Pelo contrário, ocorre nas discussões restritas das assembleias, revestindo-se da aparência de legalidade, como se estivessem sendo fielmente cumpridas as normas constitucionais<sup>1067</sup>.

---

<sup>1064</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, p. 62-63.

<sup>1065</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 15.

<sup>1066</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 185.

<sup>1067</sup> *Ibidem*, p. 189.

O grande problema das fraudes à Constituição está no enfraquecimento do caráter sistêmico do ordenamento, acarretando na diminuição da eficácia concretiva das normas constitucionais, permitindo a atuação do arbítrio dos ditadores<sup>1068</sup>.

Um dos exemplos clássicos de fraude à Constituição, inclusive já mencionada nesta dissertação, é a modificação dos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Derivado Reformador, no intuito de fazê-los desaparecer e permitir a reforma constitucional (dupla revisão).

Há, ainda, a possibilidade de fraude quando, no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador ou na ocorrência de uma mutação constitucional, deixa-se de exercer o correto controle de constitucionalidade para constatar se os limites de modificação da Constituição foram observados. E também quando uma Constituição é elaborada por uma minoria da sociedade, sem representar os fatores reais de poder, mas mascarada por falsa legitimidade que a faz se impor perante a sociedade.

Como se nota, na fraude à Constituição, uma modificação do seu texto ou de sua interpretação é realizada livremente, sem qualquer controle, com aparência de legitimidade e legalidade, sob um procedimento que encoberta o propósito de burlar o sistema e incluir uma norma constitucional inconstitucional, que não represente efetivamente a vontade constituinte que ela deveria refletir.

#### **6.6.6 Puzzle constitucional de Alfred Ross**

O exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador levanta novas questões filosóficas quanto à natureza das normas constitucionais e das normas que prescrevem a possibilidade de sua alteração, dada a impossibilidade de uma norma (norma de reforma prevista pela Constituição) modificar outra (norma constitucional) do mesmo nível hierárquico.

---

<sup>1068</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 221.

Esse estudo desenvolvido por Alfred Ross foi denominado de “Puzzle Constitucional”, que se refere ao fato de uma Constituição estabelecer a previsão de sua própria reforma por meio de normas de reforma (normas de referência), que não podem estar no mesmo plano hierárquico da Constituição<sup>1069</sup>.

Para analisar essa questão é necessário ter em mente o princípio da hierarquia das normas constitucionais. Uma norma não pode ser modificada por outra de mesmo nível hierárquico. Quando a Constituição prescreveu normas a serem seguidas em sua reforma, elas não poderiam estar ao mesmo plano hierárquico que a Constituição, hipótese em que não poderiam reformá-la<sup>1070</sup>, de tal sorte que não poderia outra norma tentar modificar o dispositivo que autoriza a alteração do texto constitucional<sup>1071</sup>.

De acordo com Ross, essas normas de reforma devem estar em uma segunda potência e não podem ser reformadas por normas constitucionais que são inferiores a elas. Ross afirma que o Direito legislado é o Direito sancionado, ou seja, foi disposto por vontade dos indivíduos da sociedade mediante normas de competência<sup>1072</sup>, que contém condições, formais e materiais, que regulamentam o poder da autoridade, e conferem validade às normas criadas por ela.

As normas constitucionais<sup>1073</sup> determinam condições de validade das normas a ela subordinadas, regulando inclusive sua possibilidade de autoreforma mediante normas que estabelecem uma autoridade constituinte diversa da autoridade legislativa. A autoreferência<sup>1074</sup> é a própria Constituição, que confere referência para o Poder Constituinte Derivado Reformador, na produção de normas de reforma constitucional, e ao Poder Legislativo, na produção das demais normas jurídicas. A norma básica que confere validade à Constituição não pode ser modificada no entendimento firmado por Ross.

<sup>1069</sup> A Constituição contém regras para sua própria reforma, as quais estão sujeitas ao procedimento de reforma que elas mesmas estabelecem (ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Trad. por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969, p. 49).

<sup>1070</sup> CANO, José María Sauca. *La Reforma de la Reforma de la Constitución. El Puzzle Constitucional de Alfred Ross. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 282.

<sup>1071</sup> *Ibidem*, p. 294.

