

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

LARINE SOUZA DE CARLI

**PODER CONSTITUINTE DO POVO?
CRISE CONSTITUINTE E NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

**CURITIBA
2015**

LARINE SOUZA DE CARLI

**PODER CONSTITUINTE DO POVO?
CRISE CONSTITUINTE E NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Jorge de Oliveira Vargas

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

LARINE SOUZA DE CARLI

PODER CONSTITUINTE DO POVO?
CRISE CONSTITUINTE E NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

À toda a minha família, pelo apoio,
compreensão e amor
incondicional, sem os quais não
seria possível a realização deste
trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Jorge de Oliveira Vargas pela orientação, apoio e confiança. À minha amiga e professora Maria Helena Ferreira Fonseca Faller pela revisão do trabalho, disponibilidade e incentivo. À minha tia e grande exemplo Mara Freire Rodrigues de Souza pela revisão e contribuições para o trabalho, além do grande incentivo e motivação.

À Escola da Magistratura do Paraná, sua direção, administração e professores, pelas oportunidades, estrutura e suporte durante o curso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O QUE É O PODER CONSTITUINTE?	11
2.1 COMPREENSÃO CONCEITUAL DE PODER CONSTITUINTE	11
2.2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS	26
3 A CRISE DO PODER CONSTITUINTE	34
3.1 UM PERCURSO TEÓRICO: QUE CRISE É ESTA E QUAIS SÃO SUAS CAUSAS?	34
3.2 QUEM É O POVO?	44
4 BAIXA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E CRISE DO PODER CONSTITUINTE: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA?	58
4.1 O PROBLEMA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL: SUBTRAÇÃO DO POLÍTICO	58
4.2 O POVO NO SEU JUSTO LUGAR: EXERCÍCIO EFETIVO DA SOBERANIA....	64
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a questão da normatividade Constitucional, bem como a Crise do Poder Constituinte e a possível relação entre os dois temas, realizando a análise de possibilidades alternativas para a efetivação Constitucional, especificamente aquelas protagonizadas pelo povo. Para tanto, será realizada uma breve análise do conceito bem como dos fundamentos históricos do Poder Constituinte. Em seguida será abordada a Crise do Poder Constituinte, procurando compreender o que é tal crise e quais suas supostas causas, bem como quem é e qual o papel desempenha o povo no cenário constitucional. Diante deste contexto, será estudada a baixa normatividade Constitucional no Brasil e qual a sua relação com a Crise do Poder Constituinte, buscando-se no povo a possibilidade de fortalecimento da práxis constitucional.

Palavras-chave: constitucionalismo; normatividade constitucional; crise do poder constituinte; povo.

1 INTRODUÇÃO

Um tema muito discutido quando se fala em constitucionalismo atualmente é a questão da baixa normatividade da Constituição. O Brasil possui uma Constituição amplamente garantidora de direitos que procura propor, no âmbito normativo, uma realidade quase perfeita. Entretanto, a falta de efetividade material das normas constitucionais, é uma questão evidente e por isso amplamente discutida.

Em contraponto, o tema a respeito do poder constituinte do povo é pouco explorado pela doutrina pátria. Entretanto, o professor Gilberto Bercovici¹ desperta a atenção para a importância de se estudar criticamente o tema, que pode explicar o problema da falta de efetividade prática da Constituição brasileira, sendo, por isso, de importante reflexão e merecedor de um estudo mais atento.

Compreende-se que o debate a respeito do Direito Constitucional não deve ser unicamente jurídico, constitui-se de um debate igualmente político, por ser o Direito Constitucional um Direito também político. Por tudo isso, considera-se relevante esta pesquisa, ao passo que analisará a crise do poder constituinte do povo como um dos fatos geradores da baixa efetividade constitucional, sendo ainda ele, povo, como titular da soberania e latência do poder constituinte originário, a força capaz de impulsionar, dar vida e efetividade à Constituição.

Para isso, no primeiro capítulo, será realizada uma análise do conceito de poder constituinte, a fim de compreender suas características, titularidade, formas de manifestação e exercício, função e limites, bem como sua importância para um Estado Constitucional. Sendo possível, a partir daí, percorrer brevemente os fundamentos históricos do poder constituinte percebendo que, como poder ele sempre existiu, mas como teoria surge no século XVIII no contexto revolucionário francês como forma de legitimação do poder. Analisa-se então, como essa teoria foi introduzida e atuou no cenário brasileiro.

No segundo capítulo será estudada a crise do poder constituinte, realizando-se um percurso teórico, a fim de compreender que crise é esta e quais suas supostas

¹ BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n.88, p.305-325, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&Ing=en&nrm=iso. Acessado dia 14 de abril de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

causas. Percebendo assim, que a crise constituinte é uma crise de legitimidade do próprio Poder Constituinte, que existe desde os primórdios da histórica política do país e que nunca foi solucionada, uma vez que o poder constituinte nunca galgou refletir a soberania do povo, seu real titular. Por esta razão, e tendo em mente a importância do povo para todo o processo democrático, se buscará também compreender quem é este “povo”, titular da soberania e do poder constituinte, por meio das reflexões teóricas de Friedrich Müller.

Por fim, o terceiro capítulo busca compreender se há relação entre a baixa normatividade constitucional e a crise do poder constituinte no Brasil, bem como qual seria importância do povo para a superação de tal crise. Percebe-se que as teorias constitucionais e as respectivas Constituições existentes no Brasil, e conseqüentemente as Assembleias Nacionais Constituintes que elaboraram tais textos constitucionais, adequaram-se à realidade oligárquico-patrimonialista da época, e aos interesses de quem estava no poder com o transcorrer do tempo. Assim, o verdadeiro titular da soberania e do poder constituinte, o povo, teve seu poder usurpado e seus interesses deixados de lado. Todos esses aspectos acabaram por contribuir para a existência de uma baixa efetividade da Constituição, que poderia ser solucionada, entre outros fatores, por meio da superação da crise do poder constituinte, na qual o povo tem papel central, quando participa ativamente do exercício do poder constituinte, e quando se sente responsável pela vivência e concretude das normas constitucionais.

Não se pretende com esta pesquisa esgotar o assunto a respeito da normatividade constitucional ou sobre o poder constituinte, nem mesmo oferecer uma única e acabada proposta para a efetivação constitucional. O objetivo é compreender as características do poder constituinte, o contexto histórico no qual ele se desenvolveu e suas especificidades no Brasil, para que assim, seja possível perceber alguns dos motivadores da baixa normatividade constitucional no país e demonstrar a importância e potencialidade que tem o povo como efetivador da Constituição.

O presente trabalho utilizou o método lógico-dedutivo, que consiste em tomar como verdade a crise do Poder Constituinte, a falta de legitimação material da Constituição e o caráter eminentemente político e social da Constituição, a fim de perceber a relação entre esses aspectos e compreender importância e o papel do povo na efetivação das normas constitucionais.

O Método de procedimento consistiu no método monográfico e a técnica de pesquisa técnica bibliográfica, utilizando-se de materiais já publicados sobre o tema, como artigos e livros.

2 O QUE É O PODER CONSTITUINTE?

Quando se fala em constitucionalismo moderno automaticamente surge a ideia de Constituição, sendo ela escrita ou não, o que remete de pronto “à noção de um poder constituinte, ou seja, de uma instância de poder que elabora a constituição na condição de norma jurídica fundamental do Estado”.² Imprescindível, portanto, o estudo da teoria do poder constituinte quando se estuda a teoria da constituição.

O poder constituinte é um poder histórico, de fato e não limitado pelo direito. Não pode ser reduzido juridicamente por possuir caráter originário e imediato. E, apesar de não poder ser limitado, ele não é arbitrário, pois possui “vontade de constituição”³. Assim, é uma questão política e não exclusivamente jurídica, não se podendo separar seu conceito do conceito de constituição sob pena de perder-se a efetividade desta.⁴

Para compreender melhor tal afirmativa e poder adentrar no questionamento a respeito de uma eventual crise do poder constituinte e sua relação com a baixa efetividade constitucional no Brasil, necessário se faz compreender o conceito de poder constituinte bem como percorrer brevemente seus fundamentos históricos. É o que se fará a seguir.

2.1 COMPREENSÃO CONCEITUAL DE PODER CONSTITUINTE

Compreende-se o poder constituinte como aquele poder que tem determinada comunidade política de produzir e implementar sua constituição. Assim, não se pode pensar na ideia de uma constituição escrita e deixar de lado a noção de poder constituinte, pois sem este, aquela não existe.⁵

² SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coautores). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

⁴ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 98.

Tomando por marco as primeiras constituições escritas, pode-se afirmar que a história constitucional moderna, principalmente a partir da teoria de Emmanuel Sieyès, diferencia o poder constituinte, enquanto elaborador de uma nova constituição, dos poderes constituídos, que seriam aqueles poderes instituídos, regulados e limitados pelo primeiro. Deste modo, por definição, o poder de reforma ou revisão constitucional é um poder constituído, ou, em outras palavras, um poder constituinte derivado.⁶

Diferente do que ocorre com as normas infraconstitucionais, nas quais o fundamento de validade encontra-se em uma norma superior, a constituição ganha autoridade jurídica superior por conta do desejo das forças determinantes e representativas de uma determinada sociedade: o poder constituinte. Pode-se afirmar, então, que questionar a respeito do poder constituinte, é questionar acerca da origem e do fundamento de validade da própria Constituição.⁷

Assim, a instauração de uma nova ordem constitucional, ou, o processo constituinte, representa sempre um novo começo, isto porque, ao menos em sentido jurídico-formal, não é hierarquicamente dependente de regras constitucionais anteriores ou de outra fonte normativa superior e externa. É por esta razão que se costuma incluir “originário” na expressão “poder constituinte”.⁸

Por tudo isso, pode-se afirmar que o poder constituinte originário não é um poder própria e exclusivamente jurídico, mas sim um poder político, pré-jurídico ou até mesmo extrajurídico, que age de forma autônoma a processos jurídicos anteriores e cria a própria ordem jurídica estatal, pertencendo, portanto, ao mundo do ser, e não do dever ser. Assim:⁹

O poder constituinte poder ser definido como uma potência, no sentido de uma força em virtude da qual determinada sociedade política se dá uma nova constituição e, com isso, (re)cria e/ou modifica a estrutura jurídica e política de um Estado. (...) há de ser compreendido (...) como uma grandeza política real, que fundamenta a força normativa (jurídica) da constituição, (...).¹⁰

⁶ Idem.

⁷ Ibidem, p. 99.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem, p. 100.

¹⁰ Idem.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco o poder constituinte, “portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política.”¹¹

É por hábito fazer a diferenciação entre **poder constituinte material e formal**. O primeiro seria o sentimento, a vontade de se criar uma nova ordem constitucional, enquanto o segundo é a exteriorização deste sentimento, enquanto edição de normas constitucionais com supremacia normativa. Disso, depreendem-se dois momentos no processo constituinte, que são complementares, a vitória de uma certa ideia de direito ou de um regime, e a posterior formalização do tal direito vitorioso, por meio de sua inclusão na constituição formal.¹²

De acordo com o exposto, pode-se observar algumas das **características do poder constituinte**, que serão agora melhor exploradas. É possível afirmar que o poder constituinte é um poder **inicial e anterior**, isto porque, é o marco criador de uma nova ordem jurídica estatal, acarretando uma ruptura com a ordem anterior, mesmo que não uma ruptura radical, como aconteceu na França revolucionária.¹³

É também um poder **autônomo e exclusivo**, porque não há como dois poderes constituintes coexistirem em uma mesma sociedade, cada ordem estatal pode ter apenas uma constituição, criada por um único poder constituinte originário.¹⁴

É um poder **superior e juridicamente ilimitado e incondicionado**, superior aos demais poderes e à ordem jurídica interna (característica esta da qual, apesar de não exclusivamente, decorre a supremacia da constituição), incondicionado e ilimitado uma vez que a organização e a atuação do poder constituinte não se submetem a condições anteriormente fixadas, ou seja, como poder político, o poder constituinte não fica atado (juridicamente falando) a normas jurídicas anteriores, o que, entretanto, não faz dele um poder absoluto, reconhecendo limitações, que serão posteriormente analisadas.¹⁵

O poder constituinte é um poder **permanente e inalienável**. Permanente porque ele continua existindo, permanece em estado latente, mesmo após a entrada em vigor da nova Constituição, diferentemente da Assembleia Constituinte, que

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (coautores). **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.117.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 102.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem. p. 102-103.

¹⁵ Ibidem. p. 103.

desaparece, deixa de existir. Não se deve confundir, portanto, a titularidade do poder constituinte com aquele que está a exercê-lo em determinado momento. E inalienável uma vez que seu titular é o povo e somente ele pode decidir a respeito de sua manifestação.¹⁶

Nas exatas palavras do autor:

O poder constituinte é um poder permanente e inalienável. A qualidade da permanência prende-se ao fato de que o poder constituinte não desaparece com a entrada em vigor da constituição. Portanto, ao contrário da assembleia constituinte (ou de quem exerça, em concreto, a função constituinte), cuja atuação se exaure com a promulgação da constituição, **o poder constituinte segue presente, em estado latente, pois sua titularidade não se confunde com a condição de quem, em caráter eventual e provisório, exerça a tarefa de elaborar uma nova constituição.** (...) é inalienável (...) nesta perspectiva que o poder constituinte pode vir a se manifestar a qualquer momento, visto que ao povo (como titular do poder constituinte) cabe sempre decidir sobre a manutenção, alteração e mesmo substituição de determinada ordem constitucional vigente (...). (Grifo meu)¹⁷

Paulo Bonavides explica que são dois os conceitos de poder constituinte, quais sejam, o **conceito “político”** de poder constituinte, e o **conceito “jurídico”** de poder constituinte, que é justamente a distinção entre o **poder constituinte originário e o poder constituinte derivado**, ou constituído.¹⁸

Segundo o **conceito político** o poder constituinte originário é aquele que cria a Constituição, não possuindo limites formais e sendo, por isso, um poder essencialmente político, ou extrajurídico.¹⁹

O poder constituinte derivado, por sua vez, está inserido na Constituição, submete-se a limitações tácitas e expressas e tem por objeto a reforma do texto constitucional, ele é, portanto, um poder primordialmente jurídico. Este poder emana frente a necessidade de harmonizar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana.²⁰

Conforme este conceito, o poder constituinte originário é entendido como uma questão de fato, fora da dimensão dos valores, fundamentando sua legitimidade em si mesmo, em não em seu titular. De acordo com tal concepção, quem conquista o poder é livre para decidir a respeito da modalidade e forma de existência política a ser

¹⁶ Ibidem, p. 103-104.

¹⁷ Idem.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. O poder constituinte. In: _____. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 146.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

adotada.²¹ Tal posição leva a um conceito de Constituição em sentido material e faz “do poder constituinte um poder político, um poder de fato, um poder que se não analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica”.²²

Por outro lado, há quem entenda necessária a associação do poder constituinte com um princípio de legitimidade, admite-se a existência de valores incorporados ao fato. Ora, foi justamente uma análise da legitimidade do poder, a partir das reflexões de Rousseau, que fez nascer a ideia de poder constituinte. Há sempre uma opção de crenças e princípios.²³ Esta teoria, entretanto, encontra dificuldades, uma delas consiste em separar dois aspectos fundamentais, o mero titular do titular legítimo e a titularidade do exercício da titularidade.²⁴

De acordo com a **teoria clássica** do poder constituinte (aquela trazida por Sieyès) o titular legítimo do poder constituinte é exclusivamente a Nação. Esta, é obra do direito natural, e nunca abandona o estado de natureza, não sendo dependente de leis, regras ou formas. Tem, por isso, o direito absoluto de mudar a Constituição. Desta forma, as Constituições não podem vincular ou sujeitar a nação soberana. Ainda, o poder constituinte, como noção política, se confunde com a vontade da nação.²⁵

Entende-se, portanto, o poder constituinte como estando fora da Constituição. Entretanto, Bonavides explica que este entendimento se mostra contraditório ao tentar conciliá-lo “com a aplicação do regime representativo em matéria constituinte”, ou seja, ele considera impossível adaptar o “regime representativo ao ato fundamental de elaboração da Constituição”.²⁶

Pode-se afirmar, desta forma, que em seu aspecto político, o poder constituinte tem a função de fazer com que os sujeitos da soberania sejam a Nação, o Povo ou os governados.²⁷

Em suma, o aspecto político do poder constituinte consiste em versá-lo ora como categoria fática que independe de valores, ora como categoria valorizada que exprime uma determinada forma de legitimidade.²⁸

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 147.

²³ Ibidem, p. 146-147.

²⁴ Ibidem, p. 148.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibidem, p. 149.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

Segundo o **conceito “jurídico”**, o poder constituinte necessita de uma organização constitucional anterior que o regule, que dê a ele legitimidade.²⁹

Desta forma, o poder constituinte está contido na Constituição, e manifesta-se por meio de órgãos que possuem cunho representativo, que pode ser uma assembleia especial, os cidadãos, ou um poder constituído, atuando assim, sempre em conjunto com o Direito, pautado por determinado ordenamento jurídico. Pode por este motivo ser chamado de poder constituinte do Direito Constitucional, manifestando-se, portanto, de acordo com as normas jurídicas vigentes, em tempos de certa “normalidade e paz”.³⁰

Este poder constituinte, diferencia-se do poder constituinte que surge de Revoluções ou Golpes de Estado, que aparece sempre com o fim de uma determinada ordem jurídica, e se caracteriza por ser um poder extrajurídico, podendo por isso, segundo o autor, ser chamado de poder da Ciência Política.³¹

De acordo com tal conceito, a função do poder constituinte é mudar a Constituição, por vezes limitando-se a pequenas emendas, outras vezes realizando uma revisão mais ampla, podendo inclusive, gerar uma nova Carta. Desta forma, a Constituição nova deriva da Constituição velha, vindo desta a sua legitimidade. Ou seja, “toda produção constitucional obedecerá sempre a moldes pré-organizados ou preestabelecidos e ocorrerá nos limites da ordem jurídica, cujos fundamentos não poderão ser ignorados nem violados pela ação do poder constituinte”.³²

Assim, segundo esta tese o poder constituinte, mesmo quando este está fazendo uma nova Constituição, em rigor, não é poder constituinte originário, mas poder constituído. Somente haveria poder constituinte originário quando este manifesta-se de forma extrajurídica por meio de Revoluções e Golpes de Estado, quando sua motivação se baseia em fatos e não no direito.³³

Bonavides esclarece, entretanto, que o entendimento acima explanado de versão jurídica do poder constituinte não é assim entendido por todos os constitucionalistas. Alguns doutrinadores entendem que segundo tal aspecto (jurídico), ao poder constituinte cumpriria unicamente a reforma parcial da Constituição, sendo que a criação de uma nova Constituição seria ato político por

²⁹ Ibidem, p. 149-150.

