

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CAMPO REAL
CURSO DE DIREITO**

JULIANO NISSOLA

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:
Aspectos Históricos e Possíveis Limitações**

**GUARAPUAVA - PARANÁ
2020**

JULIANO NISSOLA

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO:
Aspectos Históricos e Possíveis Limitações**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, Área de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário Campo Real, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professora orientadora:
Ma. Anna Flávia Camilli Oliveira Giusti

**GUARAPUAVA - PARANÁ
2020**

TERMO DE APROVAÇÃO

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: Aspectos Históricos e Possíveis Limitações

JULIANO NISSOLA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Campo Real, como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, considerado aprovado pela banca examinadora e avaliado como nota: **9** em sua defesa pública.

Profa. Ma. Anna Flávia Camilli Oliveira Giusti
Centro Universitário Campo Real
Orientadora

Profa. Ma. Evelyn Cavali da Costa Raitz
Centro Universitário Campo Real
Membro da banca

Prof. Me. Luiz Eduardo Horst
Centro Universitário Campo Real
Membro da banca

Guarapuava-PR, 08 de dezembro de 2020.

À minha esposa, Nádía Halima dos S. Salameh Nissola.

Seu amor e dedicação implacáveis são a luz do nosso caminho.

AGRADECIMENTOS

Sempre a Deus, razão e medida de tudo.

Ao corpo de professores e funcionários do Centro Universitário Campo Real, pelo profissionalismo.

À professora Anna Flávia Camilli Oliveira Giusti, pelos exemplos de competência, humanidade e paciência demonstrados, tanto em sala quanto na orientação deste trabalho.

“A democracia é o pior dos regimes, exceto todos os demais.”

(WINSTON CHURCHILL)

RESUMO

O Poder Constituinte Originário, Primário ou “Poder Constituinte” é o poder de instituir os fundamentos político-jurídicos de um Estado. Concebido sob a égide das revoluções iluministas do final do século XVIII, o Poder Constituinte contemporâneo encontra no povo, como nação, sua titularidade. Conceitos como democracia e legitimidade são o esteio da atual concepção do Poder Constituinte. No Brasil, o exercício desse poder tem sido conturbado, como bem evidenciam sete constituições ao longo de apenas dois séculos de existência da nação. Em breve digressão histórica acerca das cartas constitucionais brasileiras, percebem-se deficiências claras acerca da aplicação de tal poder. Ao se observar a forma imperfeita como se deu a aplicação prática do Poder Constituinte nas cartas constitucionais brasileiras a ideia de possíveis limitações a esse poder é ratificada. Por se tratar de um poder político, o Poder Constituinte vem sendo debatido e reinterpretado pela sociedade desde o seu surgimento. Vários limites ao Poder Constituinte são discutidos pela doutrina, dentre eles encontram-se: limites ideológicos, institucionais, exógenos, socioculturais e humanísticos, além do Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Limites. Constituição.

ABSTRACT

The Original Constituent Power, Primary, or “Constituent Power” is the power to establish the political and legal foundations of a state. Conceived under the aegis of the enlightenment revolutions of the late 18th century, the contemporary Constituent Power finds its ownership in the nation. Concepts such as democracy and legitimacy are the mainstay of the current conception of Constituent Power. In Brazil, the exercise of this power has been troubled, as evidenced by seven constitutions over just two centuries of the nation's existence. In a brief historical digression about the Brazilian constitutional charters, there are clear deficiencies regarding the application of such power. When observing the imperfect way in which the Constitutional Power was applied in Brazilian constitutional charters, the idea of possible limitations to this power is ratified. Since it is a political power, the Constituent Power has been debated and reinterpreted by society since its emergence. Several limits to the Constituent Power are discussed by the doctrine, among them are: ideological, institutional, exogenous, sociocultural and humanistic limits, in addition to Neoconstitucionalism.

Keywords: Constituent Power. Limits. Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O PODER CONSTITUINTE CONTEMPORÂNEO.....	10
2.1	CONCEPÇÃO	10
2.1.1	O MOMENTO HISTÓRICO FRANCÊS	11
2.1.2	A OBRA DE SIEYÈS	12
2.2	EVOLUÇÃO.....	17
3	O PODER CONSTITUINTE NO BRASIL.....	18
3.1	A CONSTITUIÇÃO DE 1824	19
3.2	A CONSTITUIÇÃO DE 1891	22
3.3	A CONSTITUIÇÃO DE 1934	24
3.4	A CONSTITUIÇÃO DE 1937	26
3.5	A CONSTITUIÇÃO DE 1946	28
3.6	A CONSTITUIÇÃO DE 1967	30
3.6.1	O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1967	31
3.6.2	A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969	32
3.7	A CONSTITUIÇÃO DE 1988	33
3.7.1	O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1988	33
4	O PODER CONSTITUINTE, LIMITAÇÕES.....	37
4.1	NEOCONSTITUCIONALISMO	39
4.2	LIMITES IDEOLÓGICOS	43
4.3	LIMITES INSTITUCIONAIS	45
4.4	LIMITES SOCIOCULTURAIS	46
4.5	LIMITES EXÓGENOS	47
4.6	LIMITES HUMANÍSTICOS	47
4.6.1	EFEITO CLIQUET	48
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
6	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O modelo de Poder Constituinte atual, presente na Constituição Brasileira, é resultado da união de dois conceitos fundamentais: o conceito de democracia em seu sentido de soberania popular e o conceito de Constituição como organização político-jurídica do Estado.

Vários eventos ao longo da história culminaram com a necessidade de um poder para organizar e reger o Estado ou, como se convencionou chamar: “Poder Constituinte Originário”. Esse poder sofreu profundas alterações, tanto em sua titularidade quanto em sua essência; um poder esboçado sob os bons auspícios da racionalidade grega e, posteriormente, dominado pelo soberano sob o escudo inexpugnável da dogmática metafísica, passou a ser exercido pelo povo, por meio de princípios democráticos e sob a égide dos ideias de liberdade, igualdade e fraternidade oriundos das revoluções iluministas do final do séc. XVIII.

Esse novo modo de exercício do poder político-jurídico do Estado acabou por trazer questionamentos, tais como: Em se tratando de um poder soberano, estaria o Poder Constituinte Originário sujeito a limitações?

No intuito de responder a tal pergunta, serão observados temas que tratam das origens do Poder Constituinte, seu modo de exercício na organização política do Estado brasileiro, bem como suas possíveis limitações, segundo alguns expoentes da doutrina jurídica.

Para tanto, o presente trabalho começa por abordar as origens do Poder Constituinte Originário Contemporâneo, tais como: sua concepção, sua obra precursora e evolução. Em seguida, através de uma breve digressão histórica, são estudados determinados aspectos das constituições brasileiras, sobretudo aqueles ligados aos respectivos momentos históricos e a relação destes com o exercício do Poder Constituinte. Por fim, são mencionadas algumas das possíveis limitações encontradas na aplicação prática do Poder Constituinte Originário, conforme defendem alguns célebres doutrinadores.

2 O PODER CONSTITUINTE CONTEMPORÂNEO

O Poder Constituinte Originário, Poder Constituinte de Primeiro Grau, ou simplesmente: “Poder Constituinte”, é o poder que estabelece a Constituição, ou seja, que estabelece a organização fundamental de um Estado (FERREIRA FILHO, 2014).

Para o Professor J.J. Gomes Canotilho:

O Poder Constituinte entendido como soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política, parece hoje uma evidência. No entanto, a distinção clara entre um Poder Constituinte que faz as leis fundamentais e um poder legislativo que faz as leis não fundamentais foi precedida de uma laboriosa construção teórica. (CANOTILHO, 2003, p.72).

Presente como um poder de fato desde as primeiras organizações sociais, sua titularidade mudou ao longo da história. Nas polis gregas os costumes a definiam, via de regra por aristocratas e filósofos; na Idade Média o titular era Deus, por meio de seu “representante na terra”, o monarca.

Atualmente, nos Estados Democráticos de Direito, o titular desse poder é o povo, no sentido de nação. O que importa entender é como se chegou ao conceito de Poder Constituinte das constituições contemporâneas.

2.1 CONCEPÇÃO

A partir do panfleto "*Qu'est-ce que le Tiers État?*" (obra do político e eclesiástico francês Emmanuel Joseph Sieyès, traduzida no Brasil com o nome: “A Constituinte Burguesa”), surgiram as linhas mestras da atual teoria do Poder Constituinte. Na referida obra, Sieyès baseou-se na Doutrina do Contrato Social (Hobbes; Locke; Rousseau) para sugerir a existência de um poder indissociável à nação, superior aos poderes ordinariamente constituídos e por estes imodificável: o Poder Constituinte. Não se pode avançar nesse estudo sem as razões e o contexto histórico que levaram tal autor a concebê-lo.

2.1.1 O MOMENTO HISTÓRICO FRANCÊS

O contexto histórico no qual a obra se originou é o quadro revolucionário francês do século XVIII. O ano era 1789 e a França passava por uma profunda crise econômica e social, o Rei Luís XVI, aconselhado por seu Ministro, Jacques Necker (economista e político suíço do século XVIII, em três ocasiões encarregado da economia da monarquia francesa pelo rei Luís XVI: em 1776, 1788 e 1789), convocou, em 1º de maio de 1789, a Assembleia dos Estados Gerais (em francês, *États Généraux*) para discutirem a reforma tributária francesa, que era seu último recurso para suprir o déficit orçamentário do país.

Compunham os Estados Gerais três ordens de cidadãos: o clero, como Primeiro Estado; a nobreza, como Segundo Estado; e a maioria da população - artesãos, burgueses e camponeses, como Terceiro Estado, esta última em choque com as duas primeiras em razão de sua falta de representatividade.

Para resolver a questão da pouca representatividade do Terceiro Estado, houve uma série de publicações de ideias, sendo a mais famosa a apresentada pelo abade Sieyès: "*Qu'est-ce que le Tiers État?*", obra editada em fevereiro de 1789 consubstanciando a proposta de igualdade de direitos do Terceiro Estado em relação ao clero e à nobreza.

Em 17 de junho de 1789 os representantes do Terceiro Estado declaram sua legitimidade e instituem uma Assembleia Nacional, independente da presença dos demais, a fim de elaborar uma constituição para a sociedade francesa.

O último obstáculo era a existência de uma estrutura social baseada em privilégios fiscais, o que fez a Assembleia Nacional decretar em 4 de agosto de 1789 a igualdade fiscal abolindo todos os privilégios tributários. Em tal episódio, o político eclesiástico Sieyès se opôs à abolição dos privilégios fiscais eclesiásticos, demonstrando que sua visão política modernizadora era bastante limitada se comparada a de Rousseau.

Em 26 de agosto de 1789 foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que viria a ser adicionada ao início da Constituição Francesa de 1791.

Essa declaração surgiu em um contexto onde era preciso fundamentar o exercício do poder em princípios que norteassem a atuação dos legisladores e

governantes. Mais adiante, nota-se a relevância de tal declaração no estudo acerca das supostas limitações ao Poder Constituinte.

Predominou a ideia de que pertence à nação (povo) uma autoridade anterior e soberana de estabelecer a ordem jurídica, tal proposição traduz a base do Poder Constituinte, culminando na carta constitucional francesa de 1791, onde está contida a ideia de Sieyès acerca de nação.

