ANO IV – N.º 08

# JUS SCRIPTUM

## Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

*Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*

JAN/MAR
2008

Revista Jurídica
NELB

# Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:
João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:
Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal

# Poder Constituinte

Luís Roberto Barroso
Doutor e livre-docente em Direito pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil,
Mestre em Direito pela Yale Law School, Estados Unidos,
Professor Titular de Direito Constitucional da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil,
Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado

**SUMÁRIO:** 1. Nota prévia. 2. Conceito, origens e generalidades. 3. Processos constituintes e modelos constitucionais. 4. Titularidade e legitimidade de poder constituinte. 5. Natureza e limites do poder constituinte; 5.1. Condicionamentos pré-constituintes; 5.2. Condicionamentos pós-constituintes. 6. Procedimento. 7. Poder constituinte e legitimidade democrática. Conclusão.

## 1. NOTA PRÉVIA

No Brasil, somos todos discípulos do Professor Jorge Miranda. Ao longo da década de 80, livramo-nos do regime autoritário e passamos a ter uma Constituição democrática. Mas ainda não tínhamos uma massa crítica de teoria constitucional democrática, capaz de atender às demandas doutrinárias e práticas de um novo tempo. Portugal, ao revés, superada a turbulência dos primeiros anos que se seguiram à Revolução dos Cravos, já percorria uma trajetória firme rumo à maturidade constitucional. Por todas as razões, os constitucionalistas brasileiros voltaram seus olhos para seus colegas portugueses.Dentre eles destacava-se, desde a primeira hora, o Professor Jorge Miranda. Em primeiro lugar, por motivos acadêmicos: sua produção científica é notável, vertida em uma linguagem densa, didática, superlativamente clara. Não há professor de direito constitucional no Brasil que não tenha se beneficiado, em suas aulas e em seus escritos, dos primorosos volumes do seu *Manual*. A segunda razão para o sucesso do Professor Jorge Miranda entre nós é de natureza pessoal: seu modo de ser singular, afável e carismático deixa uma legião de amigos por onde passa.

A teoria constitucional e o direito constitucional vivem, no Brasil, um período de virtuosa ascensão científica e institucional. Aos vinte anos da Constituição de 1988, desenvolveu-se no país uma nova geração de constitucionalistas que se dedicam ao seu ofício com seriedade científica e espírito democrático. Felizmente, já temos uma produção acadêmica que exibe crescente qualidade. Pois mesmo nesse ambiente, o Professor Jorge Miranda continuou a ser uma referência, pela maturidade e consistência das suas posições, testadas ao longo do tempo.

Ao incluir-me, modestamente, no grupo extenso e diversificado de amigos que possui no Brasil, envio ao Professor Jorge Miranda, do lado de cá do Atlântico – onde as conquistas civilizatórias do constitucionalismo exigem militância diária para sua preservação – minha mensagem de afetuosa admiração.

## 2. CONCEITO, ORIGENS E GENERALIDADES[1]

[1] Alguns trabalhos de relevo sobre o tema podem ser destacados: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*, 2002; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995; SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, 2001; BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999; ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003; SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*, 1986; SUR,

Assim como é possível falar de uma Constituição *histórica*, cuja existência antecedeu à compreensão teórica do fenômeno constitucional, também o poder constituinte, como intuitivo, está presente desde as primeiras organizações políticas. Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições. A *teoria* do poder constituinte, envolvendo especulações acerca de sua natureza, titularidade e limites, é que só recebeu elaboração em época mais recente[2]. Seu desenvolvimento remonta ao advento do constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo. As noções de poder constituinte, soberania e legitimidade política iniciam sua longa e acidentada convivência.

A primeira Constituição escrita do mundo moderno foi a americana, elaborada pela Convenção da Filadélfia, de 1787. Fora precedida por diversas constituições estaduais das antigas colônias inglesas na América do Norte[3]. E, antes delas, por inúmeras declarações de direitos[4]. Não houve, nos Estados Unidos, um debate prévio mais sofisticado acerca do tema do poder constituinte e suas implicações. A Constituição surgiu como um fato histórico, obra de estadistas e legisladores, não de filósofos[5]. É certo que, *a posteriori*, já durante o processo de ratificação, produziu-se um conjunto de escritos explicativos do documento aprovado, que viriam se tornar – reunidos em um volume – um clássico da ciência política[6]

A Constituição francesa de 1791 foi contemporânea da Constituição americana, mais por coincidência histórica do que por afinidades nas suas causas e conseqüências. Nos Estados Unidos, a Constituição foi o momento de conclusão de um processo revolucionário – ou, mais propriamente, da emancipação da colônia em relação à metrópole. Na França, ao revés, o processo constituinte deflagrou o movimento revolucionário, que teve como marco inicial a

---

Emmanuel. Le pouvoir constituant n'existe pas! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple. In: *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, La Constitution et les valeurs*, 2005; FURET, Fraçois e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1989; HELLER, Herman. *Teoria del Estado*, 1987; OTTO, Ignácio de. *Derecho : sistema de fuentes*, 1998; ELSTER, Jon. *Ulysses unbound*, 2000, e "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze anos de Constituição*, 2004; SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*, 2000; STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, 1985; ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005; DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, András e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003; DUHAMEL, Olivier e MÉNY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*, 1992; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999; FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*, 1981; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002; e JACKSON, Vicki e TUSHNET, Mark. *Comparative constitutional law*, 1999.

[2] V. por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 141: "Cumpre todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria. Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política".

[3] Antes da Constituição norte-americana de 1787, diversas das colônias já haviam promulgado constituições, algumas mais de uma vez. Confira-se: Delaware (1776), Maryland (1776), New Hampshire (1776), New Jersey (1776), North Carolina (1776), Georgia (1777), Pennsylvania (1776), South Carolina (1776 e 1778), Virginia (1776), New York (1777), Vermont (1777 e 1786), Massachusetts (1780).

[4] *E.g.*, a Declaração de Virginia é de 12 de junho de 1776.

[5] PANGLE, Thomas L. The philosophic understanding of human nature informing the Constitution. In: Allan Bloom (ed.). *Confronting the Constitution*, 1990, p. 9. V. tb. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 43.

[6] HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The federalist*. V. edição com introdução e comentários históricos de POLE, J.R., 2005.

convocação dos Estados Gerais e sua conversão em assembléia nacional constituinte[7]. Foi nesse ambiente que Sieyès desenvolveu e divulgou a formulação teórica que o tornaria célebre[8].

Em opúsculo clássico, intitulado *Qu'est-ce que le Tiers État?*, escrito no curso do processo revolucionário francês[9], Emmanuel Joseph Sieyès[10] apresentou as reivindicações do Terceiro Estado (a rigor, da burguesia) em face dos estamentos privilegiados, sobretudo a aristocracia[11]. Após identificar o Terceiro Estado com a nação, formulou ele a distinção essencial entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte, incondicionado e permanente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural. O poder constituído, por sua vez, receberia sua existência e suas competências do primeiro, sendo por ele juridicamente limitado. Estavam assentadas as bases políticas da supremacia constitucional[12]. Para dar viabilidade prática à teoria e legitimar a Assembléia Nacional como poder constituinte, Sieyès afastou-se da doutrina rousseauniana da *vontade geral* e da necessidade de participação direta de cada indivíduo, substituindo-a pelo conceito de *representação política*[13]. A soberania popular rousseauniana foi substituída pela idéia de "soberania nacional"[14].

---

[7] Relembre-se o quadro histórico. O Antigo Regime encontrava-se em declínio e uma grave crise econômica, política e social afetava a França. Os tributos que oneravam o Terceiro Estado não eram suficientes para custear as despesas, que incluíam a dispendiosa corte de Versalhes, um exército mercenário e as guerras freqüentes na disputa pela hegemonia européia. O clero e a nobreza resistiam às reformas fiscais pretendidas por Luís XVI e pressionaram pela convocação dos Estados-Gerais. "Com isso, não só o absolutismo seria liquidado, como também os privilégios da nobreza e do clero. Sem perceber, a aristocracia abriu sua própria cova". V. KOSHIBA, Luiz e PEREIRA, Denise Frayse. *História do Brasil*, 1993, p. 123. V. FURET, François e OZOUF, Mona. *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, 1988.

[8] Comemorando o seu próprio feito, afirmou Sieyès: "Uma idéia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a Ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses". Esta passagem se encontra em MALBERG, Carré de. *Contribution à la theorie générale de l'État*, 1922, p. 512; e também em KRÜGER, H. *Allgemeine Staatslehre*, 1966, p. 921, *apud* STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal alemana*, 1987, p. 315.

[9] Há uma versão em português, sob o título de *A constituinte burguesa*, 1986, organizada por BASTOS, Aurélio Wander, que averbou na Introdução: "O livro não antecede à Revolução, nem ao menos lhe sucede: sua dinâmica é a dinâmica da própria Revolução".

[10] À época simples cônego de Chartres, Sieyès tinha dificuldades em ascender na carreira eclesiástica além de um certo ponto, por não ter ascendência nobre. De modo que trazia em si esse ressentimento por ocasião da convocação dos Estados Gerais, em 1788. Sua percepção do momento revolucionário e seus escritos sobre o tema tornaram-no o primeiro e mais profundo teórico da revolução francesa. Teve intensa participação política em diferentes fases do processo revolucionário, inclusive em um de seus últimos atos, que foi a transferência do poder a Napoleão Bonaparte. V. FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1988, p. 328 e ss.