³⁰ Ibidem, p.150.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Ibidem, p. 151.

excelência, privativo de um poder constituinte originário, que não se vincula com as normas jurídicas anteriores.³⁴

Com relação à sua natureza, segundo uma divisão clássica, o poder constituinte pode se distinguir em originário e derivado.

Entretanto, Paulo Bonavides traz um questionamento a respeito da possibilidade de haver um poder constituinte que não seja originário. Segundo ele, a divisão clássica entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado é desprovida de fundamento se houver a pretensão de limitar teoricamente o seu exercício. Isto porque, estabelecer limitações ao poder constituinte seria negar o seu caráter soberano, indo contra a essência desse poder.³⁵

Por conta de sua natureza eminentemente política, o poder constituinte não se sujeita à limitação de uma Constituição. Por esta razão, explica Bonavides, pode-se concluir por aquela teoria por ele defendida, de que mesmo que inserido em uma Constituição, o poder constituinte seria sempre originário e pleno, não sendo possível limitá-lo materialmente, sendo sempre soberano, independente da forma que se manifeste. O autor explica, entretanto, que a teoria constitucional moderna segue posicionamento diverso, atribuindo caráter mais jurídico do que político ao poder constituinte derivado.³⁶

Bonavides explica que duas doutrinas diferentes balizam a teoria do poder constituinte, cada uma a seu modo, são elas a doutrina da soberania nacional e a doutrina da soberania popular.³⁷

A teoria do poder constituinte segundo a **doutrina da soberania nacional** é a doutrina francesa. Ela baseia-se no princípio de que o poder constituinte deve ser um órgão diverso daqueles constituídos, sendo ele inclusive quem cria os poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário), que não podem exercer função constituinte, seja ela originária ou derivada. A Constituinte é assim, um poder à parte, diverso dos poderes constituídos, e que tem competência tanto para a revisão total quanto parcial da Constituição. O poder Constituinte não poderá exercer a função legislativa para criação de lei ordinária, seu âmbito de competência restringe-se à revisão constitucional, e neste aspecto pode-se afirmar que ele possui poderes

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 152.

³⁷ Ibidem, p. 153.

limitados. Entretanto, quando se fala em exercício do poder de revisão total ou indeterminada da Constituição, o poder Constituinte não conhece limites. A Assembleia Constituinte então, convocada e eleita para revisão constitucional, dissolve-se assim que completa sua tarefa, assim que a Constituição é elaborada, devendo esta, por sua vez, ser retificada pelo povo ou pela nação.³⁸

Bonavides explica que:

A teoria do poder constituinte, do ponto de vista ideológico, se prende à concepção do Estado Liberal; este, por sua vez, guarda íntima e estreita conexão com a doutrina da soberania nacional. (...) Graças a essa doutrina, a burguesia fez legítimas as instituições representativas de sufrágio limitado e mandato representativo, nascidas durante a fase revolucionária de fins do século XVIII. Institucionalizou-se então pelo instrumento das Constituições rígidas a presença dos governados na formação da vontade oficial, presença não de todos mas de uma parcela já considerável, que assim introduzia o princípio democrático no sistema representativo do Estado liberal.³⁹

Neste contexto, a separação entre poder constituinte e poderes constituídos foi uma maneira de garantia formal, uma proteção dos direitos individuais, uma vez que a rigidez constitucional impede a restrição ou modificação dos direitos individuais, que estão fora da competência do legislador ordinário. Tal separação, portanto, é uma das “medidas acautelatórias mais importantes que a organização constitucional de um país pode oferecer à garantia dos direitos individuais”.⁴⁰ Pode-se observar por esta razão, que quando há um enfraquecimento da supremacia das normas constitucionais, há também um desprestígio do Estado liberal.⁴¹

Ou seja, quando surge a ideia de poder constituinte originário, como um poder diferente dos poderes que dele derivariam, é possível se falar em uma Constituição rígida, perante a qual os demais poderes devem limitar-se. Desta forma, lembrando que tal teoria nasce no contexto liberal da revolução francesa, a constituição rígida se presta, neste primeiro momento, a garantir de uma maneira mais eficaz os direitos individuais.

Por sua vez, de acordo com a teoria do poder constituinte segundo a **doutrina da soberania popular** o poder constituinte possui duas concepções distintas, uma

³⁸ Idem.

³⁹ Ibidem, p. 154.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem, p. 155.

concepção francesa revolucionária e uma concepção americana, ambas de inspiração rousseauiana.⁴²

Segundo a versão francesa revolucionária, que parte da separação e diferenciação entre poder constituinte e poderes constituídos, função de fazer a Constituição e funções meramente legislativas, leis fundamentais e leis ordinárias, o poder constituinte, que se manifesta pela forma representativa, passa a ser a Constituinte, com ela confundindo-se. Observou-se historicamente, que essa mescla do poder com o próprio órgão gerou terríveis consequências de usurpação do poder popular, pois caiu no grande erro de delegar todos os poderes de soberania a uma assembleia política, conferindo competência ilimitada a uma autoridade.⁴³

Para a versão americana o povo é o verdadeiro titular da soberania, e também a base de todos os poderes constituídos. Assim, as Convenções (ou Constituintes) eram assembleias de poderes limitados, que tinham como função preparar e redigir o projeto de Constituição, que posteriormente deveria ser submetido ao voto popular.⁴⁴

Em resumo, o autor afirma que existem duas teorias diferentes quando se trata da doutrina da soberania popular, quais sejam, a teoria francesa e a teoria americana. Segundo ele a teoria francesa, que considera a Constituinte como sendo o próprio povo, se utiliza de uma concepção falsa, isto porque, a soberania teria natureza indelegável. A teoria americana por sua vez, “vê na Constituinte ou Convenção apenas uma assembleia limitada cujo trabalho se legitima unicamente com a aprovação do povo”.⁴⁵

É possível perceber, portanto, que existe certa controvérsia doutrinária no que se refere à titularidade do poder constituinte. Apesar disso, quando se pretende constatar quem possui o poder de criar uma nova constituição, dando início a uma ordem jurídica e estatal nova, que obriga toda uma comunidade política, importante se faz que as noções de titularidade do poder constituinte, de soberania, bem como o problema da legitimidade de uma determinada ordem constitucional, sejam analisadas sempre em conjunto.⁴⁶

Apesar de comumente relacionar-se a noção de soberania à ideia de poder/dominação, seu conteúdo passou por consideráveis mudanças ao longo do

⁴² Idem.

⁴³ Ibidem, p. 155-157.

⁴⁴ Ibidem, p. 157.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p.104.

tempo, paralelamente às modificações das estruturas e sistemas de poder político. Por um grande período, a noção de soberania era atrelada a Deus, posteriormente, com a vitória da Revolução Francesa, foi atribuída à nação, e mais tarde ainda, ao povo. Por isso, afirma-se que “a determinação do titular do poder constituinte, como poder concreto e factual, se dá com base nas circunstâncias históricas e sempre será por elas condicionado.”⁴⁷

Por sua vez, a relação da titularidade com a legitimidade do poder constituinte refere-se ao fato de a atividade do poder constituinte possuir uma legitimidade que se sujeita à forma de elaboração da constituição (legitimidade quanto ao procedimento) e à observância de certos valores que confirmem a autoridade no âmbito da coletividade política (legitimidade do conteúdo da decisão constituinte), diferentemente das normas infraconstitucionais, que se legitimam por critérios jurídicos preexistentes, submetendo-se ao controle de validade imposto pela constituição vigente.⁴⁸

É exatamente neste contexto que se identifica o **problema da titularidade do poder constituinte**. E os **dois principais pontos de vista** que caracterizaram a evolução constitucional neste aspecto são as teorias da soberania nacional e da soberania popular anteriormente explanadas. A primeira, que tem como expoente Sieyès, segundo o qual o titular absoluto do poder constituinte seria a nação, sendo, por isso, a soberania entendida como **soberania nacional**. De acordo com esta teoria, nação constitui a manifestação dos interesses permanentes de uma comunidade, e não do interesse de um grupo de homens que compõe a comunidade num dado momento histórico, podendo inclusive contraporem-se tais interesses. A atuação do poder constituinte que se concentra na nação, se dá por meio de delegação a um corpo de representantes extraordinários, reunidos exclusivamente com a finalidade de elaboração e aprovação da constituição, não devendo se confundir tal grupo com os representantes da legislatura ordinária.⁴⁹

Por outro lado, segundo a doutrina constitucional norte-americana:

(...) o titular do poder constituinte é o povo, concepção vinculada à noção de **soberania popular**, que passa a operar como fundamento de legitimidade do próprio exercício do poder constituinte e que pode ser reconduzida

⁴⁷ Ibidem, p.105.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Ibidem, p.106.

especialmente – ressalvadas importantes diferenças – à doutrina de John Locke, na Inglaterra, e de Jean-Jacques Rousseau, na França. ⁵⁰(Grifo meu)

A noção de povo encontra-se em constante processo de reconstrução, dependendo para sua identificação, da concepção jurídica e política preponderante num certo momento histórico.⁵¹ A problemática de identificação do povo e sua melhor compreensão será melhor tratada e explorada em um tópico próprio no próximo capítulo.

No que tange à titularidade do poder constituinte, Bonavides explica que, tendo por base uma dimensão exclusivamente histórica, pode-se afirmar que a titularidade vem atribuída, na Idade Média, a Deus, com as monarquias, a um príncipe, e na Revolução Francesa à Nação ou ao Povo, apesar de efetivamente ser de uma Classe: a burguesia. Desta forma, é certo afirmar que o poder constituinte não se concentra em um único titular, mas possui uma titularidade indeterminada, fugaz, indecisa.⁵²

Pode-se afirmar que o poder constituinte é uma ação que tem a capacidade de criar ou modificar a ordem constitucional, bem como de elaborar as instituições basilares de uma sociedade.⁵³

Bonavides explica que:

Os governantes, comandando e postulando obediência em nome dessas regras ou desse sistema de organização, podem, contudo, ter sua autoridade questionada, numa interrogação de legitimidade acerca da licitude ou dos limites da sobredita obediência. Se isso acontece, principia então uma reflexão que obrigatoriamente se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor; como poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de raiz ou respaldo na consciência dos governados. (...). Se o valor prevalecente na consciência dos governados é aquele que não dispensa a feitura da obra constituinte sem a participação dos cidadãos, a saber, daqueles que até há pouco, tendo sido mero objeto do poder político, se convertem doravante em sujeitos desse mesmo poder, desponta desde aí uma teoria do poder constituinte, historicamente nova, inédita, revolucionária.⁵⁴

Desta forma aconteceu no século XVIII na França revolucionária, onde teóricos astutos, como Sieyès, perceberam a oportunidade e perspicazmente expuseram para

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Ibidem, p.106-107.

⁵² BONAVIDES, Paulo. O poder ..., p. 158.

⁵³ Ibidem, p. 159.

⁵⁴ Ibidem, p. 160.

toda sociedade política a existência do poder constituinte até convertê-lo em um importante instrumento doutrinário que permitiu a modificação das bases de organização do Estado.⁵⁵

Quando a legitimidade do poder constituinte se fundamenta na vontade dos governados e no princípio democrático da participação, ele ganha a força e intensidade que necessita para ter autoridade. Assim, quanto menor for a participação dos governados menor será a legitimidade da atividade constituinte.⁵⁶

Várias são as **formas de manifestação do poder constituinte**, sendo **três as principais experiências constituintes**, sustentáculos do constitucionalismo contemporâneo, quais sejam, e experiência **inglesa, a americana e a francesa**. A experiência constitucional inglesa não é muito adepta a uma noção de poder constituinte em sentido formal ou constituição em sentido formal, isto porque, acredita-se que a reconstrução da ordem constitucional é algo permanente.⁵⁷

Já as experiências norte-americana e francesa, atribuem centralidade à noção de poder constituinte. Para os americanos, trata-se de um momento de criação da nova ordem constitucional, que tem como propósito garantir os direitos dos cidadãos e limitar o poder. O constituinte assim, mostra-se como instrumento para instalação da nova ordem. Diferentemente na França onde, como a noção de poder constituinte vincula-se muito forte com a noção de nação, a ideia passa a ser diferente. Há a criação de uma nova ordem jurídico-política, que acaba com a ordem antiga, e que é reproduzida em um texto escrito, a Constituição. Por ser forte a ideia de soberania nacional, e de a nação ser uma entidade abstrata, há a inclusão do instituto da representação.⁵⁸

Pode-se ainda, diferenciar o **exercício do poder constituinte** em **formas democráticas e não democráticas**. As primeiras normalmente consistem em eleições de uma assembleia constituinte, que ficará como órgão encarregado de elaborar o novo texto constitucional. As **formas democráticas** possuem **dois modelos** básicos, que ainda podem se desdobrar em mais dois: assembleia constituinte soberana e assembleia constituinte não soberana, ambas podendo ou não ser exclusivas. A **assembleia constituinte soberana** é aquela que tem como

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibidem, p. 161.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p.107.

⁵⁸ Ibidem, p.107-108.

propósito elaborar e aprovar a constituição, sem que haja qualquer participação do povo. A **assembleia não soberana** possui somente o objetivo de elaborar e discutir o projeto de constituição, a entrada em vigor do texto constitucional, contudo, necessita da aprovação do povo, que, como titular propriamente dito do poder constituinte, tem a palavra final por meio de manifestação direta.⁵⁹

Ambas as modalidades podem ter caráter exclusivo ou não exclusivo. A assembleia constituinte (soberana ou não) **exclusiva** é aquela que tem finalidade única, competência exclusiva de elaboração da constituição, já a assembleia constituinte **não exclusiva** é aquela que acumula atribuições, ou seja, segue atuando como poder Legislativo.⁶⁰

No Brasil, tradicionalmente, mostrou-se mais comum a instauração de assembleias não exclusivas, sendo que, por este motivo, inclusive a Constituição Federal de 1988 sofreu críticas, o que por si só, não retira sua legitimidade democrática, uma vez que a assembleia constituinte não é vinculada a um determinado tipo de procedimento de criação da constituição. É possível afirmar também, que “nem todas as experiências constitucionais reconhecidas como democráticas podem ser reconduzidas a alguns modelos fixos. As possibilidades quanto ao modo de exercício (...) são múltiplas”.⁶¹

Não se pode, contudo, ignorar que existem formas não democráticas segundo as quais o poder constituinte se expressa. Mesmo que seja um tanto quanto contraditório falar em uma maneira não democrática de manifestação do poder constituinte quando se considera apenas o povo como seu titular, a experiência histórica mostra casos nos quais as constituições não resultaram de nenhum dos processos democráticos acima mencionados.⁶²

É o caso de constituições que surgem de processos revolucionários. Em tal contexto, a revolução mostra-se como forma de expressão do poder constituinte, reportando-se, portanto, a um poder constituinte revolucionário. Para compreender um pouco melhor a temática importante esclarecer o **conceito de revolução**, que pode ser um **conceito sociológico** bem como um **conceito jurídico**. Segundo o viés **sociológico**, há revolução quando ocorre uma mudança abrupta e fundamental,

⁵⁹ Ibidem, p.108-109.