2.1.2 A OBRA DE SIEYÈS

Em sua obra, Sieyès propõe e responde a três perguntas fundamentais: 1ª) O que é o Terceiro Estado? Tudo; 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada; e 3ª) O que pede o Terceiro Estado? Ser alguma coisa. Em seguida o autor analisa brevemente o que se tentou fazer, o que deveria ter sido feito e o que faltaria fazer em relação ao Terceiro Estado, culminando seu trabalho na proposição de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Não há no presente estudo a pretensão de se esgotar o tema proposto a não ser, de forma breve, explorar alguns tópicos de sua obra precursora, conforme as alíneas a seguir:

a) o que é o terceiro estado;

- em breve síntese, conclui o autor que o Terceiro Estado é o esteio de uma sociedade e que, uma vez não lhe sendo dada a representatividade adequada, deve o mesmo buscar, por seus próprios meios, a concretização de seus objetivos. Diz o autor em relação à 1ª pergunta fundamental:

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros. (SIEYÈS, 2001, p. 03).

b) o que tem sido o terceiro estado;

- na concepção do autor, o Terceiro Estado constitui as bases da sociedade francesa, sendo o mesmo responsável pela manutenção e pelo progresso

dessa sociedade, entretanto, a existência de ordens privilegiadas vem aviltar essa relação. Em relação à 2ª pergunta fundamental explica o autor:

É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Tudo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, conseqüentemente, não pertence ao Terceiro Estado. Já dissemos que uma lei comum e uma representação comum fazem uma nação. É verdade, todavia, que não somos nada, na França, quando só se tem a proteção da lei comum. Se não se pode invocar nenhum privilégio, é preciso estar disposto a suportar o desprezo, a injúria e as vergonhas de toda espécie. Para evitar o esmagamento total, o que pode fazer o infeliz não privilegiado? Só lhe resta como recurso juntar-se por toda espécie de baixezas a um grande. Ao preço da dignidade ele compra a possibilidade de, em certas ocasiões, se valer de alguém. (SIEYÉS, p. 08).

c) o que pede o terceiro estado;

- a fim de dar concretude a esses objetivos, o autor sugere três petições: na primeira exige que os membros da Assembleia que representam o Terceiro Estado sejam realmente os membros que o compõem. Nas palavras do autor: “Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado.” (SIEYÉS, 2001, p.16). Na segunda petição aponta que deve existir paridade de representação entre os membros do Terceiro Estado e os membros da nobreza e do clero e, na terceira petição, propõe que a votação do Estados Gerais não seja feita por Assembleia, mas sim individualmente, o que proporcionaria uma maioria real, conforme: “Que os Estados Gerais votem não por ordens mas por cabeças” (SIEYÉS, 2001, p. 25).

d) o que se tentou fazer pelo terceiro estado;

- o autor aponta ainda algumas propostas vindas do Governo e dos privilegiados a fim de conformar o Terceiro Estado.
- acerca da primeira proposta, de Calonne (visconde de Calonne - estadista francês e o controlador geral das finanças do Estado durante o reinado de Luís XVI, entre os anos de 1783 e 1787), escreve o autor:

Primeiro, o senhor Calonne propôs o plano das Assembleias Provinciais, em que era na qualidade de proprietário, e não como padre, nobre ou plebeu, que se era chamado nestas assembleias, ou seja, só se levavam em conta suas propriedades. O que aconteceu? Nomeou-se deputados para o Terceiro Estado dentre os privilegiados. Eu conheço uma dessas assembleias onde,

de cinquenta e dois membros, só um não é privilegiado. É assim que se serve à causa de Terceiro Estado, mesmo depois de se ter anunciado publicamente que se quer fazer justiça a ele. (SIEYÈS, 2001, p. 31).

- a segunda proposta veio através de consulta aos notáveis feita pelo senhor Necker, mas que também restou fracassada. Conforme Sieyès:

Brevemente ela (a história) mostrará que homens muito bem colocados e com possibilidades de ditar a uma grande nação o que é justo, belo e bom, preferem prostituir esta ocasião única por um mísero interesse pessoal. (SIEYÈS, p. 32).

- Sieyès também trata da questão de a causa do Terceiro Estado ter sido mais defendida por escritores eclesiásticos e nobres do que pelos próprios não-privilegiados, demonstrado sua conclusão referente à essa situação:

Na lentidão do Terceiro Estado eu vi apenas o hábito do silêncio e o medo do oprimido, o que dá mais uma prova da realidade da opressão. É possível refletir seriamente sobre os princípios e o fim do estado de sociedade sem revoltar-se até o fundo da alma com a monstruosa parcialidade das instituições humanas? Não me surpreendo de que os primeiros defensores da justiça e da humanidade pertençam às duas primeiras ordens. Os “talentos” nascem da utilização exclusiva da inteligência e de longos hábitos. Os membros da ordem do Terceiro Estado deveriam, por mil razões, sobressair neste aspecto. Mas as “luzes” da moral pública aparecem primeiro nos homens melhor situados para captar as grandes relações sociais e cujos recursos originais comumente estão menos danificados, pois as ciências afetam tanto a alma como o espírito. (SIEYÈS, 2001, p. 32).

- os notáveis, segundo o autor, manifestaram o desejo formal de igualar os impostos para as três ordens. Nesse sentido:

Mas eu pergunto: onde está a potência miraculosa que garantirá à França o impedimento de abusos de qualquer gênero, pelo simples fato de que a nobreza pagará sua quota do imposto? E, se ainda subsistem abusos ou desordens, que me expliquem como pode haver igualdade entre quem desfruta e quem padece? (SIEYÈS, 2001, p. 36).

- o autor critica as tentativas de meramente copiar a Constituição Inglesa e desafia os franceses a utilizarem-se das próprias luzes de seu tempo a fim de criar um documento original que, assim, como a Constituição Inglesa, inspire outras nações. Nesse contexto, escreve o autor:

Não devemos, assim, nos surpreender vendo uma nação que mal abriu os olhos para a luz, se voltar para a Constituição da Inglaterra e querer tomá-la

como modelo em tudo. Seria bom se um grande escritor nos respondesse às seguintes perguntas: “A Constituição britânica é essencialmente boa? Se é boa, é conveniente à França?” (SIEYÉS, 2001, p. 40).

- na Inglaterra só possuíam privilégios os nobres que a Constituição outorgava também parte do poder legislativo, os demais cidadãos não possuíam privilégios que os diferenciasses em relação as demais ordens. Uma parte da alta nobreza francesa consentiria de bom grado em instituir uma Câmara Alta, formada pelas trezentas ou quatrocentas famílias mais ilustres e, a exemplo do que ocorria na Inglaterra, mandar as demais famílias de nobres para a Câmara dos Comuns, sem privilégios. A respeito de tal questão escreveu o autor:

Os homens, em geral, gostam muito de igualar tudo o que lhes é superior; fazem-se, então, filósofos. Só começam a odiar esta palavra no momento em que percebem que seus inferiores usam os mesmos princípios. (SIEYÉS, 2001, p. 40).

e) o que deveria ter sido feito;

- neste tópico, Sieyès inicia sua reflexão afirmando que toda nação livre deve ter uma Constituição, a qual deve ser elaborada pela própria nação. Entretanto, aponta que o conflito entre as três ordens de cidadãos deve ser resolvido antes de se avançar no tema. O autor propõe para a resolução do impasse perseguir a resposta de uma pergunta fundamental, qual seja, o que devemos entender pela constituição política de uma sociedade e quais as justas relações desta com a própria nação? Prossegue o autor:

Uma sociedade política só pode ser o conjunto dos associados. Uma nação não pode decidir que ela não será uma nação, ou que não o será de uma forma, pois isso seria dizer que ela não o é de qualquer outra forma. Da mesma maneira, uma nação não pode estabelecer que sua vontade comum deixará de ser sua vontade comum. É uma infelicidade ter que enunciar essas proposições cuja simplicidade parece tão tola se não se pensa nas consequências que se possa tirar delas. Pois uma nação nunca pode estatuir que os direitos inerentes à vontade comum, quer dizer, à maioria, passem para a minoria. A vontade comum não pode se destruir a si mesma. Não pode mudar a natureza das coisas e fazer com que a opinião da minoria seja a opinião da maioria. Vemos bem que um estatuto semelhante, em vez de ser ato legal ou moral, seria ato de demência. (SIEYÉS, 2001, p. 56).

E conclui:

Desse modo, se pretendemos que faça parte da Constituição francesa o fato de que duzentos ou trezentos mil indivíduos de um total de vinte milhões de

cidadãos correspondam a dois terços da vontade comum, o que responder, senão que estamos afirmando que dois e dois são cinco?

As vontades individuais são os únicos elementos da vontade comum. Não é possível privar o número maior do direito de expressá-la, nem tampouco que dez vontades só valem uma contra outras dez que valerão por trinta. São contradições nos termos, que são verdadeiros absurdos.

Se abandonamos esta evidência – que a vontade comum é a opinião da maioria e não da minoria – é inútil falar de razão. (SIEYÉS, 2001, p. 56).

- assim, Sieyès afirma que a nação é a titular do Poder Constituinte originário, responsável pela Constituição, e que deve haver correspondência entre os representados na assembleia constituinte com os representantes, sem se considerar a distinção das ordens e sim a maioria responsável pela vontade comum.

f) o que falta fazer;

- reconhecida a vontade comum na opinião da maioria, o autor prossegue no raciocínio e avança mais um pouco, ponderando acerca da representatividade dos Três Estados. O autor aponta que o Terceiro Estado estaria apto a votar na Assembleia Nacional, pois teria a procuração de cerca de vinte e cinco milhões de franceses, enquanto o clero e a nobreza representariam apenas duzentos mil. Dessa forma, os representantes do Terceiro Estado seriam os verdadeiros depositários da vontade nacional, uma vez que, enquanto maioria, poderiam falar em nome de toda a nação.

g) a assembleia nacional constituinte.

- a vontade de uma nação é o resultado das vontades individuais e a Assembleia Nacional objetiva concretizar essa vontade comum. Escreve o autor:

Conhecemos o verdadeiro objetivo de uma assembleia nacional: não é feita para se ocupar dos assuntos particulares dos cidadãos. Ela considera-os como uma massa, e sob o ponto de vista do interesse comum. Tiremos daí a consequência natural: que o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam. (SIEYÉS, p. 72).

Por fim, Sieyès conclui sua obra afirmando que a legislação de um povo deve expressar as aspirações de interesse geral, comuns à nação, e não interesses individuais ou privilégios para poucos.

2.2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

A evolução da teoria do Poder Constituinte, que nas palavras do autor Paulo Bonavides (2018) nada mais é do que uma teoria da legitimidade do poder ao longo de seus mais de duzentos anos, ainda é objeto de estudos hoje. Vejamos uma consideração do autor acerca da teoria ora suscitada:

A grande descoberta ou o grande passo que a Ciência deu e a que se reportava o abade Sieyés é indubitavelmente o que procede da verificação de que o Poder Constituinte existe como fato. Mas não como fato apenas, senão também como valor, em cujo nome atuam com legitimidade os poderes constituídos, que não devem confundir-se com o Poder Constituinte, do qual emanam, assim como o Estado-instituição ou Poder Constituinte estático e potencial não deve confundir-se com o Governo, grupo de pessoas no exercício ordinário da autoridade. (BONAVIDES, 2018, p. 163).