<sup>1072</sup> As regras de competência são ato de criação ou sanção. Prescrevem condições necessárias e suficientes com as quais o ato de criação é válido, com força de lei, constituindo uma autoridade, exercida por uma pessoa ou conjunto de pessoas investidas com poder de criação do Direito – criação das regras jurídicas (ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 50).

<sup>1073</sup> A Constituição possui a tarefa de estabelecer uma autoridade legislativa, possuindo normas que determinam competência do legislador para produção das demais normas jurídicas (*Ibidem*, p. 52).

<sup>1074</sup> Referência de uma oração a si mesma (*Ibidem*, p. 62).

De acordo com Ross, se a Constituição contém normas para sua própria reforma, essas regras determinam outro processo de criação do Direito e constituem outra autoridade suprema (o Poder Constituinte). Se a Constituição não admite nenhuma autoridade superior e competente para reformar as regras de reforma, então a autoridade suprema do sistema é a sua norma básica<sup>1075</sup>.

A norma básica de um sistema jurídico tem que ser imodificável mediante procedimento jurídico. Se a norma básica do sistema é modificada de fato, essa mudança não pode derivar de nenhuma regra de competência (reforma) dentro do sistema (teoria dos sistemas dedutivos). A norma de competência não pode derivar de nenhuma norma com ela incompatível. A norma básica da autoridade suprema possui uma competência ilimitada, não podendo incluir apenas o poder de transferir seu poder a outra autoridade, nem o poder de limitar sua própria competência<sup>1076</sup>.

O paradoxo da teoria de Ross<sup>1077</sup> está no fato de que a cadeia de validade fundamentada na autoridade conduz até uma autoridade superior que não pode mais ser modificada juridicamente, diante da ausência de outra autoridade que possa reformar juridicamente as suas competências. Por esse motivo, Ross confere competência à autoridade suprema para reformar as normas que a instaurou, e isso não pode ser qualificado como uma modificação jurídica, mas sim fática.

A solução para o paradoxo é admitir que a validade de uma norma é possível derivar a validade de qualquer norma incompatível com ela<sup>1078</sup>. Assim, Ross admite a existência de uma norma básica como fundamento de validade do ordenamento que contenha regras para a reforma da Constituição. Essas regras de reforma definem o procedimento para criação do Direito e estabelecem uma autoridade. O que se cria por este procedimento (por esta autoridade) possui caráter de Direito Constitucional válido<sup>1079</sup>.

---

<sup>1075</sup> ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Trad. por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969, p. 52.

<sup>1076</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>1077</sup> O paradoxo constitucional está na questão acerca da criação e reforma da norma básica do sistema jurídico (*Ibidem*, p. 72-73).

<sup>1078</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>1079</sup> *Ibidem*, p. 80-81.



Logo, a validade jurídica segundo Ross está no fato de que a norma constituída deriva da norma de competência, sendo natural que a autoridade que editou a norma de competência esteja num nível hierárquico superior à autoridade que editou a norma constituída. Esse é o conteúdo do denominado “puzzle constitucional”, que se apresenta como uma pirâmide de autoridades que forma uma cadeia de validade finita, restando saber quem seria a autoridade suprema e sua norma básica, fundada numa justificação pressuposta da razão humana.

Portanto, para Ross, a validade jurídica depende do fato de que a norma deve ter cumprido as condições de reforma prescritas pela Constituição. Na reforma da Constituição, o dispositivo reformado sucede ao artigo anterior, não havendo qualquer incompatibilidade entre eles. Qualquer modificação do próprio ordenamento jurídico deve decorrer de uma vontade externa a ele, de um fato extrajurídico que imponha a elaboração de uma nova Constituição, por meio da convocação do Poder Constituinte Originário, que não poderá derivar das normas constitucionais da anterior.

## 7 CONCLUSÃO

Ao final da dissertação, apresenta-se algumas conclusões importantes para compreender a essência do Poder Constituinte, objeto de estudo, investigado e analisado no transcurso da elaboração deste trabalho, fundado em pesquisa doutrinária de ordem jurídica, política, social e filosófica, que pretenderam justificar a origem, o poder e a natureza desse instituto responsável pela criação e elaboração da Constituição.

Conforme restou demonstrado, a essência está relacionada à natureza, substância, razão e existência de alguma coisa, conferindo-lhe identidade. No caso, buscou-se identificar qual é a essência do Poder Constituinte.