⁶⁰ Ibidem, p.109.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem, p.110.

violenta ou não, na estrutura e no sistema de poder de uma sociedade. No seu aspecto **jurídico**, a revolução marca o rompimento com um ordenamento jurídico antigo e a instauração de um novo, sem que haja um processo previamente regulamentado para tanto.⁶³

Não se deve confundir a revolução em sentido sociológico com um mero golpe de Estado, isto porque, este não causa uma modificação significativa nas estruturas da sociedade. O golpe de Estado, contudo, acarreta uma revolução em sentido jurídico, pois há o rompimento com a ordem jurídica anterior, tanto no plano material quanto formal. Por isso, é correto afirmar que uma revolução em sentido sociológico acarreta uma revolução em sentido jurídico, mas o oposto não é verdadeiro.⁶⁴

A relação entre a revolução e o poder constituinte baseia-se exatamente no fato de o poder constituinte “ressurgir”, manifestar-se, quando sobrevém uma revolução, operando até que uma nova constituição entre em vigor e substitua a ordem jurídico-constitucional anterior. Desta forma, o “ciclo revolucionário” possui dois estágios, o rompimento com a ordem jurídica anterior e a instauração de uma nova ordem jurídica, através da promulgação de uma nova constituição. Esses estágios não seguem um padrão necessário. No intervalo entre o rompimento constitucional e a instauração da nova ordem, ou reconstitucionalização, observa-se a existência de “uma espécie de direito constitucional (...) provisório, consistente de atos normativos editados pelas lideranças revolucionárias e destinados a regular provisoriamente a situação”.⁶⁵

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) é preciso enfatizar que a reconstitucionalização, como segunda etapa da atuação do poder constituinte revolucionário, implica, como já foi frisado, a instauração de uma nova ordem constitucional, mediante a entrada em vigor de uma nova constituição. O fato de a ruptura ter sido mais ou menos violenta, de ter operado mais ou menos transformações nas estruturas econômicas, sociais e políticas, não impede que a nova ordem jurídico-constitucional seja instaurada de forma democrática. (...) A assim, chamada ‘reconstitucionalização’ pode, portanto, ocorrer de forma não democrática, mediante a outorga de uma constituição (...) ou pode recorrer às diversas modalidades democráticas de elaboração de uma constituição, seja por meio de consulta popular direta, seja pela eleição de uma assembleia constituinte. (...) seja qual for a forma de expressão do poder constituinte, democrático ou não, é certo que a atuação de uma assembleia constituinte, ou mesmo a outorga de uma constituição, não surge do nada, mas são a consequência de um conjunto de fatores (e decisões políticas) anteriores. (...) que se situam

⁶³ Ibidem, p.111.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Ibidem, p.112.

numa fase que pode ser também designada de pré-constituente, mas que de algum modo já integra o processo constituinte no seu conjunto.⁶⁶

Diante de todo o exposto, fica a indagação de quais seriam os **limites do poder constituinte**. Originalmente, segundo a teoria elaborada por Emmanuel Sieyès, influenciada pelo direito natural, que prevalecia na época, o poder constituinte, por ser poder superior e anterior ao direito positivo, não estaria subordinado a nenhum tipo de limite ou condição determinada por uma norma jurídica anterior ou superior. Sarlet, afirma, contudo, que este entendimento não prevalece mais nos dias de hoje. Segundo o autor hoje em dia entende-se que há limitações sim ao poder constituinte, limitações de caráter fático e de valores sociais, limites historicamente construídos.⁶⁷

O poder constituinte apesar de ser ilimitado, não o é por inteiro, sendo condicionado por questões de ordem tanto jurídicas como não jurídicas, que abrangem dimensões tanto externas como limitações internas, uma autorregulação, autolimitação da função constituinte. Como limites anteriores à criação do texto constitucional, pode-se citar por exemplo o processo de escolha dos membros constituintes, bem como o próprio procedimento de deliberação. Como elementos que condicionam o poder constituinte após a criação do texto constitucional tem-se, por exemplo, eventual ratificação popular da constituição. Ainda, como limitação externa aponta-se o fato de o poder constituinte se vincular aos valores sociais e políticos que levaram à sua convocação.⁶⁸

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que:

(...) a partir do estabelecimento de uma primeira constituição formal (...) determinado Estado (...) costuma ter mais de uma constituição, de modo que se justifica a indagação em torno da circunstância de que o novo constituinte encontra-se vinculado a determinada tradição constitucional, como se o que existisse não fosse propriamente a elaboração de uma nova constituição, mas, sim, de uma espécie de revisão ampla (...) da constituição anterior, ainda que formalmente se fale em uma nova ordem constitucional originária. (...). Aliás, *o quanto uma nova constituição guarda sintonia (e mesmo reproduz em boa parte o texto) com a constituição imediatamente anterior ou mesmo com a própria tradição constitucional pretérita guarda relação com a decisão do constituinte histórico (portanto, também uma autovinculação) de manter a maior afinidade possível com a constituição material e com os valores dominantes no corpo social*, o que, por sua vez, reflete nos níveis de legitimidade da nova ordem constitucional. Contudo, falar-se, também aqui,

⁶⁶ Ibidem, p.113-114.

⁶⁷ Ibidem, p.114-115.

⁶⁸ Ibidem, p.115.

de limites jurídicos apenas faz sentido se não se tomar tal limitação, como já destacado, no sentido de uma subordinação jurídico-formal.⁶⁹ (Grifo do autor)

Pode-se questionar, contudo, até que ponto essas condicionantes, principalmente externas, apresentam-se como legitimadoras do poder constituinte ou acabam sendo uma maneira de usurpação do poder pelas classes ou grupos dominantes, fator gerador de uma crise do poder constituinte e que tem ilustrado o contexto Constitucional do país desde a época do império. Para adentrar neste assunto, importante se faz perpassar pelos fundamentos históricos do poder constituinte. É o que se fará a seguir.

2.2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

Pode-se afirmar que a concepção e definição de poder constituinte é produto do final do século XVIII, ou seja, da fase final da Idade Moderna.⁷⁰ A teoria do poder constituinte é essencialmente uma teoria de legitimidade de poder, que nasce a partir da manifestação histórica e revolucionária de uma nova forma de poder, obtido a partir dos conceitos de soberania nacional e soberania popular.⁷¹

Esta nova forma de poder, diferente do poder absoluto das monarquias de direito divino, se vale da razão humana, colocando como titular da soberania a Nação no lugar que antigamente pertencia a Deus. É desta forma que surge a teoria do poder constituinte, que passa a legitimar um novo titular do poder soberano, bem como conferir relevância jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.⁷²

Importante não confundir o poder constituinte com a teoria do poder constituinte. Em toda sociedade política sempre houve um poder constituinte. Entretanto, um estudo que realmente reconheceu e explicou o tema, só aconteceu a partir do século XVIII com o pensamento iluminista da filosofia do contrato social.

Assim explica Bonavides:

⁶⁹ Ibidem, p.116.

⁷⁰ Ibidem, p. 104.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. O poder ..., p. 141.

⁷² Idem.

Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade. (...) Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII.⁷³

A partir desta teorização e a então separação entre poder constituinte e poderes constituídos, foi possível o surgimento das Constituições rígidas, permitindo também a ideia de um exercício da soberania por meio de instrumentos constitucionais de limitação do poder. A teoria do poder constituinte então, teve a mesma importância para o pensamento revolucionário que a doutrina da soberania para o estabelecimento das realidades absolutas. Desta forma, o poder constituinte nacional seria a soberania a serviço do sistema representativo.⁷⁴

A teorização do poder constituinte, soberano em sua essência, constitui marco da transformação do poder, que então institucionaliza-se e despersonaliza-se. Por conta disso, mudam as bases de legitimidade histórica do poder constituinte, que deixa de ser a vontade de um príncipe de direito divino e passa a ser a vontade nacional onipotente. Desta via surgem também as categorias de povo e de nação que vinculam-se à nova versão de soberania trazida pelo poder constituinte.⁷⁵

Do ponto de vista formal o poder constituinte é entendido como instrumento que cria a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política. Ou seja, é a presença de uma vontade criadora, apta a criar instituições políticas de modo originário. Neste aspecto, considera-se que o poder constituinte sempre existiu e sempre vai existir. Já do ponto de vista material, o poder constituinte como conceito desenvolvido em termos históricos no âmbito de uma teoria é algo novo, e tem como intenção manifestar uma certa filosofia do poder, que deve ser compreendida dentro de sua acepção ideológica específica. Neste aspecto, pode-se afirmar que o poder constituinte se conecta com o seu titular, no sentido de que exterioriza os valores por ele pactuados.⁷⁶

⁷³ Ibidem, p. 141-142.

⁷⁴ Ibidem, p.142.

⁷⁵ Ibidem, p. 143.

⁷⁶ Ibidem, p. 143-144.

A partir desses conceitos, é possível compreender que na França, o que aconteceu, foi que a burguesia revolucionária difundiu, portanto, aquilo que era apenas o interesse de uma classe ou uma ideologia. Desta forma, o poder constituinte da nação foi anunciado como o único legítimo, mas na realidade, tratava-se nada mais nada menos de conduzir a burguesia, classe então dominante, ao poder. Ou seja, a burguesia utilizou-se da ideia do poder constituinte da nação e de sua legitimidade para obter uma certa anuência da coletividade e galgar ao poder. Pode-se afirmar por isso, que a burguesia de certo modo usurpava a representação da coletividade. Entretanto, não se deve considerar uma usurpação, mas uma “imagem, progresso e expressão verídica de uma *legitimidade* vitoriosa (...) sobre o poder constituinte dos soberanos, que em sua pessoa o haviam usurpado à nação súdita ou a todos os governados”.⁷⁷ (Grifo do autor)

O poder constituinte é característica basilar da soberania, tornando-se uma concepção básica de toda a Teoria do Estado, isto porque, indica precisamente o momento no qual a titularidade do poder é retirada de uma divindade ou um indivíduo e direcionada para uma instituição, qual seja, o Estado, pessoa jurídica. Desta forma, trata-se o conceito de poder constituinte, de um complemento jurídico para o processo de institucionalização e despersonalização do poder, base de todo o Direito Constitucional moderno.⁷⁸

Em resumo, a teoria do poder constituinte traz aspecto jurídico para as instituições criadas pelo homem em sociedade (comunidade política). É, portanto, uma teoria jurídica, ligada ao conceito formal de constituição, distingue o poder constituinte dos poderes constituídos, se torna ponto de partida e instituição principal do constitucionalismo do final do século XVIII e da primeira metade do século passado e marca o surgimento das Constituições rígidas.⁷⁹

Paulo Bonavides explica que a teoria do poder constituinte deriva do movimento racionalista dos pensadores franceses, especificamente de Sieyès. Segundo o autor, Sieyès parte do conceito de soberania popular de Rousseau, segundo o qual o poder constituinte do povo é a fonte única da qual todos os demais poderes públicos se originam. Entretanto, Sieyès como teórico por excelência do sistema representativo, e avesso às teses de Rousseau em seu livro *Contrato Social*, habilmente inseriu o

⁷⁷ Ibidem, p. 144.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem, p. 145.

poder constituinte nos moldes do regime representativo, de modo a amenizar os efeitos mais drásticos provenientes do sistema da soberania popular.⁸⁰

Explica o Bonavides:

A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção). Não se faz necessário, acrescentava Sieyès, que a sociedade o exerça de modo direto, por seus membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, entregues especificamente à tarefa constituinte, sendo-lhe vedado o exercício de toda a atribuição que caiba aos poderes constituídos.⁸¹

Tal teoria foi posteriormente alterada pelos constituintes franceses, que a reaproximaram de Rousseau, ficando estipulado que as novas Constituições teriam sua validade vinculada à sanção do povo, através de um referendo constituinte.⁸²

Diante de todo o exposto é possível afirmar, portanto, que os titulares, bem como as bases de legitimidade do poder constituinte ao longo da história, mostram-se diversas. Se expressam por vezes na divindade, outrora no monarca, na nação, no povo, em uma classe, etc.⁸³

Na história constitucional do Brasil, salvo algumas exceções, o poder constituinte teve seu exercício guiado pelo princípio legitimidade democrática. Bonavides compreende o princípio da legitimidade como “o da livre participação dos governados na formação da vontade oficial, podendo ocorrer em escala variável de intensidade ou extensão, conforme o grau de abertura reconhecida à presença governante dos cidadãos”.⁸⁴

Quando o Brasil se emancipou de Portugal, os governados, pela primeira vez, “participaram” da criação das novas instituições políticas que regeriam a sociedade. Foi elaborado um projeto de Constituição para o Império do Brasil por meio de Assembleia Geral Constituinte, o qual foi nomeado de Projeto Antonio Carlos. Apesar deste projeto ter sido discutido, não chegou a ser votado devido ao golpe de Estado que dissolveu a Assembleia.⁸⁵

Este Projeto prezava pelo princípio da legitimidade democrática. Iniciava pela separação de matéria constitucional e matéria não constitucional, possuindo notável

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Ibidem, p. 146.

⁸³ Ibidem, p. 148.

⁸⁴ Ibidem, p. 161-162.

⁸⁵ Ibidem, p. 162.

rigidez para qualquer modificação das primeiras. O poder constituinte derivado, por sua vez, munido de faculdades representativas, possuía competência somente para decidir se a revisão deveria ser realizada ou não, a revisão em si, só poderia ser realizada por uma Constituinte.⁸⁶

A Constituição do Império, de 1824, acabou se distanciando daquela rigidez do Projeto, por vários motivos. Possuía uma parte rígida e outra flexível, mantendo o conceito de materialidade constitucional fundado pelos teóricos do Estado Liberal. Estabeleceu um limite temporal de quatro anos para o exercício do poder constituinte derivado. Qualquer emenda ao texto constituinte só teria eficácia na legislatura subsequente e após uma audiência do poder constituinte derivado aos cidadãos (poder constituinte originário). Pode-se afirmar, portanto, que a reforma constitucional era legitimada pela manifestação de vontade dos cidadãos.⁸⁷

Importante salientar, que o conceito de cidadãos aqui é utilizado em seu sentido estrito, referindo-se somente aos homens livres, uma vez que a sociedade brasileira da época era escravocrata. Destaca-se desta forma, a contradição histórica e a incongruência existentes no país, posto que apesar de a Constituição consagrar os direitos individuais, vigorava a escravidão, que perdurou até 1888. Ou seja, pregoavam-se discursos progressistas e ao mesmo tempo executavam-se práticas violadoras de direitos.

A Constituição do Império, por sua vez, não previu nenhuma rigidez formal com relação à revisão ou reforma de matéria não constitucional, que era realizada pela legislatura ordinária.⁸⁸

Paulo Bonavides explica:

Em suma, pela Carta outorgada só na legislatura seguinte, após ouvido o corpo de cidadãos, onde, de acordo com o princípio democrático, reside a essência da soberania, é que se consentia uma reforma da Constituição, em sua parte substancial, ou seja, aquela *materialmente constitucional*. Devemos acentuar muito este aspecto para mostrar sobretudo que no Império o poder

⁸⁶ Ibidem, p. 162-163.

⁸⁷ Ibidem, p. 163-164.

⁸⁸ A título de curiosidade trago o texto Constitucional de 1824 referente ao assunto: 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, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Ver em: BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em: 24 de outubro de 2015.

constituente derivado esteve muito mais perto do poder constituinte originário, ou seja, da admitida vontade dos governados, do que em qualquer das várias Constituições republicanas já aplicadas ao País desde 1891!⁸⁹ (Grifo do autor)

Pertinente atentar para o fato de que não é particularidade do poder Executivo esquivar-se do povo. Historicamente se observa que tanto os corpos constituintes como os representativos incorrem nesse vício. Os poderes constituintes, esquivando-se de sua soberania, e os corpos representativos, usurpando a competência soberana do poder constituinte originário e abusando do poder constituinte derivado a eles concedido unicamente em caráter limitado.⁹⁰

Na Constituição do Império, por exemplo, o titular do poder constituinte originário foi o Imperador, o que representava uma clara usurpação do desejo constituinte dos governados. Fato que se repetiu mais de um século depois “na plenitude do regime republicano, com o golpe de Estado desferido por Getúlio Vargas ao outorgar a Carta de 10 de novembro de 1937”.⁹¹ E também, “com a Revolução de 1964, exatamente a partir do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, expedido sem nenhuma legitimidade, mediante verdadeiro golpe de Estado (...)”.⁹²

Assim, o processo usurpatório se alastrou a partir do Golpe de 1964, que apoia a legitimidade revolucionária do seu poder constituinte no Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, feito para vigorar até 31 de janeiro de 1966. Tal Ato conservou a Constituição de 1946, convertendo-a em documento político e jurídico que teria de traçar o próximo governo, influenciada pelo modelo do movimento militar vitorioso.⁹³

Quando acontece o golpe de Estado de 1965, intentado pelo Presidente Castello Branco, que baixou o novo Ato Institucional n.2, acima já mencionado, surge, sob o pretexto de um contexto revolucionário, um poder constituinte originário que reduziu a nada a atuação do poder constituinte derivado. Assim, o poder constituinte originário, que em princípio deveria ser extraordinário, excepcional, passa a ter atuação quase que permanente, gerando na sociedade o arbítrio e a insegurança das instituições.⁹⁴

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. O poder ..., p. 164.

⁹⁰ Ibidem, 165.

⁹¹ Idem.

⁹² Idem.

⁹³ Ibidem, p. 165-166.

⁹⁴ Ibidem, p. 166.

A edição da Atos Institucionais passou então a ser algo corriqueiro, havendo o terceiro em 1966 e o quarto no mesmo ano, que convocava o Congresso Nacional para uma reunião extraordinária com a finalidade de discutir, votar e promulgar uma nova Constituição. O que houve aqui, foi a conversão do poder constituído (Congresso Nacional) em poder constituinte, gerando total crise na legitimidade do sistema, que não foi superada pela reconstitucionalização de 1967, mal sucedida tanto com as expectativas dos liberais quanto com os desígnios autocráticos imperantes nas regiões do poder.⁹⁵

Essa Constituição teve seu fim com o AI-5, em 1968, o segundo golpe de Estado. Este manteve a Constituição vigente, prosseguindo, contudo, com a edição de mais 12 Atos Institucionais, até que veio o terceiro golpe de Estado, desferido 1969, quando os militares tomaram o poder, e que foi sucedido da outorga da Emenda Constitucional n.1 de 17 de outubro de 1969.⁹⁶

Paulo Bonavides explica que o “recurso aos Atos Institucionais não só aniquilou as bases jurídicas do poder constituinte como institucionalizou politicamente a sua usurpação, (...) com inteiro menosprezo do princípio da soberania popular e sua legitimidade”.⁹⁷ O problema ficou tão grave que a solução “não podia ser outra senão aquela contida no sufrágio da opinião soberana, ou seja, da legitimidade popular, da qual erros políticos crassos desviaram e distanciaram o País”.⁹⁸

O autor relata que somente as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram resultado de Constituintes soberanas, livremente eleitas pelos cidadãos e que representavam a vontade nacional, sendo legitimadas pelo princípio democrático.⁹⁹ Afirma ainda, que alguns ordenamentos jurídicos do século XX, sofrem uma crise de legitimidade, por conta de “fatores ideológicos, perda de crenças e erosão de valores”, e por isso se faz importante o estudo e reflexão sobre o tema do Poder Constituinte.¹⁰⁰

Em resumo:

O poder constituinte, (...). Nasceu no século XVIII abraçado a um processo revolucionário de emancipação, a uma legitimidade que forcejava por institucionalizar na sociedade do ocidente a vontade soberana dos governados. (...) é o único legítimo para instituir um Estado de Direito.

⁹⁵ Ibidem, p. 167.

⁹⁶ Ibidem, p. 167-168.

⁹⁷ Ibidem, p. 168.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 169.