Nos tempos atuais, como bem ensina o filósofo e cientista social italiano Antonio Negri: “Falar de Poder Constituinte é falar de democracia” (NEGRI, 2015, p. 01). Nas palavras do autor:

Na era moderna, os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos em um processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o Poder Constituinte não tem sido considerado apenas a fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito dessa produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Desse ponto de vista, o Poder Constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que esse é compreendido em uma sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o Poder Constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o Poder Constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática. (NEGRI, Antonio, p. 01).

Os conceitos de legitimidade e democracia, como mencionados pelos autores, são o esteio da evolução do Poder Constituinte, desde sua concepção.

3 O PODER CONSTITUINTE NO BRASIL

O modelo do Poder Constituinte presente na atual Constituição Brasileira é resultado da união de dois conceitos fundamentais: o conceito de democracia, em seu sentido de soberania popular, e o conceito de Constituição, como organização político-jurídica do Estado.

O termo democracia é posto aqui como um regime político em que os cidadãos participam de todas as decisões igualmente, de forma direta ou através de seus representantes eleitos, nas propostas e na criação das leis que regem a nação. Na atual concepção do termo constituição, muito bem expressada nas palavras do professor Dalmo de Abreu Dallari:

A Constituição, no sentido de lei fundamental de um povo, abrangendo a totalidade da vida jurídica desse povo, surgiu apenas no século dezoito. É, portanto, uma criação moderna, embora se encontrem entre os povos da Antiguidade inúmeros documentos que, sob alguns aspectos, são semelhantes a uma Constituição. (DALLARI, 1984, p. 03).

Sobre o assunto, ensina o Professor Uadi Lammêgo Bulos:

Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder. Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade. (BULOS, 2011, p.100).

Nos Estados Democráticos de Direito o povo é o titular do Poder Constituinte. Nas palavras da professora Nathalia Masson:

O Poder Constituinte é a energia (ou força) política que se funda em si mesma, a expressão sublime da vontade de um povo em estabelecer e disciplinar as bases organizacionais da comunidade política. Autoridade suprema do ordenamento jurídico, exatamente por ser anterior a qualquer normatização jurídica, o poder é o responsável pela elaboração da Constituição, esta norma jurídica superior que inicia a ordem jurídica e lhe confere fundamento de validade. (MASSON, 2017, p. 111).

Seguindo no presente estudo, será traçado um paralelo entre o Poder Constituinte e seu impacto nas Constituições nacionais, culminando na atual Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse intuito, a interdependência entre a História e o Direito será utilizada a fim de melhor elucidar o tema.

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

Em junho de 1822 Dom Pedro I convocou a Assembleia Geral Constituinte e, se, por um lado os deputados constituintes tinham sido eleitos livremente para redigir a Carta Magna Brasileira, por outro, todos os poderes do monarca estavam preservados. “Espero que a Constituição que façais mereça minha real aprovação”, foram essas as palavras do Imperador por ocasião da abertura dos trabalhos constituintes.

A Assembleia Geral Constituinte de 1822 contava com um total de 90 membros, eleitos por 14 províncias, dentre proprietários rurais, bacharéis em leis, militares, médicos e funcionários públicos. Para elaborar um anteprojeto constitucional, foi designada uma comissão composta por seis deputados sob liderança de Antônio Carlos de Andrada, irmão de José Bonifácio.

A situação do Brasil à época era bastante conflituosa, pois ainda era colônia de Portugal e acreditava-se que só a figura forte de um monarca poderia consolidar a independência de fato. Assim, de um lado estava o monarca e do outro a Assembleia Constituinte, que poderia escrever a Constituição, desde que em conformidade com a aprovação daquele.

A Constituição que deveria ter sido promulgada, acabou por ser outorgada, uma vez que D. Pedro I não gostou do anteprojeto apresentado. O próprio Imperador dissolveu a Assembleia, acusando-a de ter “perjurado ao tão solene juramento que prestou à Nação de defender a integridade do Império, sua independência e minha dinastia”. Dessa forma, o Imperador nomeou um Conselho de Estado formado por 10 membros incumbido de elaborar um projeto de Constituição, o qual lhe foi entregue em 23 de dezembro de 1823, sendo a Constituição monárquica outorgada em 25 de março de 1824.

Dentre as principais pontos trazidos pela Constituição de 1824 temos um governo monárquico unitário e hereditário; voto censitário baseado na renda e descoberto (não secreto); eleições indiretas, onde os eleitores da paróquia elegiam os eleitores da província e estes elegiam os deputados e senadores. Para ser eleitor da paróquia, eleitor da província, deputado ou senador, o cidadão deveria ter uma renda anual de 100, 200, 400 e 800 (mil) réis, respectivamente. O catolicismo era a religião oficial e havia submissão da Igreja ao Estado.

Essa constituição trazia o Poder Moderador, de titularidade do monarca, o que na prática inibia o exercício regular dos três poderes, tendo um traço forte de autoritarismo.

Eram quatro os poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador. O Executivo competia ao imperador e o conjunto de ministros por ele nomeados. O Legislativo era representado pela Assembleia Geral, formada pela Câmara de Deputados (eleita por quatro anos) e pelo Senado (nomeado e vitalício). O Poder Judiciário era formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com magistrados escolhidos pelo imperador. Por fim, o Poder Moderador era pessoal e exclusivo do próprio imperador, assessorado pelo Conselho de Estado, este também vitalício e nomeado pelo imperador.

Já em seu preâmbulo pode-se ver a prevalência da figura do Imperador, pois, como aos demais Imperadores, era entendido como um representante divino na terra. Assim:

Dom Pedro Primeiro, Por Graça De Deos, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassem e fizessem jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte (...)" (site do Senado Federal, grifo nosso)

Outra característica interessante era que a Constituição de 1824 registrava em seu texto, de forma expressa, aquilo que era, ou não, matéria constitucional. Por exemplo:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. (site do Senado Federal)

Nos idos de 1830 o Governo Imperial passava por significativa crise, com movimentos reformistas que pretendiam alterar a Constituição para que refletisse a vontade da nação. O Imperador Dom Pedro I, contrário às reformas, disse então:

Haverá um atentado maior contra a Constituição, que juramos defender e sustentar, do que pretender alterá-la na sua essência? Não será isto um ataque manifesto ao sagrado juramento que, perante Deus, todos nós mui voluntariamente prestamos?

Sob resistência do Imperador e do Senado, este fiel ao trono, mas sob a tutela da Câmara, que incumbiu-se de sua elaboração, foi aprovado em 7 de abril de 1832 o Ato Adicional, que alterou a Constituição de 1824 e introduziu relativa autonomia às Províncias.

Uma importante característica da constituição monárquica de 1824 é sua plasticidade e adaptabilidade, podendo ser alterada inclusive quanto à forma de governo por uma simples emenda constitucional. Nesse sentido:

E isso, por duas razões. A primeira é que, ao contrário do que passou a ser tradição nas Cartas republicanas, que impediam, e ainda impedem, modificar a forma republicana e o sistema federativo por meio de emenda, a Constituição do Império não estabelecia restrições ao Poder Constituinte derivado. Todos os dispositivos, portanto, eram reformáveis, inclusive o que consagrava a monarquia como forma de governo. A segunda razão é que, embora as emendas constitucionais tivessem o mesmo rito de lei ordinária (como ocorreu com o Ato Adicional de 1834) e, portanto, dependessem da sanção do Imperador, no caso de mudança da forma de governo, como em qualquer outra matéria constitucional reformada por lei ordinária, não podia o Monarca negar a sanção, se aprovada por duas Legislaturas seguintes, em face do que dispunha o art. 65: “Esta denegação (isto é, a negativa da sanção) tem efeito suspensivo somente, pelo que, todas as vezes que as duas Legislaturas que se seguirem àquela que tiver aprovado o projeto tornarem sucessivamente a apresentá-la nos termos, entender-se-á que o Imperador tem dado a sua sanção. (NOGUEIRA, 2012, p. 11).

A Constituição de 1824 foi aquela com maior duração no Brasil passando pelo Primeiro Reinado (Dom Pedro I), continuando após sua abdicação durante o Período Regencial e Segundo Reinado (Dom Pedro II). Acerca do tema:

O que é importante numa Constituição? A sua eficácia ou a sua durabilidade? Colocada em termos de confronto, a comparação perde o sentido, pois o que deve medir a eficácia de qualquer documento constitucional é exatamente a sua longevidade. Uma Constituição é tão mais eficiente quanto maior for a sua duração. Afinal, o que se espera de qualquer documento constitucional é que ele possa regular de maneira estável, e sem necessidade de frequentes mudanças, a vida institucional do país, inclusive nos momentos de crise. (NOGUEIRA, 2012, p.09).

O que se conclui é que o Poder Constituinte originário nessa Constituição não foi exercido de forma democrática com a legitimidade do povo, muito pelo contrário, o texto exprime tão somente a vontade do monarca, o qual concentrava todo o poder.

3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Em 13 de maio de 1888 a Princesa Isabel, filha de Dom Pedro II assinou a Lei Áurea acabando com a escravidão no Brasil. Ao contrariar os proprietários de escravos, a Monarquia perdeu a última base de sua sustentação. Acerca do espírito dominante na época, escreve o professor Aliomar Baleeiro:

Passada a euforia da promulgação da Lei de 13 de maio de 1888, com a qual D. Isabel acreditara ganhar durável popularidade, o País sentiu na carne as consequências do gesto generoso que, como o Barão de Cotegipe profetizou à Princesa, lhe custaria a perda do trono. Não foram previstas medidas de gradual adaptação dos ex-escravos ao trabalho livre, nem de amparo à produção agrícola, a básica do País na época. (BALEIRO, 2012, p. 11).

Em 15 de novembro de 1889 instaura-se a Primeira República no Brasil, proclamada pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, trazendo os novos ventos do liberalismo e substituindo a política imperial até então vigente.

Nesse contexto histórico, em 1890 o Presidente provisório Marechal Deodoro da Fonseca convocou eleições para a formação de Assembleia Constituinte, que foi formada pelos principais representantes das oligarquias brasileiras da época. Então em 1891 foi promulgada a Primeira Constituição Republicana do Brasil, cuja autoria se atribui em grande parte ao jurista Rui Barbosa em coautoria com Prudente de Moraes.

Rui Barbosa, no cair da noite de 15 de novembro, sentou-se, de caneta em punho, defronte duma resma de papel almaço, institucionalizando os fatos da manhã. E assim, antes que voltasse ao solo toda a poeira da cavalgada de Deodoro, começou este a assinar o Decreto orgânico que instituía o Governo Provisório da Nova República. Seguiram-se a separação da Igreja e do Estado e, dia a dia, inovações políticas e jurídicas de toda a espécie. (BALEIRO, 2012, p. 13).

Foi fortemente inspirada na Constituição dos Estados Unidos da América, na Constituição da República Argentina e na Constituição Federal da Suíça, além de caracterizar-se por sua oposição à Constituição de 1824. Dentre as principais mudanças, destaca-se que o Poder Moderador foi abolido, o Senado deixou de ser vitalício e promoveu-se uma maior secularização do Estado, passando a vigorar a liberdade de culto.

A nova organização política limitava a ação do poder federal, sendo que o Brasil passou a ser uma República Federativa formada por Estados, os quais possuíam maior autonomia. Na prática esse maior poder propiciou que as oligarquias locais tivessem maior liberdade para garantir seus interesses.