Com base nos estudos filosóficos, foi possível questionar o objeto estudado (Poder Constituinte) e, a cada resposta apresentada, foram surgindo novas perguntas que guiaram a descoberta de uma verdade sobre sua essência, refletindo um trabalho árduo sobre o conhecimento da existência desse poder, mediante interrogações e questionamentos.

O Direito, compreendido como o conjunto de normas jurídicas que organizam a vida humana em sociedade, foi um dos instrumentos de pesquisa, tendo em vista que o ordenamento jurídico representa um elemento limitador e organizador da atuação estatal na imposição de obrigações e na defesa de direitos para manter a paz social.

A Filosofia do Direito também orientou o desenvolvimento deste estudo, permitindo a análise da realidade da sociedade durante sua evolução histórica, a fim de identificar o surgimento dos elementos que possibilitaram o advento do Poder Constituinte e o desenvolvimento de uma teoria preocupada em compreendê-lo.

Portanto, com fundamento numa pesquisa filosófico-jurídica, foi possível verificar fenômenos extrajurídicos e jurídicos que autorizaram a colocação do Poder Constituinte numa posição de fruto da vontade de uma sociedade, com a finalidade de elaborar a Constituição, fundar o Estado de Direito, dando origem ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, utilizando-se do enfoque zetético (filosófico), a dissertação desenvolveu-se com base na Filosofia da Constituição, que permitiu desvendar a essência do Poder Constituinte, através da investigação e do descobrimento desse objeto em sua natureza.

Identificados os instrumentos de pesquisa utilizados no decorrer do levantamento bibliográfico (Filosofia, Direito e Filosofia do Direito), deu-se início ao estudo dos elementos relacionados ao exercício do Poder Constituinte, pois, como se pode constatar, a análise da essência desse poder dependeu da verificação prévia dos elementos a ele relacionados, tal como o poder, a Constituição e o Estado Constitucional

O poder foi o primeiro elemento estudado, caracterizado pela presença de uma autoridade e uma relação de hierarquia entre seu detentor e seu destinatário, mediante a qual o detentor do poder tem realizada sua vontade naturalmente pelo seu destinatário por meio do simples exercício do poder.

O poder social foi analisado como um fenômeno sócio-cultural, resultado de um fato da vida social, inerente à sociedade, que autoriza um indivíduo exigir de outro um certo comportamento de acordo com suas finalidades, impondo uma decisão com um objetivo determinado. O poder político foi estudado no sentido de um comando, com autoridade, hierarquia, imposto sobre uma sociedade, representado pelo poder exercido pelo Estado sobre os demais poderes sociais (econômico, social, religioso, sindical e outros), tendo em vista que se manifesta por meio do exercício do Poder Constituinte na elaboração de uma Constituição.

A exposição acerca da relação entre poder e Direito confirmou a tese de que a natureza do Poder Constituinte está no exercício do poder político, responsável pela organização da sociedade pela fundação do Estado e por seu ordenamento jurídico quando da elaboração da sua Constituição.

Por meio de uma descrição sobre o histórico do exercício do poder sobre a sociedade, foi possível verificar que o desenvolvimento do poder político vinculou-se à determinação de obediência numa função estrutural, impondo uma atitude de obediência da sociedade frente ao exercício do poder pelo Estado.

A análise do exercício do poder político permitiu identificar que sua titularidade está nas mãos do povo, que o exerce na qualidade de uma coletividade, não havendo a possibilidade de constatar qual indivíduo desse povo poderia exercer o poder político individualmente.

Considerando que a manifestação do poder político é um fenômeno complexo, foi confirmado que seu exercício deve sujeitar-se a limitações, a fim de evitar que o poder seja corrompido. Restou comprovado que a ideia de limitação do poder coaduna-se com a racionalização de um poder justo, uma vez que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente (Lord Acton).

Juntamente com o estudo do poder, foi, ainda, estudada a soberania, na qualidade de racionalização jurídica do fator poder, constituindo um elemento irracional da política, tendo em vista que o Estado, como um ser soberano, está autorizado pela sociedade a exercer o poder político em seu nome.

A legitimidade do exercício do poder político também foi analisada, uma vez que está relacionada à pureza, aos princípios superiores de convivência humana e política e ao reconhecimento do exercício do poder pela sociedade política, que aceita o comando derivado do detentor do poder e o obedece.