Outros poderes poderão existir, (...). Nunca porém lograrão eles fazer Constituições capazes de exprimir a vontade legítima do povo ou conter a verdadeira dimensão da soberania nacional.

É portanto o poder constituinte da nação soberana, seu exercício único e exclusivo pelo povo, ou por suas Constituintes, aquele que cabe na legítima tradição constitucional do País.¹⁰¹

Diante do exposto, pode-se afirmar que a teoria do poder constituinte consiste numa teoria de legitimidade de poder. Legitimidade esta, que no Estado democrático assenta-se no povo. Ou seja, o povo é titular da soberania e por isso titular do exercício do poder constituinte. Entretanto, no Brasil, o povo não vem conseguindo exercer de forma plena sua soberania, que vem sendo indevidamente apoderada por quem está a exercer o poder. Há assim, uma crise de legitimidade do poder constituinte, que gera uma crise no próprio poder constituinte, e que será assunto do próximo capítulo.

¹⁰¹ Idem.

3 A CRISE DO PODER CONSTITUINTE

É possível afirmar que se vive um contexto de baixa efetividade e normatividade constitucional. Diante de tal afirmativa, busca-se compreender as razões que levam a uma crise de efetividade da Constituição, e uma dessas razões pode ser crise do poder constituinte, merecendo o tema por isso, um estudo mais atento. Ou seja, busca-se compreender a crise do Poder Constituinte do povo no Brasil, e qual relação ela pode ter com a atual crise de normatividade e efetividade de nossa Constituição.

Este segundo capítulo propõe-se abordar a crise do Poder Constituinte, efetuando seu mapeamento teórico e identificando suas supostas causas. Além de tentar compreender, por meio das reflexões teóricas de Friedrich Müller, quem é este “povo”, titular da soberania e do Poder Constituinte, e qual o seu lugar nessas discussões.

3.1 UM PERCURSO TEÓRICO: QUE CRISE É ESTA E QUAIS SÃO SUAS CAUSAS?

O tema a respeito do poder constituinte não tem recebido a devida atenção por parte da doutrina brasileira, que, quando trata do assunto, na maioria das vezes faz de maneira meramente conceitual e pouco crítica. Entretanto, o estudo do tema é essencial “para a compreensão das relações complexas entre o Estado, constituição, soberania, democracia e política”.¹⁰²

De acordo com Gilberto Bercovici, ao abordar a respeito do poder constituinte, a doutrina não considera o povo e o poder constituinte como categorias jurídicas, fazendo com que não tenham lugar, assim, no direito público. Sendo o poder constituinte a manifestação máxima da soberania do povo, pode-se afirmar que tais categorias são eminentemente políticas, por isso deixadas de lado muitas vezes pela doutrina pátria. Entretanto, o autor afirma não ser possível a separação entre Constituição e política, tendo em vista que “as questões constitucionais essenciais são

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

políticas”.¹⁰³ E é justamente essa desvinculação, subtração do elemento político do Poder Constituinte o fator gerador de uma crise.

O poder constituinte é um poder histórico, de fato e não limitado pelo direito. Não pode ser reduzido juridicamente por possuir caráter originário e imediato. E, apesar de não poder ser limitado, ele não é arbitrário, pois possui “vontade de constituição”.¹⁰⁴ Assim, é uma questão política e não exclusivamente jurídica, não se podendo separar seu conceito do conceito de constituição sob pena de perder-se a efetividade desta.¹⁰⁵

Desta forma, o poder constituinte além de fundador, é também o legitimador da ordem constitucional. Isto porque, o poder constituinte é a origem popular da validade da constituição, é “uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a.”¹⁰⁶

Por tudo isso pode-se afirmar que o poder constituinte é expressão e revelação da soberania, devendo sua titularidade condizer com o titular da soberania, que, a partir da revolução francesa, passa a ser o povo.¹⁰⁷

Entretanto, no Estado constitucional, não se pensa no poder constituinte como um poder exercido diretamente pelo povo, mas sim um poder exercido indiretamente por ele, de forma representativa, mediada, sendo historicamente inseparáveis as ideias de poder constituinte originário assentando no povo, e de representação em assembleia constituinte.¹⁰⁸ Por isso a importância da reflexão do pensamento teórico de Friedrich Müller¹⁰⁹ em seu livro intitulado *Quem é o Povo: A questão fundamental da democracia*, que será objeto de estudo do próximo item.

Bercovici atenta para o fato de que a doutrina do direito possui certa resistência em aceitar que a produção jurídica seja fruto de um poder “de fato”, livre segundo a determinação de sua própria vontade, em forma predeterminada de manifestação e sem limites jurídicos, por ser contraditório às aspirações de estabilidade e continuidade que se pretendem de um ordenamento jurídico.¹¹⁰

Segundo o autor:

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. Op. cit.

¹⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Traduzido por Peter Naumann.

¹¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

(...) o **poder constituinte atua de forma permanente**. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a constituição, manter sua pretensão normativa e revogá-la. **A manutenção ou erosão da normatividade constitucional está ligada à permanência do poder constituinte, fonte de sua força normativa.**

(...) O poder constituinte do povo é a grande manifestação da soberania. (...) As limitações ao poder constituinte (...) são (...) de ordem concreta e estrutural. (...) O poder constituinte do povo é um poder absoluto, mas exercido dentro das **condicionantes culturais, históricas e materiais que encontra.** (...)

O problema central, (...) é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma *soberania bloqueada*, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda a sua plenitude. (...) A crise constituinte (...) está ligada aos bloqueios à manifestação da soberania plena no Brasil.¹¹¹ (Grifo meu)

Outra questão que não contribui para os estudos no assunto é o fato de a doutrina brasileira recente abordar o tema a respeito do poder constituinte baseando-se na experiência europeia, mais especificamente a francesa. Ou então, compará-lo a um poder divino de criação. Ou ainda tentar compreendê-lo a partir da teoria discursiva de Jürgen Habermas ou das concepções inspiradas em Spinoza do italiano Antonio Negri, segundo o qual o poder constituinte não pode ser vinculado à soberania. Sendo exatamente esse ponto o problema de tal teoria, uma vez que o poder constituinte é a manifestação máxima da soberania.¹¹²

Segundo o autor:

(...) podemos afirmar que, para a quase totalidade da doutrina brasileira, não existe uma reflexão sobre o poder constituinte do povo.

(...) a teoria do poder constituinte aponta um paradigma, rarissimamente seguido. É justamente este o problema da visão brasileira sobre poder constituinte. O paradigma francês do século XVIII foi elevado a uma espécie de manual de instruções de como se deve compreender o poder constituinte. A transposição da visão francesa para o Brasil gerou uma discussão estéril, sem qualquer vinculação com nossa experiência política e constitucional.

(...) As exceções a este quadro, com contribuições originais que buscam compreender a realidade brasileira, são algumas análises de Nelson Saldanha e a concepção de crise constituinte, formulada por Paulo Bonavides.¹¹³

As teorias de Saldanha e Bonavides mostram-se como raros momentos de nossa doutrina em que se busca compreender a permanência e a descontinuidade do poder constituinte.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

Nelson Saldanha foi um dos primeiros autores que levantou um questionamento a respeito da peculiaridade da manifestação do poder constituinte em um país não desenvolvido como o Brasil, no qual a soberania popular nunca haveria se manifestado de forma plena.¹¹⁴

Ao contemplar o atual panorama sócio-político brasileiro (...), cabe entendê-lo dentro da realidade latino-americana. Conviria deste modo lembrar a observação do sempre lúcido Octávio Paz, no capítulo final de *El laberinto de la Soledad*, sobre a existência de diversos ingredientes comuns ao chamado *terceiro mundo* nos dias de hoje, no tocante aos esforços de reconstrução social e política: o nacionalismo, a arregimentação operária, a reforma agrária, e no alto o Estado, chamado a operar a passagem para a modernização. Nessa passagem, acrescentamos entretanto, é que se situa um dos perigos maiores: a modernização *tenta* e fascina os povos subdesenvolvidos, como se fosse algo que se possa "adotar" sem mais, mas seu preço acaba com frequência por ser a solução tecnocrática, quase sempre acoplada ao modelo militar, sem falar na massificação, e no paradoxal agravamento da dependência em termos de economia internacional. Conduzir à democracia um povo deseducado e despolitizado, desmontar o executivismo autoritarista sem tornar inviáveis os programas maiores, fortalecer o federalismo sem desagregar a estrutura nacional, modernizar o país sem reconduzi-lo à tecnocracia: eis alguns dos desafios implícitos que os constituintes terão pela frente, além do trabalho explícito de rearticular o sistema das competências, o dos poderes e o dos direitos-e-garantias. (...) Enquanto semelhante coisa não for viável, então teremos de pensar para nosso país — que nunca sequer possuiu soberania plena — uma reorganização séria e ao mesmo tempo flexível, capaz de permitir a educação do povo (um povo com índices alarmantes de analfabetismo e marginalização) para uma presença política verdadeira; capaz de abranger a presença de um *populus* consciente e ao mesmo tempo a de elites legítimas, ou, se se prefere, de lideranças genuínas; de abranger a fixação de direitos-e-garantias concretamente aplicáveis, e de assegurar ao governo, paralelamente, a condução de um processo econômico compatível com as exigências da justiça social. Tudo isso implicará uma convergência de valores muito difícil de obter, juntando-se liberdade com planejamento, política social com desenvolvimento, transformação com continuidade.¹¹⁵ (Grifos do autor)

O autor ainda, traz no conceito de poder constituinte a ideia de um poder que permanece ao longo das constituições que criou, conservando-se **latente**, sem se transformar em poder constituído, ou seja, é um poder "transconstitucional".¹¹⁶

O poder constituinte (...) liga uma Constituição a outra (...) prossegue através das Constituições que gera (...); é então um poder que podemos chamar "transconstitucional". O poder constituinte no caso permanece, com seus titulares, em latência. (...) Utilizamos em nosso texto originário o termo "transconstitucional" para designar este aspecto, que corresponde à permanência e ao mesmo tempo à descontinuidade do poder constituinte. Com ele pretendemos apontar para sua presença em ato e sua existência

¹¹⁴ SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 15-23.

¹¹⁵ Ibidem, p. 22-23.

¹¹⁶ Ibidem, p. 83-86.

latente; pretendemos igualmente confirmar nossa idéia de que há um poder constituinte "originário" quando se cria a ordem constitucional num Estado, ou quando se cria um Estado *como* ordem constitucional (o Brasil em 1824, v. g.), e há um poder constituinte derivado ou instituído quando ele, previsto não em normas positivas mas nas linhas de uma experiência constitucional normal, *volta* a atuar sem maiores traumas (França em 1958). A noção de transconstitucionalidade pode ainda relacionar-se com a conexão entre os conceitos "amplo" e "restrito" de Constituição: as mudanças ocorridas em cada vigência constitucional afetam a Constituição em sentido restrito; nem sempre afetam a Constituição em sentido amplo.¹¹⁷ (Grifos do autor)

Paulo Bonavides¹¹⁸ por sua vez, explica que o sucesso/efetividade de uma Constituição se relaciona com sua adequação às exigências da sociedade, que no caso do Brasil, é a procura por governos estáveis e legítimos que busquem resolver seus problemas de ordem política e estrutural.¹¹⁹

O autor explica que no período anterior a 1930, no qual prevalecia um contexto de sociedade patriarcal e subdesenvolvida, onde dominavam as elites e as oligarquias, sendo quase que nula a cidadania, era fácil mascarar a falta de democracia e representatividade nas instituições, que hoje em dia são muito evidentes.¹²⁰

Segundo o autor, o problema de legitimidade do ordenamento brasileiro no que diz respeito ao exercício e organização de poder pode ser resumido pelo constitucionalismo social, que simboliza a expressiva crise do Estado e da Sociedade. Isto porque, os direitos são amplamente garantidos e a Constituição possui inúmeras normas programáticas, tendo o constituinte resolvido, ao menos formalmente, "todos os problemas básicos de educação saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente".¹²¹

Desta forma, na constituição de 1988 as promessas constitucionais ou manifestam-se de forma vaga, abstrata ou genérica, ou dependem da produção de uma legislação complementar e ordinária que nunca vem.¹²²

Bonavides conta que a Alemanha possui uma Corte Constitucional encarregada exclusivamente de litígios constitucionais, e que é considerada um

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. O estado brasileiro e a Constituição de 1988. In: _____. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 361-391.

¹¹⁹ Ibidem, p. 381.

¹²⁰ Ibidem, p. 382.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

modelo de tribunal para decidir questões de normatividade da Constituição e solucionar contradições entre o texto constitucional e a realidade. Característica essa que não possui o Supremo Tribunal Federal no Brasil apensar de sua importância, e que a ausência de um tribunal desse tipo no país é considerada uma das mais lamentáveis omissões da Constituição de 1988.¹²³

Segundo o autor, não há somente uma crise da Constituição, mas de todas as instituições do país (sociedade, Estado e governo). Uma crise política da Constituinte de 1823 que se arrasta até hoje por meio do aspecto social, grande causador de instabilidade, desequilíbrios e comoções, que abala as estruturas normativas vigentes, gerando injustiça nas relações humanas e corrompendo as decisões políticas, em razão da falta de adequação da Constituição à realidade social.¹²⁴

Importante diferenciar crise constitucional de crise constituinte. A crise constitucional é a crise de uma Constituição, no seu todo ou em parte. Se essa crise afeta somente um ponto da Constituição, pode-se eliminá-la por meio de reforma ou revisão, processo previsto pela própria Constituição e que é chamado de poder de reforma constitucional.¹²⁵

Se essa crise, entretanto, é uma crise mais ampla, faz-se necessário recorrer ao poder constituinte “de primeiro grau”, ou seja, criar uma nova Constituição, removendo de fato todas as dificuldades existentes, e recompondo assim “as bases da legitimidade e do governo estável”.¹²⁶

Bonavides explica que essa espécie de crise (crise constitucional) é a que normalmente atinge países e sociedade com elevado grau de cultura e maturidade política, nos quais não se faz necessária a substituição do regime para superar os problemas políticos existentes. Por tratar-se de uma crise menos violenta, ela não prejudica as estruturas do poder e nem as bases do Estado e da Sociedade.¹²⁷

A crise constituinte, por sua vez, afeta e prejudica imensamente as instituições, tornando necessária uma grande mudança na estrutura social ou até mesmo tornando inevitável uma revolução. Ou seja, mostra-se inevitável, muitas vezes, uma substituição de Governo ou da forma de Estado.¹²⁸

¹²³ Idem.

¹²⁴ Ibidem, p. 383.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

Assim explica Paulo Bonavides:

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições compelindo à cirurgia dos tecidos sociais ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte (...) é (...) a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

A crise constituinte tem sido aliás desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu.¹²⁹

Bonavides explica que quem confere legitimação para todos os poderes sociais, políticos e individuais são os direitos humanos. Desta forma, quando tais direitos não são respeitados a sociedade entra em crise. Ou seja, uma crise nos direitos humanos é também uma crise “do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada.”¹³⁰

Esta ideia é manifestada pelas Cortes judiciárias responsáveis pela análise da matéria constitucional, que por meio de suas decisões jurisprudenciais acabam por proteger direitos, trazendo novas regras e soluções, por uma via mais rápida e menos formal do que a deliberação legislativa ordinária.¹³¹

Nos países desenvolvidos, quando enfrentam algum problema, e em caráter excepcional, manifesta-se a crise constitucional, enquanto que nas nações economicamente atrasadas e instáveis como regra manifesta-se a crise constituinte, que aponta um panorama muito mais sério e inquietante.¹³²

É o que ocorre com o Brasil, onde desde a emancipação formal do país a crise constituinte revela-se bastante grave, nunca tendo sido solucionada definitivamente, estando presente até os dias de hoje. Pode-se afirmar, por isso, que a “história de todas as repúblicas brasileiras não é a história das crises constitucionais, mas das crises constituintes”.¹³³

Este é o ponto de início para buscar compreender a questão no Brasil e a relação que este trabalho procura fazer entre a baixa normatividade constitucional

¹²⁹ Ibidem, p. 383-384.

¹³⁰ Ibidem, p. 384.

¹³¹ Idem.

¹³² Idem.

¹³³ Ibidem, p. 385.

(denominada de Crise da Constituição) e a crise no poder Constituinte. De acordo com o exposto acima, pode-se afirmar que a Crise da Constituição existente no Brasil, é, na verdade e entre outros fatores, consequência de uma Crise Constituinte, que vem se arrastando no país há muito tempo. Desta afirmação, surgem alguns questionamentos que se buscará responder ao longo da pesquisa: como resolver então esta Crise Constituinte existente no Brasil? Bonavides dá a entender que uma crise constituinte só se resolve com a criação de uma nova constituição, mas será que precisamos chegar a este ponto drástico? E mais, será que a simples criação de uma nova Constituição resolve o problema? Ou deixa ainda mais desprestigiada e frágil a Constituição? Existe como resolver o problema conservando a Constituição existente?

Desde o primeiro império se fazem presentes paralelamente dois poderes constituintes, que são, contudo, contraditórios e incompatíveis, são eles o “poder de fato” e o “poder de direito”. Quando tais poderes se chocam, o “poder de fato” sempre prepondera sobre o “poder de direito”, impondo um novo contexto constitucional. Tal realidade somente contribui para um agravamento da crise do poder constituinte.¹³⁴

A Constituinte de 1987-1988, por ter sido uma Constituinte congressional possuía, formalmente, defeitos irreparáveis, fazendo com que se possa questionar toda a essência de sua legitimação. Isto porque, “sendo o Congresso Nacional um poder constituído (...) tinha competência para reformar a Constituição, jamais para estabelecer nova ordem constitucional, alterar a forma de Governo ou instituir uma diferente relação de poderes”.¹³⁵ Nestes termos, para que a Constituinte pudesse ser considerada totalmente legítima, ela deveria ser convocada única e exclusivamente para sua função de criar a nova Constituição, não podendo corresponder ao Congresso Legislativo existente, nem se converter nele após o cumprimento de sua função.