[11] O argumento do livro é construído em torno da resposta a três perguntas: 1ª. O que é o Terceiro Estado? Tudo. 2ª. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3ª. O que é que ele pede? Ser alguma coisa. Na seqüência, Sieyès formula os três pedidos ("petições") que superariam a servidão e a humilhação do povo: I. Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado; II. Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero; III. Que os Estados Gerais votem por cabeças e não por ordem.

[12] Além de estabelecer a fundamentação política da supremacia constitucional, Sieyès foi também um dos primeiros a propor a criação de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade das leis. Trata-se do chamado "Júri constitucional". Em seu pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, Sieyès defende que esse tribunal deveria ter como atribuições "1ª – vigiar e guardar com fidelidade o depósito constitucional; 2ª – atender, ao abrigo das paixões funestas, às ideas que possam servir para aperfeiçoar a Constituição; 3ª - oferecer à liberdade civil uma tutela de equidade natural naquelas ocasiões graves em que la Lei tenha esquecido sua justa garantia." V. SIEYÈS, Emmanuel Sieyès. Opinion de Sieyès sobre las atribuciones y organización del tribunal constitucional. Pronunciado en la Convención nacional el 18 de Thermidor, año III de la República. In.: *De la revolución. Estudio preliminar*, s.d., p. 277.

[13] Sobre o tema, v. dentre muitos, VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, p. 32; FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*, 1988,

Estas, portanto, as origens históricas modernas do poder constituinte e de sua teoria. Em pouco mais de duzentos anos de existência, o conceito conservou seu núcleo essencial, mas sofreu variações significativas de conteúdo. Trata-se do poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição[15]. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política e sua legitimidade repousa na soberania popular. Modernamente, a reaproximação entre o Direito e a Ética, assim como a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inspiram a percepção da existência de limites ao poder constituinte, a despeito das dificuldades teóricas que o tema suscita e das complexidades de sua efetivação.

Na seqüência do capítulo, faz-se o registro de alguns ciclos e experiências históricas que merecem destaque, bem como a análise de questões recorrentes na teoria do poder constituinte: *quem* o exerce (titularidade), *como* o exerce (procedimento), com qual *fundamento* (natureza) e dentro de que *condicionamentos* (limites).

## 3. PROCESSOS CONSTITUINTES E MODELOS CONSTITUCIONAIS

Desde o surgimento do Estado liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização, com a elaboração de Constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas. Um autor identificou sete ciclos diversos[16]:

1. Entre 1780 e 1791, inúmeros Estados americanos, inclusive os Estados Unidos da América, assim como a Polônia e a França elaboraram constituições escritas;

2. Em 1848, um conjunto de revoluções ocorridas na Europa produziu constituições em mais de cinqüenta países, levando em conta, para esse fim, os inúmeros pequenos Estados que viriam a constituir a Itália e a Alemanha;

3. Após a 1ª. Guerra Mundial, foram criados ou recriados Estados como a Polônia e a Tchecoslováquia, e na Alemanha entrou em vigor a Constituição de Weimar;

4. Após a 2ª. Guerra Mundial, as nações derrotadas adotaram novas Constituições, sob tutela mais ou menos estrita dos aliados;

5. Com o fim dos impérios coloniais, uma nova onda se formou. Começou com Índia e Paquistão, na década de 40, e chegou ao seu ápice ao longo da década de 60, envolvendo países como Costa do Marfim, Gana e Nigéria;

6. Com o fim das ditaduras no sul da Europa, nos anos 70, Portugal, Espanha e Grécia ganharam novas constituições democráticas;

---

p. 328 e ss.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 21 e ss; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 145: "Engenhosamente, trata pois Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as conseqüências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau. A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção)".

[14] Para SIEYÈS, *A constituinte burguesa*, 1986, p. 69, a nação é "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura". A preocupação de Sieyès era com a superação dos privilégios feudais. Uma nação de iguais poderia, portanto, ser representada pelos mesmos legisladores, não sendo necessária a participação direta do povo nem no momento de aprovação da constituição nem tampouco na atividade legislativa ordinária.

[15] Sobre o ponto, assinale-se a distinção feita por MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 357: "(Discernimos) um poder constituinte material e um poder constituinte formal; distinguimos entre um poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais..

[16] ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 368 e ss. A identificação de ciclos não tem, naturalmente a pretensão de incluir todos os eventos constituintes, mas apenas os momentos de especial significação.

7. E, por último, com o fim das ditaduras latino-americanas, na década de 80, e com a derrocada do comunismo na Europa oriental e central, na virada para a década de 90, inúmeros países adotaram novas constituições.

Do exame dos eventos históricos referidos, é possível determinar e sistematizar os cenários políticos em que mais comumente se dá a manifestação do poder constituinte, com a elaboração de novas constituições. São eles: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado (normalmente pela emancipação de uma colônia ou pela libertação de algum tipo de dominação); c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. O poder constituinte se diz *fundacional* ou *pós-fundacional*, conforme resulte na formação originária de um Estado ou apenas na reordenação de um Estado pré-existente. Contemporaneamente, o mundo assiste ao processo de criação de uma Constituição pela via do tratado internacional, como se passa na União Européia. Trata-se, todavia, de fenômeno ainda inacabado e que enfrenta momentos de incerteza[17].

A *revolução* está na origem do constitucionalismo moderno[18]. A experiência inglesa, embora tenha tido a marca da "Revolução Gloriosa", não se ajusta bem às categorias aqui exploradas, haja vista a natureza histórica e evolutiva de sua Constituição, que não teve um *marco zero* consubstanciado em uma carta escrita. A Constituição americana, por sua vez, elaborada mais de dez anos após a Declaração de Independência, ajusta-se mais adequadamente ao segundo cenário – criação de um novo Estado, após a libertação do jugo colonial. Desse modo, das três experiências precursoras iniciais do constitucionalismo liberal, revolucionário mesmo foi o ambiente em que elaborada e aprovada a Constituição francesa de 1791. Na experiência constitucional recente, também teve origem revolucionária, embora menos dramática, a Constituição portuguesa de 1976[19]. Para fins de sistematização, enquadram-se nesse cenário as constituições elaboradas após golpes de Estado, marca indelével do constitucionalismo latino-americano do século XX[20].

---

[17] Sobre o tema, vejam-se ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005, p. 17; e DORSEN, Norman *et al.*, *Comparative constitutional law*, 2003, p. 72. Em visão mais analítica dos diferentes cenários, assinalou ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 371: "Identifico um número variado de circunstâncias que induzem ao processo de elaboração de uma constituição. Primeiro, uma crise social ou econômica, como na elaboração da Constituição americana de 1787 ou da Constituição francesa de 1791. (...) Segundo, há a revolução, como na elaboração da Carta da França de 1830 ou das Constituições da França e da Alemanha de 1848. Terceiro, há o colapso do regime, como na elaboração de novas constituições no sul da Europa em meados dos anos 70 e na Europa oriental no início dos anos 90. Quarto, há o temor do colapso do regime, como na elaboração da Constituição francesa de 1958, que foi imposta por de Gaulle sob a sombra de uma de uma rebelião militar. (...) Quinto, há a derrota na guerra, como na Alemanha após a 1ª. e a 2ª. Guerra, ou na Itália e no Japão após a 2ª. Sexto, há a reconstrução após a guerra, como na França em 1946. Sétimo, há a criação de um novo Estado, como na Polônia e na Tchecoslováquia após a 1ª. Guerra Mundial. Oitavo e finalmente, há a liberação do regime colonial, como nos Estados Unidos em 1776 e em muitos países do terceiro mundo após 1945".

[18] Sobre o conceito de revolução, v. ARENDT, Hannah. *On revolution*, 1986. V. tb. DAHRENDORF, Ralph. *Reflexões sobre a revolução na Europa*, 1993, p. 14.

[19] Comentando o tema da revolução como fenômeno constituinte, escreveu MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 361-2: "[P]or causa da Revolução francesa e, em menor medida, das Revoluções portuguesa de 1640, inglesa de 1688 e americana, e por causa da mudança de mentalidades que as prepara ou acompanha – passa a ser encarada não tanto pelo seu sentido negativo quanto pelo seu sentido positivo. Passa a ser encarada não tanto como substituição de um governo por outro quanto como criação de uma ordem nova – o que está, seguramente, ligada à prevalência das formas modernas de legitimidade legal-racional sobre as formas anteriores de legitimidade tradicional (na acepção de Max Weber). (...) A revolução não é o triunfo da violência; é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper".

[20] No Brasil, por exemplo, as Constituições de 1934, 1946 e 1967 seguiram-se à deposição de governos. A atribuição de caráter revolucionário a golpe de Estado foi o fundamento inicial do regime militar implantado a

A *criação de um novo Estado*, normalmente pela emancipação em relação a um poder externo dominante, também constitui cenário típico. A partir da era dos descobrimentos, potências européias se expandiram por diferentes partes do mundo, formando colônias inglesas, francesas, holandesas, espanholas e portuguesas. O processo de emancipação desses Estados coloniais levou a uma intensa produção constitucional, tendo por marco inicial os Estados Unidos, ainda no século XVIII. Ao longo do primeiro quarto do século XIX, a maior parte das colônias espanholas na América Latina se tornou independente, aprovando constituições. O Brasil libertou-se de Portugal em 1822, adotando sua primeira Constituição em 1824. Colonizados em um momento posterior, os países da Ásia e da África tornaram-se independentes após a 2ª. Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, iniciando-se com Índia e Paquistão, em 1947, e encerrando-se com Angola e Moçambique após a Revolução portuguesa de 1974. Na última década do século passado, inúmeros novos países se formaram, com a desintegração da Iugoslávia[21] e da União Soviética[22].