A democracia foi considerada como um regime que assegura o exercício da vontade popular no exercício das atividades estatais, mediante o qual a vontade do povo possa influir na tomada das decisões pelos governantes. Nesse ambiente democrático, surgem as condições ideais para a manifestação do Poder Constituinte na elaboração de uma Constituição para esta sociedade.

Como se pode constatar, o exercício do poder está vinculado ao exercício do Poder Constituinte na elaboração de uma Constituição na organização do poder político quando da fundação do Estado. Para o regular exercício deste poder, deve-se verificar sua soberania na imposição do comando do detentor do poder que é atendido por seu destinatário, o qual legitima sua atuação por força da aceitação da ordem. E a melhor forma para essa situação é uma democracia, que permite a participação do povo, na qualidade de titular do poder político, na tomada das decisões que representam seu exercício.

Dessa forma, partiu-se ao estudo da Constituição que, analisada em sua essência, foi concebida como o conjunto de normas jurídicas responsáveis pela formação do Estado, limitando o exercício do poder político e assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana. A Constituição está intimamente relacionada ao exercício do Poder Constituinte, como fruto de sua existência e atuação, devendo ser compreendida no sistema democrático, no qual o povo, além de participar do exercício do poder político, ainda deve ser por ele garantido e protegido.

Como se observar, a dissertação preocupou-se em expor ao leitor não somente um conceito de Constituição, mas também apresentar as concepções sob as quais a Constituição pode ser compreendida: (i) sociológica (soma dos fatores reais de poder de uma sociedade); (ii) política (decisão política fundamental); (iii) jurídica (sentido jurídico-positivo, na qualidade de uma norma posta pelo Estado; e sentido lógico-jurídico, na qualidade de norma hipotética fundamental pressuposta pela razão humana); bem como as suas acepções: (a) inglesa (revelar); (b) americana (garantir); e (c) francesa (formar); que refletem os objetivos das Constituições identificadas na Inglaterra, nos Estados Unidos da América do Norte e na França no início do desenvolvimento da Constituição.

Brevemente, foram mencionados quais são os elementos de uma Constituição de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva (elementos orgânicos, que dizem respeito à regulação dos poderes do Estado e sua estrutura; elementos limitativos, que dizem respeito à definição dos direitos e garantias fundamentais, que restringem o âmbito de atuação do Estado; elementos sociológicos, que se referem ao compromisso firmado entre o Estado individual e o Estado social, traçando o perfil ideológico estatal; elementos de estabilização constitucional, que se referem à garantia da paz social que compõe a normalidade estatal; e elementos formais de aplicabilidade, que se relacionam ao modo de aplicação da Constituição).

Com base no conceito de Constituição, suas concepções e acepções, foi possível identificar sua finalidade, qual seja, na qualidade de lei fundamental do ordenamento jurídico, a Constituição é responsável pela orientação da produção normativa pelo Estado e regulamentação das atividades estatais de legislar, governar e julgar, além de assegurar os direitos e garantias fundamentais, orientando o exercício do poder político pelo Estado e as relações sociais na busca do bem comum.

Como restou comprovado, a Constituição legítima é aquela que corresponde ao pacto social firmado pela sociedade na fundação do Estado, refletindo suas práticas políticas vigentes num determinado momento histórico<sup>1080</sup>, conforme a decisão política fundamental firmada pelos detentores do poder político.

A Constituição é a norma fundamental, dotada, portanto, de supremacia, colocada no lugar mais alto do ordenamento jurídico, com a finalidade de conferir validade às demais normas jurídicas que devem ser editadas em consonância com a competência outorgada pelo texto constitucional. Essa supremacia, como uma norma estrutural do sistema constitucional, deve ser compreendida como uma regra que obrigatoriamente observada, respeitando a Constituição como a lei fundamental do sistema jurídico.

Com fundamento nessas premissas, foi possível conferir que as normas constitucionais são qualificadas com o poder de surtir efeitos jurídicos, podendo ser aplicadas com eficácia jurídica. Foi constatado ainda que, muitas vezes, a aplicação da Constituição depende do exercício de interpretação, pois precisa lhe ser conferido o exato mandamento imposto pela norma constitucional a fim de lhe conceder efetividade.

A dissertação apresentou os tipos de Constituição que existem, conforme análise feita na doutrina e na identificação das Constituições que já existiram nos ordenamentos jurídicos fundados. Nessa exposição, aquela foi, inclusive, analisada como um mito, tendo em vista que se apresenta como um núcleo de condensamento de valores de uma determinada comunidade cultural, numa síntese dos ideais e valores sociais, respeitado como a norma fundamental do ordenamento jurídico.

