

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

FREDERICO POLES BORGONOV

**Análise sobre a constitucionalidade da convocação de uma
Constituinte específica**

Especialização em Direito Constitucional

Faculdade de Direito

São Paulo

2017

Frederico Poles Borgonovi

**Análise sobre a constitucionalidade da convocação de uma
Constituinte específica**

Monografia apresentada para obtenção do
título de especialista em Direito Constitucional
na Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP

Orientador: Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da
Silva

São Paulo

2017

“As multidões têm as respostas para questões que ainda não foram levantadas e a capacidade de sobreviver aos muros. As questões ainda não foram feitas porque isso requer palavras e conceitos que soem verdadeiros, e aqueles usados atualmente para nomear os fenômenos se tornaram insignificantes: democracia, liberdade, produtividade etc. Com novos conceitos, as questões logo serão levantadas, pois a história envolve precisamente esse processo de questionamento. Logo? Em uma geração.”

John Berger¹

¹ Apud ZIZEK, Slavoj. **O violento silêncio de um novo começo**. In **Occupy – movimentos de protestos que tomaram as ruas**. David Harvey et. al., Trad. João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012, p. 25.

AVALIAÇÃO:

ORIENTADOR:

RESUMO

BORGONOV, Frederico Poles. Análise sobre a constitucionalidade da convocação de uma Constituinte específica. 2017. 72 f. Monografia (especialização em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

A crise no sistema político representativo, acentuada pela popularização das manifestações horizontais é um problema que transborda as fronteiras do Brasil, mas a solução colocada pelo poder constituinte derivado, de recorrer ao poder constituinte originário para a realização de uma reforma política e eleitoral encontra legitimidade na teoria da Constituição? Existe uma Assembleia Constituinte específica com limites pré-estabelecidos para o exercício de um poder por natureza ilimitado? A análise dessas questões é o objetivo do presente trabalho, que parte da pesquisa de conceitos formadores do Estado de Direito, como poder constituinte originário e soberania, para buscar compreender os efeitos da falta de representatividade política no regime democrático constitucional vigente, com a devolução do poder constituinte a uma nova Assembleia Constituinte, e refletir sobre eventuais limites, e os efeitos dessa modalidade excepcional de reforma constitucional, e os riscos dessa opção política na ordem constitucional vigente.

Palavras-chave: poder, constituinte, constituição, povo, democracia, representação, política, reforma, assembleia constituinte.

Sumário

1. Introdução
2. Antes da Constituição
 - 2.1. Como nasce uma Constituição
 - 2.2. Conceito e teorias do poder constituinte
 - A) O conceito racional-ideal (Sieyès)
 - B) O conceito fundacional-revolucionário (Hauriou)
 - C) O conceito existencial-decisionista (Schmitt)
 - D) O conceito ontológico (Negri)
 - 2.3. A Assembleia Constituinte e a Teoria da Representação
3. Depois da Constituição
 - 3.1. O poder constituinte derivado
 - 3.2. A incorporação do povo à Constituição
 - 3.3. O povo: ator político no terceiro milênio
 - 3.4. A reforma política com a convocação de Assembleia Constituinte
 - 3.5. Assembleia Constituinte ou Constituída?
4. Conclusão
5. Bibliografia

1. Introdução

Em junho de 2013, ocorreram as maiores manifestações vistas na vigência da Constituição Federal de 1988, em que desprovidas de uma liderança política vertical, pessoas saíram às ruas por diferentes motivos buscando respostas do Estado, mormente quanto ao tema dos serviços públicos e da corrupção política.

Seguindo um modelo de manifestações horizontal visto anteriormente em protestos como os realizados na Espanha, Chile, Turquia, EUA, que ganharam maior notoriedade na Primavera Árabe, o que se viu nas ruas das principais cidades brasileiras foi uma onda de indignação “sem rosto”, um movimento popular não apenas contra diferentes esferas de Estado, ou a falta de qualidade de serviços públicos, mas, além disso, contra a classe política dominante².

Desde a doutrina contratualista a representatividade funciona como o verdadeiro elemento de ligação entre a sociedade e o Estado de Direito constituído.

Um dos expoentes do contratualismo e teórico da Revolução Francesa, Rousseau³ defendia a possibilidade de exercício direto da democracia pelo povo, mas entendia que a dificuldade de comunicação impedia esse exercício, sustentando que a representação era uma necessidade no exercício democrático do poder.

A teoria do poder constituinte criada por Sieyès⁴ parte dessa premissa ao atribuir ao povo, entendido como a classe burguesa ou sociedade civil, a titularidade

² As consequências das chamadas “Jornadas de Junho de 2013” ou questões como a apropriação de alguns dos discursos ali presentes por determinados setores da sociedade e da própria classe política não serão objeto de análise no presente trabalho, tampouco os efeitos políticos nefastos que ocuparam os escombros da “Primavera Árabe”, o ponto a ser analisado é apenas a identificação da crise da representação política como uma das causas mais robustas das chamadas manifestações horizontais, organizadas por uma sociedade conectada em uma rede extremamente capilarizada.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social – ou princípios de direito político**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores (www.jahr.org), disponível em www.dominiopublico.gov.br.

⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, **A Constituinte Burguesa – Qu’ est-ce que le Tiers État?**, Trad. Norma Azevedo, 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

do poder constituinte, mas mesmo essa teoria originária do poder constituinte utilizava o sistema representativo para o exercício desse poder de efetivamente constituir a lei fundamental do Estado.

Esse poder constituinte idealizado por Sieyès, após a sua manifestação originária ficaria latente enquanto o Estado de Direito se submetia à ordem constitucional e ao constitucionalismo, criado, em sua origem, como uma forma de combater a instabilidade institucional que se colocava pela eternização constante do poder constituinte originário.

A concretização dos preceitos constitucionais dentro de um Estado de Direito caberia, então, ao legislador, que também atuaria como poder constituinte derivado nos casos de emenda ou reforma de dispositivo constitucional, sendo a democracia representativa uma regra nesse modelo constitucional ocidental.

A legitimidade do poder constituído passou a se basear, portanto, num sistema representativo que evoluiu para o sufrágio universal relegando o poder constituinte cada vez mais ao poder de modificar o texto constitucional.

No constitucionalismo brasileiro, entretanto, o sistema político e eleitoral foi regulamentado por uma Assembleia Constituinte que atuava concomitantemente como Congresso Nacional, mantendo grande parte das mazelas herdadas do modelo oligárquico herdado da nossa história política. Essa confusão entre parlamentar e constituinte teria permanecido quando o poder constituinte migrou de originário para derivado, sendo identificada muitas vezes como o grande entrave a uma reforma substancial do sistema político.

Ainda no calor das manifestações, enquanto as análises do movimento caminhavam para a questão central da necessidade de uma reforma política, o Governo Federal passou a dar declarações na imprensa, da possibilidade da

convocação de uma Assembleia Constituinte específica, voltada exclusivamente à modificação do sistema político contemplado pelo Constituinte originário⁵.

Partindo dessa premissa, seria legítimo, dentro do constitucionalismo a convocação de um poder constituinte originário específico e limitado pelo próprio poder constituído? Ou seria apenas uma forma de buscar uma roupagem constitucional para uma decisão política?

Se o poder constituinte for considerado um estado fático político de decisão como defendem autores como Schmitt⁶, qual seria o impedimento jurídico da sua convocação específica? Estariam presentes as características fáticas de ruptura política? Como seria possível limitar um poder naturalmente ilimitado? Poderia o poder constituinte originário exercer competências do poder constituinte derivado?