Ao longo do século XX, a *derrota na guerra* foi fator de reconstitucionalização de diversos países. Ao fim da 1ª. Guerra Mundial, a Alemanha adotara a Constituição de Weimar, de 1919. A derrota na 2ª. Guerra Mundial levou à elaboração de novas constituições nos três grandes derrotados: Alemanha, Japão e Itália. Na Alemanha, as potências aliadas vitoriosas impuseram a adoção de uma Constituição que satisfizesse condições mínimas relativas à forma federal de governo e à preservação dos direitos e liberdades individuais[23]. Em maio de 1949 foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn. No Japão, houve interferência direta das forças de ocupação, especialmente dos Estados Unidos, induzindo à adoção de um modelo democrático, com a proteção de direitos individuais e a limitação dos poderes do imperador[24]. A Constituição do Japão entrou em vigor em maio de 1947. Na Itália, Mussolini havia sido deposto em 1943, tendo o governo do Marechal Badoglio firmado a paz com os aliados e declarado guerra à Alemanha. Após um plebiscito que decidiu pela implantação da República, a Constituição italiana entrou em vigor em janeiro de 1948.

O cenário de *transição política pacífica* dominou a elaboração constitucional no último quarto do século XX. A experiência da Espanha, após a morte de Franco, em 1975, é considerada o exemplo paradigmático de transição de um Estado autoritário para uma democracia constitucional. A Constituição espanhola em vigor é de dezembro de 1978. Na América Latina, o Brasil foi o modelo de transição bem sucedida, numa travessia pacífica

---

partir de 1964, quando da edição do Ato Institucional n. 1: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do poder constituinte. Èsse se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do poder constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como poder constituinte, se legitima por si mesma". Para uma interessante análise comparativa entre o constitucionalismo americano e o latino-americano, com ênfase no contraste entre "rule of the law" e "golpismo", v. ROSENN, Keith. The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation, *Inter-Amarican Law Review 22:*1, 1990.

[21] Após ser dividida em 1991, a antiga Iugoslávia deu origem às seguintes unidades territoriais: Croácia; Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Macedônia e Sérvia e Montenegro. Está última se dividiu novamente em 2006, dando origem às Repúblicas da Sérvia e de Montenegro.

[22] Após a dissolução da União Soviética, em 25 de dezembro de 1991, 15 novos Estados viriam ingressar ou reingressar na ordem internacional. São eles: Armênia, Azerbaijão Bielorrússia, Casaquistão, Estônia, Geórgia, Letônia, Lituânia, Moldávia, Quirguistão Rússia, Turcomenistão, Tajiquistão, Ucrânia e Uzbequistão.

[23] Muitos estudiosos concordam que estas "condições mínimas" impostas coincidiam com as idéias que já vinham sendo desenvolvidas pelos próprios alemães. V. JACKSON e TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 1999, p. 258.

[24] V. DORSEN, Norman *et al.*, *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 72-3. V. tb. JACKSON e TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 2003, p. 259: "O ante-projeto inicial do que veio a se tornar a Constituição foi preparado por um pequeno grupo de juristas americanos no gabinete do General Macarthur, Comandante Supremo das Potências Aliadas, sob ordens para estabelecer a proteção dos direitos humanos, manter o imperador mas submetê-lo a controle popular, renúncia às soluções bélicas e eliminação dos resíduos aristocráticos".

entre o ocaso do regime militar e a Constituição de 5 de outubro de 1988. Igualmente pacífica foi a transição política e a reconstitucionalização de inúmeros países da Europa oriental após o fim do comunismo, incluindo países como Polônia, Hungria, Romênia e Bulgária, que promulgaram novas constituições ou reformaram substancialmente as já existentes[25]. Na África do Sul, a transição do regime de *apartheid* para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997.

Por fim, uma menção ao cenário do tratado-constituição. Em 29 de outubro de 2004, foi assinado em Roma, por representantes de 25 Estados Europeus[26], o "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa". Movido pela ambição de instituir algo próximo a um "Estado europeu", o propósito do tratado é criar uma nova União Européia, que venha a suceder juridicamente à Comunidade Européia, criada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e à União Européia, criada pelo Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992[27]. A idéia de um tratado-constituição, suas relações com as Constituições de cada Estado-membro e a discussão sobre a existência ou não de uma identidade comum entre os diferentes povos que compõem a Europa suscitam um conjunto amplo de debates acerca das possibilidades e limites de um projeto dessa natureza[28]. Este não é o espaço para desenvolver essa reflexão. Além disso, o projeto de criação de uma Constituição européia foi abalado por sua não ratificação, no ano de 2005, em referendos levados a efeito na França e na Holanda.

Em meio a muitas ondas constitucionais e cenários constituintes, alguns modelos de Constituição se destacaram, seja por sua importância em si para os Estados por elas organizados, seja pela influência que exerceram sobre as Cartas elaboradas por outros países. Em registro esquemático, são elas:

a) a *Constituição inglesa.* O modelo inglês de Constituição não-escrita, desenvolvida historicamente por um processo evolutivo – e não por ato constituinte – ainda simboliza uma experiência de sucesso, apesar de não poder ser reproduzida com viabilidade por outros povos. A denominada "democracia de Westminster" tem como marca a supremacia do Parlamento e a ausência de controle de constitucionalidade das leis, apesar de alguns temperamentos recentes (v. *supra).* No mundo contemporâneo, praticamente todos os Estados possuem um documento escrito denominado Constituição, salvo as exceções sempre lembradas: Reino Unido, Israel e Nova Zelândia.

b) a *Constituição francesa de 1958.* Elaborada em uma conjuntura de crise política e militar e submetida a um processo de ratificação popular, esta Carta merece destaque pelo papel que desempenhou e por suas singularidades, antes que por sua influência para além da própria França. Instituidora da 5ª. República, criou um modelo semi-parlamentarista (no qual o Presidente passou a ser eleito diretamente, sendo titular das competências políticas mais importantes) e previu uma forma peculiar de controle de constitucionalidade prévio, exercido por um Conselho Constitucional.

No início do século XXI, os dois modelos constitucionais mais influentes são:

a) a *Constituição americana.* O primeiro sinal explícito de seu sucesso é a duração: o texto sintético, escrito com a linguagem aberta das cláusulas gerais e dos princípios, vigora desde sua ratificação, em 1791, tendo sofrido apenas 27 emendas. Instituições inovadoras,

---

[25] A Romênia e a Bulgária, por exemplo, promulgaram novas Constituições em 1991. A Hungria promoveu alterações substanciais ao texto já existente, de 1949. O mesmo ocorreu na Polônia, que adotou um Ato Constitucional, em 1992, destinado a vigorar em substituição à Constituição de 1957 e até a promulgação de uma nova Carta, o que veio ocorrer em 1997. Sobre o tema, na literatura jurídica brasileira, v. CERQUEIRA, Marcelo. *A constituição na História*, 2007.

[26] Além dos 25 Estados que já integram a União Européia, o documento foi assinado, também, por representantes da Bulgária, Romênia e Turquia.

[27] V. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Constituição européia*, 2004, Prefácio.

[28] Sobre o tema, v. ROSENFELD, Michel. The problem of 'identity' in Constitution-making and constitutional reform. In: *Social Science Research Network* (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005, p. 20-1.

como o federalismo, um modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (*judicial review*), aliadas à supremacia econômica e militar que os Estados Unidos passaram a exercer após a 2ª. Guerra, inspiraram inúmeras Cartas mundo afora, inclusive no Brasil, onde sua influência está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

b) a *Constituição alemã*. A Lei Fundamental de Bonn desempenhou papel notável na superação do trauma do nazismo pelo povo alemão[29]. A atuação do Tribunal Constitucional Federal foi fonte de uma jurisprudência rica e protetiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais, tornando-se referência para inúmeros Estados que se reconstitucionalizaram após a 2ª. Guerra Mundial. Especialmente nos países herdeiros da tradição jurídica romano-germânica, como Portugal, Espanha e Brasil, o pensamento constitucional alemão desempenhou um papel marcante na reconstrução teórica de um direito constitucional democrático.

## 4. TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete. Dificilmente será possível falar na vigência de uma Constituição onde haja desobediência ampla e generalizada. Na sua essência, portanto, o poder constituinte consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância[30]. Nesta acepção, consiste ele em uma situação de fato[31]. Todo exercício de autoridade, no entanto, precisa ser justificado, necessita de um fundamento que o legitime. Historicamente, essa justificação foi buscada em fatores diversos: a força bruta, o poder divino, o poder dos monarcas, a nação, o povo[32].