O povo quase não possuía influência nas decisões políticas, tratando-se o eleitorado brasileiro, até a década de 1920, de não mais que 10% da população total; eram considerados eleitores apenas os maiores de 21 anos, exceto analfabetos, indigentes, mulheres, religiosos e militares de baixa patente.

Apesar da falta de influência do povo em sua elaboração, essa foi a primeira Constituição republicana do Brasil. Em seu preâmbulo trazia o seguinte texto:

Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regimen livre e democratico, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL.

O texto em questão notadamente não condizia com a representatividade democrática que havia na época.

Em relação à Constituição de 1891 escreveram os autores Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Entre a Constituição jurídica e a Constituição sociológica havia enorme distância: nesse aspecto se cavara também o fosso social das oligarquias e se descera ao precipício político do sufrágio manipulado, que fazia a inautenticidade da participação do cidadão no ato soberano de eleição dos corpos representativos. (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 260).

Por fim, em 1926 nossa primeira Constituição Republicana foi alvo de uma reforma, bastante autoritária, a única efetivada nos quarenta anos da Primeira República, que pretendeu realizar ampla e profunda modificação institucional, mas ficou reduzida a cinco principais pontos:

- a) ampliou os casos de intervenção nos negócios peculiares dos estados;
- b) cerceou atribuições do Congresso Nacional;
- c) instituiu o veto parcial;
- d) restringiu a competência da Justiça federal; e
- e) limitou a garantia do Habeas Corpus aos casos de prisão ou de ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

Essas alterações precipitaram seu fim, marcado pela Revolução de 1930, como explanam Bonavides e Andrade:

A revolução de 30 marcou a queda da primeira Constituição republicana. As mesmas armas que derribaram a monarquia, e ergueram a República constitucional de 1891, depois do golpe de 15 de novembro de 1889, inspiraram a caminhada revolucionária da Aliança liberal e desfizeram o sonho constitucional de Rui Barbosa: a carta de 91. (BONAVIDES; ANDRADE, 2008 p. 268).

A Constituição de 1891, embora formalmente republicana, foi concebida conforme os interesses de famílias oligárquicas, além de ter sido outorgada pelas armas.

3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

No cenário mundial havia grandes transformações que influenciaram tremendamente o Brasil à época. Em relação a este cenário, escreve o professor Ronaldo Poletti:

O mundo vinha de grandes transformações. O século XX nascera em meio ao otimismo da técnica e da ciência. Colocados de lado os valores da Cultura e da Filosofia, não tardou que a Primeira Grande Guerra, e suas terríveis consequências, deitasse por terra as esperanças do cientificismo. O mundo do Estado Liberal começara a ruir. A Constituição de Weimar institucionalizara a social-democracia, procurando conciliar a liberdade individual com a necessidade de um Estado, cuja função não ficaria restrita à produção das normas jurídicas, mas estenderia a sua atuação de maneira que se transformasse num Estado não meramente de direito, mas também um estado político e administrativo. A Revolução soviética, por sua vez, impusera a presença organizada da massa de trabalhadores no poder, através de um partido disciplinado e coeso na sua doutrina ideológica, o qual, tomando posse da máquina estatal, seria fiel aos desígnios de planejamento total em matéria de economia e aos de vivenciar, a seu favor, os defeitos que apontava no mesmo Estado, quando em poder da burguesia e dócil às determinações da estrutura capitalista de produção. De repente, o mundo tomara consciência de situações dramáticas que iriam pôr em risco a felicidade imaginada por abstrações liberais. Não! O mundo não vai por si só! Não é possível deixar fazer e assistir à passagem da vida. O Estado precisa intervir. Impõe-se ao homem a direção da História. A fome representa um fantasma, também, para as sociedades capitalistas mais prósperas. O Direito não há de apenas garantir a liberdade, porque esta gera quase sempre a escravidão em face das desigualdades naturais. “Entre o rico e o pobre, o patrão e o operário, o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e é o Direito que liberta” (Lacordaire). Para contrabalançar os ideais de uma democracia voltada para os aspectos sociais, as ideias do fascismo progrediam e iriam precipitar o maior de todos os conflitos. (POLETTI, 2012, p. 12).

No Brasil, a crise de representatividade era evidenciada e apontada como a raiz de todos os problemas que afligiam o país na República Velha. Com a crise eclodiu a Revolução de 1930, que marcou a queda da primeira Constituição republicana do Brasil.

Getúlio Vargas assume como presidente provisório e passa a governar de forma discricionária por meio de decretos, sem respaldo de uma Constituição e do Poder Legislativo, descumprindo sua promessa de convocar uma Assembleia Constituinte.

Essa situação gerou a Revolução Constitucionalista de 1932 que, apesar de mal sucedida militarmente, teve significativas reivindicações políticas atendidas, dentre as quais a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte em maio de 1933.

A Assembleia Constituinte de 1933 contrasta com a de 1891, pois contava com enorme entusiasmo popular.

Os constituintes eram em número de 214, entre os quais uma inovação e peculiaridade: 40 deputados "classistas"; 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, três dos profissionais liberais e dois dos funcionários públicos. As correntes de pensamento mais diversas estavam aí representadas. (BONAVIDES, 2008 p. 325).

A Constituição de 1934 foi promulgada pelo então presidente provisório, eleito em definitivo um dia depois da promulgação do novo documento, através do voto indireto da Assembleia Nacional Constituinte.

A Carta Magna de 1934 inspirou-se na Constituição de Weimar alemã e trouxe consigo um caráter de constitucionalismo social, formalizando pela primeira vez os direitos sociais de segunda geração, a tripartição de Poderes, o voto feminino dentre outras inovações.

Curiosamente tinha dentre seus principais críticos o próprio Presidente Getúlio Vargas que a considerava liberal demais. Nas comemorações dos 10 anos da revolução de 1930, em discurso de 11 de novembro de 1940, declarou Getúlio Vargas:

Uma constitucionalização apressada, fora de tempo, apresentada como panaceia de todos os males, traduziu-se numa organização política feita ao sabor de influências pessoais e partidarismo faccioso, divorciada das realidades existentes. Repetia os erros da constituição de 1891 e agrava-os com dispositivos de pura invenção jurídica, alguns retrógrados e outros acenado a ideologias exóticas. Os acontecimentos incumbiram-se de atestar-lhe a precoce inadaptação.

A Constituição de 1934 teve vida efêmera, apesar de ter representado nova fase na vida do país, foi logo substituída pela Constituição de 1937.

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

Em 1935 houve o movimento de natureza político-militar chamado de Intentona Comunista ou Revolta Vermelha de 1935, foi um levante comunista liderado pelo capitão do exército brasileiro e líder tenentista convertido ao comunismo Luís Carlos Prestes, que protagonizou uma tentativa de golpe contra o Governo de Getúlio Vargas no dia 27 de novembro de 1935 em nome da Aliança Nacional Libertadora (ANL - frente de esquerda formada por comunistas, oficiais subalternos, operários e intelectuais de esquerda) com o apoio do Partido Comunista do Brasil.

Essa conjuntura política, marcada por diversas agitações ideológicas culminou, em 10 de novembro de 1937, com Getúlio Vargas aplicando um golpe de Estado sob o pretexto de preservar a ordem interna, fortemente abalada pelos movimentos conspiratórios da época.

Dessa forma, Vargas fechou o Congresso Nacional, cassou a Constituição vigente e outorgou uma nova Constituição, a Constituição de 1937.

Conhecida como Constituição Polaca, em clara alusão ao movimento polonês de 1935, que exacerbava poderes e atribuições ao Poder Executivo tornando-o um superpoder. A Constituição de 1937 foi elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça de Vargas, em parceria com o jurista Carlos Medeiros Silva. A partir de então foi estabelecido o regime ditatorial, conhecido como Estado Novo, que enfraqueceu os direitos fundamentais.

O advogado e ex ministro do TSE Walter Costa Porto entende que é de Pontes de Miranda o melhor texto de interpretação da Constituição de 1937 em sua obra “Comentários” de 1938. Diz o autor:

Foi de Pontes de Miranda – ao lado de obras de circunstância, laudatórias impressas, em grande parte, pelo poder oficial – o melhor texto de interpretação da Constituição de 1937. Indicou ele como características principais do texto: – a coordenação, entregue ao presidente, da atividade dos órgãos representativos, com a promoção e a orientação da política legislativa de interesse nacional; – a possibilidade, no intuito de assegurar a continuidade da política nacional, de indicação, pelo Presidente, de um dos candidatos ao cargo, caso em que, em vez de ser eleito o novo chefe do Executivo pelo Colégio Eleitoral (eleição indireta), passaria a escolha a ser feita pelo povo, em sufrágio universal; – a atribuição aos vereadores às

Câmaras Municipais, e, em cada município, a dez cidadãos eleitos por sufrágio direto no mesmo ato de eleição da Câmara Municipal, da tarefa de eleger os representantes dos Estados-Membros na Câmara dos Deputados; – e, “por mais arraigada que estivesse entre nós a convicção de ser o princípio da separação e da independência dos poderes essencial às Constituições modernas” (o que Pontes denunciara como “superstição”), a eliminação desse princípio, como também a adoção da feitura das leis em parte pelo Executivo com o nome de decretos-leis e a permissão ao Parlamento, por iniciativa do Presidente da República, do exame da decisão final que declarou inconstitucional uma lei; – a criação do Conselho de Economia. (PORTO, 2012, p. 10).

Ainda, complementa:

Publicando os “Comentários”, em 1938, não poderia Pontes antecipar os problemas trazidos pela não convocação do plebiscito ordenado na Carta ou das eleições para os órgãos representativos. Mas é curiosa a advertência à página 20 de seu prefácio: “Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprirem os preceitos de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior.” (PORTO, 2012, p. 11).

O próprio autor Walter Costa Porto a fim de corroborar as afirmações de Pontes de Miranda acerca da inaplicabilidade da Constituição de 1937 pelo ditador Getúlio Vargas menciona histórica entrevista de Francisco Campos, um dos autores do texto acerca do tema:

Francisco Campos – reconhecido como o principal autor do texto –, quando de seu rompimento espetacular com o ditador, em entrevista concedida ao Correio da Manhã, do Rio de Janeiro, em março de 1945, disse exatamente que ela era um documento que não podia “invocar em seu favor o teste da experiência”, pois não foi “posta à prova”, permanecendo “em suspenso desde o dia de sua outorga”. A Constituição de 1937, insistia Campos naquela entrevista, não tinha mais vigência, era: “de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico por não haver adquirido ou haver perdido sua vigência”. (PORTO, 2012, p. 11).

Acerca da chamada “Constituição polaca” interessante ressaltar que foi a primeira a dispensar os trabalhos de uma Assembleia constituinte. Neste sentido:

Pode-se afirmar que até então as Constituições haviam sido resultantes de debates e decisões constituintes. Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembleia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte. (BONAVIDES e ANDRADE, 2008 p. 345).

A Constituição de 1937 traz em seu preâmbulo:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;(...)

Segundo o jurista Walter Costa Porto:

Muitos dos biógrafos do Ditador, no entanto, atribuem-lhe a maior parcela de responsabilidade no agravamento daqueles dissídios, com a manipulação, por ele, a partir de 1934, da ameaça “subversiva” para reunir, em suas mãos, os poderes autoritários que a Carta de 1934 respaldou. (PORTO, 2012, p. 22).