A crise constituinte, entretanto, não se resolve com a mera criação de uma nova Constituição, pois é uma crise que abrange o próprio Estado e a sociedade, expressa-se por meio da contraposição entre a constituição e a realidade social. “A crise constituinte é uma crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro”.¹³⁶

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Ibidem, p. 386.

¹³⁶ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

Outro fator de propagação da crise constituinte no Brasil é a fragilidade política das Constituintes que até então existiram, pois nunca puderam realmente exercer sua função de soberania, reforçando a contradição histórica existente no país entre a esfera formal e a esfera material de poder.¹³⁷

A grande falha do começo da nacionalidade brasileira, é que, diferentemente dos Estados Unidos, onde as instituições livres, representativas e constitucionais nasceram por obra de uma Constituinte, no Brasil elas nasceram por conta de uma outorga, ou seja, de uma autolimitação da vontade imperial absoluta.¹³⁸

Assim:

A crise constituinte no Brasil tem sido, por conseguinte, em toda a história política do País, a nossa mais profunda crise de legitimidade, tanto pelos aspectos formais como materiais. Ela é indicativa da inferioridade ou da insuficiência de soberania das diversas Constituintes, cujas limitações tácitas ou expressas nos conduzem inarredavelmente à irretorquível conclusão de que, em verdade, jamais tivemos uma Assembléia Nacional Constituinte, dotada de liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, pelo menos daqueles com que a teoria revolucionária do século XVIII sempre armara esses parlamentos, a fim de que, providos da suprema vontade da Nação, pudessem refazer as instituições desde os seus fundamentos.¹³⁹

O poder constituinte do povo é a grande manifestação da soberania, e, apesar de absoluto, não é incontrolável, sendo exercido dentro das condicionantes culturais, históricas e materiais que encontra. Bercovici, entende que, apesar de a discussão desenvolver-se em torno das condicionantes culturais e históricas que limitam a manifestação plena da soberania do poder constituinte, enquanto exteriorização da vontade soberana do povo¹⁴⁰:

O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma *soberania bloqueada*, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude.¹⁴¹ (Grifo do autor)

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. O estado ..., p. 386.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Ibidem, p. 387.

¹⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

¹⁴¹ Idem.

As crises constitucionais do Brasil são na realidade provenientes de uma crise constituinte permanente, que se mantém desde o surgimento da nacionalidade e reaparece a cada fase de nossa evolução política e constitucional.¹⁴²

Com vistas a mudar tal cenário, papéis centrais possuem o Direito Constitucional e a Ciência Política, que tem a tarefa de identificar os verdadeiros titulares do poder constituinte. Nesta esteira, é dever do Direito Constitucional clássico, reconhecer os poderes constituintes primários (reais titulares do poder constituinte), que nem sempre aparecem claramente e muitas vezes nem sequer possuem titularidade e articulação aparente, mas que possuem grande atuação na sociedade e na política, e que por vezes confrontam-se ou harmonizam-se com aqueles da teoria constitucional (que estão devidamente institucionalizados em uma assembleia, a partir da qual a função constituinte é formalmente exercida).¹⁴³

A Ciência Política, por sua vez, pode confirmar que tais poderes constituintes primários realmente existem, mesmo que ignorados pelos juristas. E que, mais ainda, manifestam-se sempre que a crise de legitimidade (que é a própria crise constituinte), não consegue encontrar recursos apropriados para superar suas dificuldades. Ou seja, quando não consegue transmitir para a Assembleia Nacional Constituinte, órgão supremo de soberania, os poderes necessários para que ela supere a crise e construa de maneira eficaz um novo sistema político. Em razão disso, pode-se afirmar que: “Essa impotência faz carente de juridicidade a Constituição promulgada e acarreta o conseqüente prosseguimento da crise constituinte, fadada a perpetuar-se nas organizações políticas dos países subdesenvolvidos”.¹⁴⁴

Pode-se afirmar assim que a “crise constituinte, portanto, está ligada aos bloqueios à manifestação da soberania plena no Brasil”.¹⁴⁵

Desta forma, sendo o Poder Constituinte expressão máxima da soberania, que tem como titular legítimo o povo no Estado Democrático, a crise do Poder Constituinte, consiste no fato desse poder não conseguir exercer de forma plena sua soberania. Ou seja, o exercício desse poder constituinte, realizado pela Assembleia Nacional Constituinte, acaba voltando-se aos interesses restritos e específicos dos governantes ou de um grupo do poder, deixando de lado seu real titular, o povo.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. O estado ..., p. 388.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

3.2 QUEM É O POVO?

Diante do exposto anteriormente, de que a legitimidade do poder constituinte se situa no povo, sendo o povo o titular da soberania deste poder, e considerando a afirmação de que essa soberania não é plenamente exercida no Brasil, entende-se relevante a exploração do significado de povo.

Conceitua-se o “povo” na teoria política e constitucional por conta da necessidade de encontrar um sujeito para quem conceder certas prerrogativas e responsabilidades coletivas no contexto jurídico-político.¹⁴⁶

Foi com o retorno da proposta democrática na era moderna que a noção de povo ganhou relevância, em razão da própria etimologia da palavra. Assim, foram surgindo várias reflexões a respeito do conceito de povo, sua abrangência, titularidade, exercício e limites dentro desse sistema político.¹⁴⁷

Na modernidade, o conceito de povo como titular da soberania democrática foi utilizado pela primeira vez pelos norte-americanos. Isso se explica em decorrência principalmente do contexto da época na sociedade norte-americana, na qual não existia uma divisão tradicional de classes sociais ou profundos vínculos aristocráticos, e que, apesar de ser uma sociedade escravocrata, este aspecto não gerou obstáculo para a ideia, uma vez que se tinha como inspiração a democracia ateniense, na qual igualmente, escravos, mulheres e metecos não eram considerados cidadãos.¹⁴⁸

Contexto diferente apresentava a sociedade francesa, que considerava difícil a definição de povo, por haver nela certa ambiguidade. Assim, para afastar tal dificuldade de compreensão, os franceses trouxeram o conceito de “nação”, que vem sustentando, desde então, diversos regimes antidemocráticos.¹⁴⁹

Entretanto, em razão do inconformismo dos jacobinos com a ideia de nação, surge a nova Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que se declarou como feita diretamente em nome do **povo francês**, e não de seus representantes. Eram

¹⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 10-11.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 11.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 11-13.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 13-15.

excluídos da concepção de povo, entretanto, os nobres, clérigos e burgueses, assim como fez o marxismo um século depois ao conceder somente para a classe operária o caráter político de povo.¹⁵⁰

Se considerarmos o povo em sua função de titular da soberania, no regime democrático, observa-se que se trata de um sujeito coletivo, não sendo possível assim, reduzir sua compreensão a um único entendimento, opinião ou vontade. Assim, torna-se inevitável a utilização do princípio majoritário, devendo-se, contudo, distinguir a universalidade do povo, como responsável pelas decisões coletivas, de uma parcela dominante do povo, “cuja vontade efetivamente predomina nas eleições, referendos e plebiscitos. Essa fração dominante do povo é, sem dúvida, formalmente majoritária”.¹⁵¹

Nos países em que existe grande desigualdade social, entre eles o Brasil, os poderes conferidos ao povo (entendido como corpo coletivo unitário), pela democracia não são por ele exercidos, mas sim por uma minoria detentora do poder na sociedade, diferente do que ocorre em países igualitários, onde o povo realmente possui maior poder de decisão, que exerce por meio da ampliação do uso de referendos e consultas populares.¹⁵²

A mera garantia do sufrágio universal não é o suficiente. As leis em si não mudam por si só as características de uma sociedade, pois estão inseridas dentro de um regime político, bem como uma estrutura econômica e social específicos, os quais irão refletir.¹⁵³

Assim, para democratizar realmente uma sociedade desigual, é necessário atacar as fontes do poder oligárquico, “as quais se encontram na própria na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante”.¹⁵⁴

Importante ressaltar e refletir sobre este entendimento, pois notórias as mudanças que a educação pode proporcionar, bem como evidentes, a força que possui a informação e o seu poder de manipular o povo quando controlada unicamente por um grupo de pessoas com interesses específicos.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 15-16.

¹⁵¹ Ibidem, p. 16.

¹⁵² Ibidem, p. 19.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

Por todas as experiências conhecidas nos dias de hoje, sabe-se que a maioria do povo, democraticamente em nome do interesse nacional, pode subjugar a minoria. Da mesma maneira, a minoria, quando detém o poder de controle social, em nome da democracia, pode se aproveitar do voto majoritário popular para legitimar as exclusões sociais existentes. Por esta razão, afirma-se que a soberania popular não pode ser absoluta.¹⁵⁵

Segundo Friedrich Müller os Estados democráticos afirmam que, em última instância, o povo é que estaria “governando”. Ou seja, o **povo** é utilizado para legitimar democraticamente o poder, por isso tal noção é normalmente trazida pelas Constituições. O que se pretende aqui, é identificar quem é este povo.¹⁵⁶

Quando uma Constituição se vale do poder constituinte **do povo** ou concebe ao povo todo o poder de Estado, ela, ao mesmo tempo em que se auto atribui legitimidade, também “silencia sobre o fato de que essa atribuição (...) não alcança a realidade ou, (...) que não conheceu nenhum procedimento democrático de outorga da constituição (...)”.¹⁵⁷ Pode-se afirmar assim, que formas de legislação popular democrática direta, ou seja, uma participação mais efetiva do povo nas decisões, constituem caminhos que diminuem a distância entre a Constituição e a realidade.¹⁵⁸

Busca-se aqui, compreender o conceito de povo em seu aspecto jurídico, ou seja, quando utilizado por constituições democráticas a fim de justificar seu aparelho de Estado e o exercício “democrático” de seu poder/violência.¹⁵⁹

Ambas as expressões **povo** e **nação** são utilizadas pelas Constituições para legitimar o Sistema Político constituído.¹⁶⁰ A expressão **nação** foi introduzida no início da Revolução Francesa por Sieyès e pela Assembleia Nacional, “o que abriu caminho para desvincular o “povo” das relações de poder existentes o do discurso em torno da legitimação, permitindo empurrá-lo enquanto “constituinte” para o papel transformador, revolucionário”.¹⁶¹

Pode-se afirmar que o povo atua como **sujeito de dominação**, na medida em que elege uma assembleia constituinte, vota a respeito do texto de uma constituição,

¹⁵⁵ Ibidem, p. 22.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 39.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 41.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 43.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Ibidem, p. 44.

participa de eleições, iniciativas populares ou referendos.¹⁶² Ou seja, quando opina a respeito da forma e organização do Estado.

Esse povo sujeito de dominação, é denominado por Müller de **povo ativo**, que corresponde à totalidade dos eleitores, considerados “a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas”.¹⁶³

Segundo um conceito mais abrangente, o povo constitui todos os indivíduos atingidos pelas normas. Assim, num Estado que se intitula democrático, tudo o que se afastar desse conceito precisa de especial fundamentação.¹⁶⁴

O povo pode exercer também, papel de **instância global da atribuição** de legitimidade democrática, como povo **legitimante**. Com relação a um ordenamento jurídico, o povo não é apenas quem, de forma direta ou indireta, por meio de eleições ou referendos, cria as normas, mas ele é também o destinatário de tais normas. Pode-se afirmar assim, que o ordenamento jurídico possui legitimidade, quando o povo globalmente o aceita, não se revoltando contra ele.¹⁶⁵

Existem vários passos que são realizados para que haja a criação de uma Constituição. Primeiramente, o fato de que o conceito jurídico do poder constituinte do povo demandar um texto escrito, torna necessário então, em segundo lugar, um procedimento democrático que crie de fato essa Constituição. Procedimento esse, baseado no povo, como eleitor, que elege os membros da assembleia constituinte, ou que vota, posteriormente, o texto já pronto da constituição. Ou seja, está a se normatizar por meio do povo ativo. Em terceiro lugar, tem-se o povo como destinatário que aceita a Constituição e seus termos, como sendo o fundamento, ou a legitimação, de uma ordem política. O núcleo constitucional desta ordem política é então, preservado pela ação do Estado.¹⁶⁶

Desta forma, o Estado não é o sujeito nem a origem do poder. A origem do poder é o povo. Entretanto, não se deve compreender o poder do Estado como um poder que unicamente emana do povo, mais sim, como uma fonte permanente, que concede uma dupla função ao Estado: a de responsabilidade e a defesa efetiva do exercício de sua atividade (poder-violência).¹⁶⁷ Em outras palavras, “o ‘povo’ como

¹⁶² Ibidem, p. 45.

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 47.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 49.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 50.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 51.

instância de atribuição de legitimidade, o povo legitimante, não se refere ao mesmo aspecto do “povo” enquanto povo ativo”.¹⁶⁸ Só podemos fazer essa afirmação onde ambas as atribuições de povo estão presentes.¹⁶⁹

Contudo, só é possível falar de povo ativo quando são praticados e respeitados os direitos individuais bem como os direitos fundamentais políticos.¹⁷⁰ Se não houver a prática desses direitos, o **povo** nada mais significa do que uma ideologia abstrata. Pode-se afirmar, portanto, que é através da prática dos direitos humanos que o povo adquire função normativa, torna-se, ao mesmo tempo povo ativo e povo legitimador.¹⁷¹

O regime democrático pode ter dificuldades de se legitimar se estiver presente somente o povo legitimante, sem o povo ativo. Isto porque é contraditório o fato de uma constituição, em seu texto, se valer do poder constituinte do povo e entrar em vigor sem que haja um procedimento democrático. Ou então, que as leis sejam promulgadas de maneira correta, mas que o parlamento não seja efetivamente representativo.¹⁷²

Pela razão de o Estado Constitucional possuir o monopólio do exercício legítimo da violência, qualquer decisão do sistema jurídico, que tenha caráter de obrigatoriedade, deve basear-se em leis que seguirem os trâmites democráticos para sua entrada em vigor. Se isso não acontecer, a instância prolatora da sentença exerce uma violência considerada ilegítima. Desta forma, invocar o povo para justificar essa ação ilegítima é uma invocação icônica, ou seja, o povo está sendo usado unicamente como ícone, o que é diferente tanto do povo ativo como do povo legitimante.¹⁷³ “O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo”.¹⁷⁴ (Grifo do autor)

Se a população real acaba atrapalhando de algum modo tal legitimação, recorre-se a medidas externas para a criação de povo, tal como a colonização, reassentamento, expulsão, liquidação, ou limpeza étnica, ou seja, induz-se a criação de um povo por meio da manipulação da população a fim de legitimar o poder de uma classe dominante.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Idem.

¹⁷¹ Ibidem, p. 52.

¹⁷² Ibidem, p. 53.

¹⁷³ Ibidem, p. 54.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 55.

¹⁷⁵ Idem.

A expressão **criar o povo**, pode se referir também à uma concepção de estado educador. Segundo essa concepção, busca-se “produzir um povo global homogêneo, uma população ativa completamente politizada (...) pela outorga da constituição (...) pelas leis, pelos costumes, pela educação e pelo folclore coletivo, bem como por modelos libidinalmente investidos (...)”.¹⁷⁶ Mas esta discussão foge à ideia de **ícone**.¹⁷⁷

A iconização consiste no esforço de transformar uma população heterogênea em **povo**. Apesar de tornar a função legitimadora de povo precária, entende-se que ele (povo) está por traz da prática do poder-violência na medida em que outorga a constituição, independente da maneira que ela entra e é mantida em vigor na realidade. Justificam-se as contradições sociais existentes por considerá-las como escolha do povo. Unifica-se uma população, antes plural, a fim de beneficiar os privilegiados e detentores do poder, transformando-a em **povo**, e manipula-se esse **povo**, por meio do monopólio da linguagem, e do *status* de constituinte, para que acredite ser quem realmente cria e mantém a constituição. Impedindo, assim, que fiquem evidentes as reais discrepâncias sociais. “A simples fórmula do “poder constituinte do povo” já espelha ilusoriamente o *uno*”.¹⁷⁸

Assim, se o povo quer exercer a função de sujeito político real devem se fazer presentes certas instituições e procedimentos que permitam e garantam sua efetiva participação como agente e destinatário das normas.¹⁷⁹ Como elucida Müller:

Mas se o povo – mesmo no conjunto normativamente restrito de povo ativo – deve apresentar-se como sujeito político real, fazem-se necessárias instituições e, por igual, (...) *procedimentos*: a eleição de uma assembleia constituinte, o referendo popular sobre o texto constitucional, instituições jurídicas plebiscitárias, eleições livres e destituição por meio do procedimento plebiscitário (...) e votação. Alternativas e sanções devem ser normalizadas de forma cogente no tocante aos procedimentos. A pequena lâmpada diante do ícone pode extinguir-se; o povo – nem que seja apenas o seu conjunto parcial dos cidadãos titulares de direitos ativos – entra em cena como destinatário e agente de responsabilidade e controle.¹⁸⁰ (Grifos do autor)

As ideias centrais até aqui trazidas são a de **povo ativo, povo como instância de atribuição (ou legitimante) e povo ícone**. Tais ideias são assim resumidas pelo

¹⁷⁶ Ibidem, p. 55-56.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 56.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 59.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem.

autor: “O povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, em regra, os cidadãos do respectivo país [...]. O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva”.¹⁸¹

O simples fato de as pessoas estarem no território de um Estado já lhes confere personalidade jurídica e proteção à sua qualidade de ser humano e correspondente dignidade por meio do direito constitucional e infraconstitucional vigente. Desta forma, as normas jurídicas geram para essas pessoas benefícios e deveres.¹⁸²