Em um cenário de constante instabilidade política em que a ideia da constituinte específica já foi defendida por diferentes vozes como uma solução para algumas das crises decorrentes do modelo político consagrado na constituição, essa solução seria legítima, ou permitida pelo modelo de constitucionalismo que adotamos?

Buscar responder algumas dessas questões é o objetivo do presente trabalho que parte de um estudo sobre o poder constituinte em sua feição originária, para buscar compreender quais seriam eventuais consequências de uma utilização política desse poder como uma espécie de substituto do poder constituinte derivado, ou, além disso, uma espécie derivada e limitada de um poder por natureza ilimitado.

⁵ A questão não se esgota apenas nessa proposta elaborada pelo Governo Federal à época, pois quanto maior o abismo entre o povo e a classe política, ou entre representante e representado, maior a chance de convocações Constituintes específicas virem a ser efetuadas, quer para buscar a ampliação da base de legitimidade em uma democracia que pode buscar na maior participação popular formas de compensação desse déficit, quer para sob a roupagem dessa suposta legitimação buscar romper as amarras trazidas no núcleo duro da Constituição. Na sociedade em rede, a política não se faz apenas no parlamento ou nos corredores palacianos, a busca da legitimidade é uma ferramenta usada com vigor nas redes sociais por Governo e Oposição, como uma forma de suporte democrático a votações que ocorrem dentro do Congresso Nacional.

⁶ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Espanhola Francisco Ayala. Cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

2. Antes da Constituição

“Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.” Thomas Jefferson⁷

2.1. Como nasce uma Constituição

Com a queda da Bastilha em 14 de julho de 1789, a Nova Assembleia Nacional Francesa colocava em discussão em 20 de agosto, 24 artigos rascunhados que se converteriam na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão uma semana depois⁸.

As revoluções responsáveis pela criação do constitucionalismo, no fim do século XVIII foram também responsáveis pela consagração das declarações de direitos, documentos nos quais a matriz iluminista e humanista desses movimentos revolucionários se fez presente e eternizada, e os direitos humanos foram num primeiro momento delineados.

A relação entre a juridicidade de um documento político como uma declaração de direitos e a fundação de um novo modelo de Estado permite identificar nesses documentos o nascimento das constituições modernas, por natureza escritas e consagradoras de direitos, num primeiro momento, destinados à proteção do indivíduo contra o próprio Estado.

Importante destacar, no entanto, a influência do constitucionalismo consuetudinário inglês, que desde a Magna Carta, de 1215, já impunha ao soberano

⁷ “Com essa única frase Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos.” in HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos – uma história**. Trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 13.

⁸ Sobre o tema vide HUNT, Lynn, op. Cit.

a submissão ao chamado direito da terra, decorrente da tradição secular dos institutos políticos e jurídicos britânicos.

Nesse sentido, como pontuado por Santi Romano⁹ “A Inglaterra, embora Cromwell dela tivesse tido a ideia, nunca teve uma constituição escrita, salvo alguns textos fragmentários nos quais estão consagrados seus princípios basilares; entretanto, quando a ordenação inglesa foi transplantada para outros lugares, no sentido e nos limites que serão mencionados, prevaleceu, por exemplo, na América do Norte e na França, o sistema de redigir o direito constitucional, resumindo-o em cartas ou estatutos fundamentais. Sistema este que apresenta vantagens e desvantagens. Tais cartas ou estatutos pretendem ser concisos, mas completas codificações das constituições de cada um dos Estados; porém, um exame mesmo superficial demonstra que esta não tem sido e não pode ser mais que uma ingênua ilusão, a qual, mal se esvai, é causa de críticas que acabam por dirigir-se não só ao texto do qual a constituição deveria resultar, mas também à própria substância da constituição, o que, certamente, não contribui para a sua estabilidade”.

Mormente seja possível identificar a origem do modelo ocidental constitucional nas declarações de direitos, a constituição não nasce para afirmar direitos à população estamental e desigual burguesa do século XVIII, mas sim para delimitar o campo de atuação política e jurídica do Estado, na época um modelo liberal de Estado.

Assim, é importante compreender que num primeiro momento, a afirmação de direitos se relacionou diretamente à apropriação pelo povo, de um elemento caracterizador do Estado Medieval, a soberania. Ou seja, antes da declaração de direitos consagrar direitos humanos, a soberania foi invocada por aqueles que viriam a ser titulares desses direitos.

Por essa razão, compreender o que vem a ser soberania é um elemento chave para identificar a transformação do modelo de Estado na origem do

⁹ ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: Ed. RT, 1977, p. 44.

constitucionalismo, e delimitar um pouco o exercício da função criadora do direito constitucional e do próprio Estado.

O conceito de soberania remonta à obra de Jean Bodin, *Six Livres de la republique*, escrita no século XVI como forma de teorizar o poder estatal, suas características e limites¹⁰.

Como destacado por Merio Scattola “a introdução do princípio da soberania não só permite identificar a essência da associação política, mas fornece também um critério intrínseco para classificar todas as formas de república, que admitem tantas variantes quantas são as espécies de soberano. Pelo fato de a forma da república depender do sujeito que detém a soberania e do respeito às leis da natureza dar-se-ão duas tipologias: a primeira, dependendo do fato de ser soberano um homem, ou um colegiado ou a maioria do povo; a segunda, dependendo do fato de o soberano governar de acordo com os ditames do direito natural ou então contra eles. A noção de soberania, assim, permite resgatar, articular e sistematizar de forma extremamente coerente todo o discurso sobre as formas constitucionais elaborado pela tradição antiga”¹¹.

A soberania teorizada por Bodin derivava da tradição familiar patriarcal para atribuir ao rei um poder ilimitado e supremo, assim, dentro de uma escala maior de soberania, real, existia uma justificação histórica, que somada à identidade dos poderes religioso e político nas mãos de um único ente, permitia a legitimação do poder ilimitado a uma escolha divina¹².

Essa distinção proposta por Bodin é de extrema importância para a compreensão da possibilidade de alienação da soberania pelo rei, para os magistrados, responsáveis pela aplicação das leis do reino.

¹⁰ “Por soberania entende-se esse poder absoluto e perpétuo que é próprio da república.” (I, 8, trad. It., p. 345), *apud* Merio Scattola, **Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin. In O Poder – História da Filosofia Política Moderna**, Giuseppe Duso (org.), Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p. 61.

¹¹ SCATTOLA, Merio, *Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin*, Op. Cit., p. 62.

¹² BODIN, Jean. **Los seis libros de la República – Libro I**. Trad. Pedro Bravo Gala, Cuarta edición. Madrid: Ed. Tecnos, 2006.

Ao justificar a soberania na tradição familiar patriarcal e defender a possibilidade de alienação ou cessão dessa soberania por iniciativa do rei, ainda que com ressalvas, no ato de nomear magistrados para a aplicação das leis, Bodin desvincula o conceito de soberania do conceito de Estado, ou mesmo da origem divina das leis.

Ainda que permita essa alienação da soberania, Bodin ainda olha para o passado quando desvincula dessa espécie de soberania o poder absoluto, atribuído ao rei por Deus, embora reconheça que o desvirtuamento desse poder absoluto por um monarca tirano deslegitime esse poder em determinadas situações¹³.

Cabe aqui uma advertência trazida por Georges Bordeau, Michel Troper e Francis Hamon¹⁴ que ao identificarem grande confusão no emprego do termo soberania dividem o termo em quatro, identificando a soberania ora com a soberania internacional estatal, ora com o poder de um órgão, ora com o conjunto de poderes de um determinado ente estatal, e por fim com o sentido que buscamos analisar, a qualidade de um ente, real ou fictício, em nome de quem é exercido o poder, categoria em que se enquadram a soberania do povo ou da nação.