A Constituição de 1937 perdurou até 1945, quando Vargas foi deposto.

3.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Uma Assembleia Constituinte se reuniu em 4 de fevereiro de 1946 com representantes eleitos pelo povo e, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada uma nova Constituição, responsável pela renovação democrática do país. Nas palavras dos professores Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Nasceu a Constituinte de 1946 de um movimento nacional de repúdio ao Estado Novo, regime de arbítrio que desde o Golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 paralisara a vida constitucional do País, sujeitando a Nação a uma ditadura pessoal de inspiração fascista e totalitária, inconciliável oito anos depois com a sorte da causa aliada na segunda Grande Guerra Mundial. (BONAVIDES e ANDRADE, 2008, p. 355).

Ainda, acerca do tema, os juristas Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho:

Pela primeira vez, na história política do Brasil, sentavam-se no Parlamento fortes bancadas de Comunistas (16) e de trabalhistas, de sorte que número considerável de proletários teve voto. As reivindicações dos proletários tiveram apoio prestimoso de vários udenistas e até do pessedista Agamenon Magalhães. Alguns deputados eram operários de limitada instrução e alguns, pretos, o que foi raríssimo na República Velha. (BALEEIRO; SOBRINHO, 2012, p. 10).

E prosseguem:

Todavia, na Grande Comissão preponderavam homens de profissões liberais das classes médias, Nereu Ramos Agamenon Magalhães Volume V – 1946 11 podendo-se deduzir disso o espírito conservador da maioria deles. A análise das condições pessoais dos 37 componentes chegou a essa conclusão – 22 membros contavam mais de 50 anos (alguns de mais de 60 e até de mais de 70 anos); 8 se situavam entre os 40 e 50 anos; apenas um não atingia 40 anos e era comunista. Juntaram-se, ali, 31 juristas, vários dos quais eram professores universitários; 2 médicos; 2 sacerdotes (1 dos quais protestante); 1 militar e apenas 2 não tinham curso superior (1 deles, Café Filho, veio a exercer a presidência da República em 1954). Desses membros da Grande Comissão, 1 havia sido Presidente da República (Bernardes); 8 governaram Estados e a maioria já havia exercido funções de Ministros de Estado, Secretários de Estado, ou mandatos parlamentares federais ou estaduais. Mais de 4/5 eram modestos proprietários de imóveis. Um era havido como rico. Alguns já haviam sofrido prisão por motivos políticos. No seio de toda a Constituinte, havia, talvez, duas dúzias de milionários, mas estes poucos pesaram nas deliberações que partiam, em geral, de representantes das classes médias. A predominância, portanto, era de conservadores com tendências liberais e que faziam concessões ao proletariado, desejosos de soluções evolutivas ou por meios democráticos para a luta de classes. O art. 147 da Constituição Federal de 1946 é típico disso: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do art. 141, § 16 (desapropriação), promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.” Diferentemente de 1890-1891 e de 1933-1934, era pequeno o número de militares. Os que lá se achavam tinham anterior experiência política, nos governos de Estados ou no Parlamento. Essa composição social dos Constituintes naturalmente se refletiria na Constituição de 1946. (BALEIRO; SOBRINHO, 2012, p. 11).

Acerca da existência formal de uma bancada comunista na Constituinte, pela primeira vez em nossa história, escreveram os juristas Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Não resta dúvida que a singularidade por excelência da Constituinte de 1946, veio a ser a presença de uma bancada comunista na Assembleia suprema, fato que ocorria pela vez primeira em toda a história constitucional (...) Os deputados comunistas à Constituinte participaram ativamente dos debates em plenário, acompanhando com amiudadas intervenções todas as fases de formulação do projeto constitucional que acabou sendo convertido na Lei Maior promulgada em 1946.” (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 387).

No texto constitucional de 1946 foram reestabelecidas as eleições diretas para os membros do Poder Executivo e Legislativo, assim como restituído o equilíbrio entre os três Poderes, além de um relativo fortalecimento dos direitos fundamentais.

3.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

O cenário mundial era o da Guerra Fria, sendo caracterizada pela disputa de poder entre as duas maiores potências militares da época, EUA e URSS. Essas potências buscavam o maior número de países aliados para garantir o fortalecimento de seu modelo de organização social que culminou na divisão mundial entre o comunismo e o capitalismo.

No Brasil o clima de radicalização ideológica também era tenso, naquela época as candidaturas do presidente e do vice ocorriam em chapas distintas. Assim, em 1960 foi eleito Jânio Quadros, do Partido Democrata Cristão, como Presidente do Brasil, e João Goulart, do PTB/PSD, como Vice-Presidente, seu opositor.

Em 25 de agosto de 1961 o então Presidente da República Jânio Quadros renunciou ao cargo enquanto seu vice, João Goulart estava em viagem para a China. Tomou posse, então, o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli, em meio a muita tensão, uma vez que os ministros militares se opunham à posse de João Goulart, suspeito de ligações comunistas.

A fim de promover a conciliação, bem como a ordem constitucional vigente, em 2 de setembro de 1961 o Congresso Nacional aprovou o parlamentarismo. Assim, parte do poder do Presidente da República passaria para o 1º Ministro, que chefearia o governo.

Em 8 de setembro do mesmo ano, João Goulart assume como Presidente da República, sendo Tancredo Neves, do PSD, nomeado 1º Ministro. O presidencialismo retornaria em janeiro de 1963, após a realização de um plebiscito com forte propaganda publicitária do governo a seu favor.

Com o fortalecimento de seu governo, João Goulart, em março de 1964, iniciou uma campanha para a implementação das chamadas “Reformas de Base”, políticas de esquerda que, a pretexto de favorecer a população, aumentavam o poder do Estado.

A instabilidade social era evidente, havia o temor de que o Brasil se juntasse a Cuba no bloco comunista das Américas. Vários setores da sociedade, como parte da mídia independente, governadores Estados, Clero, entidades femininas, proprietários rurais e a maioria da classe média iniciaram, em 19 de março de 1964, o movimento denominado “Marcha da Família com Deus Pela Liberdade” a fim de promover a deposição do Presidente da República.

Nesse contexto de turbulência externa e interna, em abril de 1964 o Congresso Nacional depôs João Goulart e, pressionado pelas Forças Armadas, elegeu de forma indireta o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco para exercer a Presidência da República, dando início ao Regime Militar no Brasil.

3.6.1 O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1967

O período de abril de 1964 a dezembro de 1966 registra a edição de quatro Atos Institucionais e quinze Emendas Constitucionais, os quais, dentre outras medidas, preveem a extinção de partidos políticos, legitimam decretos-lei do Presidente da República, permitem que sejam cassados mandatos parlamentares e direitos políticos. Ainda, o AI nº 4 convoca o Congresso Nacional a reunir-se extraordinariamente para discutir e votar um novo texto constitucional.

A elaboração da Constituição de 1967 era um dos estágios do processo institucionalizador do Movimento de 1964. Conforme os juristas Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte. Isso porque os parlamentares além de não estarem investidos de faculdades constituintes, estavam também cerceados pelos atos institucionais. A coação ao trabalho dos parlamentares exercida pelos atos excepcionais, impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta Constitucional relativamente independente. (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 436).

Ainda, acerca da Constituição de 1967, escreveram os juristas Themísocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro:

Vimos, sim, o mecanismo constitucional destinado à ação política, isto é, os instrumentos de que dispõe o Estado para o funcionamento do regime político instituído com a Constituição de 1967. Esses instrumentos são adequados a uma ação política democrática, dando ao governo os meios necessários para um controle efetivo de sua posição política e de um mecanismo econômico de acordo com a orientação que julgue mais satisfatória (...)Politicamente, limita as possibilidades da área oposicionista, afasta os líderes carismáticos, anula a controvérsia eleitoral. Parece-me ser ele uma consequência lógica do sistema político em que o foco do poder está nas mãos do Executivo. De qualquer forma, ainda é cedo para fazer a crítica do regime político instituído pela Constituição vigente. Ele obedeceu a uma conjuntura, iniciada pela radicalização das posições políticas depois do governo Jânio Quadros. O erro foi a radicalização que divide a nação em dois campos e estabelece barreiras dificilmente eliminadas. A virtude do regime democrático deve residir no equilíbrio político, com a participação de todos nos poderes do Estado. Mas

é preciso para isso a possibilidade dessa conveniência dentro de instituições estáveis. Que o jogo político se faça dentro do regime, repetimos, e não contra o regime. Nisso consiste também uma das metas do desenvolvimento político que deve acompanhar o desenvolvimento econômico e social. É possível que a Constituição contenha algumas arestas que o tempo se encarregará de eliminar, desde que se firme a ideia de que a estabilidade política depende de condições de segurança das instituições que só se adquirem pelo desenvolvimento social, pela educação e pelo progresso econômico. (THEMÍSOCLES; BRITO; BALEEIRO, 2012, p. 28).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, tinha forte inspiração autoritária, conferindo poderes excepcionais ao Presidente da República. Previa a possibilidade de suspensão de direitos políticos nas hipóteses de abuso de direitos individuais, como da liberdade de expressão, de reunião e de associação, além de estender à Justiça Militar a competência para julgar civis pela prática de crimes contra a segurança interna ou contra instituições militares.

3.6.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

A emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 alterou completamente a Constituição de 1967, a ponto de alguns doutrinadores considerarem a mesma um novo texto constitucional, pois, não obstante o fato de reafirmar parte dos dispositivos da Constituição de 1967, introduziu significativas reformas no sistema constitucional. Em linhas gerais nas palavras da professora Nathalia Masson:

Conquanto o documento de 1969 tenha mantido, sob o aspecto formal, nossa condição jurídica de Estado Democrático de Direito, em verdade, a exacerbação dos poderes previstos ao Presidente da República, assim como as inúmeras hipóteses de suspensão de direitos individuais, faziam com que essa locução não passasse de quimera. (MASSON, 2017 p. 73).

Ainda, acerca da legitimidade da emenda constitucional nº 1, de 1969 Paulo Bonavides e Paes de Andrade escreveram:

É o Governo com a supremacia do executivo, indicando uma fase em que o problema da legitimidade constitucional o preocupava, mas nem por isso o levou a considerar os protestos da sociedade contra a concentração autoritária de poder. (BONAVIDES; ANDRADE, 2008, p. 447).

Consequência do desequilíbrio gerado pela exacerbação do Poder Executivo, a EC nº 01/1969, embora comparada a um novo texto constitucional, não poderia ser assim considerada, uma vez que reafirmava o poder da carta então vigente.

3.7 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

No início da década de 1980, após considerável período de Regime Militar, o mesmo estava desgastado, em grande medida pelo referido regime ter sido implementado com a promessa imediata de devolver o Brasil à democracia, entretanto, passados cerca de duas décadas, o regime ainda vigia.

No início no ano de 1983 ocorre o “Movimento Diretas Já”, que reivindica eleições presidenciais diretas no Brasil. Esse movimento ganhou força quando, no dia 25 de janeiro de 1984, no dia do aniversário da cidade de São Paulo, no Vale do Anhangabaú, milhares de pessoas se reuniram em um ato organizado por lideranças políticas de oposição, além de artistas e intelectuais engajados na causa.