---

[29] A esse propósito, escreveu ACKERMAN, Bruce. "The rise of world constitutionalism", *Yale Law School Occasional Papers 3*:6 1997: "É impossível compreender o notável sucesso do Tribunal Constitucional Federal – tanto em termos de sua jurisprudência como em termos de sua efetiva autoridade – sem reconhecer que a Lei Fundamental se tornou, para a sociedade em geral, um símbolo do rompimento da nação com o passado nazista. (...) Em lugar de ser um símbolo positivo de um novo começo, a Lei Fundamental poderia muito bem ter tido o mesmo destino do Tratado de Versalhes ou da Constituição de Weimar, tornando-se símbolos da desgraça nacional, a ser descartado na primeira oportunidade".

[30] O caráter de decisão política com força impositiva é enfatizado por SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, 2001, p. 93: "Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. (...) Uma Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apóia em uma decisão política...". Veja-se, todavia, já em HELLER, Herman. *Teoria del Estado*, 1987, cuja 1ª. edição é de 1934, referência à necessidade de aceitação e justificação desse poder: "A questão da legitimidade de uma Constituição não pode, naturalmente, contestar-se referindo-se a seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Mas, por outro lado, uma Constituição precisa, para ser Constituição, é dizer, algo mais do que uma relação fática e instável de dominação, para valer como uma ordenação conforme ao direito, de uma justificação segundo princípios éticos de direito".

[31] V. a propósito, CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 65: "[N]o fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de 'poder', de 'força' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política".

[32] Exemplo interessante de exercício do poder constituinte como força material impositiva, cumulado com um esforço de justificação, é o já citado Ato Institucional n.1, editado pouco após o movimento militar de 1964 pelo "Comando Supremo da Revolução", cuja redação é atribuída a Francisco Campos: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Esta se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto esteja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação

Portanto, o debate acerca da titularidade do poder constituinte, na teoria constitucional, não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética. Trata-se de uma discussão acerca da legitimidade do poder, o que significa, em última análise, definir em quem repousa a soberania. Ao contrário dos atos infraconstitucionais e infra-legais, que se sujeitam a um controle de validade em face da Constituição e das leis, a atuação do poder constituinte não é limitada pela ordem jurídica pré-existente. Diante disso, só é possível aferir se ele é legítimo ou não, vale dizer, se corresponde aos valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política[33].

Em um estágio mais primitivo da história da humanidade, o poder se legitimava na *força bruta*. A capacidade de um indivíduo sobrepujar fisicamente os demais conferia-lhe ascendência sobre o grupo. A supremacia física dava a ele, igualmente, capacidade de melhor proteger a coletividade contra as ameaças externas, fossem as da natureza, dos animais ou a de outros grupos humanos. O processo civilizatório consiste em um esforço de transformação da força em Direito, da dominação em autoridade[34]. Esta conversão da força bruta em poder legítimo se dá, sobretudo, pela definição e observância dos valores supremos do grupo e pelos mecanismos de obtenção do consentimento e da adesão dos destinatários do poder. Nada obstante, a força e o poder, nem sempre acompanhados da justiça, são parceiros inseparáveis em todas as sociedades políticas[35].

O caráter *divino* do poder foi outro fundamento histórico de sua justificação[36]. Pelos séculos afora, a titularidade do poder máximo, do poder constituinte, recaía diretamente sobre Deus[37]. Esta a concepção que prevaleceu ao longo da Idade Média, sob o domínio da Igreja Católica e da filosofia aristotélico-tomista. O cristianismo, na sua expressão religiosa, filosófica e política, foi por muitos séculos a principal força material existente e é impossível exagerar sua influência sobre a evolução histórica, a cultura e as instituições que se formaram nos últimos dois mil anos. Sobretudo após a conversão de Constantino, no século IV, dá-se curso à progressiva integração entre Igreja e Estado, até que ambos se tornassem inseparáveis[38]. Somente com os primeiros sinais da modernidade e o desenvolvimento do racionalismo filosófico tem início o processo de secularização do poder.

---

das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o povo é o único titular".

[33] Na expressão feliz de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2003, p. 160, trata-se de "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".

[34] Sobre os tipos de dominação e a legitimidade do poder, v. página clássica de WEBER, Max. *Economia e sociedade*, v. 1, 2000, p. 141: "Há três tipos puros de dominação legítima: 1. de caráter *racional*: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou 2. de caráter *tradicional*: baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional) ou, por fim, 3. de caráter *carismático*: baseada na veneração extraordinária da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)".

[35] Em página inspirada, escreveu PASCAL. *Pensamentos*, 1999, p. 111-2: "A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a força será contestada, porque há sempre maus; a força sem a justiça será acusada. É preciso, pois, reunir a justiça e a força; e, dessa forma, fazer com que aquilo que é justo seja forte, e aquilo que é forte seja justo. (...) A justiça está sujeita a disputas: a força é bastante reconhecível, e sem disputa. Por isso não se pôde dar a força à justiça, porque a força contradisse a justiça, afirmando que esta era injusta, e que ela é que era justa; e, assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo".

[36] Sobre o tema, v. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003, p. 5 e ss.

[37] *Omnis potestas a Deo* ("Todo o poder vem de Deus"). Sobre o tema, v. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, 2001, p. 93.

[38] V. JOHNSON, Paul. *História do cristianismo*, 2001, p. 152-3: "O processo de integração entre Igreja e Estado, iniciado com Constantino, prosseguiu até que ambos se tornassem inseparáveis: o império bizantino

A afirmação da *soberania do monarca*, titular do poder supremo, deu-se progressivamente na fase final da Idade Média, também com fundamento divino. O príncipe, rei ou monarca exerce o poder por escolha e concessão de Deus. Como conseqüência, era dependente do reconhecimento da Igreja e da bênção do Papa. Nesse ambiente, começa a se delinear, paulatinamente, o conceito de soberania, que viria a ser o lastro do absolutismo monárquico[39]. Nele se contém a idéia de supremacia interna do *soberano* sobre os senhores feudais e outros poderes menores, bem como de sua independência em relação a poderes externos, especialmente a Igreja Católica[40]. Com o passar do tempo, o conflito entre esses dois poderes se tornaria inevitável: de um lado, o poder material (temporal, secular) do monarca; e, de outro, o poder espiritual (mas com pretensão a muito mais) do Papa. Essa disputa marcou o último ciclo da Idade Média e só terminou com a consolidação do Estado moderno e a afirmação do poder temporal[41].

O princípio monárquico em sua forma plena – isto é, o rei como titular da soberania e do poder constituinte – voltou a prevalecer na Europa em mais de um momento, mesmo depois da Revolução Francesa. Após a queda de Napoleão, teve lugar a *Restauração* na França (1815-1830); e, entre 1814 e 1815, o Congresso de Viena reuniu as principais casas reais européias – inclusive o Czar da Rússia, o Imperador da Áustria e o Rei da Prússia –,

---

tornou-se, na verdade, uma forma de teocracia, com o imperador desempenhando funções sacerdotais e semidivinas e a Igreja Ortodoxa constituindo um departamento de Estado encarregado de assuntos espirituais. Essa conjugação perdura por mil anos, até que os resquícios do império foram invadidos pelos turcos otomanos, em meados do século XV".

[39] A primeira obra teórica sobre o conceito de soberania foi BODIN, Jean. *Os seis livros da República*, 1576. Sobre o tema, v., dentre muitos outros, JELLINEK, Georg. *Teoria general del* Estado, 1981, p. 327 e ss.; HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, 1987, p. 261 e ss.; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 1989.

[40] V. JELLINEK, Georg. *Teoria general del* Estado, 1981, p. 331: "O Estado moderno se diferencia radicalmente do antigo pelo fato de haver sido combatido, desde o seu começo, por diferentes lados, e como conseqüência precisou afirmar sua existência em meio a fortes disputas. Três poderes combateram sua substância ao longo da Idade Média: primeiro a Igreja, que quis colocar o Estado a seu serviço; imediatamente depois, o Império Romano, que não quis conceder aos Estados particulares mais valor que o de meras províncias; finalmente, os grandes senhores e corporações, que se sentiam poderes independentes do Estado e acima dele".

[41] V. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do Estado*, 1989, p. 57. Dallari narra dois fatos ilustrativos de duas diferentes fases dessa disputa, que revelam o sentido em que evolui: "O primeiro fato se passa no século XI. Henrique IV, Imperador da Alemanha, nomeou feudalistas eclesiásticos para bispados alemães, sendo tais nomeações declaradas nulas pelo Papa Gregório VII. O Imperador, inconformado e ofendido, convocou uma reunião de todos os bispos alemães, visando à deposição do Sumo Pontífice. Este, inteirado daquela iniciativa, publicou um ato de excomunhão e determinou que nenhum Estado cristão reconhecesse mais Henrique IV como Imperador, no que foi obedecido. Impotente para reagir ou resistir, o Imperador não teve outra saída, e, no dia 27 de janeiro do ano de 1077, fez a famosa peregrinação a Canossa, nos Alpes italianos, vestido de buril e com os pés nus, esperando ajoelhado na neve que o Papa lhe concedesse o perdão.