“A confusão se deve em parte às particularidades da língua francesa. O alemão, por exemplo, possui palavras distintas para designar as diferentes espécies de soberania. Ela provém, também, do fato de o rei ter sido, durante a monarquia absoluta, o soberano, em todos os sentidos da palavra. Ele se confundia com o Estado e era, portanto, soberano nos assuntos internacionais (“o rei é imperador de seu reino”). Ele era soberano enquanto autoridade, que comandava todas as outras em seu interior. Ele dispunha da totalidade do poder do Estado e a lei, notadamente, procedia exclusivamente de sua vontade. Finalmente, ele não era o representante

¹³ “El pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado de su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidade, lo que constituye la verdadera donación... Así, la soberanía dada a um príncipe com cargas y condiciones no constituye propriamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural.” BODIN, Jean. **Los seis libros de la República – Libro I**. Op. Cit., p. 51.

¹⁴ HAMON, Francis, TROPER, Michel & BORDEAU, Georges, **Direito Constitucional**, trad. Carlos Souza, Barueri/SP: Manole, 2005, p. 176-177.

de ninguém, pois ele herdava seu poder unicamente de Deus. Podia-se dizer que a soberania lhe pertencia por completo. Foi somente a partir da Revolução que esses diferentes sentidos se dissociaram”¹⁵.

No mesmo sentido a lição de Nelson Saldanha¹⁶ “as discussões sobre o conceito de soberania, que em nosso século tiveram por motivação principal a inquietação produzida pelo fenômeno da guerra mundial, envolvem alguns pontos importantes, como por exemplo a questão de o termo soberania equivaler ou não à expressão “poder do Estado”, pensando uns pela afirmativa, outros pela negativa. Parece que o problema tem sido mal colocado: pois de qualquer modo a soberania, ainda tendo raiz popular ou modernamente “nacional”, é um poder do Estado, justamente o poder máximo, o *Obergewalt* do Estado. A confusão que se tem gerado pelo medo de misturar a noção de soberania com uma noção apenas fática de poder, pode ser desfeita se entendermos a soberania como aspecto jurídico do poder total do Estado. É a soberania que representa a tradução jurídica do poder conveniente ao Estado, sendo ao mesmo tempo a base de toda expressão estatal do direito.”

A apropriação da soberania do rei pelo povo¹⁷ é a raiz do poder constituinte, a essência da ideia de constituição compreendida como uma carta limitadora do poder estatal, inspirada nas declarações de direitos e no reconhecimento da legitimidade do poder dos súditos, ainda que numa sociedade dividida em estamentos de onde despontava uma classe burguesa responsável pelo sustento de um modelo de Estado em que o poder não se apropriava.

¹⁵ HAMON, Francis, TROPER, Michel & BORDEAU, Georges, Op. Cit., p. 177.

¹⁶ SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: RT, 1986, p. 53.

¹⁷ Reconhecendo a multiplicidade de significados do conceito de povo, valho-me de um conceito amplo e operacional, descrito por Fábio Konder Comparato no prefácio da tradução para o português da obra do alemão Friedrich Muller “Quem é o povo – a questão fundamental da Democracia”, nos seguintes termos “Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar, no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político.” Assim, ao retirar o conteúdo conceitual do termo povo, o direito possibilita a associação do povo com outros dois elementos, nação e cidadão sem, contudo, ser reduzido a esses elementos, mantendo assim preservada uma matriz operacional do conceito. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann, 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 10/11.

2.2. Conceito e Teorias do poder constituinte

“O que é o Terceiro Estado? - Tudo.

O que tem sido ele, até agora, na ordem política? - Nada.

O que é que ele pede? - Ser alguma coisa.”

Emmanuel Joseph Sieyès¹⁸

Quando utilizamos num primeiro momento o conceito de soberania¹⁹ para traçar as linhas primeiras do que vem a ser o poder constituinte, um poder inicial, que não se limita pelo direito, e responsável pela criação de uma Constituição que é a base desse direito, carta de direitos e lei maior organizadora e delimitadora do Poder Estatal, valemo-nos de um conceito que define de uma forma mais ampla o poder, do ponto de vista do Direito.

Esse é o ponto principal do conceito de poder constituinte, um poder criador, ilimitado, que será melhor explorado a partir de algumas visões que retratam a dificuldade de se analisar um conceito que num primeiro momento não pertence ao direito, mas que é por ele apropriado.

“Ocorre uma espécie de refração quando o poder, fator social primário, assume sentido jurídico. A noção de poder constituinte, que se entende sociologicamente a partir da noção de poder social, apresenta um momento bastante nítido se a interpretarmos como concentração de um tipo de passagem do poder ao direito”²⁰.

¹⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers État?, trad. Norma Azevedo, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, lvii.

¹⁹ “Admitida a soberania como expressão genérica e unitária das forças do Estado, *o poder constituinte* aparece como uma manifestação ou um momento dessa expressão, justamente o momento que sistematicamente preexiste, como origem, a todos os outros. A soberania é uma situação a partir da qual se concebe o poder, possuído por qualquer unidade política, de se dar Constituição. Ela é, podemos dizer, o fundamento atmosférico do poder constituinte, que a pressupõe; mas por seu turno o poder constituinte, uma vez realizado, serve de suporte positivo e comprovante de soberania.” in SALDANHA, Nelson, Op. Cit., p. 67.

²⁰ SALDANHA, Nelson, Op. Cit., p. 65.

Entender o que é, em verdade, esse poder apropriado pelo direito é importante não apenas pelo aspecto terminológico, ou para elencar suas características, mas principalmente para buscar compreender como esse poder se manifesta, pois a história de uma Constituição não possui um prazo certo estabelecendo seu início, meio e fim, o poder que constitui nem sempre tem sua pretensão amparada por aquilo que é constituído, mormente quando as reformas à Constituição vão se sucedendo, e o poder constituído faz as vezes de constituinte²¹.

Esses laços que o poder constituinte cria com a Constituição, aqueles que unem criador e criatura, são normalmente identificados no momento da criação, e assim melhor analisados pelo Direito que a partir disso se estrutura ou se reestrutura, mas a maior dificuldade para a ciência jurídica é identificar o rompimento desses laços indissolúveis, identificar em que determinado momento a Constituição ganhou vida própria, e a tarefa de lapidar esse fenômeno constitucional foi transferida para um constituinte derivado que não possui natureza outra que de poder constituído.

Como observado pelo filósofo italiano Giorgio Agamben, citando o conceito de ditadura soberana de Carl Schmitt “o poder constituinte não é, entretanto, uma pura e simples questão de força; é, melhor dizendo, um poder que, embora não constituído em virtude de uma constituição, mantém com toda a constituição vigente uma relação tal que ele aparece como poder fundador (...) uma relação tal que não pode ser negado nem mesmo se a constituição vigente o negar.”²².

A identificação desse poder constituinte ao longo da história, é a base do estudo da teoria da constituição, sua verdadeira origem, ideal, revolucionária, fática,

²¹ O fim de uma constituição muitas vezes é resultado de uma nova constituição, ou como ensina Jorge Miranda, utilizando terminologia de Carl Schmitt “A mudança de regime pode ser mais ou menos profunda. Usando a terminologia de Schmitt, dir-se-à que ora equivale a *destruição*, ora a *supressão*: na destruição desaparecem tanto a Constituição como o poder constituinte (ou seja, o princípio da legitimidade) em que se baseava; na supressão desaparece a Constituição, e subsiste o poder constituinte. Mas, desaparecida uma Constituição material, logo surge outra, ainda que a correspondente Constituição formal demore mais ou menos tempo para ser preparada. O modo mais frequente de mudança de regime é a revolução; o outro é a passagem sem rutura, a mudança na continuidade, a reforma política (*stricto sensu*) ou transição constitucional.” In MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 214.

²² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 55.

material, fundamental, e a tentativa de delimitação de um conceito que tende a naturalmente permanecer se alterando com o tempo, livre de algumas amarras conceituais, mas não de suas características históricas.

“Se, porém, o ato constituinte crescentemente capaz de quanta autodeterminação histórico-política seja possível encontrar-se num corpo social, é por outro lado inescapavelmente determinado pelos diversos tipos de circunstâncias culturais que marcam cada manifestação daquele corpo. Não pode ser um ato inteiramente livre, de vez que se acha, mesmo, orientado pelas solicitações partidas das próprias necessidades da comunidade.”²³.

Existem algumas classificações doutrinárias sobre a evolução das teorias do poder constituinte, cada uma dessas classificações tem a sua própria razão de existir, os pontos específicos a serem abordados, mas o ponto importante é compreender que a evolução dessas teorias acompanha a evolução histórica da experiência constitucional, dos modelos de Estado e da própria noção de democracia. A exposição a seguir, parte da classificação formulada, na década de 70, pelo jurista argentino Jorge Reinaldo A. Vanossi, mas incorpora alguns elementos do que vem a ser poder constituinte no novo milênio, abordando a teoria do italiano Antonio Negri do final do século XX.

A evolução dessas teorias com o tempo é uma demonstração de que o poder constituinte não é um instituto de natureza puramente jurídica, mas muito mais um elemento de transformação política e social, incorporado pelo direito na criação do Estado, o que é importante para buscar compreender o seu significado em tempos em que se discute a validade ou o próprio significado das bases do regime político representativo.

²³ SALDANHA, Nelson. Op. Cit., p. 69.

A) O conceito racional-ideal (Sieyès)

Em uma sociedade dividida em estamentos que consagravam o privilégio do poder e da riqueza a uma nobreza que assegurava poder real ilimitado a um soberano proclamado monarca, as origens do capitalismo e da circulação de bens e riquezas que passavam ao largo das linhas verticais da hierarquia social passaram a fomentar um quadro de enfrentamento entre os súditos e seus reis.

Nesse contexto, a teoria do poder constituinte, como um poder inicial e legitimamente atribuído à nação, encontra em Emmanuel Joseph Sieyès o seu precursor, no período que antecedeu a Revolução Francesa de 1789²⁴.

Buscando a convocação dos chamados Estados Gerais²⁵ para a elaboração de uma constituição que limitasse o poder real, Sieyès publicou um panfleto político “Qu’ est-ce que le Tiers État?” no qual, perguntando quem seria o Terceiro Estado, fundava a legitimidade do Estado então dirigido pela nobreza e pelo clero, em uma classe que emergia do impacto econômico e social do Capitalismo, no fim da Idade Média, a burguesia que pagava impostos e sustentava os privilégios de uma nobreza ilegítimamente investida no poder.

²⁴ “O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180º. Desde então o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.” COMPARATO, Fabio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ “Na França pré-revolucionária, o clero e a nobreza não pagavam qualquer tipo de imposto – privilégio que aviltava os contribuintes laborioso. A transferência da responsabilidade econômica aliada aos benefícios políticos e a vileza inescrupulosa dos privilegiados vinham influenciando decisivamente na detonação da crise revolucionária e na desagregação social. Por duas vezes, o rei Luís XVI – na primeira (1774) assistido por Turgou (economista e Fiscal-Geral do Reino) e, na segunda (1787), por Necker (banqueiro genebrino e também Fiscal-Geral) – propôs, convocando os notáveis, suprimir privilégios e obrigar o clero e a nobreza a pagarem impostos. Em ambas as ocasiões os ministros foram levados à renúncia e o Conselho de Notáveis, insubmisso, insistindo em manter os privilégios e resistindo ao gravame tributário, dissolvido. Esses ministros, todavia, se não conseguiram romper o cerco dos privilegiados, provocaram a precipitação das forças socialmente contidas; incentivando uma política de liberação do comércio de cereais, abolição do trabalho gratuito dos camponeses na construção de estradas, supressão dos grêmios corporativos e a emancipação dos servos das fazendas reais. A combinação das demandas das novas forças populares com as exigências da burguesia enriquecida pelas atividades comerciais nas comunas (cidades) levou, em 1788, Luís XVI, como alternativa viável para superar a crise social e institucional, a convocar, novamente, os Estados Gerais. Os Estados Gerais, que não se reuniam desde 1614, foram instalados a 5 de maio de 1789, repondo no quadro da ação política, ao lado do clero e da nobreza, o Terceiro Estado.”. Aurélio Wander Bastos, introdução à obra de Sieyès, *A Constituição Burguesa*, Op. Cit., p. XVI/XVII.

“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 melhor sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros.”.²⁶

O conceito de poder constituinte desenvolvido por Sieyès se estrutura na questão da legitimidade do poder, pois invoca o direito de um povo identificado com uma nação composta por estamentos sociais exteriores à antiga lógica dual de poder compartilhado entre a nobreza monárquica e o clero²⁷, coube a Sieyès, portanto, uma teorização da disputa por esse poder, fundada em preceitos liberais que emanavam do Iluminismo da época.

“Segundo Sieyès, o Terceiro Estado abrangeria ‘tudo o que pertence à nação’, mas ele não teria, até aquele momento, verdadeiros representantes nos Estados Gerais. Assim, pede que os representantes do Terceiro Estado, escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado, sejam em número igual ao da nobreza e do clero e, por fim, que os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças. Com essas idéias, germinam as concepções atuais de poder constituinte originário, o qual, em linhas gerais, é aquele que cria uma nova Constituição, dando início a uma nova ordem jurídica.”.²⁸

²⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, **A Constituinte Burguesa – Qu’ est-ce que le Tiers État?**, Trad. Norma Azevedo, 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

²⁷ “Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado. Mas nesse caso os donos do poder deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contraditoriedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambiguidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou.”. MULLER, Friedrich, **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**, trad. Peter Neumann, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 21/22.

²⁸ SILVA, Roberto B. Dias da, **Manual de Direito Constitucional**, Barueri/SP: Manole, 2007, p. 5.

O poder constituinte teorizado ou idealizado no contexto da Revolução Francesa seria uma espécie de legitimação jurídica de um movimento de busca pelo poder por um povo, identificado como uma classe excluída desse poder durante o Antigo Regime, mas que seria verdadeiramente o titular do poder de criar o Estado, através da elaboração de uma Constituição.

“Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular. Cumpre, todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda a sociedade política. Uma teorização desse poder, porém, para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção mecanicista de sociedade. Numa fórmula feliz estabelece Egon Zweig a síntese dessa teoria: um conceito novo para instituir a ‘suprema potestas et rationis’.”²⁹.

A teoria de Sieyès, em um primeiro momento atribuiu ao Terceiro Estado, entendido como a nação ou o povo, a soberania que pertencia ao rei, para a criação de uma Constituição que serviria de base para o próprio Estado Francês, inspirada por ideais liberais de liberdade, igualdade e propriedade, e pelo contratualismo de autores como Jean-Jacques Rousseau, que havia lançado sua clássica obra “Do Contrato Social” em 1762.