A função de povo que é sempre invocada pelo Estado é a função legitimadora. Para bem compreender a democracia se faz relevante distinguir direitos de cidadania de direitos humanos. A realização tanto das liberdades civis quanto dos direitos humanos é imprescindível para a existência de uma democracia legítima e apoiam o sistema político, principalmente na sua qualidade de Estado de Direito. Tal diferenciação se utiliza da ideia de **povo** como a totalidade das pessoas que são de fato atingidas pelos atos decisórios do poder estatal e pelo direito vigente, em determinado território do respectivo Estado. Assim, o conjunto de normas de uma democracia é considerado legítimo quando concede à minoria de cidadãos ativos a competência para decidir e sancionar, bem como pelo modo de implementação de tais decisões, e a maneira que a população é tratada por elas. Ambas as legitimações (a decisão e a implementação das normas) devem ser questionadas democraticamente, e são resultado de uma cultura jurídica desenvolvida. O povo aqui, seria então, destinatário de prestações civilizatórias do Estado.¹⁸³

Há também o povo politicamente participante, que vai além do entendido por povo ativo e pela participação por meio de legislação popular, composta pelo plebiscitos, referendos e iniciativa popular. Isto porque, essas três formas não podem na verdade ser consideradas autônomas, pois em último plano quem decide a respeito delas é a elite política, não sendo de competência exclusiva e essencial do povo, bem como não oferecendo um equilíbrio à legislação representativa-parlamentar.¹⁸⁴

Para que haja realmente uma democracia viva, são necessárias maneiras mais independentes de participação política. Uma quarta concepção de **povo** diz respeito aos direitos humanos e cidadãos, que devem ser entendidos como direitos que

¹⁸¹ Ibidem, p. 60.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Ibidem, p. 61.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 62.

participam ativamente na criação e na prática da política, tanto nacional como **transnacionalmente**, e que são direitos basilares para uma sociedade civil democratizada. De acordo com esse quarto conceito de **povo**, este seria o protagonista de uma democracia mundial de base, que iria aos poucos, por meio de atividades e participação de associações não-governamentais, enfrentar as mazelas trazidas pela globalização e pelo capitalismo selvagem.¹⁸⁵

Diante do até então exposto, o autor explica a quais grupos reais correspondem os modos de utilização do termo **povo**:

O povo icônico refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. (...) O povo como instância de atribuição de legitimidade, o povo legitimante, está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o povo ativo está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). O povo participante consiste em todos os que se engajam politicamente, além do papel do povo ativo, numa cidadania consciente e ativa. Por fim, ninguém está legitimamente excluído do povo-destinatário; também não e.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos, à proteção do inquilino, à proteção do trabalho, às prestações da previdência social e a circunstâncias de fatos similares, que são materialmente pertinentes no seu caso.¹⁸⁶ (Grifo do autor)

Desta forma, o povo é um conceito complexo e artificial, e deve ser entendido juridicamente como parte da norma jurídica. Histórica e politicamente, **povo** tem sido conceituado utilizando-se de critérios nitidamente seletivos. Tal seleção poder ser aberta ou encoberta por formalismo jurídico, e utiliza-se dos mais variados critérios discriminatórios. O autor chama a atenção, contudo, para a ocorrência de um fenômeno que vai além da simples seleção: a distinção do povo conforme a sua disposição para lealdade política e de sua utilização como legitimador em bloco de um sistema. Neste contexto, o povo passa a atuar como “conceito de combate”, como um discurso partidário, e contribui para a opressão de populações que perdem sua identidade após coação ideológica e jurídica. Isto porque, a criação e a aplicação tendenciosa de normas jurídicas, através de diversas técnicas de discriminação, são utilizadas para fundamentar a desigualdade entre **povo** e **população**.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibidem, p. 63.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 64.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 67-69.

Constata-se, portanto, que no contexto de um Estado democrático de Direito o povo aparece de diferentes formas de legitimação: como povo ativo, como povo legitimante e como destinatário de direitos ou participante na prestação dos mesmos.¹⁸⁸

A Constituição brasileira de 1988 menciona de forma expressa que é legitimada pelo povo. Essa invocação do povo legitimador trazida pela norma fundamental, faz com que tal legitimação seja considerada, por óbvio, constitucional, possuindo caráter de obrigatoriedade na República Federativa do Brasil. A legitimidade da Constituição precisa se vincular ao povo ativo, ao povo legitimante, ao povo-destinatário e ao povo participante.¹⁸⁹

Apesar de uma norma ser regulada de forma legítima, bem como buscar essa legitimidade, ela pode se deparar com uma grande dificuldade, a discriminação de determinadas parcelas da população, que apesar de estarem presentes fisicamente no território nacional, são

(...) excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais [...] econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa “marginalização” como subintegração. Esse fenômeno não se restringe a países periféricos (...) ele grassa também os países mais ricos.¹⁹⁰

Pode-se afirmar, que excluir grandes grupos populacionais da participação gera diversos outros tipos de exclusão e pobreza política. Neste contexto, que ilustra as sociedades periféricas, não é suficiente se falar da marginalidade como o fato de grandes grupos não participarem mais da cidadania, o problema é muito mais grave, no sentido de que, por um lado tem-se os grupos populacionais que dependem de prestações por parte do Estado, às quais não tem acesso; e de outro lado, de maneira contraditória, o Estado de bem-estar social, que se configura através do conceito sociológico da inclusão. Desta forma, na sociedade moderna, a estrutura inclusão/exclusão adquire uma proporção maior que a própria sociedade ou que a Constituição.¹⁹¹

Por ser, na prática, retirada a dignidade humana, e até mesmo a natureza de ser humano dos excluídos, o combate à exclusão, que é um dever dos juristas, deve

¹⁸⁸ Ibidem, p. 69.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 70 e 72.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 73.

¹⁹¹ Ibidem, p. 74-75.

primar pela igualdade de todos. Igualdade esta não entendida em termos econômico-sociais ou ideológicos, mas igualdade de todos no que se refere à condição de seres humanos, à dignidade humana, bem como aos direitos fundamentais e demais garantias protetivas existentes no ordenamento.¹⁹²

Segundo Müller:

Em duas palavras: na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode justificar-se apenas perante o *povo ativo* nem perante o povo enquanto *instância de atribuição*, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o *demos como destinatário* de todas as prestações afeiçoadas que a respectiva cultura constitucional invoca. E na medida da sua dominância efetiva a *superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão) deslegitima uma sociedade constituída* não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas *já a partir da sua base democrática*.¹⁹³ (Grifo do autor)

De acordo com o autor, no campo do Estado de Direito existem enormes distorções e contradições, na medida em que o político condiciona o jurídico, a atividade econômica subordina o direito, assim, apesar de evidenciar normas garantidoras, a população economicamente mais fraca recebe inúmeras consequências negativas, na medida em que possui seus direitos fundamentais violados.¹⁹⁴

O autor traz dois tipos de exclusão, que ele chama de exclusão primária e exclusão secundária. A exclusão secundária é, por assim dizer, mais suave, não é tão grave quanto a primeira, sendo tratada então como marginalidade. Esta, atinge os países centrais, ou ricos, nos quais não há um questionamento a respeito da vigência do código jurídico, assim, quando existem falhas, elas são corrigidas a partir do próprio sistema.¹⁹⁵

Diferente ocorre em países periféricos, nos quais existe o que se chama de exclusão primária. Esta exclusão não se encontra expressa no texto constitucional, mas em suas entrelinhas, quando a constituição escolhe ser eficaz apenas para uma parcela de interesse selecionada pelas camadas dominantes. Assim, do mesmo modo que a constituição não é querida pela maior parte da população, ela também não é praticada.¹⁹⁶

¹⁹² Ibidem, p. 76.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 76-77.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 77-78.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 79.

No entendimento de Müller, portanto, o povo é todo aquele mencionado na Constituição, é a população como um todo! Inclusive aquelas pessoas excluídas, ou seja, “trata-se do *povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu”.¹⁹⁷ (Grifo do autor)

O autor afirma que uma resposta normalmente trazida para os problemas apontados é a de se empenhar para desenvolver uma sociedade civil ampla, ativa. Ele considera correto este pensamento, mas traz um outro elemento que considera de suma importância: a função dos juristas, possuidores de um papel normativo-institucional que proporciona a eles um meio de enfrentar tais provocações de maneira legal, legítima e pacífica.¹⁹⁸

Segundo o autor, a exclusão é elemento deslegitimador, isto porque,

*Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em “povo”-ícone. A legitimidade somente pode advir da fundamentação do *povo real*, que é invocado pelo texto da constituição – em diferentes perspectivas e com abrangência correspondentemente variada, mas sempre de forma documentável, conforme se mostrou acima. O trabalho dos juristas nessa direção produz passo a passo a qualidade do Estado de Direito, mas é em grau igual um trabalho em prol da democracia.*¹⁹⁹

O discurso de legitimidade de uma democracia deveria realizar aquilo que prevê no seu próprio procedimento. A legitimidade, assim como a normatividade jurídica, é um processo que reage com a realidade.²⁰⁰

Desta forma, do poder constituinte do povo, pode-se concluir por uma legitimidade formulada a partir dos seguintes aspectos: a introdução da pretensão de legitimidade no próprio texto da constituição, fazendo do povo, enquanto instância de atribuição, o interlocutor de tal pretensão; o procedimento democrático para a entrada em vigor da constituição é direcionado para o povo ativo; a conservação da essência de uma constituição ao longo do tempo, confere e garante ao povo-destinatário os seus direitos. Quando os aspectos mencionados são somente fictícios, há um discurso **icônico**.²⁰¹

Analisar o conceito de povo é analisar o princípio da legitimação democrática. Neste estudo, **povo**

¹⁹⁷ Ibidem, p. 80-81.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 81.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 85.

²⁰⁰ Ibidem, p. 86.

²⁰¹ Ibidem, p. 86-87.

(...) já não foi tomado como termo preexistente (da ideologia, da filosofia do Estado, da teoria da democracia), porém mais simplesmente *como a totalidade dos indivíduos realmente residentes no território do Estado*: como uma “multiplicidade em si diferenciada, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não-discriminatória.”²⁰² (Grifo do autor)

Quando uma democracia é levada a sério, ela legitima-se por meio do cumprimento das pretensões tanto positivas quanto negativas do povo-destinatário, ou seja, de toda a população. O objetivo não é a legitimação de uma determinada forma de Estado, mas sim da legitimação democrática.²⁰³

A democracia então, pode demonstrar-se de formas variadas, pode, por um lado, ser uma democracia sem restrições, composta por uma população integralmente politizada; e por outro lado possuir um cunho autoritário, destituída de povo e que se mantém somente pelo nome. Entretanto, a discussão aqui travada não diz respeito a nenhum desses extremos, mas sim, pensar uma democracia estruturada com distinções e alternativas praticáveis.²⁰⁴

Quanto mais o povo se identificar com a população como um todo quando da aplicação do direito em uma sociedade, mais valor de realidade e legitimidade terá o sistema democrático.²⁰⁵

Necessário se faz considerar o povo como uma realidade, aproximando-se a ideia de povo ativo e de povo enquanto instância de atribuição, impedindo assim, que a democracia continue a ser tratada somente como uma técnica de representação e legislação.²⁰⁶

A democracia moderna bem como o Estado de Direito não se resumem a uma estrutura de textos. Mas sim em um nível de exigências, segundo o qual as pessoas devem ser tratadas como membros do povo, que é o Soberano e legitimador do Estado. A democracia é também, o nexó necessário e legitimador na construção da liberdade e igualdade.²⁰⁷

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o conceito de povo é artificial, composto, valorativo, além de mostrar-se como um conceito de combate. Deve se considerar o povo como condição para a democracia, não sendo possível reconhece-

²⁰² Ibidem, p. 87-88.

²⁰³ Ibidem, p. 88.

²⁰⁴ Ibidem, p. 88-89.

²⁰⁵ Ibidem, p. 89.

²⁰⁶ Ibidem, p. 90-91.

²⁰⁷ Ibidem, p. 92.

lo na prática, a partir de seu simples comparecimento às urnas em determinado período de tempo.²⁰⁸

A democracia não basta por si só para preservar um sistema segundo seus reais fundamentos. É necessário que ela se fundamente nos direitos humanos, e possua uma política justa, voltada a instaurar o equilíbrio social proporcionando a participação democrática a todo o povo. Os cidadãos devem ser sujeitos ativos na busca por uma igualdade material no Estado e na sociedade, bem como defender seus interesses quando as instituições estatais competentes não cumprem ou até violam sua função.²⁰⁹ É o que se chama de “resistência democrática por meio da sociedade civil”.²¹⁰

A prática de um Estado partidário diminui sobremaneira o cenário de um governo do povo, isto porque, os governantes eleitos acabam por representar muito mais o seu grupo político do que o povo. Assim, os institutos da iniciativa popular, do referendo e do plebiscito, mostram-se como alternativas, ou seja, como instrumentos válidos de legislação popular. Entretanto, essa ideia não costuma agradar a doutrinas mais conservadoras, que entendem que o povo não tem a capacidade para decidir questões de conteúdo.²¹¹

Compreende-se, no entanto, que assim como uma pessoa **do povo** pode não compreender a complexidade de um assunto mais técnico, um deputado em sua função legislativa do mesmo modo pode não entender do assunto, votando ainda, segundo influências política partidárias. Ou seja, não é o titular individual do direito eleitoral e nem o deputado que possuem o conhecimento técnico para o exercício da função legislativa, esse é fornecido por peritos, comunidade científica, etc., elucidando a questão e permitindo assim, possuir os conhecimentos necessários para tomar uma decisão a respeito de determinado assunto. Assim, os mais variados dispositivos da democracia participativa revelam-se como possibilidades para realização da maior quantidade possível da democracia.²¹²

Povo, então, em um Estado democrático, é a população como um todo, tanto os cidadãos politicamente ativos, como todos os destinatários da norma, ou melhor, toda a população que se encontra em um determinado território abrangido pelas

²⁰⁸ Ibidem, p. 94, 98-99.

²⁰⁹ Ibidem, p. 99-100.

²¹⁰ Ibidem, p. 101.

²¹¹ Ibidem, p. 102-103.

²¹² Ibidem, p. 103-104.

normas. E é esse povo o titular da soberania e do poder constituinte, devendo exercê-los, portanto, de maneira mais direta e ativa, tanto na forma de criação das normas, quanto da vivência delas. Isto porque, obviamente, quando o próprio povo “criou” a norma, compreendendo sua importância e destinação, conseqüentemente a prática da norma fará mais sentido, tornando sua práxis espontânea, aumentando assim, sua legitimidade.

4 BAIXA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E CRISE DO PODER CONSTITUINTE: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA?

O terceiro capítulo se propõe a verificar se existe uma relação necessária entre a baixa normatividade constitucional e a crise do Poder Constituinte no Brasil, recolocando o povo no seu lugar de efetivador da Constituição: o povo a constitui e a legitima quando observa suas normas.

4.1 O PROBLEMA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL: SUBTRAÇÃO DO POLÍTICO

Tendo em mente o contexto no qual se desenvolveu o constitucionalismo no Brasil, com todas as suas características peculiares, a multiplicidade de Constituições que surgiram e foram enfraquecidas através de manobras ilegítimas, bem como o cenário no qual foi promulgada a Constituição de 1988, com seu caráter dirigente e normas programáticas, busca-se neste tópico analisar, no cenário atual, tomando por certo um problema de normatividade constitucional no Brasil, o que se entende por crise da constituição dirigente e o porquê da baixa efetividade constitucional no país, buscando ao final, relacionar esses temas à crise do poder constituinte debatida anteriormente.

Apesar das críticas que se possa fazer ao texto da Constituição de 1988, é indiscutível seu significado político, social e cultural para a história política do país. Entretanto observa-se uma grande distância entre o discurso constitucional e sua real concretização. Há nos dias de hoje, grande ausência de efetividade da Constituição Federal, ou seja, baixa efetividade, ou normatividade constitucional.²¹³ Maria Helena Ferreira Fonseca Faller afirma que: “A realidade constitucional brasileira traz em evidência uma questão: não bastam as normas constitucionais para se mudar uma

²¹³ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. O problema da Normatividade Constitucional. In: _____. **Função Social da Empresa & Economia de Comunhão: Um Encontro à Luz da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 104.

sociedade”.²¹⁴ É manifesta a necessidade de recuperar a função política na efetividade constitucional.²¹⁵

Bercovici afirma que a crise na Constituição brasileira de 1988 é patente, e ganhou maior ênfase nas discussões doutrinárias do país quando José Joaquim Gomes Canotilho publica uma obra na qual revê e muda sua posição com relação à Teoria da Constituição Dirigente.²¹⁶ Parte da doutrina continuou a defender que se mantivesse a Teoria da Constituição Dirigente como mecanismo de análise da Constituição de 1988. Outra parte da doutrina, entretanto, continuou utilizando-se da dicotomia Constituição versus realidade para compreender o problema do constitucionalismo brasileiro, enxergando o Judiciário como único órgão que concretizaria os preceitos constitucionais.²¹⁷ Não é a intensão desta pesquisa defender um “não-atuação” do judiciário, compreende-se a importância do seu papel para a efetivação de direitos, mas se entende que ele não seria o único competente para tanto.

Apesar de o Brasil possuir uma Teoria da Constituição bem elaborada e atualizada, bem como significativa gama de trabalhos a respeito do tema, ela peca quando se trata de problemas políticos, sociais e econômicos existentes à nova ordem constitucional presente no país, uma vez que as soluções apresentadas são sempre instrumentais (formais), ou baseadas na crença de que o Poder Judiciário tem a capacidade de resolver qualquer problema. Em análise da doutrina estrangeira, percebem-se os mesmos problemas, o que faz concluir a existência de uma crise da Teoria da Constituição propriamente dita.²¹⁸ Sem deixar de reconhecer a importância do Poder Judiciário e de sua prestação jurisdicional, optou-se neste trabalho por dar

²¹⁴ Ibidem, p. 105.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Uma constituição Dirigente é aquela que além de estabelecer direitos e garantias, elabora um projeto para o futuro, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. Entretanto, acaba-se por conferir papel de extrema importância à Constituição, enfatizando somente o “jurídico” e deixando de lado outros aspectos igualmente importantes como a própria política e o Estado. Nesta via, a Constituição acaba por perder efetividade, uma vez que é por meio da política que ela é concretizada. José Joaquim Gomes Canotilho foi quem desenvolveu a Teoria da Constituição Dirigente, entretanto, acabou por ter uma nova compreensão sobre sua teoria, que foi por ele mesmo criticada em posterior artigo. Ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, [S.l.], n. 15, p.07-17, [2000?].

²¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva (Editores). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-77.

²¹⁸ Ibidem, p.77-78.

enfoque em uma solução “mais ampla” para o problema da normatividade constitucional.

Num cenário internacional, a ideia de Constituição como norma fundamental do Estado foi criada ao longo do século XIX, principalmente pela Teoria do Estado, que dela utilizou-se para conter o poder do monarca, bem como da soberania popular, que ficam então, “submetidos” a regulação e às normas constitucionais, pertencentes ao Estado. Por conta da influência da doutrina positivista da segunda metade do século XIX, busca-se adequar o direito público ao direito privado, afastando as análises que possuíssem elementos valorativos, ou seja, que não fossem dogmáticas, do estudo da ciência do direito público. Tal método jurídico foi desenvolvido por Gerber e Laband, e prestou-se efetivamente a legitimar o Reich alemão.²¹⁹

No século XX surge a Teoria da Constituição. Por outro lado, como consequência da teoria positivista em voga na época, evidencia-se uma crise nos pressupostos, método e sentido das ciências humanas, e com efeito, do Direito, ou seja, uma crise da Teoria Geral do Estado, que se tornou mais clara quando Hans Kelsen sugeriu que o método jurídico positivista fosse aplicado ferrenhamente, igualando a Teoria Geral do Estado à Teoria Geral do Direito ou Teoria da Constituição.²²⁰

A primeira obra que coloca a Teoria da Constituição como um ramo próprio da teoria geral do direito público é a de Carl Schmitt, publicada em 1928, que critica o positivismo jurídico e insere novamente a análise do político nos temas da teoria constitucional. A Constituição passa assim, a ser considerada como regime político-social do Estado.²²¹

Após a Segunda Guerra Mundial as Constituições passam a ser além de estatais também políticas, ou seja, além de reger a organização do poder, dispõem sobre os princípios que o legitimam. A Constituição passa a abranger, além do Estado, toda a sociedade. A política aparece tanto na instauração da Constituição, por meio do poder constituinte originário, como posteriormente, na sua efetivação através de uma política constitucional. Surge assim, a Teoria Material da Constituição, que busca compreender a Constituição na medida em que se relaciona com a realidade social.²²²

²¹⁹ Ibidem, p. 79-83.

²²⁰ Ibidem, p. 85-91.

²²¹ Ibidem, p.92-93.

²²² Ibidem, p. 103-104.

Surgem várias críticas a essa teoria, cujos principais argumentos eram o repúdio aos direitos sociais, bem como a afirmativa de que a Teoria Material da Constituição deixa de lado o fato de ser a Constituição norma jurídica, que distribui competência e limita o poder do Estado. Afirmavam a impossibilidade de coexistência entre o Estado de Direito e o Estado Social em uma mesma Constituição, não permitindo que ela fosse um documento dirigido ao futuro, com princípios que pudessem se contradizer a respeito das questões sociais.²²³

Assim, passa a ter destaque a questão da normatividade constitucional para a Teoria da Constituição, e sua conseqüente valorização pelas teorias matéricas da Constituição, com destaque para a teoria da *Força Normativa da Constituição* formulada por Konrad HESSE no ano de 1959.²²⁴ “A incorporação, pela doutrina, de categorias como “normas constitucionais programáticas” e a valorização das questões hermenêuticas no campo constitucional fortaleceram, ainda mais, a “normativização” da Teoria da Constituição”.²²⁵

Por conta do destaque dado aos temas como a aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, afirma-se que a Teoria da Constituição substituiu a Teoria do Estado, transformando, posteriormente, a Constituição em Constituição Dirigente, cuja teoria é profundamente criada e explorada por Canotilho.²²⁶

O problema dessa teoria, com relação ao cumprimento das normas constitucionais, é que, acaba entregando ao judiciário a decisão sobre questões constitucionais, gerando uma despolitização da Constituição. Além disso, é uma Constituição estatal e social, que busca a mudança da realidade pelo direito, sendo, por isso, um programa de ação para a alteração da sociedade.²²⁷

Bercovici afirma que a principal falha da Constituição Dirigente é ela ser autocentrada em si mesma. Nesta linha, dando ênfase ao papel da política expõe:

(...) Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do

²²³ Ibidem, p.106-107.

²²⁴ Ibidem, p. 108.

²²⁵ Ibidem, p. 109.

²²⁶ Ibidem, p.114.

²²⁷ Ibidem, p. 118-119.

Estado e sem política. E é justamente por meio da política que a Constituição vai ser concretizada.²²⁸

Martonio Mon't Alverne Barreto Lima alerta também, para o fato de que mecanismos constitucionais originariamente concebidos como importantes ferramentas a favor da democracia, podem ser comprometidos pelo poder de sedução do idealismo legal. Ou seja, que o momento mais difícil para os Estados, é colocar em prática aquilo que foi fruto das reformas democráticas, textos legais dirigentes, legalidade constitucional e infraconstitucional, pois estes elementos por si só não bastam.²²⁹

Segundo ele, a grande dificuldade encontra-se no fato de que o desenvolvimento da democracia pós-constituente não é linear, o que torna um grande desafio concretizar as propostas trazidas pela Constituição. Deve-se assim, ter por norte uma perspectiva realista, não se deixando estagnar no idealismo. O idealismo constitucional gerou novos instrumentos democráticos, entretanto deve-se agora cobrar um resgate de sua implementação.²³⁰

Necessário se faz o resgate do sentido da política para que haja efetividade constitucional. A ideia de que todo o necessário para a compreensão do Estado está presente nas normas jurídicas, no direito constitucional não pode existir. Tal conceito ignora a realidade política na qual o direito constitucional se manifesta, bem como desconsidera as demais valorações extrajurídicas como problemas de direito constitucional e da Teoria da Constituição, transferindo-as para as demais ciências sociais.²³¹

Ocorre então a concepção de que jurisdição constitucional é única garantidora da correta aplicação da normatividade. Novamente ressalta-se que se reconhece a importância do Poder Judiciário para as questões constitucionais, entretanto, o direito constitucional não é monopólio do judiciário, e sim resultado de uma ação conjunta entre os poderes políticos e o Judiciário, sendo por isso também política e não unicamente normativa. Por isso, não é possível compreender a Constituição utilizando-se de categorias exclusivamente jurídicas. Faz-se necessário, portanto,

²²⁸ Ibidem, p.119-120.

²²⁹ LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 376.

²³⁰ Ibidem, p. 376-377.

²³¹ BERCOVICI, Gilberto. **Teoria ...**, p.122.

inserir-la dentro de sua realidade política, inclusive, para a própria manutenção de seus fundamentos.²³² Isso explica o fato de o Judiciário acabar por exercer função política, quando de suas tomadas de decisão.

Diante deste aspecto, pode-se afirmar que não são exclusivamente os poderes públicos os responsáveis pela construção de um Estado Democrático de Direito, esta responsabilidade é de toda a sociedade.²³³

Quando Konrad Hesse²³⁴ apresentou o elemento da “vontade de Constituição”, ele deu um importante avanço para a concretização constitucional, uma vez que esse elemento faz com que todos os membros de uma sociedade se sintam responsáveis pela concretização da Constituição, comportando-se assim, em conformidade com o contido na Lei Fundamental.²³⁵

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. 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 Verfassung), mas também a *vontade de Constituição* (Wille zur Verfassung).²³⁶ (Grifo do autor)

O que está evidenciando-se é a potencialidade que tem a sociedade de concretizar as normas constitucionais. Para que o Estado Democrático de Direito e a Constituição sejam mantidos é de suma importância o comprometimento e responsabilização pela realização dos direitos de todos e de cada um.²³⁷ Desta forma, quando as normas constitucionais logram encontrar raízes no substrato político e axiológico de determinado povo, a Constituição adquire força normativa.²³⁸

Para que se alcance tal resultado, fazendo com que a sociedade se comprometa e responsabilize-se pela vivência da Constituição, é necessário dar nova vida aos espaços políticos, públicos, de mobilização social e política. Fazendo assim

²³² Ibidem, p. 123,125, 131.

²³³ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. Contribuições do princípio da fraternidade para a normatividade constitucional. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Orgs.). **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Ibidem, pg. 140-141.

²³⁴ HESSE, Konrad. Op. cit.

²³⁵ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. **Direito ...**, p. 141.

²³⁶ HESSE, Konrad. Op. cit., p. 19.

²³⁷ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. **Direito ...**, p. 142.

²³⁸ Ibidem, p. 144.

nascer no povo esse elemento político articulador, responsável por criar e recriar entre as pessoas a vontade de Constituição. Somente assim ocorrerá a efetividade da Constituição.²³⁹

Não é possível realizar qualquer transformação social, como propõe a Teoria da Constituição Dirigente, se a sociedade não se compromete com a vivência da Constituição. Essa transformação não virá se for única e exclusivamente imposta pelo Estado, que sim, tem participação no processo, mas não exclusiva. Por isso, limitar a aplicação da Constituição aos órgãos oficiais estatais não é o caminho para concretizar mudanças. É necessário comprometimento político e social da sociedade para que se reforce a legitimidade da Constituição.²⁴⁰ Afinal de contas, o povo é o Poder Constituinte, e por isso é ele, povo, quem deve legitimar materialmente a Constituição.²⁴¹

Nesta linha argumenta Häberle:

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. (...) Constituição enquanto objeto é (também) coisa da ciência. O âmbito da ciência deve ser considerado como elemento autônomo e integrado da comunidade política.²⁴²

Evidencia-se, portanto, que ao conferir papel de extrema importância à Constituição, revestindo-a de caráter diretivo, acabou-se por deixar de lado outros aspectos igualmente importantes como a própria política e o Estado. Surge aí o problema, pois é justamente a política que concretiza a Constituição. Havendo ausência da política, a Constituição simplesmente perde sua efetividade.

4.2 O POVO NO SEU JUSTO LUGAR: EXERCÍCIO EFETIVO DA SOBERANIA

Um dos poucos autores que pensa e teoriza a respeito do tema da crise do poder constituinte é Paulo Bonavides, que traz a democracia participativa como

²³⁹ Ibidem, p. 146.

²⁴⁰ Ibidem, p. 148-149.

²⁴¹ Ibidem, p. 153.

²⁴² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1997. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. p. 34-35.

solução, não só para a crise constituinte mas para a crise de Estado e de democracia hoje vivenciadas.

Bonavides sustenta que o problema a respeito da aplicabilidade da Constituição, ou seja, como incorporar o texto na realidade nacional, é o problema central do momento constitucional no Brasil, sendo dever tanto do Direito Constitucional quanto da Ciência política tentar resolver a questão, que vem se arrastando desde o início da República. Isso porque, na história do país, constata-se que a maior preocupação tem sido legitimar a figura que se encontra no poder ao invés do sistema de poder em si, determinadas regras e princípios, ordem jurídica ou mesmo estrutura da economia.²⁴³

Pode-se afirmar que a crise constituinte é a crise do próprio poder constituinte, poder este “que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto”.²⁴⁴

Pode-se relacionar também a falta de concretização dos direitos humanos com uma crise do poder constituinte, isto porque, considerando-se os direitos humanos como aquilo que confere legitimidade aos poderes sociais, políticos e individuais, quando eles são ofendidos a própria sociedade sofre. Assim, em uma sociedade democraticamente organizada, uma crise nos direitos humanos é também uma crise no poder constituinte.²⁴⁵

É possível concluir, portanto, que em uma sociedade onde cotidianamente são desrespeitados os direitos humanos, não há também legitimidade dos poderes que “dominam” essa sociedade, entre eles o poder constituinte. Assim, o primeiro passo para “curar” esta falta de legitimidade do poder constituinte, essa Crise do Poder Constituinte, seria buscar uma efetivação dos direitos humanos básicos.

Outro fator que contribui para que a crise do poder constituinte continue até hoje, e talvez o fator principal, é o fato de que as Assembleias Constituintes até então existentes nunca puderam exercer de fato suas atribuições de soberania.²⁴⁶ Para que uma Assembleia Constituinte possa ser considerada deveras soberana, ela deve

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. O estado ..., p. 381.

²⁴⁴ Ibidem, p. 384.

²⁴⁵ Ibidem, p. 385.

²⁴⁶ Ibidem, p. 386.

possuir liberdade, exclusividade e plenitude de poderes, podendo assim expressar de fato, a vontade da nação, do povo.²⁴⁷

Pode-se se pensar então que, sendo o povo o titular da soberania bem como o titular do poder constituinte, é então o povo, por meio da Constituinte que nunca conseguiu exercer plenamente a soberania que lhe é de direito. Assim, a “solução” seria “dar” ao povo esse poder real de exercer de forma plena a soberania. Colocar o Povo no seu lugar de direito, como titular da soberania, podendo exercê-la de forma plena. E isso, segundo Bonavides, seria realizado por meio da democracia participativa.

Em várias de suas obras, principalmente no seu livro intitulado *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência: por uma Nova Hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*, Bonavides critica muito o sistema representativo da maneira como é hoje, pois voltado para atender interesses pessoais, de classes e principalmente partidário, esquecendo que o povo é o titular da soberania e quem deveria estar sendo representado. Ele critica também o presidencialismo e o neoliberalismo, defendendo que a única maneira de resolver o problema seria por meio de uma democracia participativa. Ou seja, uma posição mais atuante dos cidadãos, do povo. Neste contexto, “surge” um novo Estado, que seria o Estado democrático participativo, no qual o juiz, como legislador na medida em que cria a lei para as partes, teria um papel fundamental.²⁴⁸

Segundo o autor, a democracia participativa permite ao povo exercer adequadamente sua vontade soberana, nada além do que já determina nossa Constituição, que coloca o povo como centro da legitimidade de todos os poderes. Ou seja, é exercício constante da soberania popular. Desta forma, por meio da democracia participativa confere-se central importância para “formas políticas de maior intervenção, presença e participação direta do elemento popular, o qual imprime, assim, um grau superior de legitimidade às decisões fundamentais do governo”.²⁴⁹

Por ser a Constituição meio pelo qual se pode preservar e transformar a sociedade, e, levando em conta o fato de a Constituição brasileira de 1988 ter uma

²⁴⁷ Ibidem, p. 387.

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência: por uma Nova Hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴⁹ Ibidem, p.2.

base principiológica muito avançada, na democracia participativa o juiz aparece com um papel fundamental, e deve ser capacitado a compreender, interpretar e cumprir a norma tendo como guia uma “Nova Hermenêutica principiológica e concrecionista”.²⁵⁰

Nas palavras do autor:

A tese central (...) consiste, pois, em reivindicar um Direito Constitucional da liberdade, oxigenado de princípios e valores já incorporados nas nossas raízes e tradições de resistência e golpes (...) instalados quando a chamada democracia representativa – perpassada da crise constituinte que estalou no berço da nacionalidade – não correspondeu com seus meios jurídicos e seu dever constitucional aos anseios nacionais de alforria do povo e da sociedade.²⁵¹

Segundo Bonavides, a democracia participativa já é incorporada, de uma certa forma, em nossa Constituição, que contém uma ideia de soberania popular legítima, o que, entretanto, jamais se realizará por meio do sistema representativo como temos hoje, que mais busca os interesses de seus respectivos partidos. Além disso, deve-se ter em mente que as categorias ideológicas e políticas de países desenvolvidos nem sempre se amoldam à sociedade brasileira, não se devendo pensar somente por tal viés.²⁵²

O grande problema jurídico dos povos do Terceiro Mundo, segundo o autor, é que eles têm uma boa gama de direitos fundamentais que estão constitucionalmente garantidos, que, entretanto, não são efetivamente exercidos, praticados. A estrutura constitucional da democracia participativa, por sua vez, é composta basicamente por quatro princípios, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da soberania popular, o princípio da soberania nacional e o princípio da unidade da Constituição.²⁵³

Tais princípios só prosperam em uma sociedade aberta, ou seja, não prosperam numa sociedade governada por uma elite que se reveza no poder, e busca atender unicamente aos seus interesses e sustentada no poder por uma mídia manipuladora. Neste viés, o autor considera um dos mais importantes requisitos da democracia participativa a constitucionalização da mídia como um quarto poder da república, tornando-a um poder democrático e legítimo²⁵⁴.

²⁵⁰ Ibidem, p.4-5.

²⁵¹ Ibidem, p.7.

²⁵² Ibidem, p.8-9.

²⁵³ Ibidem, p.10.

²⁵⁴ Ibidem, p.12-13.

Faz-se mister, por conseguinte, o abraço de solidariedade do estudante com o trabalhador, da classe média com o estamento obreiro, da nação com a sociedade, a fim de que se possa, de uma vez por todas, extirpar as raízes da crise constituinte, que outra coisa não significa nem representa senão o quebrantamento e a depravação do contrato social por fórmulas políticas e desmoralizadas de governo, adversas aos interesses, às exigências e aos valores da nacionalidade e do povo, nomeadamente aqueles cristalizados na sua soberania e conservação.