Após muita pressão, em 1985 o civil Tancredo Neves foi eleito, via eleições indiretas, Presidente da República, assumindo, entretanto, seu o vice-Presidente, em razão do falecimento de Tancredo.

Em 27 de novembro de 1985 uma emenda constitucional à, então vigente, Constituição de 1967 (EC 26/1985) convocou a Assembleia Nacional Constituinte e em 15 de novembro de 1986 o povo compareceu às urnas para eleger os próximos membros do Parlamento Brasileiro, os quais seriam também membros da Constituinte (487 deputados e 72 senadores).

A instalação da Assembleia Constituinte ocorreu no dia 1º de fevereiro de 1987, sendo eleito como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte o deputado Ulysses Guimarães.

Após 20 meses de trabalhos foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, que ficou conhecida como “A Constituição Cidadã”.

3.7.1 O PROCESSO CONSTITUINTE DE 1988

A atual Constituição do Brasil expressa de forma literal a titularidade do povo em relação ao Poder Constituinte, como bem se observa logo em seu primeiro e fundamental artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...) Parágrafo único. Todo

o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Os autores Souza Neto e Sarmiento (2012) apresentam os cenários em que o Poder Constituinte pode se manifestar, são eles: a Revolução; a Criação de um novo Estado; a Emancipação política; as Crises graves; o Golpe de Estado; e a Transição pacífica, esta última, notadamente o caso que deu origem à Constituição brasileira de 1988.

É muito importante destacar que a Constituinte de 1988 foi precedida da Comissão Afonso Arinos composta por juristas e estudiosos, que nada mais era do que uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais instaurado através do Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, pelo então Presidente José Sarney. Composta por 50 membros, os chamados “notáveis” que tinham a tarefa de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais no interesse do país.

A Comissão elaborou um anteprojeto constitucional, documento entregue ao Presidente da República em 18 de setembro de 1986. O Presidente José Sarney deu ao documento tratamento de um relatório apenas, sendo posteriormente arquivado e não enviado à Assembleia Nacional Constituinte como era de se esperar. Consta que a principal razão de o anteprojeto constitucional ser ignorado pelo governo era sua adoção do sistema parlamentarista de governo e o Presidente da República não queria ter seus poderes esvaziados.

Assim, a EC 26 de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, foi alvo de críticas no tocante à sua legitimidade. Alguns setores defendiam a ideia de uma Constituinte exclusiva, ou seja, uma Assembleia eleita pelo povo com o propósito exclusivo de elaborar a Constituição, o que de fato não ocorreu. Os mesmos parlamentares eleitos para o exercício de mandatos regulares seriam os responsáveis pela elaboração da nova Constituição, acarretando perceptíveis lacunas de representatividade. A título de exemplo, contava a Assembleia com apenas 26 mulheres, todas deputadas. Como bem apontam Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

A Constituinte congressual não era indubitavelmente a forma mais legítima de assembleia para conduzir o processo ou exprimir sem pressupostos restritivos o exercício da soberania nacional em toda sua plenitude. Uma prévia de origem estava na operação eleitoral. Elegeram-se deputados e senadores, e estes últimos, representando o ramo federativo do sistema,

significavam já um pressuposto originário de compromisso aparente com a base federativa da organização do estado, ao mesmo passo que diminuía politicamente a integridade de expressão da vontade popular, em virtude da composição paritária do Senado, com relevante inferiorização da manifestação global da vontade do eleitorado.”

E continuam:

A sub-representação política dos grandes Estados na composição do colégio constituinte se tornava assim patente, sendo por conseguinte óbvio que essa carência de plenitude e igualdade na representação conjunta do eleitorado fazia baixar o teor de representatividade e democracia do poder soberano no exercício da função constituinte, caindo consideravelmente o grau de sua legitimidade. O ponto de partida era pois o de uma legitimidade, bastante reduzida, com suficiente plenitude para executar uma reforma da Constituição, obra sempre de um poder derivado ou de segundo grau, mas de legitimidade discutível, em se tratando de concretizar a elaboração de uma nova Constituição, a qual, em rigor, deve caber a uma Constituinte exclusiva e, se possível, desatada do vínculo federativo prévio, a exemplo da de 1933, cujo modelo é de se lastimar não se tenha adotado, como cumpria e a Nação decerto aguardava. (BONAVIDES e ANDRADE, p. 493).

Apesar de severas críticas à legitimidade formal da Constituinte de 1988, os referidos autores ressaltam que os conteúdos introduzidos no documento constitucional garantem sua legitimidade material. Nesse sentido:

A crise anterior de formalismo pode ser então triunfantemente ultrapassada pelos conteúdos introduzidos na carta magna, se estes de maneira efetiva logram o índice de eficácia que decorre do consenso e da adequação às realidades concretas e existenciais da Nação. (...) Os constituintes congressuais saíram, ao nosso ver, vitoriosos dessa primeira fase de legitimação da carta, aquela que vai da instalação da Constituinte à promulgação da própria lei fundamental. (BONAVIDES e ANDRADE, p. 494).

Conforme a percepção dos estudiosos do tema, a legitimidade do Poder Constituinte deve ser analisada sob os aspectos formal e material, num primeiro momento, analisa-se se houve a representação do povo, titular do referido poder (legitimidade formal). Em um segundo momento, se manifestou adequadamente a vontade majoritária desse povo à época de sua elaboração, ou seja, se expressou a soberania popular (legitimidade material). Acerca do povo na carta magna de 1988, escreve o jurista Caio Tácito:

É marcante, no texto constitucional, a presença do povo e a valorização da cidadania e da soberania popular. À fórmula tradicional de que o poder emana do povo, estipula-se o seu exercício por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos previstos pela Constituição. A iniciativa popular de projetos de lei, ou de representação ao Tribunal de Contas da União, são

aspectos dessa tendência. Assim também a legitimidade processual atribuída aos partidos políticos, ou organização de classe, para a ação direta de inconstitucionalidade, inclusive por omissão, ou as reclamações sobre prestação de serviços públicos e a iniciativa de ação popular por qualquer cidadão. A prática da nova Constituição, que mal se inicia, ainda pendente, em muitos passos, de complementação em lei, melhor dirá da realidade constitucional, perante a ação dos fatores reais do poder.” (TÁCITO, 2012, p. 26).

Não obstante tenhamos hoje uma Constituição considerada democrática, várias discussões ainda repercutem sobre os valores por ela consagrados; tais dissensos, não raro, se referem a conceitos como: democracia, soberania popular, representatividade, legitimidade, dentre outros, todos eles diretamente relacionados, como já mencionado no presente estudo, ao Poder Constituinte.

Nesse sentido, de modo a colaborar com a discussão, serão apresentadas, nos próximos tópicos, algumas possíveis limitações ao Poder Constituinte.

4 O PODER CONSTITUINTE, LIMITAÇÕES

O Poder Constituinte Originário, em decorrência de sua fundamental ligação ao direito natural, trata-se de um poder: ilimitado (não sujeito a limites jurídicos anteriores), inicial (inaugural de uma nova ordem jurídica), incondicionado (insuscetível a formalidades pré-estabelecidas), latente (inexaurível), instantâneo (a qualquer momento está apto a se manifestar se o povo assim o desejar), específico (em sua finalidade) e inalienável (não pode ser transferido). Apesar dessas características, a doutrina aponta determinadas limitações extrajurídicas a tal poder.

Lembra a professora Nathalia Masson acerca do posicionamento do jurista argentino Genaro Carrió, que diz:

Esse costume de definir o Poder Constituinte como autoridade suprema, autônomo, absoluto, incondicionado, ilimitado, coincide com os predicados que os manuais religiosos ofertam para a ideia de Deus! Quer nos lembrar o autor que o Poder Constituinte é mesmo uma potência, dotada de amplíssima capacidade de conformação da ordem jurídica, todavia, por não ser uma entidade divina e metafísica, nem tudo a ele é possível. (MASSON apud CARRIÓ, 2017, p. 121).

O caráter ilimitado do Poder Constituinte originário deve ser entendido em termos. Diz respeito à liberdade desse poder em relação a imposições de ordens jurídicas pré-existentes. Haverá, todavia, limitações políticas inerentes ao exercício do Poder Constituinte.

Acerca do caráter ilimitado do Poder Constituinte originário, ensinam os juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Se o Poder Constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que movimentam as suas ações. Por isso, um grupo que se arrogue a condição de representante do Poder Constituinte originário, se se dispuser a redigir uma Constituição que hostilize esses valores dominantes, não haverá de obter o acolhimento de suas regras pela população, não terá êxito no seu empreendimento revolucionário e não será reconhecido como Poder Constituinte originário. Afinal, só é dado falar em atuação do Poder Constituinte originário se o grupo que diz representá-lo colher a anuência do povo, ou seja, se vir ratificada a sua invocada representação popular. Do contrário, estará havendo apenas uma insurreição, a ser sancionada como delito penal. Quem tenta romper a ordem constitucional para instaurar outra e não obtém adesão dos cidadãos não exerce Poder Constituinte originário, mas age como um rebelde. (MENDES; BRANCO, 2012, p.119).

Concluem os autores:

Por isso, sustenta-se que a Constituição é o normado pela vontade constituinte, e, além disso, o que é reconhecido como vinculante pelos submetidos à norma. Sem a força legitimadora do êxito do empreendimento constituinte não há falar em Poder Constituinte originário, daí não se prescindir de uma concordância da constituição com as ideias de justiça do povo. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 119).

Sobre a existência de limites ao Poder Constituinte, vale apresentar o estudo acerca da categorização que Jorge Miranda faz dos mesmos, trazida pela professora Nathalia Masson. Escreve a jurista:

Na percepção do autor português existem três ordens possíveis de limites:

I - os transcendentais: são os que advêm dos imperativos do direito natural e dos valores éticos superiores que originam uma “consciência jurídico-coletiva” que limita o Poder Constituinte material, impedindo-o de suprimir ou reduzir direitos fundamentais diretamente conexos com a noção de dignidade da pessoa humana e já solidificados na ordem jurídica a partir de largo e indiscutível consenso social. Como exemplo, no direito pátrio teríamos a vedação à imposição regular da pena de morte (para casos que extrapolassem a hipótese de guerra formalmente declarada, constantes do atual art. 5º, XLVII, “a”, CF/88) numa Constituição futura;

II - os imanentes: referentes à soberania e a forma de estado, proveem da noção de que o Poder Constituinte formal, enquanto um poder situado, que se manifesta em certas circunstâncias, está limitado pela sua origem e finalidade, pelo reconhecimento de que ele é só “mais um momento da marcha histórica.” É, por exemplo, o que impede que um Estado Federal, que assim quer se manter, passe a condição de Estado Unitário;

III - heterônomos: os limites heterônomos de direito internacional são os decorrentes da conjugação do Estado com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se às regras, obrigações e princípios provenientes do direito internacional que impõem limites à conformação estatal. Podem, ainda, resultar em limites heterônomos de direito interno, quando um Estado é politicamente desenhado como possuidor de uma ordem central de poder e alguns domínios parcelares (como sucede com os Estados federados), o que resulta em obrigações entre a União e os Estados-federados. (MASSON, apud MIRANDA, 2017, p. 121).

O professor Uadi Lammêgo Bulos também traz essa classificação denominando-a como limites substanciais ao Poder Constituinte originário. Explica o autor: “São chamados de substanciais, porquanto condicionam a matéria a ser inclusa nas constituições pelo poder fundacional do Estado. As vedações substanciais podem ser de três tipos: transcendentais, imanentes e heterônomas.” (BULOS, 2011, p.397).