O segundo fato se passa no século XIV. Reinando na França Filipe, o Belo, teve diversas desavenças com o Papa Bonifácio VIII. De um lado, o rei era acusado de cobrar impostos excessivos sobre os bens da Igreja na França. Acerbamente criticado pelo Papa, Filipe, por sua vez, proibiu que saísse dinheiro da França para Roma e sofreu ameaça de excomunhão. As relações eram extremamente tensas quando, em 1301, um bispo francês foi acusado de conspirar a favor da Inglaterra, sendo preso. O Papa Bonifácio VIII, não acreditando na acusação, pretendeu que o bispo fosse enviado a Roma para julgamento, condenando publicamente o ato do monarca francês. Mas a situação já era, então, bem diversa daquela do século XI. Filipe retrucou violentamente, acusando o Papa de interferência em assuntos de ordem temporal e chegando mesmo a pretender que se realizasse um concílio para depô-lo. Depois de violentos ataques verbais recíprocos, publicando-se na França um édito em que Bonifácio VIII era acusado de dissolução e de haver tramado a renúncia de seu antecessor Celestino V, chegou-se à ação mais drástica. Em setembro de 1303, quando repousava no Castelo de Anagri, o Papa foi preso pelos soldados de Filipe, o Belo, comandados por Guilherme Nogaret, distribuindo-se à população do local todos os bens do castelo. Dizendo que se submetia à autoridade do Papa em matéria espiritual, mas que não admitia sua intromissão em matéria temporal, Filipe consentiu na liberação de Bonifácio VIII três dias depois. Regressando a Roma, humilhado e abatido, o Papa morreria no mês seguinte. Era a primeira grande vitória do absolutismo, assinalando de maneira violenta a presença de um novo Estado".

procurando restabelecer a velha ordem e as prerrogativas das dinastias, inclusive das que haviam sido depostas. Nova reafirmação do princípio veio por ocasião das contra-revoluções que se seguiram aos movimentos populares – alguns liberais, outros nacionalistas – que sacudiram a Europa em 1848 e 1849[42]. Em Portugal, o título de legitimação do poder constituinte alternou-se em sucessivas rupturas com a ordem vigente, referidas pela doutrina como descontinuidades materiais[43]. Todavia, o sentimento liberal que havia sido despertado pelas Revoluções Francesa e Americana iria prevalecer e dominar o final do século XIX.

A idéia de *soberania nacional*, pela qual o poder constituinte tem como titular a nação, foi sustentada por Sieyès e teve acolhida ampla na doutrina francesa. Com tal teoria, subtraía-se o poder constituinte tanto do monarca como dos poderes constituídos. Ao combinar poder constituinte com sistema representativo, Sieyès admitiu que a Constituição fosse elaborada, não diretamente pelo povo (que via como uma entidade puramente numérica), mas por uma assembléia constituinte, órgão cujos representantes eram eleitos e que expressava a vontade da nação. Sendo soberana a assembléia, a Constituição por ela elaborada não precisava ser submetida à ratificação popular. Esta foi a fórmula que prevaleceu em relação à Constituição de 1791, mas que foi posteriormente superada[44]. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 invocam a soberania nacional[45].

A teoria da *soberania popular*, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. Foi este o fundamento invocado desde a primeira hora pelo constitucionalismo americano. Com efeito, a tarefa de elaborar o texto constitucional foi outorgada a uma convenção, mas o produto do seu trabalho foi a seguir submetido à ratificação popular. O princípio da soberania popular é a locução inicial do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos – "*We the people*" –, estando inscrito, igualmente, no preâmbulo da Constituição alemã, de 1949, e na francesa, de 1958, em meio a inúmeras outras. Na Constituição brasileira de 1988, além da referência expressa na abertura do preâmbulo – "Nós, representantes do povo brasileiro" –, o princípio é reiterado como norma positiva no parágrafo único do art. 1º, onde se enuncia: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

---

[42] V. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*, 1987, p. 311 e ss.: "O problema do poder constituinte aparece em primeiro plano no século XIX, no processo constituinte monárquico, antes e depois do Congresso de Viena, quando em contraposição a Sieyès se reconheceu o poder constituinte não na nação (povo), senão no monarca". Para um panorama histórico sintético do período aqui mencionado, v. GARRATY, John e GAY, Peter. *The Columbia history of the world*, 1988, p. 787 e ss.

[43] V. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 197: "A Constituição de 1822 resulta do exercício do poder constituinte democrático (título de legitimação: a nação, o povo) materialmente distinto do poder constituinte monárquico. A Carta Constitucional de 1826 é, de novo, um momento de descontinuidade material porque ela reafirma o poder constituinte monárquico postergando o 'poder constituinte da nação' presente na Constituição de 1822. A Constituição republicana de 1911 consubstancia uma nova ruptura ou descontinuidade material ao apelar para o poder constituinte do povo com total rejeição do antigo poder constituinte monárquico. (...) Apesar das constituições de 1933 e 1976 surgirem formalmente como manifestação do poder constituinte democrático (sob a forma plebiscitária a primeira e sob a forma representativa a segunda) elas em nada se comparam quanto aos princípios estruturantes".

[44] Para ficar apenas nos exemplos mais recentes, as duas últimas Constituições francesas – a de 1946 e a de 1958 – foram levadas à ratificação popular.

[45] A Constituição de 1824 assim dispunha: "Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação". Na prática, todavia, ela estava mais próxima da idéia de soberania *monárquica*, como se extrai do seu Preâmbulo, na qual faz menção o Imperador ao fato de súditos terem *requerido* que ele jurasse o Projeto de Constituição que ele lhes havia *oferecido*. Já a Constituição de 1891 estatuía: "Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si". As demais Constituições brasileiras, com maior ou menor autenticidade, reportavam-se à soberania popular.

A teoria democrática se fixou na concepção de que a soberania é do povo[46]. A Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos especificamente para esse fim. Em alguns países, a assembléia age diretamente em nome do povo e a Constituição será o produto de sua deliberação, como é a tradição brasileira. Em outros, após aprovado o texto pela assembléia ou convenção, deve ele ser submetido à ratificação popular, modelo iniciado com a Constituição americana. Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição[47].

## 5. NATUREZA E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

A teoria original do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. O poder constituinte da nação – consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualificava-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito pré-existente. Seu fundamento de legitimidade e, conseqüentemente, seu limite de atuação, situava-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação para a superação do *Velho Regime* e a afirmação das liberdades e direitos burgueses. Nessa perspectiva, o poder constituinte é um *poder de direito*, fundado não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação[48].

A esta visão contrapõe-se o positivismo jurídico, que ao contrário do jusnaturalismo, não reconhece a possibilidade de um Direito pré-existente ao Estado. Como o poder constituinte cria – ou refunda – o Estado, sendo anterior a ele, trata-se de um *poder de fato*, uma força política, situada fora do Direito (metajurídica, portanto) e insuscetível de integrar o seu objeto. Nesse particular, tanto o normativismo kelseniano, com a tese da norma fundamental pressuposta[49], como o decisionismo de Carl Schmitt, pelo qual a Constituição é uma vontade

---

[46] Povo já não significa uma entidade mítica, mas um *complexo de forças políticas plurais*, como anotou CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 75, fazendo remissão a HÄBERLE, Peter e BOCKENFORD, E.W.: "Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*. O povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística' (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes". Para uma importante reflexão sobre este tema, v. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento sobre o poder constituinte do povo*, 2004.

[47] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, pp. 34 e 40.

[48] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*, 1986, p. 117: "A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito *natural*". Sobre o ponto, v. tb. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 21-4.

[49] Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, no qual as normas inferiores têm como fundamento de validade as superiores, numa cadeia que encontra seu ápice na Constituição. A teoria não explica, porém – e deliberadamente afirma que não pretende explicar – o fundamento de validade da própria Constituição. Afirma, ao contrário, a existência de uma norma fundamental pressuposta, cujo comando seria algo como *devemos respeitar as ordens do autor da Constituição*. A ciência do Direito, tal como a formula Kelsen, não teria nada a dizer sobre o conteúdo da Constituição, dada a inexistência de um parâmetro jurídico objetivo que lhe seja anterior e superior. V. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 1979, p. 269: "[A] norma que representa o fundamento de validade de outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada.

política com força para se impor[50], conduzem ao mesmo resultado: o de que o poder constituinte é um fato pré-jurídico, externo ao Direito[51].

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo pré-existente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do "não-direito"[52]. A força bruta não se legitima apenas pela circunstância de se travestir da forma constitucional. Deve-se enfatizar, ademais, que a separação radical entre fato e norma, entre faticidade e normatividade, já não encontra abrigo confortável na teoria jurídica contemporânea. O Direito passa a ser visto como o produto final de uma interação entre ambos.

### 5.1. Condicionamentos pré-constituintes

Os condicionamentos jurídicos estarão presentes desde o primeiro momento, envolvendo aspectos como o ato convocatório, o processo de escolha dos integrantes da assembléia ou convenção e, por vezes, até mesmo o procedimento de deliberação a ser adotado. Não é possível falar em soberania popular ou em democracia sem Direito, sem normas que disciplinem a participação de todos, em regime de liberdade e igualdade[53]. O equacionamento adequado de tais questões teve lugar nos diferentes cenários de elaboração constitucional, seja na França, nos Estados Unidos, na Alemanha, em Portugal ou na África do Sul[54]. No Brasil, a convocação da assembléia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 se deu por via de emenda constitucional à Carta de 1967-69. Com efeito, a Emenda Constitucional n. 26, de

---

Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada".

[50] V. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, 2001, p. 93.

[51] Na doutrina francesa, essa posição é defendida por MARLBERG, Carré de. *Contribution a la théorie générale de l'État*, 1962, p. 484-6. Entre nós, foi sustentada com veemência por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista Trimestral de Direito Público 4*:69: "A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor, as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do direito".