As letras jurídicas carecem, pois, de renovação e rumos. A teoria constitucional da democracia participativa segue a trilha renovadora que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome privando-o de governar-se por si mesmo.²⁵⁵

O princípio da legitimidade ganha novo significado por influências da concretização de uma democracia participativa, nova hermenêutica constitucional, bem como de um novo conceito de associação política. Deste modo, irá mudar o modelo de representação, que passará a ter a participação “mais direta e efetiva da cidadania enquanto sujeito da vontade governativa institucionalizada por vias plebiscitárias”.²⁵⁶

O cidadão, como povo, assumiria todas as instâncias de poder, e assim, daria legitimidade a ele (poder). Somente assim a democracia traria a discussão para o povo, que tem sido deixado de lado pelas bancadas congressuais e organizações partidárias. Ou seja, para a vontade do povo ser legítima ela deve ser a vontade do cidadão, pois é ele “quem faz a vontade geral e concretiza o contrato social”.²⁵⁷

Segundo o autor, a democracia participativa inauguraria uma nova forma de Estado, o Estado democrático-participativo, que seria uma versão mais aprimorada do Estado social, principalmente para os países subdesenvolvidos.²⁵⁸

O Estado democrático-participativo seria uma quinta modalidade de Estado, também denominado de Estado neo-social, que surge após o Estado Liberal, o Estado socialista, Estado social e o Estado neoliberal. E vem com o objetivo de libertar os povos periféricos. Nele:

(...) o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem

²⁵⁵ Ibidem, p.14.

²⁵⁶ Ibidem, p.18.

²⁵⁷ Ibidem, p.19.

²⁵⁸ Idem.

normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.²⁵⁹

O juiz neste contexto, desempenhará um papel de juiz “boca da Constituição” e do contrato social. A função da magistratura passaria por uma grande transformação uma vez que o Poder Judiciário seria mais aberto e democrático. O juiz não seria mero aplicador da lei, mas sim intérprete, que quando estabelece a norma, é legislador, pois legisla entre as partes, devendo dar prevalência para a realidade e para os princípios em detrimento da lei formal.²⁶⁰

Assim, de acordo com Bonavides o modelo de Estado democrático participativo é o único capaz se acabar com a usurpação do poder popular, sendo, por isso, a única solução para a crise constituinte.²⁶¹

Nas palavras do autor:

A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governo, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo”. (...) a democracia participativa faz do cidadão-povo a medula da legitimidade de todo o sistema.²⁶²

Já existe no ordenamento jurídico brasileiro a tentativa de implementação de uma democracia participativa, por meio de plebiscitos, referendos e iniciativa popular, que tem, contudo, sua aplicabilidade impedida pelas elites do poder, ou seja, pelas camadas de políticos e administradores da classe dominante.²⁶³

Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetiva a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua própria essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valoração.²⁶⁴

²⁵⁹ Ibidem, p.20.

²⁶⁰ Ibidem, p.22.

²⁶¹ Ibidem, p.25 e 40.

²⁶² Ibidem, p.34-35.

²⁶³ Ibidem, p.40-41.

²⁶⁴ Ibidem, p.44.

Na democracia representativa o povo é o sujeito ativo e passivo do processo democrático. Desta forma, questionar a respeito de “quem é o povo” é fundamental pois o povo é o sujeito bem como objeto desta democracia, na qual os governados participam da formação da “vontade governativa”.²⁶⁵

Segundo Paulo Bonavides só uma nova Constituição, que seja realmente eficaz pode vencer a crise constituinte. Isto porque, segundo mostram as experiências constitucionais, uma Constituição normalmente só se cerca de legitimidade quando provém de uma revolução, que até hoje não se mostrou presente no Brasil, mas que cedo ou tarde virá. E mais, as políticas de desenvolvimento somente se tornarão efetivas no Brasil se houver a adesão por parte do povo.²⁶⁶

A teoria da democracia participativa representa uma alternativa de solução institucional para o problema da crise constituinte.²⁶⁷

O autor critica duramente também a globalização, ressaltando seus efeitos negativos em países subdesenvolvidos como o Brasil:

Em verdade, a globalização produziu já efeitos tão devastadores em nosso País, que é indeclinável restituir ao povo a soberania de que este, pela ata do contrato social, é o depositário; o povo é a nação na identidade inviolável de seus valores, é a cidadania, infensa às abdições do poder, o corpo moral da sociedade refratária ao suborno; o povo é, por igual, a memória e a alma de nossos antepassados, dizendo a esta geração que não deponha as armas, que vá ao derradeiro sacrifício, que não aceite a capitulação das elites reacionárias, que resista ao crime de lesa-pátria e traição.²⁶⁸

Para Bonavides existem duas opções, ou continuar com a Constituição e acabar com as medidas provisórias, aumentando a utilização dos mecanismos de consulta popular, sujeitando na prática todos os órgãos de governo aos limites constitucionais de responsabilidade, ou admitir a queda da Constituição. A participação, portanto, é o fundamento da democracia, que, desta forma, deve ter um governo feito pelo povo, com a máxima participação do povo.²⁶⁹

Apesar de somente um ato revolucionário, que nunca houve no Brasil, fazer nascer uma constituinte originária legítima. Pode-se adquirir tal legitimidade gradativamente, por meio da proteção e real vivência dos princípios constitucionais.

²⁶⁵ Ibidem, p.50,55,57-58.

²⁶⁶ Ibidem, p.81-82.

²⁶⁷ Ibidem, p.281.

²⁶⁸ Ibidem, p.282.

²⁶⁹ Ibidem, p.282-283.

Assim, a concretização cotidiana dos princípios do Carta Magna é a maneira de se vencer a crise constituinte.²⁷⁰

Podemos encontrar também em Celso Furtado um caminho, a partir de sua tese a respeito da interrupção da construção da nação. A construção da nação para Furtado seria incluir a população nas decisões econômicas e garantir a satisfação das necessidades básicas a todos os membros da sociedade, o que é por ele chamado de homogeneização social, e que é elemento fundamental para a cidadania e democracia.²⁷¹

Assim, pode-se pensar que, em um Estado em desenvolvimento como o Brasil, que tem uma constituição dirigente que busca transformações sociais, a superação da crise constituinte se daria por meio do cumprimento da Constituição, concluindo assim, a construção da nação.²⁷²

Na mesma linha, Bercovici afirma que devesse trazer à tona mais veementemente a democracia, sendo esta a solução para a presente ameaça de dissolução da soberania popular, do Estado e do poder constituinte do povo.²⁷³

Dalmo de Abreu Dallari sustenta que para conquistar um real Estado Democrático deve-se, entre outros fatores, **valorizar a supremacia da vontade do povo** sobre as vontades individuais ou de determinado grupo, o povo deve se “autogovernar”, ou seja, os próprios governados devem decidir a respeito das diretrizes políticas fundamentais do Estado.²⁷⁴ Para tanto deve-se considerar que:

(...) o povo é uma unidade heterogênea, sendo necessário atender a certos requisitos para que de obtenha sua vontade autêntica. Em primeiro lugar, essa vontade deve ser *livremente formada*, assegurando-se a mais ampla divulgação de todas as ideias e o debate sem qualquer restrição, (...). Em segundo lugar, a vontade do povo deve ser *livremente externada*, a salvo de

²⁷⁰ Ibidem, p.350.

²⁷¹ FURTADO, Celso. 1992. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. _____. 1999. “Os caminhos da reconstrução”. In: _____. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 27-43. Apud: BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n.88, p.305-325, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso. Acessado dia 14 de abril de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

²⁷² BERCOVICI, Gilberto. O Poder ...

²⁷³ BERCOVICI, Gilberto. O Estado de Exceção e a Garantia do Capitalismo In: _____. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 342.

²⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ideia Atual de Estado Democrático: Inadequação do Conceito Tradicional de Democracia. Flexibilidade do Estado Democrático. Supremacia da Vontade Popular. Liberdade e Igualdade do Homem Social. In: _____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303-304.

coação ou vício de qualquer espécie. É indispensável que o Estado assegure a livre expressão (...). A par disso, é preciso ter em conta que existe uma igualdade substancial de todos os indivíduos. Todo homem é um ser racional, dotado de inteligência e de vontade, sendo todos igualmente capazes de proferir julgamentos sobre fatos que presenciam e que afetam seus interesses. E como esses julgamentos sempre deverão variar, em função dos pontos de vista de quem os profira, verifica-se que é inerente à convivência humana o *direito de divergir*, e que a todos os indivíduos deve ser assegurado esse direito. É este, aliás, o fundamento do predomínio da vontade da maioria, que tem por pressuposto que a vontade de todos os indivíduos é substancialmente igual em valor.²⁷⁵ (Grifos do autor)

Considerando que a crise do poder constituinte possui pelo menos dois fatores, quais sejam, uma crise nos direitos humanos e o fato de as Assembleias Constituintes até hoje existentes não terem exercido de fato sua soberania, o que só acontecerá quando elas possuírem liberdade, exclusividade e plenitude de poderes que lhes permitam expressar a vontade do povo ao invés dos interesses da elite que está no poder, necessário se faz tomar algumas atitudes a respeito.

De primeiro plano, buscar a efetivação dos direitos humanos básicos, bem como arranjar maneiras e devolver ao povo seu efetivo exercício da soberania e titularidade do poder constituinte. Assim, o resgate da participação popular mostra-se como uma maneira de contribuição para superar a crise do poder constituinte, pois a partir de uma participação mais direta por parte do povo na criação das normas, maior grau de legitimidade elas terão. Entretanto, outro fator mostra-se tão importante quanto uma “legislação” aberta: a vivência das normas constitucionais pelo povo, efetivando assim, na prática, as normas formalmente existentes.

Observa-se, portanto, que o povo ocupa papel central na solução da crise constituinte, tanto por meio de sua participação mais direta na criação nas normas constitucionais quanto por sua práxis.

²⁷⁵ Idem.

5 CONCLUSÃO

Diante da compreensão a respeito das características, titularidade, formas de manifestação e exercício, bem como da função do Poder Constituinte e sua importância para um Estado Constitucional, e tendo em mente seu contexto histórico, e a maneira que sua teoria surgiu no século XVIII como forma de legitimação de poder e sua manifestação no Brasil, é possível concluir pela existência de uma Crise do Poder Constituinte, que se arrasta desde os primórdios da história política do país. Isto porque, constatou-se que o exercício do poder constituinte vem sendo usurpado pelas classes dominantes de seu real titular, o povo.

Outra afirmativa que se pode fazer é a de que se vive um contexto de baixa normatividade constitucional, decorrente do esquecimento dos aspectos político e social da Constituição, que se fazem presentes para além do jurídico. Isto porque, sendo o Direito Constitucional um Direito também político, seu estudo não deve ser unicamente jurídico, mas igualmente político. Assim, ao deixar tais elementos de fora da análise constitucional, automaticamente a Constituição perde sua eficácia, uma vez que é por meio da política, da prática, e da vivência de suas normas que ela vai ser concretizada.

Pode-se afirmar que a crise do Poder Constituinte, bem como a falta de efetividade das normas constitucionais no Brasil, é um problema sistêmico, que vem de todo o contexto histórico patrimonialista do país. Esse aspecto do Estado, Governo e governantes de misturar o público com o privado, utilizar do poder para perseguir interesses pessoais, reiterando práticas de corrupção, prejudica, entre outras coisas, a crença das pessoas não só no Governo, mas também em tudo que dele decorra, incluindo a Constituição.

Todo esse cenário faz com que grande parte da população não se sinta abrangido pelo “sistema”, ou seja, não se sinta parte realmente integrante daquela comunidade, e como consequência, não vivencia as normas que regem a comunidade, as normas constantes na Constituição. Por esta razão a democracia, bem como a efetivação dos direitos fundamentais são fatores essenciais para que haja tal vivência das normas, pois “incluindo” as pessoas na comunidade, elas passam a se sentir partícipes do todo, parte integrante do **povo**, e assim, também responsáveis.

A partir desta pesquisa foi possível concluir que existe uma relação entre a Crise do Poder Constituinte e a baixa normatividade Constitucional no Brasil e que o povo tem papel de extrema importância na solução do problema. Em outras palavras, muitos são os fatores que contribuem para a baixa normatividade da Constituição, e uma delas é a crise do Poder que cria a Carta Magna. Isto porque, tanto as teorias constitucionais quanto as respectivas Constituições que existiram no Brasil foram adequadas à realidade oligárquico-patrimonialista da época e aos interesses dos grupos que exerciam o poder com o transcorrer do tempo. O mesmo pode-se afirmar do órgão responsável por exercer o Poder Constituinte, “criar” a Constituição: a Assembleia Nacional Constituinte. Desta via, o povo, real titular da soberania e do poder constituinte foi deixado de lado, retirando a legitimidade da Assembleia Nacional para exercer a função Constituinte.

Assim, se o próprio “criador” sofre uma crise de legitimidade, sua “criação” (a Constituição) já nasce com carência de legitimidade. Deixando o povo de lado, ele não se sente parte responsável pela norma ou abrangido por ela, não dando a devida importância, e, portanto, não a praticando, fator que contribui para a existência de uma baixa efetividade da Constituição. Desta forma, a superação da crise do poder constituinte acaba por contribuir também para a superação da baixa normatividade constitucional, ao passo que o povo, possuindo papel central de atuação, quando participa ativamente do exercício do poder constituinte, e quando se sente responsável pela vivência e concretude das normas constitucionais, acaba por efetivar a Constituição, restaurando sua força normativa. Ou seja, é ele, povo, como titular da soberania e latência do poder constituinte originário, a força capaz de impulsionar, dar vida e efetividade à Constituição.

Segundo o constitucionalismo contemporâneo, as promessas constitucionais são o caminho para a consolidação dos regimes democráticos. Para que se viva em democracia, deve-se construir um espaço de pertencimento e responsabilização pelo outro. Assim, para que se possa concretizar a Constituição, deve-se compreender que a democracia, bem como as promessas constitucionais, só será efetivada se houver o resgate do sentido da vida em comunidade, do sentimento de pertencimento e reconhecimento, por parte de seus destinatários, dos direitos de todos e de cada um.

Deve-se buscar a legitimação material de suas normas a partir da vivência de seus destinatários.²⁷⁶

Para implementar a democracia não são suficientes as normas, e o Judiciário não é a resposta para todos os problemas do Estado. É necessário que haja a recuperação do vínculo da Constituição com a realidade social, bem como alargar para outros espaços, a discussão da normatividade constitucional. Em outras palavras, é indispensável amplo comprometimento político e social por parte do povo.²⁷⁷

Povo, aqui entendido como a população como um todo, todos os indivíduos que se encontram no território abrangido pela norma. Povo que é, em um Estado Democrático, o titular da soberania e, portanto, do poder constituinte, e quem deve exercê-los direta e ativamente, participando tanto na criação das normas quanto em sua efetivação, por meio da práxis. Ou seja, o resgate da participação popular colabora para a superação da crise do poder constituinte, uma vez que, quanto maior a participação do povo na criação da norma, maior será seu grau de legitimidade e mais responsável o povo se sentirá em cumpri-la.

Importante também buscar a efetivação dos direitos humanos básicos, isto porque, uma crise dos direitos humanos é uma crise do próprio Estado e conseqüentemente do poder constituinte. Infelizmente se sabe da falta de interesse do poder público em prover condições básicas de existência para a população, e principalmente de educação, o que contribuiria muito para uma emancipação de pensamentos e crenças e conseqüentemente maior facilidade de compreensão e questionamento do contexto no qual se encontra. Entretanto, apesar de tal carência, entende-se aqui que a “educação política formal” não é condição de existência para um “sentir constitucional”. O povo, independente das condições de vida que enfrente, tem condições de se reunir e se unir politicamente, de se organizar e de ter força transformadora.

Até porque, se for se pensar no sistema representativo da maneira como se tem hoje em dia, o conhecimento técnico não é dominado pelos governantes, que quando precisam tomar alguma decisão a respeito de um tema específico contam com esclarecimentos de especialistas.

²⁷⁶ FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. **Direito ...**, p. 134.

²⁷⁷ Ibidem, p. 156.

Não se buscou com esta pesquisa esgotar o assunto a respeito do poder constituinte ou da normatividade constitucional, nem mesmo negar outras formas de efetivação da Constituição, como a atuação do Judiciário, mas buscou-se demonstrar que a Constituição e o Direito Constitucional não possuem um âmbito exclusivamente jurídico, são essencialmente políticos e sociais. E ainda, evidenciar a importância e potencialidade que tem o povo como efetivador da Constituição.

Conclui-se assim, que a questão da falta de normatividade e efetividade constitucional, para além de ser um problema jurídico, é também um problema político e social, devendo sua solução, ser encontrada em todos os campos mencionados. Por isso, a participação do povo como efetivador da Constituição é essencial, visto que é justamente a vivência das normas constitucionais, que conferem à Constituição efetividade, e quem as vive, são as pessoas, a sociedade.

Para tanto, necessário se faz ampliar os espaços públicos democráticos de discussão, incentivar as associações de pessoas e acreditar no potencial transformador da sociedade articulada, fortalecendo o “sentimento constitucional” e a “vontade de Constituição”, universalizando a vivência das normas constitucionais e consolidando a eficácia da Constituição. Evidente restou, portanto, a importância da prática, bem como a participação mais efetiva do povo, no que diz respeito às normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva (Editores). **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

_____. O Estado de Exceção e a Garantia do Capitalismo In: _____. **Soberania e Constituição**: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 290-344.

_____. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n.88, p.305-325, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso. Acessado dia 14 de abril de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

BONAVIDES, Paulo. O estado brasileiro e a Constituição de 1988. In: _____. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 361-391.

_____. O poder constituinte. In: _____. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141-169.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência: por uma Nova Hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder constituinte. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (coautores). **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.117-151.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em: 24 de outubro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, [S.l.], n. 15, p. 07-17, [2000?].

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ideia Atual de Estado Democrático: Inadequação do Conceito Tradicional de Democracia. Flexibilidade do Estado Democrático. Supremacia da Vontade Popular. Liberdade e Igualdade do Homem Social. In: _____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 299-306.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. Contribuições do princípio da fraternidade para a normatividade constitucional. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Orgs.). **Direito e fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Ibidem, p. 131-159.

_____. O problema da Normatividade Constitucional. In: _____. **Função Social da Empresa & Economia de Comunhão: Um Encontro à Luz da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 104-126.

FURTADO, Celso. 1992. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. _____. 1999. “Os caminhos da reconstrução”. In: _____. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 27-43. Apud: BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n.88, p.305-325, 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso. Acessado dia 14 de abril de 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto (orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 375-385.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Traduzido por Peter Naumann.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (coautores). **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97-165.