As limitações ao Poder Constituinte originário também podem ser bem elucidadas através do artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

de 1789 que é reiteradamente citada para identificar o “núcleo duro” das constituições modernas. Conforme a seguinte transcrição:

Art. 16 - “Qualquer sociedade que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”.
 (“*Toute société dans laquelle la garanti des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n’a point de Constitution.*”)
 (CANOTILHO, 2003, p. 88).

Acerca dos limites extrajurídicos ao Poder Constituinte, trataremos da temática do neoconstitucionalismo (não há consenso dos autores acerca dessa terminologia) ou, como alguns autores preferem chamar o constitucionalismo contemporâneo, constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo neopositivo.

Esse movimento ganhou força a partir da segunda metade do século XX e exerce grande influência em termos dá ao Poder Constituinte, pois trata especificamente da passagem do Estado Legal para o Estado Constitucional.

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de se adentrar ao neoconstitucionalismo, convém mencionar duas correntes filosóficas: o jusnaturalismo e o juspositivismo.

O jusnaturalismo, ou direito natural, remonta à Antiguidade Clássica, traz uma ideia de direito inato, ideal, imutável, universalmente válido, inviolável, ético. A corrente jusnaturalista, em linhas gerais, é o reconhecimento de que existe na sociedade um conjunto de valores e princípios decorrentes do direito natural, independentes, assim, de sua formalização no mundo jurídico. Essa ideia opõe-se fundamentalmente ao juspositivismo, ou positivismo jurídico, para o qual são válidas apenas as leis escritas (“positivadas”), concebidas e registradas por meio de um processo formal.

Uma forte corrente positivista predominou no século XIX, com a codificação das normas e o advento da Teoria Pura do Direito do austríaco Hans Kelsen, em detrimento ao direito natural, considerado anticientífico e metafísico.

Segundo Kelsen, a Constituição era vista tão somente como norma superior de obediência obrigatória e, sendo assim, não estava condicionada a nenhuma outra quando de sua elaboração. Nas lições do eminente doutrinador:

Era característica da doutrina do Direito natural, fosse na condição de parte da ética ou da teologia, fosse como disciplina autônoma, o costume de trabalhar sobre o pressuposto de uma “ordem natural”. Ao contrário das regras do direito positivo, as regras vigentes nesta “ordem natural” que governa a conduta humana não estão em vigor por terem sido criadas “artificialmente” por uma autoridade humana específica, mas sim porque emanam de Deus, da natureza ou da razão, e são, desse modo, boas, certas e justas. Neste ponto entra a “positividade” de um sistema jurídico, em comparação com a lei da natureza: ele é feito pela vontade humana – um fundamento de validade totalmente estranho ao Direito natural, porque, na condição de ordem “natural”, este não é criado pelo homem e pela sua própria pressuposição, não pode ser criado por um ato humano. Nisso reside o contraste entre um princípio de validade material e um formal. Esse princípio formal é a principal causa do muito enfatizado, e frequentemente mal compreendido, “formalismo” do Direito positivo. (KELSEN, 2005, p. 558 e 559).

O Supremo Tribunal Federal já adotou a teoria positivista das normas constitucionais ao não admitir a Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais do jurista alemão Otto Bachof, entendendo que não há controle constitucional de normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte originário. A posição do STF foi dada no julgamento da ADI 815 / DF, em 28/03/1996, a seguir transcrito:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível 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 impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação, por impossibilidade jurídica do pedido. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Néri da Silveira e Francisco Rezek. Plenário, 28.03.1996 – disponível no site STF, grifo nosso)

Os autores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento também abordam o tema:

A ausência de jurídica não afasta limites impostos pela realidade. O Poder Constituinte não pode decidir o impossível: não pode mudar a órbita dos

planetas. Quem exerce, de fato, o Poder Constituinte tampouco pode desconsiderar as expectativas do seu titular. Uma assembleia nacional constituinte não deve, se pretende ver efetivada a sua obra, ignorar os “fatores reais de poder” e os valores compartilhados pela comunidade. De nada adianta que o constituinte declare, por exemplo, abolida a propriedade privada se não há base material ou cultural para que essa providência possa se converter em realidade que lhe é subjacente. O texto constitucional que desconsidere esses elementos tende a se converter em mera “folha de papel”, como temia Lassalle. O que se afirma com a atribuição de caráter ilimitado ao Poder Constituinte é exclusivamente que esse poder não se submete a restrições jurídicas, eis que expressão da soberania. Hoje, contudo, mesmo na dimensão normativa, a i do Poder Constituinte vem sendo posta em questão. Há quem sustente que o Poder Constituinte se encontra juridicamente limitado pelos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Há também quem defenda que ele se limita por princípios suprapositivos de justiça. Versão especialmente conhecida da tese da do Poder Constituinte foi proposta por Otto Bachof, para quem há “normas constitucionais inconstitucionais”, ou seja, normas que formalmente compõem o texto constitucional originário, mas que não são válidas por violarem o direito supraconstitucional. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2017, p. 254).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de leis indiferentes aos valores éticos e morais sofre um grande abalo, há então um gradual enfraquecimento do positivismo. Conforme explana o jurista Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (artigo do jurista Luís Roberto Barroso “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”)

A esse período chamado de pós-positivismo, surge o chamado neoconstitucionalismo que tem seus marcos fundamentais assim definidos pelo jurista Luís Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (I) como marco histórico, a formação do estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (II) como marco filosófico, pós-positivismo, com a centralidade dos direitos

fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (III) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição da constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômeno resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (artigo do jurista Luís Roberto Barroso “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”).

A partir da segunda metade do século XX, a visão puramente positivista de supremacia da Constituição foi sendo superada em razão de diversos fatos históricos, Houve, a partir de então, um questionamento acerca do conteúdo das Constituições, uma discussão mais voltada para seus aspectos materiais do que formais.

No Brasil, a Suprema Corte vem acompanhando essa evolução doutrinária, recentemente há uma atuação mais voltada ao neoconstitucionalismo, especialmente na função “contramajoritária” (proteção às minorias) adotada pela Suprema Corte em seus julgados:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição. Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”), o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL.(...) (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, RE 477.554 / MG)

Ainda, acerca do neoconstitucionalismo escreve o jurista e ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso:

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda

por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.” (artigo do jurista Luís Roberto Barroso “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”)

Referindo-se ao neoconstitucionalismo escrevem os juristas Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 59).

Como visto, a corrente filosófica do jusnaturalismo vigorou por grande período até ser ultrapassada, no século XIX, pelo juspositivismo. Terminada a II Guerra, buscou-se uma reaproximação do direito com a ética. Assim, por meio de uma interpretação das leis além da legalidade estrita, chegou-se ao chamado pós-positivismo, surgindo em seguida, como resultado da busca de uma conformação valorativa da norma constitucional, o conceito de neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo exerce fundamental influência no Poder Constituinte originário, uma vez que, em tese, não se pode aplicar as normas constitucionais de forma legalmente estrita.

Na aplicação das normas constitucionais, devem ser levadas em conta sua interpretação teleológica. Por certo, quando da elaboração de uma nova constituição, o Poder Constituinte deverá observar essa interpretação.

4.2 LIMITES IDEOLÓGICOS

A adoção de uma ou de várias ideologias pelo Poder Constituinte originário reflete, dentre vários aspectos, também a situação sócio-política preponderante à época da elaboração de uma Constituição.

Ensina o jurista Uadi Lammêgo Bulos em seu capítulo acerca dos limites extrajurídicos do Poder Constituinte originário acerca dos limites ideológicos:

Exteriorizam-se através de crenças, da experiência dos valores, da influência dos grupo de pressão, das exigências do bem comum, da opinião pública. São denominados ideológicos, porque constituem a tradução das principais ideias e pensamentos que devem nortear o exercício do Poder Constituinte originário. Dando exemplos, basta compulsar a história constitucional brasileira para detectarmos a presença desses limites ideológicos no processo constituinte que gerou a Constituição de 1988. Nele, aconteceram manifestações populares em diversas partes do País. Caravanas partiram rumo a Brasília, grupos de pressão foram ao congresso Nacional, e a força do lobby profissionalizado entrou em cena. O processo constituinte apresentou-se sempre tencionando, reunindo forças antagônicas, crenças díspares, interesses econômicos das elites dominantes, que pretendiam impor um procedimento rápido e um projeto articulado. Tudo isso refletiu no delineamento e exercício do Poder Constituinte originário, que por força de tantas imposições, notadamente de índole ideológica, incorporou na Constituição conteúdos e assuntos muito diversificados. Assim, o poder responsável pela feitura do texto de 1988 encontrou limites ideológicos em sua atividade suprema, promanados da composição de interesses diversos, com vistas à obtenção de resultados razoáveis, ao longo do árduo processo de elaboração constitucional. (BULOS, 2011, p. 396).

Com o decurso dos anos, as inevitáveis alterações no cenário social fazem surgir muitos questionamentos acerca da representatividade do texto constitucional. Em relação ao nosso texto atual, por exemplo, o fato de ser analítico faz com que as alterações para que se mantenha contemporâneo demandem grande esforço do Poder Constituinte derivado, prova disso é que contamos hoje com mais de cem emendas à Constituição vigente.

Ocorre, ainda, a ação do Supremo Tribunal Federal ampliando ou reduzindo interpretações do texto original através das mutações constitucionais, alterações informais na Constituição.

O legislador constituinte de 1988 contemplou uma constituição consagradora da social democracia, onde a palavra “direito” aparece 76 vezes e a palavra “dever” apenas 4 vezes, o que com certeza retratava a necessidade da época, haja vista ter sido elaborada no período pós-ditadura militar, mas que talvez seja impraticável na atualidade, haja vista o fato de cada direito representar, em contrapartida imediata e direta, uma obrigação.

A reflexão que se propõe é se esse texto realmente representa o Poder Constituinte originário que permanece latente e com crescente necessidade de se ver representado.

Complementando a ideia já explicitada anteriormente acerca da legitimidade formal e legitimidade material, o Poder Constituinte deve traduzir as matizes ideológicas do povo, entretanto, limitar-se a uma luta partidária em nada ajudaria os trabalhos de concatenar os diferentes prospectos da sociedade.

Existem escolhas ideológicas decorrentes da formação histórica e sociológica de um povo, que são a expressão do contexto que formou determinada sociedade. Da mesma forma, há ideologias que esse mesmo povo não adotaria.

No Brasil, fazendo um breve estudo acerca da conjuntura de cada Constituição, pode-se observar que o contexto ideológico é fator determinante para as escolhas promovidas pelo Poder Constituinte, legítimo ou não.

4.3 LIMITES INSTITUCIONAIS

Da mesma forma que mencionamos a adoção de ideologias pelo Poder Constituinte, a adoção de determinadas instituições exprimem a essência de um povo.

O jurista Uadi Lammêgo Bulos em seu capítulo acerca dos limites extrajurídicos do Poder Constituinte originário acerca dos limites institucionais:

Fornecem ao Poder Constituinte ideias reguladoras de situações sociais, como a família, a propriedade, a educação, etc., sempre buscando os fins supremos, responsáveis pelo bem-estar dos membros da comunidade.