[52] V. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de direito*, 1999, p. 12. Conforme a conhecida fórmula de Radbruch, "a extrema injustiça não é direito". V. tb. ALEXY, Robert: *La institucionalizacion de la justicia*, 2005.

[53] V. OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 1998, p. 56: "[A invocação de] um poder prévio ao direito desconhece que o próprio processo de manifestação de uma vontade democrática só é possível conforme as regras que assegurem a igualdade e a liberdade dos partícipes e a veracidade do resultado: não há democracia sem direito. Por isso a própria gestação da Constituição é um processo juridicamente regrado, não um simples fato". V. tb., sobre o tema dos condicionamentos (*constraints*), ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 373 e ss.

[54] Na França, foi o rei quem convocou os Estados-Gerais. Nos Estados Unidos, a decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na Alemanha, pelas potências aliadas. Em Portugal, a convocação constava do programa do Movimento das Forças Armadas, que conduziu a ação revolucionária. Na África do Sul, a convocação foi precedida de longas negociações, secretas e posteriormente oficiais, entre o *Partido Nacional*, condutor do *apharteid*, e *o Congresso Nacional Africano*, partido de Nelson Mandela, que fora banido e retornou à cena política do país em 1990. Após a adoção de uma *Constituição provisória*, em 1993, alinhavada por um fórum multipartidário, realizou-se, em 1994, a primeira eleição democrática do país para o fim de eleger os representantes da Assembléia Constituinte.

27.11.85, previu como seriam escolhidos os constituintes, quem instalaria a assembléia constituinte e em que data, chegando a dispor, até mesmo, acerca da forma e do *quorum* de deliberação a ser adotado[55].

Com efeito, além de ditar as regras de instalação da assembléia constituinte, não é incomum que o poder que a convocou procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de formas[56] e, por vezes, até de conteúdos. Na Itália, por exemplo, previu-se por decreto legislativo que, contemporaneamente à eleição para a assembléia constituinte, o povo seria chamado a decidir, mediante *referendum*, sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia). Em conseqüência da deliberação popular, a forma de governo tornou-se republicana antes mesmo da elaboração da nova Constituição. Como se verifica, a decisão nessa matéria foi retirada da constituinte e atribuída diretamente ao povo[57].

Em Portugal, as constrições impostas à assembléia constituinte foram ainda mais extensas e profundas. Algumas decorreram de textos pré-constituintes, como as denominadas *Plataformas de Acordo Constitucional*; outras foram impostas pelo processo revolucionário, que se prolongou no tempo, gerando uma concorrência de poderes entre o Conselho da Revolução, o Conselho de Estado e a Assembléia Constituinte, de cuja soberania chegou-se a duvidar[58]. Situação singularíssima ocorreu na África do Sul. Em 1994, no curso do processo de transição do regime do *apartheid*, foi adotada uma Constituição interina. Nela se previu que o texto definitivo de Constituição elaborado pela Assembléia Constituinte deveria ser submetido ao Tribunal Constitucional, que "certificaria" sua compatibilidade com determinados "princípios constitucionais" ajustados pelos dois lados no processo de transição. Em 1996, o Tribunal Constitucional negou "certificação" à Constituição e determinou que alguns dispositivos fossem refeitos[59].

No Brasil, a assembléia constituinte que aprovou a Constituição de 1891 já encontrou a República proclamada e a Federação instituída pelo Governo Provisório[60]. Após a Revolução de 30, o Governo Provisório dela originário editou decreto estabelecendo que a nova Constituição – que só viria a ser promulgada em 1934 – teria de manter a República e a

---

[55] Assim dispôs a Emenda Constitucional n. 26/85, na parte aqui relevante: "Art. 1º. Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

[56] Veja-se, sobre o tema, ELSTER, Jon. "Förces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 373-4: "Assembléias constituintes raramente são auto-criadas; ao contrário, elas têm um criador externo. Na verdade, elas têm normalmente dois criadores. De um lado, a instituição ou indivíduo que toma a decisão de convocar a assembléia constituinte. Nos Estados Unidos, em 1787, esta decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na França, em 1789, foi tomada pelo Rei. Na Alemanha, em 1949, foi tomada pelas potências ocidentais ocupantes. Por outro lado, há o mecanismo institucional que seleciona delegados para a assembléia constituinte. Nos Estados Unidos e na Alemanha, os delegados foram selecionados pelas assembléias legislativas estaduais. Na Alemanha, a seleção de delegados foi submetida a imposições das potências aliadas, especificamente no sentido de que a representação fosse proporcional à população dos estados. Na França, em 1789, os delegados foram selecionados pelos três Estados, havendo o Rei decidido que o Terceiro Estado deveria ter delegados em número equivalente ao dos dois outros Estados [nobreza e clero] somados".

[57] V. sobre o tema HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 33. Sobre o tema, v. tb. MORTATI, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 1969, v. 1, p. 83.

[58] Sobre o tema, v. a tese de doutoramento do Professor MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976*, 1978, p. 20-2. V. tb. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002.

[59] Para a transcrição da decisão, v. DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michel, SAJÓ, András e BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*, 2003, p. 84 e ss.

[60] Note-se que o Decreto n. 1, de 15.11.89, editado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, utilizou o advérbio "provisoriamente", em deferência à futura constituinte. Mas, naturalmente, a situação de fato era irreversível. Esta a ementa do Decreto n. 1: "Proclama provisoriamente e decreta como a forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais".

Federação, sendo-lhe vedado, ademais, restringir direitos dos municípios e dos cidadãos[61]. Após a destituição de Getúlio Vargas, a Lei Constitucional n. 15, de 26.11.45, impôs uma restrição aos poderes "ilimitados" outorgados ao Congresso Nacional para elaborar a nova Constituição: não poderia ele contestar a legitimidade da eleição presidencial que se realizaria em 2.12.45[62].

Em teoria pura, não haveria discussão de que uma assembléia constituinte, quando verdadeiramente soberana, poderia desconsiderar limitações formais e materiais que lhe tenham sido impostas de maneira heterônoma, *i.e.*, por uma força externa[63]. A verdade, contudo, é que não se deve, a rigor, falar em um *ato* constituinte, mas sim em um *processo* constituinte, composto de vários atos que se encadeiam no propósito de superação do *status quo* vigente. Estes atos incluem, por exemplo, a ruptura com a ordem anterior (ou a decisão de deflagrar uma transição), a convocação e eleição dos constituintes, os trabalhos desenvolvidos e a aprovação final. Se houver uma quebra de harmonia nessa seqüência, a questão se transfere de volta para o plano da legitimidade e o poder constituinte precisará renovar o seu título. A submissão do texto a ulterior deliberação popular poderá ser uma das formas de fazê-lo.

### 5.2. Condicionamentos pós-constituintes

O mais decisivo condicionamento pós-constituinte advém da necessidade de ratificação do texto aprovado pela assembléia ou convenção[64]. Tal circunstância, por si só, já impõe aos delegados a preocupação de maior sintonia com o colégio eleitoral ao qual caberá a deliberação final. O fato de a ratificação se dar, por exemplo, pelos Estados-membros da Federação ou pelo conjunto da população, pode ter impacto importante nas decisões a serem tomadas pelos constituintes.

Como já assinalado, esse modelo de referendo popular da Constituição não foi abrigado na teoria do poder constituinte de Sieyès. Nela, a nação, entidade abstrata, manifestava sua vontade através de representantes, reunidos em assembléia, cabendo a esta a palavra final. Nos Estados Unidos, ao contrário, desde as experiências constitucionais estaduais, sempre foi tradição o exercício da soberania popular por via direta, submetendo-se à ratificação popular o projeto aprovado em convenção pelos representantes indicados[65]. A Constituição Federal, cujo texto foi elaborado na Filadélfia, em 1787, teve no processo de ratificação pelos Estados sua etapa decisiva[66].

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos

---

[61] Assim dispunha o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930: "Art. 12. A nova Constituição manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891".

[62] Assim dispunha a Lei Constitucional n. 15/45: "Art. 1º. Em sua função constituinte terá o Congresso Nacional, eleito a 2 de dezembro próximo, poderes ilimitados para elaborar e promulgar a Constituição do país, ressalvada a legitimidade da eleição do Presidente da República".

[63] E, de fato, no caso americano, a Convenção de Filadélfia ignorou as instruções do Congresso Continental em três pontos de suprema importância: decidiu elaborar uma Constituição, em lugar de reformar os Artigos da Confederação; previu a ratificação por convenções estaduais especialmente convocadas, e não pelas assembléias legislativas; e previu a ratificação do texto aprovado por apenas nove estados, em lugar da unanimidade prevista nos Artigos da Confederação. Sobre o tema, v. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1991, p. 41.

[64] ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 374.

[65] Sobre o tema, v. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999.

[66] O artigo de encerramento do texto aprovado assim dispunha, na primeira parte do seu último artigo: "Art. 7. A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado".

valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela idéia de Direito que traz em si[67]. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade[68]. O poder constituinte, portanto, é também um *poder de Direito*. Ele está fora e acima do Direito posto pré-existente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.