Esse poder pertencente ao povo não se esgotava no momento da criação de uma assembleia constituinte, mas permanecia latente enquanto a soberania passava a ser exercida pelo poder constituído, podendo ser invocado novamente quando houvesse uma nova revolução ou afirmação desse poder pelo povo³⁰,

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **O Poder Constituinte**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 10/77, p.91. *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte**, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, N. 52, Belo Horizonte: UFMG, Jan/1981, p. 29/30.

³⁰ Essa questão não será aprofundada no presente trabalho, mas a sucessão de revoluções sangrentas dentro da própria Revolução Francesa, com a alternância no poder e instabilidade institucional fruto da disputa entre jacobinos e girondinos, levou Sieyès a repensar a permanência do poder constituinte enquanto vigente uma

importante reconhecer, no entanto, que a abrangência dos titulares desse poder constituinte não o universalizava para as camadas mais pobres da população que não encontravam representatividade no Terceiro Estado ou na sistemática de desigualdade de gênero e voto censitário vigente³¹.

“Para a teoria constitucional o principal legado de Sieyès foi demonstrar a necessidade de se separar o poder constituinte – como manifestação do poder de nação, ilimitado por qualquer forma jurídica que não os princípios de direito natural – do poder constituído – poder, este, decorrente da Constituição e por ela limitado. Esta cisão buscava conferir autoridade para o Terceiro Estado na sua intenção de criar uma nova Constituição para a França, que rompesse com a ordem aristocrática. Para que esta ruptura fosse legítima era necessário demonstrar que o poder da nação, investido no Terceiro Estado, era juridicamente ilimitado.”³²

B) O Conceito fundacional-revolucionário (Hauriou)

Invocando elementos de um direito natural, Hauriou estabelece um paralelismo entre a “liberdade primitiva” conceito que guardaria relação com um poder constituinte originário extra-estatal, que seria responsável pela criação de um Estado Constitucional, e o poder constituinte como poder exercido para a

Constituição, o que levaria a um aparente conflito entre o poder constituinte e o constitucionalismo que emanava da Carta Constitucional. Sobre o tema, vide a obra de Gilberto Bercovici que e, obra onde desenvolve profunda crítica ao constitucionalismo faz a seguinte observação “Em 1789, constituição e revolução coincidem. A concretização da revolução é a constituição. Com a perpetuação do estado revolucionário, tornam-se incompatíveis. A constituição passa a ser exigida por aqueles preocupados em terminar a revolução, vista agora como geradora de desordem, não de ordem.” BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158.

³¹ “Todos os habitantes de um país devem gozar dos direitos do cidadão passivo: todos têm direito à proteção de sua pessoa, de sua propriedade, de sua liberdade, etc.; mas nem todos têm o direito de tomar parte ativa na formação dos poderes públicos; nem todos são cidadãos ativos. As mulheres, ao menos no Estado atual, as crianças, os estrangeiros, aqueles, ainda, que não contribuam em nada para o sustento da instituição pública, não devem influir ativamente sobre a coisa pública. Todos podem gozar das vantagens da sociedade, mas somente aqueles que contribuem para a instituição pública são os verdadeiros acionários da grande empresa social. Somente eles são os verdadeiros cidadãos ativos, os verdadeiros membros da associação.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46-47.

institucionalização do Estado, ambos se fundamentariam em um equilíbrio entre liberdade e ordem.³³

Analizando a obra de Maurice Hauriou, notadamente o livro “Dereito Público e Constitucional”, o jurista argentino Jorge Vanossi destaca que “allí veremos que las ideas generales de Hauriou sobre el tema del poder constituyente y de la ‘operación constituyente’ no están divorciadas ni antagonicamente contrapuestas con las de su compatriota Sieyès, pero que a pesar de ello demuestran originalidade y particularidad suficientes como para que les dediquemos um análisis por separado; con la salvedad de que em la medida em que Hauriou aborda el tema constituyente sin envolverlo con la teoría de la institución consigue mantenerlo en afinidad con el contractualismo presupuesto por Sieyès. Pero cuando Hauriou penetra de lleno en la teoría de la institución se produce la colisión fatal entre ésta y el contrato, por brotar – ahora sí – de filosofías contradictorias.”.³⁴

Por meio da revolução, haveria uma volta do povo, titular do poder constituinte, à liberdade primitiva, que poderia ser responsável pela criação de um novo Estado, com a ruptura institucional da ordem constitucional então vigente, ou poderia alterar a constituição sem, contudo, romper com as instituições estatais então vigentes³⁵.

³³ “El equilibrio constitucional es el término médio entre estos dos extremos: en él juega el orden como fuerza di resistencia; la libertad, como fuerza de movimiento y de cambio; en cuanto al poder politico, no está adscrito ni al orden ni a la libertad; según las circunstancias, se inclina hacia el uno o hacia la otra para restablecer el equilibrio perturbado. Si la resistencia que opone el orden establecido a los cambios reclamados en nombre de la libertad le parece excesiva y peligrosa, el poder arroja su fuerza del lado de la libertad; si, por lo contrario, las reformas solicitadas em nombre de la libertad lo parecen prematuras o excesivas, se inclina del lado del orden. En el equilibrio constitucional, las oscilaciones del poder politico se asemejan a las del péndulo, que con su vaivén regulariza el mecanismo; hay movimiento continuo porque el peso de la libertad triunfa de la resistencia de los mecanismos del orden, pero el movimiento es suave y regular, y el gobierno constitucional adquiere duración y lentitud evolutiva, aunque favorece a la libertad.” HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2ª. Ed., Trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1929, p. 9.

³⁴ VANOSSI, Jorge Reinaldo A., **Teoría Constitucional**, vol. 1, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 30.

³⁵ “1º El régimen constitucional tiene por fin establecer en el Estado un equilibrio fundamental que sea favorable a la libertad, aun asegurando el desenvolvimiento regular del Estado mismo; este equilibrio debe establecerse entre las fuerzas de acción, que son el poder y la libertad, y la fuerza de resistencia, que es el orden. 2º. Los medios de acción del régimen consisten en la orzanización de um orden constitucional, a la vez formal, objetivo y sistemático, cuyos tres elementos son: las ideas morales, políticas e sociales fundamentales, el derecho de la Constitución y uma organización constitucional de los poderes. 3º La formación del régimen constitucional es el resultado de una colaboración del poder politico y de la libertad de los ciudadanos, de tal

A dualidade do poder constituinte permite, portanto, diferentes soluções para diferentes tipos de revolução, com distintos graus de rompimento, quer a revolução instrumentalize uma ruptura social e política plena, quer instrumentalize apenas um golpe de estado.

Destacando a revolução que busca apenas a manutenção no poder de determinado grupo político, Lourival Vilanova aborda a abrangência da teoria de Hauriou:

“Nada impede que um titular de órgão com investidura de *jure* passe a titular com investidura *de facto*. Dá-se isso no golpe-de-Estado, com a permanência dos agentes do poder. Não se destrói a Constituição. Se a destrói, o golpe-de-Estado, juridicamente é revolução, diferindo apenas nos agentes ou protagonistas o ato revolucionário: não o povo, mas a minoria governante. O mero golpe-de-Estado não destrói a forma constitucional do Estado. (...)Juridicamente há revolução ainda que revolução social não se dê. Na revolução social, Hauriou vê não somente a destruição das instituições do governo, mas a supressão da instituição estatal. É de dizer ainda que a descontinuidade constitucional como a descontinuidade estatal (se houve) nem sempre comprometem sociologicamente a permanência e continuidade institucional da nação.”.³⁶

Ao aproximar o poder constituinte, num primeiro momento, do contratualismo, Hauriou enxerga a materialização do poder constituinte como um processo decorrente do direito natural, e a partir da formação do Estado, busca identificar os efeitos da revolução nos regimes jurídico e político instituídos, uma revolução que pode surgir até mesmo no coração do próprio Estado, com a apropriação do poder nos chamados “golpes de Estado”. A análise de Hauriou acerca do poder constituinte transcende uma ideia de apropriação do tema pelo direito, pois parte de

suerte que la Constitución se establezca jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución.” HAURIU, Maurice. **Op. Cit.**, p.7-8.