Os tipos de Constituição foram compreendidos depois de uma exaustiva exposição sobre o Constitucionalismo, um movimento histórico em defesa da Constituição, que teve por objetivo combater o exercício do poder político pelo monarca mediante um documento que limitasse esse poder e assegurasse os direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>1080</sup> “Todos os textos constitucionais tendem a reproduzir de algum modo as idéias de um dado tempo histórico.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 75)

Depois desse longo estudo histórico, foi possível entender o papel do Estado Constitucional e sua relação com o exercício do Poder Constituinte, tendo em vista que este surge por força da elaboração da Constituição.

Na qualidade de uma forma histórica de organização do poder político, a atuação do Estado está intimamente ligada à realidade de uma determinada sociedade num certo local, num determinado tempo. Para melhor compreensão do Estado, foram analisadas suas acepções filosófica (fatores externos de uma sociedade), jurídica (reunião de normas jurídicas que impõe poder e arbítrio às relações humanas) e sociológica (resultado natural decorrente da organização de determinada sociedade).

Diante de uma breve exposição, foi possível conferir a evolução do Estado durante os movimentos históricos, a qual deve ser compreendida juntamente com o desenvolvimento do Constitucionalismo, a fim de analisar os modos de formação de um Estado e os elementos que o constituem (soberania, território, povo e finalidade), possibilitando, assim, identificar sua finalidade, qual seja, possibilitar a vida humana em comunidade com base na sistematização de uma organização jurídica fundada pela Constituição, mediante legitimidade do exercício do poder político a fim de promover paz nas relações sociais.

O Estado Constitucional é o atual Estado Moderno, fundado com base numa Constituição que institui um Estado de Direito e Democrático, pois, com base no Direito, mediante a instauração do ordenamento jurídico, e nos princípios democráticos, organiza a sociedade e limita o exercício do poder pelo Estado, assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana para manutenção de suas relações sociais.

Com fundamento na análise do poder, da Constituição e do Estado Constitucional, deu-se início ao estudo do Poder Constituinte, a fim de identificar sua essência.

Como se pode constatar, a essência do Poder Constituinte está no seu poder inerente de elaborar uma Constituição e fundar o Estado Constitucional para organização da sociedade e regulamentação do poder político exercício agora pelo Estado.

O Poder Constituinte decorre de uma vontade política, uma força que atua sobre determinada estrutura social. É concebido como um fato, por força do qual o povo manifesta sua vontade de se auto-organizar e autogovernar por meio da elaboração de uma Constituição.

Para compreender melhor a ideia de Poder Constituinte foi analisado o histórico do seu desenvolvimento que, juntamente com a análise do histórico do desenvolvimento do Constitucionalismo, pode esclarecer melhor a origem da força desse poder. Foi em 1787, na Convenção da Filadélfia, nos Estados Unidos da América do Norte, que o Poder Constituinte manifestou-se pela primeira vez na reunião dos representantes das treze colônias em assembleia constituinte, dando origem à Constituição americana. Na França, em 1791, é identificada a elaboração de uma Constituição Francesa pela manifestação do Poder Constituinte por meio da nação francesa que derrubou o governo absoluto monárquico.

A teoria do Poder Constituinte teve por fundamento o manifesto de Emmanuel Sieyès (O que é o Terceiro Estado?), que ensinou a Revolução Francesa ao desenvolver a ideia de que a nação, na qualidade de integrante do Terceiro Estado, tem o direito de elaborar uma Constituição a fim de legitimar o exercício do poder político. Esse poder, depois de elaborada a Constituição, não desaparece, permanecendo vivo com ela.

No desenvolvimento da dissertação optou-se por diferenciar o exercício do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Decorrente.

O Poder Constituinte Originário é o poder de criar e elaborar a Constituição, tomando a decisão política fundamental quando da fundação do Estado Constitucional. É um poder de fato, advindo do mundo pré-jurídico, ocorrido no campo político social, que elabora a primeira Constituição do Estado e as demais que dela derivarão na modificação do ordenamento jurídico, seja por um ato fundacional, seja por um ato revolucionário.

Como restou demonstrado, o titular do Poder Constituinte Originário é o povo, com fundamento da soberania popular, que manifesta sua concordância com a Constituição, representado por uma grandeza pluralística formada pelos indivíduos que compõem uma sociedade.