Uma última limitação que a doutrina passou a reconhecer de maneira praticamente unânime nos últimos tempos decorre dos princípios do direito internacional e, especialmente, dos direitos humanos. Após a 2ª. Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos[69]. A face virtuosa da globalização é a difusão desses valores comuns, o desenvolvimento de uma ética universal. Uma das questões cruciais do Direito, na atualidade, é a de equacionar, de maneira equilibrada, a tensão entre o universalismo – isto é, o reconhecimento de que há um conjunto mínimo de direitos universais, que devem proteger as pessoas contra a violência e a opressão – e o multiculturalismo, que procura resguardar a diversidade dos povos e impedir a hegemonia das culturas que se tornaram mais poderosas em uma determinada quadra histórica.

Eis, portanto, uma tentativa de sistematização dos limites ao poder constituinte, com seus condicionamentos pré e pós-constituintes. A conclusão a que se chega é a de que o poder constituinte é um fato essencialmente político, mas condicionado por circunstâncias históricas, políticas e jurídicas[70]. Tal constatação não imuniza a matéria de complexidades que

---

[67] Em página primorosa, escreveu BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et instituitions politiques*, 1984, p. 86: "Em relação ao Estado, o poder constituinte originário é, portanto, um poder primário, incondicionado e perfeitamente senhor das formas nas quais entende deva ser exercido. Mas esta independência cessa à vista da idéia de direito porque, como todas as formas do Poder, o poder constituinte é tributário de uma idéia de direito que ele exprime e que o legitima. Não existe, assim, um poder constituinte abstrato, válido em qualquer que seja a sociedade considerada. Cada idéia de direito traz um poder constituinte que não vale senão que em relação a ela, e que cessa de ser eficaz quando ela mesma não seja mais a idéia dominante dentro do grupo".

[68] V. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 66; SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*, 1986, p. 93; e tb. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, 1991, p. 14-5: "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela reguladã pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as condições sociais concretas e o baldrame axiológico, que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".

[69] Nos últimos anos, no Brasil, teve lugar uma interessante discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, com *status* constitucional, com base no que dispõe o art. 5º, § 2º da Constituição Federal. Sobre o tema, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 2000, p. 103; e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. II, 1999, p. 29-30. A matéria, todavia, foi superada pela aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.10.04, que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal a seguinte redação: "§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

[70] V. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2007, p. 376-7: "Há que distinguir três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentes, imanentes e, em certos casos, heterónomos. (...) Os *limites transcendentes* são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos

lhe são inerentes. O reconhecimento de uma ordem de valores – internos e internacionais – que estabeleça uma subordinação do poder soberano a um direito *supraposítivo* remete a questão para as fronteiras do direito natural. De parte isso, sempre existirá dificuldades relativas à efetividade de tais limites. De fato, embora a vinculação a normas fundamentais anteriores ao Direito escrito já tenha sido admitida, em tese, por uma importante corte constitucional[71], o conhecimento convencional é no sentido de que a obra do poder constituinte originário não comporta controle judicial[72]. Na prática, portanto, a concretização desses limites normalmente precisará ser afirmada no plano da legitimidade e não no da legalidade[73].

## 6. PROCEDIMENTO

O processo constituinte terá como ato inaugural a liberação da energia transformadora apta a mudar as bases políticas e jurídicas de uma determinada situação estabelecida de poder. Como assinalado anteriormente, este evento deflagrador poderá ser uma revolução, a criação

---

de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender). (...) Os *limites imanentes* decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. (...) Os *limites heterónomos* são os provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se a princípios, regras ou actos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e reportam-se ainda a regras de Direito interno, quando o Estado seja composto ou complexo tenha de ser por conseguinte, o seu ordenamento jurídico".

[71] Trata-se do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, no ponto, referendou entendimento que já havia sido desenvolvido pelo Tribunal Constitucional do Estado da Bavária: A manifestação foi produzida em julgado de 1951 (Sentença 1, 14): "Dessa forma, essa Corte concorda com a afirmação da Corte Constitucional da Bavária: 'Não é conceitualmente impossível que um dispositivo constitucional individualizado seja inválido apenas por ser parte da Constituição. Existem princípios constitucionais que são tão fundamentais e que expressam tão intensamente um Direito que tem precedência até mesmo sobre a Constituição, que vinculam o próprio constituinte, e outras disposições constitucionais que não tenham tal *status* podem ser inválidas por contrariar tais princípios'. A partir dessa regra de interpretação, decorre que qualquer disposição constitucional deve ser interpretada de modo a ser compatível com aqueles princípios elementares e com as decisões fundamentais do constituinte" (tradução livre). É possível encontrar esse e outros excertos da decisão, bem como comentários a mesma, em KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 62-9.

[72] Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro por mais de uma vez. O *leading case* foi a ADIn 815-3/DF, da qual foi relator o Min. Moreira Alves (*DJU*, 10 mai. 1996): " A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido". Na mesma linha, STF, *DJU* 9 fev. 2006, ADInMC 3.300/DF, Rel. Min. Celso de Mello, enfatizando a "impossibilidade jurídica de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias". Em sede de doutrina, v. BONAVIDES, Paulo. O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: *A constituição aberta*, 2004, p. 214.

[73] Exceção interessante, já referida acima, foi a do processo constituinte da África do Sul, no qual o projeto aprovado pela assembléia foi submetido à análise e "certificação" do Tribunal Constitucional.

de um novo Estado, a derrota na guerra ou uma transição política pacífica[74]. O procedimento constituinte normalmente percorrerá etapas como a convocação da assembléia ou convenção, a escolha dos delegados, os trabalhos de elaboração, a deliberação final e a entrada em vigor do texto aprovado. Três questões merecem comentário e reflexão nessa matéria: o caráter exclusivo ou não da assembléia constituinte; a existência de anteprojetos preliminares; e o *referendum* constitucional.

A Constituição americana foi elaborada por uma convenção reunida exclusivamente para o propósito de rever os Artigos da Confederação. Na assembléia constituinte francesa, os delegados seguiram a proposta de Robespierre que os tornava inelegíveis para a primeira legislatura ordinária[75]. Da separação clara entre poder constituinte e poder constituído deve resultar a conseqüência de que, assim como o Parlamento não deve exercer competências constituintes originárias, também não deve o constituinte desempenhar funções legislativas ordinárias. Esta separação, muito nítida no modelo americano, nem sempre foi seguida na experiência européia[76]. E, por influência desta, tampouco no Brasil[77]. Aliás, este foi um dos debates mais candentes no período que antecedeu a convocação da última constituinte[78]. Idealmente, a fórmula da constituinte exclusiva, sem poderes legislativos, a ser dissolvida após a conclusão do seu trabalho, afigura-se mais capaz de libertar a Constituição dos interesses da política ordinária[79] ou, quando menos, minimizar seu caráter imediatista.

A elaboração de anteprojetos de constituição ou documentos constitucionais prévios é relativamente recorrente na experiência brasileira[80]. Assim se passou com a primeira

---

[74] No Brasil, a convocação de assembléias constituintes já se deu pelo imperador (Constituição de 1824) e por força de movimentos ou golpes políticos (Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1969). A Constituição de 1967 foi convocada pelo Presidente da República, em meio a um processo que já se degenerava em uma ditadura. A constituinte que elaborou a Constituição de 1988 foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.85, no curso de uma longa transição política que pôs fim ao regime militar.

[75] A Constituição francesa de 1791 previa que os 249 membros eleitos para comporem a *Assembléia de Revisão* teriam os mandatos extintos após o encerramento de seu trabalho de revisão (Título VII, art. 8). V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 44.

[76] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, 1999, p. 36: "Frente a esta nítida separação entre funções constituintes e constituídas da tradição americana, o constitucionalismo europeu, que segue os esquemas estabelecidos por Sieyès, introduziu doses de notável confusão. Ao trasladar-se para as Assembléias Constituintes representativas o exercício pleno da soberania, nada tem de particular que o poder constituinte soberano se projete, ou procure projetar-se, como poder legislativo ordinário, inclusive quando a Constituição é aprovada".

[77] A Assembléia Constituinte e Legislativa convocada pelo imperador, em 3.6.1822, exerceu atividade legislativa cumulada com os trabalhos constituintes, até ser dissolvida em 12.11.1823. Com a Constituição de 1891, inaugurou-se a fórmula de se converter a Assembléia Constituinte em Poder Legislativo ordinário, dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal (Disposições Transitórias, art. 1º, § 4º). Tal modelo veio a se repetir em relação às Constituições de 1934, 1946 e 1988. A Constituição de 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional que já se encontrava em exercício. A de 1969 foi outorgada pelos ministros militares.

[78] Sobre o tema, v. BIERRENBACH, Flávio. *Quem tem medo da constituinte*, 1986. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002, p. 8: "Previu a Emenda Constitucional n. 26/85 que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se reuniriam, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987. Não prevaleceu a idéia, que teve amplo curso na sociedade civil, de eleição de uma constituinte exclusiva, que se dissolveria quando da conclusão dos trabalhos".

[79] No mesmo sentido a posição de ELSTER, Jon. "Forces and mechanisms in the Constitution-making process", *Duke Law Journal 45*:364, 1995, p. 395: "[P]ara reduzir o âmbito de interesses institucionais, as constituições devem ser escritas por assembléias reunidas especialmente para esse fim e não por corpos que também servem como legislaturas ordinárias. Tampouco se deveria dar a estas legislaturas qualquer papel central no processo de ratificação".

[80] Embora menos comum na experiência européia. No caso da Constituição portuguesa, de 1976, e da espanhola, de 1978, houve projetos apresentados pelos diferentes partidos políticos, mas não um anteprojeto oficial.