³⁶ VILANOVA, Lourival. **Teoria Jurídica da Revolução**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, N. 52, Belo Horizonte: UFMG, Jan/1981, p. 29/30.

uma ideia jusnaturalista de direito que não identifica o momento do contrato social com o momento de criação do direito, é anterior a ele.

C) O conceito existencial-decisionista (Schmitt)

“Soberano é quem decide sobre o estado de exceção.”³⁷

A teoria de Schmitt parte de uma análise da Constituição de Weimar, de 1919, para propor uma importante distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais, passando por três conceitos base: soberania, decisão e exceção.

Num primeiro momento o jurista alemão afirma que a Constituição é uma decisão política atribuída ao titular do poder soberano, em uma democracia, ela é fruto de uma decisão do povo, em uma monarquia, de uma decisão do rei. Essa decisão política seria a própria essência da Constituição, e não o seu caráter normativo.

A partir da atribuição da materialidade constitucional à competência para decidir, à competência para criar um Estado Constitucional, democrático ou monárquico ou ditatorial, Schmitt demonstra o vazio de uma lei constitucional desprovida de poder político, ou de soberania, uma lei apenas formalmente constitucional.

“Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tato um sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividade de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. Em el fondo de toda

³⁷ Essa é uma das frases mais famosas da teoria de Carl Schmitt, que abre o livro **Politische Theologie** e que reúne três dos principais conceitos da obra de Schmitt, soberania, decisão e exceção. SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

normación reside uma decisión política del titular del poder constituyente, es decidir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.”³⁸

A distinção entre materialidade e forma da norma constitucional é criada por meio do estudo de dois pontos opostos da teoria política, a decisão fundamental responsável pela existência da Constituição, e a decisão soberana proferida no estado de exceção³⁹.

O estudo da exceção é tema central na obra de Schmitt, pois quando a própria Constituição entra em estado de suspensão, não importa a forma constitucional das normas nela presentes, mas sim a capacidade de decisão soberana que decide pela aplicação ou pela não aplicação de determinada norma.

Nesse sentido o destaque de Giorgio Agamben “o aporte específico da teoria schmittiana é exatamente tornar possível tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: “Em sentido jurídico(...), ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica”).”⁴⁰.

A decisão soberana atribuída ao povo em uma democracia, contudo, não é vista por Schmitt como o exercício de um direito subjetivo ao voto, a buscar a afirmação da voz do povo em representantes eleitos, mas sim um direito de identificação da unidade política do povo, que se manifesta por meio da aclamação popular, algo próximo de uma única e homogênea voz.⁴¹

³⁸ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Espanhola Francisco Ayala. Cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003, p. 47.

³⁹ “A legislação sobre a exceção tenta evitar que a exceção vire regra, enquadrando as circunstâncias de crise para propiciar um retorno o mais breve e menos traumático possível à normalidade. O problema é que este retorno não é uma questão jurídica formal, mas política. A salvaguarda da ordem democrática não depende do direito, mas dos cidadãos. Por isso uma questão mal resolvida, sempre tratada de maneira formalista, é a do controle das medidas de exceção, se deve ser jurisdicional ou político.” BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição – Para uma crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 41.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Op. Cit.**, p. 54.

⁴¹ A partir dessa análise, Schmitt desenvolveria estudos sobre a ditadura, como pontuado por Gilberto Bercovici “Quanto mais densa e absoluta for a homogeneidade do povo, mais forte e decidido será o governo. A identidade e a representação determinam a unidade política do povo e o tornam capaz de agir como unidade. A ditadura, para Schmitt, não é o oposto de democracia. É um meio para alcançar um fim, podendo significar

D) O conceito ontológico (Negri)

Em um sentido diverso do teorizado por Schmitt, que esvaziava a dimensão decisiva da norma constitucional, a questão social que ganharia dimensão política importante a partir das revoltas populares de 1848 na França, serviu de base da análise da função da Constituição na luta de classes identificada por Karl Marx⁴² no fim do século XIX, e para a obra de Herman Heller⁴³ baseada na dimensão de revolução social que estaria consagrada a partir da integração dos direitos sociais ao texto da Constituição de Weimar, de 1919.

No fim do século XX, o filósofo italiano Antonio Negri retoma o aspecto revolucionário do poder constituinte idealizado por Sieyès no amanhecer da Revolução Francesa, e com o olhar renovado pelas críticas sociais trazidas por Marx e Heller, questiona o que teria acontecido no processo histórico de consagração do constitucionalismo com base na judicialização do conceito de poder constituinte que não permitiu ao povo francês concluir a própria revolução⁴⁴.

exceção a princípios democráticos ou a princípios liberais. A ditadura se justifica porque ignora o direito para realizá-lo. De acordo com Carl Schmitt o oposto da democracia não é a ditadura, mas o liberalismo. (...) De acordo com esta posição entre liberalismo e democracia, Schmitt entende que a votação secreta individual anula a possibilidade específica do povo reunido. A verdadeira capacidade e função do povo, o fenômeno democrático originário é a aclamação, o grito de aprovação ou recusa da massa reunida.” BERCOVICI, Gilberto, **Op. Cit.**, p. 26-27.

⁴² MARX, Karl. **A revolução antes da revolução**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

⁴³ HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Trad. Luis Tobío, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

⁴⁴ Em crítica direcionada à forma como historicamente a política e o direito submeteram um poder onipotente do povo em um simples poder criador do direito interno, Negri destaca alguns paradoxos do que se convencionou ser o poder constituinte no seio do constitucionalismo “o poder constituinte não é apenas onipotente, é também expansivo, seu caráter ilimitado não é apenas temporal, é também espacial. Pois bem, esta expressão espacial também deve ser reduzida e regulada. O poder constituinte deve ser reduzido a norma de produção do direito, interiorizado no poder constituído – sua expansividade não deve se manifestar a não ser como norma de interpretação, como controle de constitucionalidade, como atividade de revisão constitucional. Uma pálida imitação poderá ser eventualmente confiada a atividades referendárias, regulamentares, etc. De modo intermitente, dentro de limites e procedimentos bem definidos. Tudo isto do ponto de vista objetivo: uma fortíssima parafernália jurídica cobre e desnatura o poder constituinte. Define seu conceito como essência insolúvel. Se encaramos o problema sob o ângulo do direito subjetivo, a crise torna-se ainda mais evidente. Após ter sido desnaturado objetivamente, o poder constituinte é subjetivamente dissecado. Antes de tudo, as características singulares da originariedade e da inalienabilidade são dissolvidas, e o nexos que historicamente liga o poder constituinte ao direito de resistência (e que define, por assim dizer, a figura ativa do primeiro) é suprimido. Aquilo que resta é submetido a todas as sevícias possíveis. Absorvido pelo conceito de nação, o poder constituinte parece manter, é certo, alguns pontos de originariedade; mas é sabido que se trata de um sofisma e o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido no conceito de nação.” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 10.

Assemelhando-se à visão de Marx, quanto à institucionalização de um conceito por natureza ilimitado e inaugural, e reconhecendo que a verdadeira revolução social exprimida pelo conceito não chegou a acontecer, Negri faz duras críticas à necessidade jurídica de conceituar um poder por natureza político e esvaziar a sua força revolucionária que seria o verdadeiro sentido do poder constituinte.