A natureza do Poder Constituinte Originário foi analisada com base na teoria positivista (um fato, uma força social), na teoria jusnaturalista (poder jurídico, de direito, que decorre da vontade da sociedade que fundamenta a ordem natural, com fundamento no Direito Natural), na teoria do direito autônomo (Direito nasce com o Estado) e teoria dialético-integral (sócio-jurídica, a realidade social é absorvida pelo Estado).

Foram apresentadas as características do Poder Constituinte Originário, quais sejam, é um poder supremo, inicial, original, autônomo, incondicionado, indivisível, ilimitado e permanente, pois funda o ordenamento jurídico quando da elaboração da Constituição sem a necessidade de observar qualquer direito anterior, de modo que não encontra limites jurídicos no seu âmbito de atuação, não obstante deva observar as disposições do Direito Natural, para que sua Constituição possa atender às necessidades da sociedade à qual ela se destina.

As formas de exercício do Poder Constituinte também foram analisadas. Sua manifestação pode se dar por força de um ato fundacional que inaugura a ordem jurídica, por meio de um pacto, uma outorga, uma convenção, uma assembleia, um plebiscito sobre um projeto de um monarca ou imperador, ou por um ato revolucionário que derruba a ordem jurídica anterior.

O Poder Constituinte Derivado, é fruto do exercício do Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição. Por isso é um poder instituído, constituído, não dotado das características de supremo, inicial, original, e autônomo, por ser um poder de direito, limitado às disposições previstas na Constituição para sua atuação.

Em que pese não ser dotado do poder de elaborar uma Constituição, decidiu-se por utilizar a expressão Poder Constituinte para denominar o exercício do poder que pode criar uma Constituição Estadual num Estado federativo, ou reformar o texto constitucional. Apesar de não elaborar a Constituição, esse poder é capaz de produzir normas constitucionais, motivo pelo qual foi denominado de Poder Constituinte.

O Poder Constituinte Derivado pode manifestar-se na qualidade de Decorrente, nos Estados-membros de uma Federação, com o poder de criar as Constituições Estaduais para auto-organização dos Estados-membros, dotados de autonomia, mas que não se confunde com soberania, atributo esse apenas da Constituição Federal.

Os Estados-membros de uma Federação, no exercício do Poder Constituinte Derivado Decorrente, poderão se auto-organizar por meio da elaboração das Constituições Estaduais, observando os procedimentos previstos na Constituição Estadual, e, inclusive, o princípio da simetria, para seguir a concordância do sistema jurídico e político imposto pela Constituição Federal.

O Poder Constituinte Derivado pode manifestar-se na qualidade de reformador da Constituição, com a finalidade de modificar o texto constitucional para adaptá-lo às modificações sofridas pela sociedade no decorrer do tempo. Uma Constituição deve ser elaborada para durar, mas não pode obrigar que as gerações futuras estejam sujeitas às decisões políticas tomadas no passado, de modo que suas exigências podem refletir no texto constitucional no procedimento de sua reforma.

O exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador deve seguir os procedimentos previamente prescritos pela Constituição, observando os limites que lhe foram impostos na atividade de reformar a Constituição (limites extrajurídicos e jurídicos, materiais e formais).

Uma vez finalizada a exposição sobre a essência do Poder Constituinte e os modos de sua atuação, surgiram questões intrigantes que precisaram ser analisadas ao final da dissertação.

Nessa análise pode-se constatar que o exercício do Poder Constituinte Originário, quando da elaboração da Constituição, não está obrigado a observar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito nem a coisa julgada, institutos consolidados de acordo com a ordem jurídica anterior. Entretanto, a Constituição não deve possuir efeitos retroativos, não podendo atingir as relações jurídicas firmadas de acordo com a ordem jurídica anterior, salvo se expressamente assim constar do seu texto constitucional.

Destaca-se que esses institutos são elementos que possibilitam a segurança jurídica de um ordenamento e, em que pese não haver a obrigação de observá-los, nada impede que a nova Constituição respeite sua existência a fim de conferir segurança ao novo ordenamento jurídico que ela está estabelecendo.