Constituição republicana, que teve anteprojeto elaborado por uma Comissão Especial[81] e revisto pelos Ministros do Governo Provisório, à frente Rui Barbosa[82]. O mesmo se passou com a Constituição de 1934[83]. A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça nomeado poucos dias antes da instauração do novo governo, instituído pelo golpe do *Estado Novo*. A Constituição de 1946 não contou com anteprojeto. Para elaboração da Constituição de 1967, Castelo Branco constituiu uma Comissão[84], cujo trabalho foi desconsiderado em favor do projeto elaborado por Carlos Medeiros Silva, Ministro da Justiça. Antes mesmo da convocação da Assembléia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988, foi constituída uma Comissão de *notáveis*, conhecida como *Comissão Afonso Arinos*, que elaborou um anteprojeto de grande mérito. Razões associadas à conjuntura política levaram ao seu abandono pelo Governo do Presidente José Sarney[85]. Como conseqüência, a constituinte trabalhou sem um projeto base, o que trouxe ao processo grandes dificuldades operacionais.

Não faz parte da tradição brasileira a submissão dos textos constitucionais aprovados à ulterior ratificação, por via de referendo popular. Entre nós, sempre prevaleceu a tese da representação, em que a assembléia constituinte é soberana e sua manifestação equipara-se à vontade final do povo. A exigência de ratificação deita suas origens no constitucionalismo americano e foi utilizada diversas vezes ao longo da acidentada experiência constitucional francesa[86]. A própria Constituição de 1958, em vigor na França, foi elaborada pelo governo do presidente Charles de Gaulle e legitimada por referendo superveniente[87]. O modelo de ratificação do texto aprovado pela assembléia ou pela convenção é mais consentâneo com a teoria da soberania popular, mas não é imune à malversação. Por vezes, dá ensejo à manipulação das massas em favor de projetos autoritários, como no caso de Napoleão[88], ou pervertidos, como no de Hitler[89].

---

[81] A "Comissão dos Cinco" foi integrada por Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana, Saldanha Marinho e Santos Werneck. V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 35.

[82] V. obra publicada pela Fundação Casa de Rui Barbosa, *Rui Barbosa e a Constituição*, 1985, na qual há um fac-símile de suas anotações manuscritas, contendo as propostas de modificação do texto..

[83] A "Comissão do Itamarati" se compunha de 14 membros: Afrânio de Melo Franco, Antonio Carlos, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Assis Brasil, João Mangabeira, Agenor de Roure, Antunes Maciel, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Viana, Prudente de Morais Filho, Góis Monteiro e Temístocles Cavalcanti. V. HORTA, Raul Machado, *Direito constitucional*, 2002, p. 37.

[84] A Comissão era composta por Orozimbo Nonato, Levi Carneiro, Miguel Seabra Fagundes e Temístocles Brandão Cavalcanti. V. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2002, p. 38.

[85] BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002, p. 9: "É de interesse assinalar que o próprio Poder Executivo havia instituído, em julho de 1985, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida, em razão do nome de seu presidente, como Comissão Afonso Arinos, que veio a apresentar um anteprojeto. Tal texto, todavia, a despeito de suas virtudes, não foi encaminhado à constituinte pelo presidente Sarney, inconformado, dentre outras coisas, com a opção parlamentarista nele veiculada".

[86] A Constituição de 1793 foi submetida à aprovação do povo. São célebres os plebiscitos napoleônicos, pelo quais foram aprovadas sucessivas constituições (v. *infra*). O primeiro projeto constitucional de 1946 foi rejeitado, tendo o segundo sido aprovado. V. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 33.

[87] Em meio a grave crise política, o Parlamento concedeu ao Governo, do qual Charles De Gaulle era Presidente do Conselho de Ministros, poderes para alterar a Constituição de 1946. Com ajuda de uma Comissão Consultiva e do Conselho de Estado, De Gaulle elaborou uma nova Constituição, que foi aprovada em *referendum* popular promulgada pelo Presidente da República em 4.10.58.

[88] Tornaram-se célebres os "plebiscitos" napoleônicos, por via dos quais o eleitorado francês aprovou as Constituições de 1799, 1802 e 1804, bem como o que aprovou, durante os "cem dias" de 1815, o Ato Adicional. V. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 33.

[89] A ampliação dos poderes de Hitler se deu, em parte, por via de consultas populares. Sobre o tema, v. VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1999, p. 106: "No entanto, o uso que fizeram do referendo as ditaduras fascistas posteriores, emulando o cesarismo bonapartista, e buscando nos

## 7. PODER CONSTITUINTE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição. A Constituição institui os órgãos do poder constituído e impõe limites de forma e de conteúdo à sua atuação. O poder constituinte, como intuitivo, é superior ao poder constituído, assim como a Constituição desfruta de supremacia em relação à legislação ordinária. Os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária. Embora tenha atravessado os séculos recebendo grande reconhecimento, a lógica da construção teórica aqui exposta é um pouco mais problemática do que se poderia supor à primeira vista.

Em primeiro lugar, porque tanto a política constitucional como a política cotidiana ou ordinária procura reconduzir sua atuação, em última análise, para o povo. O argumento de que o povo exerce o poder constituinte e de que o parlamento exerce o poder legislativo não resiste à constatação de que, em muitos casos, é o mesmo órgão, quando não as mesmas pessoas, que exerce ambos os poderes. Esta é, por exemplo, como já acentuado, a tradição brasileira na matéria, do que é ilustração inequívoca a Constituição de 1988. Sendo assim, o que justificaria a superioridade de um poder sobre o outro? Em segundo lugar, por qual razão o povo de ontem deve ter poder de ditar os destinos do povo de hoje? Por que uma geração deve ter o poder de submeter a vontade das gerações futuras? Não são questões singelas[90], mas as respostas têm sido procuradas pela filosofia constitucional contemporânea.

Duas teses desenvolvidas nas últimas décadas procuraram fornecer legitimação para a superioridade jurídica do poder constituinte. A primeira delas está na idéia de *pré-compromisso* ou auto-vinculação. O povo, ao elaborar a Constituição, impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro[91]. Por esse motivo se protegem os direitos fundamentais e se impõem procedimentos destinados a impedir a opressão das minorias pelas maiorias. Outra tese de amplo curso é a da *democracia dualista*, que divide a atividade política em duas: a política constitucional – que se pratica em momentos cívicos específicos de ampla mobilização do povo – e a política ordinária, que fica a cargo da classe política e dos organismos do poder constituído. A vontade manifestada naqueles momentos especiais prevalece sobre a dos momentos rotineiros[92].

---

princípios da democracia direta rousseauniana uma legitimidade inalcançável por outros meios, determinou que a instituição fosse de novo contemplada com receio".

[90] Para uma importante reflexão sobre o tema, em língua portuguesa, além de VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, já citado. V. tb. SARMENTO, Daniel. "Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda", *Revista de Direito do Estado 2*:83, 2006, p. 99, texto no qual considera questionável a premissa de que exista "um grande agente político – o verdadeiro sujeito da história – chamado 'povo'". E acrescenta: "[O]s componentes desta abstração chamada "povo" não são os mesmos ao longo do tempo. No caso brasileiro, por exemplo, uma grande parte dos atuais eleitores não tinha direitos políticos – muitos não tinham nem nascido – quando foram eleitos os parlamentares que integraram a Assembléia Constituinte, ou quando a Carta foi promulgada. Portanto, o que está em debate não é propriamente saber se é democrático que o "povo" limite o seu poder de deliberação futura através de um pré-compromisso, ou que imponha a sua vontade à classe política, mas sim examinar até que ponto é legítimo que uma determinada geração, num certo contexto histórico, adote decisões que irão vincular também outras gerações, em cenários muito diferentes". Na literatura estrangeira, v. WALDRON, Jeremy. Precommitment and disagreement. In: ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism: philosophical foundations*, 1998, p. 285; e BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: LAPORTA, Francisco J. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*, 2003, p. 410.

[91] ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*, 1979. As idéias desse livro clássico foram revistas em outra obra do mesmo autor, *Ulysses unbound*, 2000.

[92] Sobre esta perspectiva, v. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*, 1995.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações se dará por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que tenha se tornado indesejada e inaugurando uma nova.

## CONCLUSÃO

O poder constituinte é o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Trata-se de um fato essencialmente político, não subordinado à ordem jurídica pré-existente, mas limitado pelos valores civilizatórios, pela idéia de Direito que traz em si e pela realidade fática. Historicamente, o poder constituinte colheu sua justificação em fatores diversos – a força bruta, o direito divino, o poder dos monarcas, a nação –, até que a teoria democrática viesse a situá-lo na soberania popular. Alguns cenários políticos nos quais, ao longo do tempo, se manifestou o poder constituinte foram a revolução, a criação de um novo Estado, a derrota na guerra e a transição política pacífica. O poder constituinte, como é corrente, está fora e acima do poder constituído, que é por ele instituído e limitado. Um fundamento de legitimação para essa superioridade tem sido buscado na idéia de *auto-vinculação*, pela qual o próprio povo restringe seu poder, resguardando o processo democrático do autoritarismo eventual das maiorias políticas. Outro fundamento está no conceito de *momentos constitucionais*: a vontade constituinte é manifestada em situações cívicas especiais de ampla mobilização popular e, por isso, deve prevalecer sobre a política ordinária.