Nas palavras de Negri⁴⁵ “a ciência jurídica celebra uma de suas obras-primas. O paradigma é seccionado: ao poder constituinte originário ou comitente opõe-se (segue-se, distingue-se, contrapõe-se) o poder constituinte em sentido próprio, assemblear; enfim, aos dois primeiros se opõe o poder constituído. Deste modo, o poder constituinte é absorvido pela máquina da representação. O caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado na sua gênese, porquanto submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio; no seu funcionamento, porquanto submetido às regras parlamentares; no seu período de vigência, que se mantém funcionalmente delimitado, mais próximo à forma da ditadura clássica do que à teoria e às práticas da democracia: em suma, a ideia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito, é absorvida pela ideia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito.”.

O poder constituinte na visão de Negri, é um poder político absoluto que nasce da resistência popular contra o poder soberano, por meio do exercício desse poder se opera a revolução e a criação de uma nova ordem jurídica ou estatal, que deveria se manifestar livre das amarras impostas pela tradição jurídica de representação política e por um constitucionalismo que não permite o exaurimento da própria revolução.

Como destaca Gilberto Bercovici “o problema essencial da concepção de poder constituinte de Negri é a sua tentativa de desvincular poder constituinte de soberania, que ele entende como contrapostos. O poder constituinte não é oposto à soberania, pelo contrário, é a sua manifestação máxima. Sem soberania, o conceito

⁴⁵ NEGRI, Antonio. **Op. Cit.**, p. 10-11.

de poder constituinte de Negri perde a base material de sustentação e se torna algo etéreo, metafísico”⁴⁶⁴⁷.

A soberania para Negri é a afirmação máxima do poder estatal, sendo o poder constituinte um poder de oposição ou resistência a esse Estado, pela sua natureza de ser anterior ao Estado, constituir um novo Estado por meio da revolução, mas a titularidade desse poder não é simplesmente atribuída ao povo, o autor desenvolve um conceito de multidão⁴⁸ que desvincula a ideia de povo da nação ou da identificação de uma mera classe social.

Mas a crítica trazida por Bercovici é extremamente pertinente, pois a potência máxima da vontade popular é algo que se aproxima do conceito de soberania, ainda que por vezes seja identificado com uma espécie de revolução contra o Poder Estatal também soberano, uma questão que ainda será melhor analisada no presente trabalho, mas a importância da teoria de Negri sobre o poder constituinte supera essa questão e poderá oferecer respostas para algumas das questões a serem estudadas, a como identificar o poder constituinte em um Estado Constitucional.

2.3. A Assembleia Constituinte e a Teoria da Representação

Quando idealizou a teoria de poder constituinte como uma espécie de manifestação do poder do povo, Sieyès buscava legitimar uma convocação dos Estados Gerais pelo Terceiro Estado, o que coloca num primeiro momento a teoria

⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Op. Cit.**, p. 34.

⁴⁷ Nelson Saldanha destaca que “admitida a soberania como expressão genérica e unitária das forças do Estado, o poder constituinte aparece como uma manifestação ou um momento dessa expressão, justamente o momento que sistematicamente preexiste, como origem, a todos os outros. A soberania é uma situação a partir do qual se concebe o poder, possuído por qualquer unidade política, de se dar Constituição. Ela é, podemos dizer, o fundamento atmosférico do poder constituinte, que a pressupõe; mas por seu turno o poder constituinte, uma vez realizado, serve de suporte positivo e de comprovante da soberania”. SALDANHA, Nelson. **Op. Cit.**, p. 67.

⁴⁸ “Somente na multidão, enquanto capaz de expressão de trabalho vivo, está a verdade da constituição. A democracia, uma democracia real, no direito e na apropriação, com igualdade na repartição da riqueza e na participação na produção, torna-se o deus vivo – nele se identificam o sujeito e a estrutura, a potência e a multidão”. NEGRI, Antonio. **Op. Cit.**, p. 425.

da representação política, vinculada ao ideal de democracia, como forma de exercício do poder constituinte.

Em sua origem, o poder constituinte é atribuído ao povo como uma forma democrática⁴⁹ e soberana de criar o Estado a partir de uma Constituição⁵⁰, a institucionalização do conceito de poder constituinte retirou os contornos fáticos do conceito que o remetem ao processo revolucionário.

Na origem do conceito de democracia, após as primeiras experiências gregas da antiguidade, está o conceito de representação política dada a impropriedade de manifestação política de todas as vozes, o que remonta ao conceito trazido por Rousseau no século XVIII.

O cientista político Giovanni Sartori em estudo sobre a engenharia constitucional após minimizar a forma como a busca pela democracia direta ou horizontal orientou estudiosos em um emaranhado de críticas à representação política nos anos 60, faz importante observação sobre a natureza da democracia “O resultado líquido do “simplismo”, essa combinação de democracia infantil com um negativismo simplificador, é que a atividade política é muito criticada, mas pouco se propões de razoável para remediar suas faltas e aperfeiçoá-la. Na verdade, quanto mais contribuimos para destruir esse processo, menos somos capazes de melhorá-lo. Da mesma forma, investimos os nossos melhores esforços na expansão da

⁴⁹ “A democracia, como a concebemos e praticamos na órbita ocidental, é aquele regime a que se refere Duverger, onde o poder político se sustenta numa teoria da soberania popular, é aquela forma de poder em que os governantes são escolhidos em eleições livres, mediante sufrágio universal. Eleições livres, evidentemente, na medida das possibilidades de realização da ideia democrática em cada povo que perfilha esse regime. (...) Governo democrático, por fim, que postula, como outra de suas características, de seus axiomas fundamentais, o princípio que garante a existência das minorias, as quais, para existirem e para terem os seus direitos convenientemente amparados, precisam também, segundo lição dos constitucionalistas democráticos, da possibilidade de representação política.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 254-255.

⁵⁰ “Hasta el momento en que Sieyès escribió su libro, la Declaración de derechos era considerada un acto legislativo y no constituyente. Eso no formaba parte de una Constitución política que, por ser tal, debía limitarse a crear el gobierno y a darle los medios de desenvolver su actividad, fijándole al mismo tiempo su órbita. Todavía entonces el vocablo constituyente tenía un significado estricto y restringido. La Asamblea Nacional, que dicta em Francia la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, se declara constituyente el 17 de junio para dictar la Constitución, y entonces resuelve proceder a declarar los derechos que incorpora luego a su texto a guisa de prólogo o preliminar.”. VIAMONTE, Carlos Sanchez. **El poder constituyente – origen y formacion del constitucionalismo universal y especialmente argentino**. Buenos Aires: Ed. Bibliografica Argentina, 1957, p. 243-244.

“democracia horizontal”, e não só deixamos de lado, mas na verdade falamos mal da “democracia vertical”. O que significa que durante muitas décadas aparentemente esquecemos e, certamente, deixamos de levar em conta que, afinal, a democracia é, e não pode deixar de ser, um sistema de governo. Ao negligenciar a função governativa, tornamos pior o funcionamento do governo, e podemos até mesmo ameaça-lo.”⁵¹

A questão posta por Sartori tem como contraponto crítico a teoria de poder constituinte de Negri, que atribui à judicialização e procedimentalização do poder constituinte uma autolimitação que impossibilita toda a sua potência política, já no seu nascimento pré-constitucional.

Alguns autores trataram da identificação da vontade geral do povo, como Schmitt, que atribui ao poder de decisão do povo soberano, em um regime democrático, a necessidade de uma voz homogênea, convertida não num sistema de representação política difuso, mas sim em uma espécie de aclamação.