Analisou-se, ainda, a diferença entre a crise constituinte, que decorre de um problema de legitimação do titular do Poder Constituinte e impõe a necessidade de sua substituição, e a crise constitucional, mais simples, que reflete uma necessidade do texto constitucional estar adequado aos anseios da sociedade que ele se destina, podendo ser solucionada com a simples convocação do Poder Constituinte Derivado Reformador para a reforma da Constituição.

Considerando que o exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador é um poder criado pela Constituição, que impõe limites a serem observados, analisou-se a possibilidade desse poder incorrer em inconstitucionalidade, ao não observar os limites que lhe foram impostos no exercício de reformar a Constituição. Diante disso, concluiu-se pela necessidade desse poder ser objeto do controle de constitucionalidade, haja vista que precisa manter a supremacia da Constituição na qualidade de norma fundamental do ordenamento jurídico.

A mutação constitucional também foi analisada, concebida como a possibilidade de modificação da Constituição sem a necessidade de reforma expressa do texto constitucional. A forma mais normal de mutação ocorre pela interpretação da Constituição, que lhe pode conferir, dentre as possibilidades, uma interpretação diversa ao texto constitucional, a qual será aplicada de acordo com a necessidade da sociedade no determinado momento histórico. A mutação constitucional representa um importante instrumento de atualização da Constituição, mas também deve se sujeitar ao controle de constitucionalidade, a fim de evitar que os limites impostos ao poder de reforma da Constituição sejam desrespeitados diante da ausência de um procedimento formal que comprove isso.

A possibilidade de haver fraude à Constituição foi uma das questões analisadas na dissertação, pois o poder de reforma constitucional pode se utilizar de instrumentos a fim de burlar a imposição dos limites que lhe foram impostos.

A fraude à Constituição deve ser combatida, mediante o efetivo controle de constitucionalidade, que elimine do ordenamento jurídico qualquer pretensão de modificar a Constituição sem seguir exatamente os limites que foram impostos pelo Poder Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição.

Por fim, a análise do *puzzle* constitucional de Alfred Ross fechou o desenvolvimento deste trabalho, trazendo ao leitor as ideias sobre a validade jurídica e o procedimento de reforma da Constituição. Ross desenvolveu a teoria fundamentada no fato de que a Constituição estabelece o procedimento para sua própria reforma (normas de referência), cujas normas não podem estar no mesmo patamar hierárquico da Constituição sob pena de não poder modificá-la. Essas normas que dispõem sobre a reforma constitucional devem estar numa segunda potência, não podendo ser modificadas pelas normas constitucionais por elas produzidas. A Constituição seria a autoreferência, pois faria referência à convocação do Poder Constituinte, na qualidade de autoridade suprema, dispondo sobre a norma básica do ordenamento. Tal situação, segundo Ross, deveria ser concebida como um fato, de natureza extrajurídica, devido ao problema da cadeia de validade jurídica.

Diante dessa exaustiva exposição, que em nenhum momento pretendeu esgotar o tema, foi possível identificar a essência do Poder Constituinte, desvendada aos poucos ao longo da dissertação, a fim de compreender sua natureza, forma de atuação e finalidade, no exercício de elaborar a Constituição na fundação do Estado de Direito Democrático objetivando regular e limitar o exercício do poder estatal e organizar o ordenamento jurídico que respeite e assegure os direitos fundamentais da pessoa humana.

Portanto, pode-se afirmar que a essência do Poder Constituinte é uma força, presente na sociedade, que nela expressa sua vontade de se auto-organizar por meio da elaboração de uma Constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. Tradução por José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução por Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, p. 1995.

ÁVILA, Ana Paula. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade Ponderação e Regras de Argumentação para a Interpretação Conforme a Constituição do Artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

BARACHO, Hertha Urquiza. *Poder de Reforma Constitucional*. Tese apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise. Pluralismo, Democracia, Socialismo, Comunismo, Terceira Via e Terceira Força*. Tradução João Ferreira. São Paulo: Editora Polis, 1988.

\_\_\_\_\_ *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BODINO, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Traducción Pedro Bravo. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. Limitações Materiais ao Poder Constituinte Originário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 42 – janeiro-março de 2003, 114-143 p.

BRASIL. Constituição (1824). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 04 abril 2009.

\_\_\_\_\_ Constituição (1988). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 01 abril 2009.