São rotulados de institucionais, porquanto proporcionam uma amplitude de sentido para o Poder Constituinte, pela consagração de institutos sociologicamente reconhecidos pela comunidade, sem os quais o ato de criação constitucional se desconfiguraria em suas linhas-mestras.

Ao recorrermos à Constituição brasileira de 1988, mais uma vez, encontraremos o Título VIII – Da Ordem Social, que engloba temas diversos, tais como a seguridade social, a educação, a cultura, o esporte, a ciência e a tecnologia, a comunicação social, o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso, os índios.

Essas matérias foram fruto da manifestação constituinte originária que, com vistas ao bem-estar da coletividade, procurou delimitá-las, consagrando institutos sociologicamente arraigados.

Ora, os incumbidos de exercer o Poder Constituinte de primeiro grau não poderiam deixar de incluir esses temas na Constituição de 1988, porque eles denotam fins supremos e imprescindíveis à segurança e à satisfação da sociedade como um todo. (BULOS, 2011, p. 397).

Por fim, vale mencionar a interessante teoria proposta pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, referindo em sua tese que:

A democracia, com a concepção meramente formal ou procedimental, que atenta-se somente ao fato da decisão da maioria, foi superada no pós

Segunda Guerra e propõe que as decisões tomadas pela maioria do povo sofram limites e restrições dos direitos fundamentais previstos nas suas constituições. Neste sentido, o autor defende a tese que “as conotações formais da democracia sejam integradas por limites e vínculos substanciais ou de conteúdo, isto é, relativos àquilo que não é lícito decidir ou não decidir, como são aqueles impostos nas constituições hodiernas, pelos direitos fundamentais nestas estabelecidos. (FERRAJOLI, 2014, p. 18).

Dessa forma, os limites institucionais ao Poder Constituinte, dão conta de instituições originadas através da conformação social de uma nação. Seriam essas instituições anteriores ao ordenamento jurídico vigente, influenciando portanto, sua formação.

4.4 LIMITES SOCIOCULTURAIS

Essas limitações referem-se a todo conjunto histórico e social de um povo, formando sua identidade. Compõem tal conjunto: o conhecimento, a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes, os hábitos, além de outros. Nesse sentido, explana a professora Nathalia Masson:

Outro exemplo de do Poder Constituinte: as circunstâncias sociais e políticas que lhe dão causa. Isso porque se o Poder Constituinte é a expressão da vontade política soberana do povo, não deve ser entendido sem a observância dos valores éticos, religiosos e culturais partilhados pelo povo e motivadores de suas ações. É por isso que a doutrina afirma que qualquer pessoa ou grupo que se coloque na condição de representante do poder e abandone tais valores, não receberá a aprovação da população. Deste modo, eventual rompimento com a ordem constitucional com o fito de instaurar outra que não obtém a adesão dos cidadãos, não terá sido operacionalizado pelo Poder Constituinte, mas sim por alguém (ou um grupo) que age como um rebelde criminoso.” (MASSON, 2017, p. 120).

Contribuem com esse entendimento os juristas Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento:

A posição do Poder Constituinte originário por princípios supraconstitucionais de justiça nos parece acertada. Não se trata, contudo, de limites supra-históricos, inscritos em alguma lei divina ou transcendente, à moda do Direito Natural. Tais limites tampouco se confundem com a totalidade da normativa internacional de direitos humanos. Trata-se, antes, de limites decorrentes de valores historicamente sedimentados, radicados na cultura do constitucionalismo, e voltados à garantia de um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos e à democracia. Apenas em casos extremos, de profunda e inaceitável injustiça, é que se pode por em causa as decisões do Poder Constituinte originário. Seria a hipótese de uma Constituição que permitisse a escravidão, legalizasse a tortura de prisioneiros ou impedisse

qualquer tipo de oposição ao governo. (SOUZA NETO e SARMENTO, 2017, p. 255).

O conceito de nação remete à existência de um compartilhamento do mesmo conjunto de crenças e valores. Nesse sentido, seriam os fatores socioculturais um dos fundamentos do próprio Estado e, por conseguinte, de seu ordenamento jurídico.

4.5 LIMITES EXÓGENOS

Os limites exógenos ao Poder Constituinte referem-se às relações internacionais já estabelecidas, aos tratados e acordos internacionais ratificados por um determinado governo, que passam a integrar o ordenamento jurídico daquela nação.

O autor Dalmo de Abreu Dallari em referência ao tema dos direitos humanos no direito internacional:

Como já é corrente na moderna teoria do direito internacional, e foi bem sintetizado por Daniel Herrendorf e Bidart Campos, em *Principios de derechos humanos y garantias* (Buenos Aires, Ediar, 1991), existe algo curioso no perfil do direito internacional dos direitos humanos: os Estados se obrigam internacionalmente a tornar efetivo internamente (em suas respectivas jurisdições) o cumprimento dos tratados de direitos humanos. E o que significa isso? Que esses tratados, quando por ratificação ou adesão de um Estado, passam a fazer parte de seu direito interno, investem diretamente a cada pessoa que faz parte da população desse Estado, ou que está submetida a sua jurisdição, na titularidade dos direitos e liberdades reconhecidos no tratado. (DALLARI, 2007, p. 38)

O Poder Constituinte estaria, em parte, limitado pelos tratados e convenções internacionais ratificados pela nação que o manifesta. Tal premissa encontra amparo nos conceitos de globalização e comunidade de nações.

4.6 LIMITES HUMANÍSTICOS

Com o advento do pós-positivismo que trouxe a centralidade dos direitos humanos (no plano internacional) ou direitos fundamentais (no plano nacional) e a reaproximação entre Direito e ética, o posicionamento acerca de limites ao Poder Constituinte originário inerentes aos direitos humanos tomou vulto.

Nas lições do Professor José Joaquim Gomes Canotilho acerca da superação da visão positivista do Poder Constituinte originário:

Foi já referido que na teoria clássica do Poder Constituinte – pelo menos no figurino francês – o Poder Constituinte era considerado como um poder autónomo, incondicionado e livre. Em toda a sua radicalidade, o Poder Constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (omnipotência do Poder Constituinte). Tudo isto estaria na lógica da “teologia política” que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução Francesa (1789). Ao Poder Constituinte forma reconhecidos atributos divinos: potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo, ou seja, o poder de constituir, o poder de editar normas, o poder de criação a partir do nada. A associação de poder soberano a Poder Constituinte – “soberano é aquele que decide sobre a constituição” – concorria com o alicerçamento da ideia de omnipotência constituinte. (CANOTILHO, 2003, p. 81).

E prossegue:

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o Poder Constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e omnipotência do Poder Constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar out da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos). (CANOTILHO, 2003, p. 81).

Em suma, podemos concluir que o Poder Constituinte originário não pode impingir ao povo um ordenamento restringindo direitos à liberdade, à vida, à dignidade da pessoa humana, dentre outros direitos humanos ou fundamentais. Esses direitos decorrem do valor do indivíduo como ser humano, sua supressão ou restrição deliberadas consistem em negar os próprios fundamentos do Poder Constituinte.

4.6.1 O EFEITO CLIQUET

Alguns autores arguem a possibilidade de limitações com base no “efeito cliquet” ou “efeito catraca”. Segundo esse princípio, uma vez constante na

Constituição a proteção de um direito em consequência de um consenso, uma nova constituição não poderia retroceder, suprimindo ou reduzindo o âmbito de incidência do mesmo, ou seja, o conjunto de direitos e garantias fundamentais firmados em uma Constituição não poderiam ser desrespeitados, nem com o advento de uma nova constituição, em homenagem a vedação ao retrocesso, sendo uma clara ao Poder Constituinte originário. (NOVELINO, 2012, p. 54).

De todo o exposto no presente capítulo, nota-se que não há limitações de ordem jurídica ao Poder Constituinte, neutralizada ao primeiro sinal de manifestação desse poder. Todavia, como bem explanado pela doutrina, fica clara a submissão desse poder a limites de ordem política.

Desse modo, embora juridicamente ilimitado, o Poder Constituinte, ao se manifestar, acaba por se submeter a princípios políticos, que lhe direcionam e preservam sua essência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de toda a história da civilização houve a necessidade de um poder para organizar e reger a convivência social, de modo a estabelecer normas de conduta mútuas entre os indivíduos. Com o surgimento do que se convencionou chamar de Estado, esse poder tomou vulto, ocasionando questões quanto à sua definição e titularidade. Na antiguidade grega os costumes definiam essa titularidade, via de regra exercida por aristocratas e filósofos; na Idade Média o titular era Deus, por meio de seu “representante na terra”, o monarca. Atualmente, nos Estados Democráticos de Direito, o titular desse poder é o povo no sentido de nação soberana, conjunto de indivíduos vivendo em comunidade num determinado território, sob a égide de um sistema institucional em comum.

A partir das Revoluções Iluministas, no final do século XVIII, houve a formalização desse poder através da Teoria do Poder Constituinte Originário, sendo considerado o povo, como nação, seu titular definitivo. Assim, formou-se o ideário constitucional que conhecemos hoje: um documento que delimita e estrutura o Estado, além de resguardar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O Poder Constituinte originário é dotado de características que o tornam ilimitado, inicial, incondicionado, latente, instantâneo, específico e inalienável. A doutrina, entretanto, aponta algumas limitações a esse poder. Tratam-se de limitações extrajurídicas – políticas - independentes, portanto, de uma ordem jurídica pré-estabelecida, sendo elas: os limites ideológicos; os limites institucionais; os limites socioculturais; os limites humanísticos; os limites exegéticos; além do chamado Neoconstitucionalismo e de outros.

Todas essas limitações são permeadas por fatores relacionados à preservação dos direitos fundamentais do ser humano. Nesse sentido, conclui-se que o aperfeiçoamento da concepção de Poder Constituinte trouxe como legado a consciência do indivíduo como seu titular e causa. Esse poder deve, portanto, produzir uma Constituição digna de ser respeitada, a fim de definir, além dos direitos e obrigações, também os benefícios e garantias fundamentalmente intrínsecos a cada ser humano.

6 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar, **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 2, Brasília, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BALEEIRO, Aliomar e; SOBRINHO, Barbosa Lima, **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 5, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. (tradução: Alexander Araujo de Souza) **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana** (título original: Poteri Selvaggi: la crisi della democrazia italiana). São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **O poder constituinte**. SP: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. (Tradução: Luís Carlos Borges) **Teoria geral do direito e do Estado** (título original: General Theory of Law and State). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JUSPODIUM, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S. A, 2013.

NEGRI, Antonio (tradução de Adriano Pilatti). **O Poder Constituinte**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 1, Brasília, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2012.

POLETTI, Ronaldo, **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 3, Brasília, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTO, Walter Costa, **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 4, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2012.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph (tradução de Aurélio Wander Bastos), **A Constituição Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TÁCITO, Caio, **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 7, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2012.

THEMÍSOCLES, Brandão Cavalcanti; BRITO, Luiz Navarro de e BALEEIRO, Aliomar. **Constituições do Brasil**, 3ª edição, VOL 6, Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2012.

Artigo do jurista Luís Roberto Barroso “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/179162/artigos-do-constitucionalista-luis-roberto-barroso-no-migalhas>>.

Revista dos Tribunais 861, 96º ano, julho de 2007.

Pesquisas nos Sites: <stf.jus.br>; e <www12.senado.leg.br>.