BRITO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 1, jan. 2004. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25 maio 2005.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institution Politiques*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1984.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ciencia Jurídica. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

CANO, José María Sauca. La Reforma de la Reforma de la Constitución. El *Puzzle Constitucional* de Alfred Ross. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_ *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CAPPA, Tatiana Del Giudice. *Limites do Poder Constituinte Derivado Reformador na Constituição Federal de 1988*. Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, 2005.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Reforma Constitucional: conceito, procedimento e limites. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, 138-167 p.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 3. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução por Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1939.

DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Tradução por Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

FARIA, José Eduardo. Entre a rigidez e a mudança: a Constituição no tempo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 2 – julho-dezembro de 2003, 199-207 p.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder-Constituinte dos Estados Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_ *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte Assembléia Processo Poder*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_ *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_ *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_ *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006.



FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural uma relação inelidível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6 – julho-dezembro de 2005, 642-653 p.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_ *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_ *O Poder Constituinte*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs\\_declaracoes/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em 01 abril 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Maria. A Constituição Desconstituída: A Reforma Previdenciária e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Os limites da atuação legislativa do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11 – n. 43 – abril-junho de 2003, 73-81 p.

\_\_\_\_\_ As Emendas e o Cânone Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 08 – n. 33 – outubro-dezembro de 2000, 79-92 p.

\_\_\_\_\_ *Desobediência Civil Direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_ Exercício do Poder Constituinte Derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 3 – n. 11 – abril-junho de 1995, 31-48 p.

\_\_\_\_\_ *O que é Constituinte?* 16. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_ Reforma do Estado e Administração Pública: A EC 19/98. O problema da reforma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 10 - n. 38 – janeiro-março de 2002, 113-135 p.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Tradução por Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijui, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Introdução à História da Filosofia*. Tradução por Euclidy Carneiro da Silva. São Paulo: Hemus, 1976.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_ *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatan O la matéria, forma y poder de una republica, eclesiástica y civil*. Tradução por Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JELLINEK, George. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Traducción por Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_ *Teoria General del Estado*. Tradução por Fernando de los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura y Prolegómenos a toda Metafísica Futura*. Traducción por Manuel Fernández Núñez e José López y López. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1950.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Traducción por Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução por Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAPORTA, Francisco J. *Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: Una aproximación preliminar. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

\_\_\_\_\_. *Norma Básica, Constitución y Decisión por Mayorías. Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poder y Derecho. El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. *O que é uma Constituição?* Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica –Líder, 2004.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 4. ed. Tradução por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1976.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Soberanía Popular y Estado de Derecho. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MANERO, Juan Ruiz. Principios Jurídicos. *El derecho y La justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. 4. ed. Tradução por Maria Lucia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

McBAIN, Howard Lee. *The living constitution. A consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The MacMillan Company, 1929.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano III – n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 69-107 p.

MENDES, Sônia Maria Broglia. *A validade jurídica e o giro lingüístico*, São Paulo: Noeses, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Introdução à Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, Tradução e Notas por Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.  
\_\_\_\_\_. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Editorial Caminho, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

NOGUEIRA, Ataliba. *Lições de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

\_\_\_\_\_. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

PEDRO, Fábio Nadal. *O Mito como Discurso Legitimador da Constituição*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 2004.

PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953.

\_\_\_\_\_. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

PESSOA, Roberto Hugo Lima. *Análise Funcional da Constituição*. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito à Comissão Julgadora da PUC-SP. 2008.

POLETTI, Ronaldo. Os valores da Constituição (II). *Correio Brasiliense*, 4 abr. 1984.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Traducido por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Tradução por Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

SALDANHA, Nelson. *Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Coord. de Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_ Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* Tradução por Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_ *L'Que es el tercer Estado?* Traducción por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, João Fernando Vieira da. *O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de abril de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_ *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Sayonara Grillo C. Leonardo da. *Poder Reformador insuficiência conceitual e experiências constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira das. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. Tradução por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_ Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3 – janeiro-junho de 2004, 351-378 p.

\_\_\_\_\_ *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Horácio Meireles. *A irretroatividade das Constituições face aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos*. Parecer no Mandado de Segurança nº 59484 impetrado por Erlânio da Silva Torres e outros perante o Tribunal Federal de Recursos. São Paulo: Max Limonad, 1969.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Texto Revisto e Atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, A Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

VANOSSE, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do Poder Constituinte. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Tradução de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano I – n. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 11-25 p.

VECCHIO, Giorgio del. *Teoria do Estado*. Tradução por António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

VIAMONTE, Carlos Sanches. *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.



# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)