Nesse ponto é extremamente pertinente a crítica feita por Sartori, pois a negação da representação política ou da democracia vertical alimenta uma negação da própria voz política das parcelas do povo não contempladas pelo ideal hegemônico da maioria, ou seja, a representação direta num regime constituinte aniquilaria a pluralidade de vozes⁵², calaria minorias que poderiam ser representadas de forma muito mais efetiva numa Assembleia Constituinte.

Citando Montesquieu, idealizador da teoria da tripartição dos poderes e teórico da representação política, Paulo Bonavides pondera que “o povo, que é excelente para escolher, aferir merecimento e operar critérios quanto à capacidade dos governantes, convocado todavia ao desempenho da missão executiva, mostra-

⁵¹ SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional – como mudam as constituições**. Trad. Sérgio Bath, Brasília: Ed. UNB, 1996, p. 158.

⁵² “In ragione della civiltà giuridica diffusa negli stati costituzionali, il potere costituyente non può che legarsi coerentemente all’idea di autolegislazione popolare. E sono proprio le nostre democrazie costituzionali a richiedere che sono siano operative quelle condizioni che permettono di attribuire una certa scelta politica al popolo, piuttosto che ad una semplice, “istantanea” e arrogante maggioranza.” PALOMBELLA, Gianluigi. **Costituzione e Sovranità – il senso della democrazia costituzionale**. Bari: Edizioni Dedalo, 1997, p. 51.

se a negação da índole executiva e da aptidão administrativa. Diz Montesquieu que se nos depara então o povo como se fora alguém provido de cem mil braços para tudo destruir ou de cem mil pés para se locomover com velocidade inferior à de um inseto. Este povo, excelente nas escolhas, mas incapaz de governar diretamente, precisa de representantes. E precisa de representantes por quê? Porque os representantes podem discutir os negócios, curar dos assuntos de interesse público.”.⁵³

A evolução histórica das constituições que sucedem umas às outras, no entanto, esvaziam um pouco o caráter ilimitado e revolucionário do poder constituinte, uma vez que ocorre uma espécie de absorção do ordenamento jurídico pela Constituição que surge, afastando a prática do poder constituinte do ideal e incorporando o próprio procedimento de convocação de Assembleias Constituintes às Constituições elaboradas em regimes democráticos.

“O poder constituinte, distinto dos poderes constitucionais, pode ser chamado um poder preconstitucional, ou interconstitucional: pois liga uma Constituição a outra, continuando-se através delas; toda Constituição deve tacitamente prever sua substituição, e ao poder constituinte, no sentido de forne de poder constituinte suprapositivo, se atribui a faculdade de superar as Constituições anteriores. Mas o poder constituinte também é, em certo sentido, um poder constituído. A ordem constitucional não só o implica como o contém; ele (entendido como “instituído” no sentido que adotamos, não como originário e inicial) pressupõe uma base constitucional, prossegue através das Constituições que gera; é então um poder que podemos chamar “transconstitucional”. Como originário terá a precedê-lo apenas os princípios jurídicos genéricos, mesmo nos casos revolucionários; como instituto supõe eleições, supõe um processo de atribuição de poder a um grupo representativo. Nem se pode imaginar um poder constituinte, em momento originário, atuando hoje com independência absoluta de uma experiência constitucional qualquer, como o terão sido as primeiras tentativas constitucionais na história do Ocidente.”⁵⁴

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Op. Cit.**, p. 256.

⁵⁴ SALDANHA, Nelson. **Op. Cit.**, p. 83-84.

A identificação da soberania popular, do poder constituinte, do poder de criar sua própria Constituição, seu próprio modelo de Estado, não apaga a influência política e jurídica do instituto, ou seja, ainda que o poder constituinte possa criar qualquer sistema político por meio da Constituição, a manifestação desse poder constituinte não é apolítica, ao contrário, é uma manifestação política de escolhas própria de um regime democrático⁵⁵, exceto nos casos de Constituição outorgada em regimes notadamente antidemocráticos.

A convocação da Assembleia Constituinte é o primeiro momento de representação política da ordem constitucional a ser criada pela exteriorização do poder constituinte, o que não significa dizer que esse poder se esgota com a constituição dessa Assembleia, o que será melhor analisado adiante.

É importante destacar, no entanto, que a absorção desse poder, após a entrada em vigor da Constituição, é de extrema importância para compreender a extensão do regime democrático constituído e as dificuldades enfrentadas pelo sistema representativo no plano político e eleitoral, ainda que como sustentado por Laclau, o sistema representativo possa representar a grande chance para a emancipação política do povo, no século XXI o que se viu com a proliferação das revoluções horizontais, ou com as manifestações populares nas ruas de diversos

⁵⁵ Em importante obra sobre a representação política nos regimes democráticos da América Latina no fim do século XX e início do XXI, o cientista político argentino Ernesto Laclau discorre sobre as críticas à falta de representatividade no sistema político identificando nos chamados significantes vazios a totalidade homogeneizada dos interesses heterogêneos destinados ao representante pelos representados, o que explica a importância da legitimação pelo próprio procedimento na identificação da representatividade no ideal da democracia representativa “A constituição de um “povo” requer uma complexidade interna, dada a pluralidade das demandas que formam a cadeia de equivalências. Esta é a dimensão da heterogeneidade radical, porque nada naquelas demandas, individualmente consideradas, anuncia um “destino manifesto” através do qual elas deveriam constituir uma cadeia. É isso o que torna necessário o momento homogeneizante do significado vazio. Sem esse momento não existiria cadeia de equivalência, de tal modo que a função homogeneizante do significante vazio constitui a cadeia e, ao mesmo tempo, a representa. Essa dupla função, porém, nada mais é do que os dois lados do processo representativo que temos detectado. A conclusão é clara: toda identidade popular possui uma estrutura interna que é essencialmente representativa. (...)a principal dificuldade com as teorias clássicas da representação política é que a maior parte delas concebeu a vontade do “povo” como algo que era constituído antes da representação. Foi o que sucedeu com o modelo agregador da democracia (Schumpeter, Downs), que reduziu o “povo” a uma pluralidade de interesses e valores; e com o modelo deliberativo (Rawls, Habermas), que localizou na justiça enquanto imparcialidade ou nos procedimentos dialógicos a base para o consenso racional que eliminou toda opacidade do processo de representação. Uma vez atingido este ponto, a única questão relevante é como respeitar a vontade daqueles que são representados, assumindo, antes de mais nada, que essa vontade existe.” LACLAU, Ernesto. **A razão populista**. Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013, p. 238-239.

países é justamente o contrário disso, o vazio representativo que corrói a democracia constitucional.

3. Depois da Constituição

“(…)Forçoso é conceder que a Constituição expressa as forças políticas de determinado povo, é um documento que atesta a situação de equilíbrio relativo na qual os grupos em luta pelo poder permanecem até nova ordem. Se a exigência de modificação da Constituição cresce a tal ponto que não pode mais ser contida, é decerto um sinal de que houve um deslocamento de forças que procura se exprimir no plano constitucional.”

Hans Kelsen⁵⁶

3.1. O Poder Constituinte Derivado

Após a entrada em vigor da Constituição, ao fim dos trabalhos das Assembleias Constituintes nos regimes democráticos, ou após a outorga do texto em um regime ditatorial, o poder constituinte originário esgota, num primeiro momento, a sua potencialidade.

Posto o texto constitucional e iniciada a vigência de uma nova Constituição, o exercício da representação política outorga ao Parlamento, a possibilidade de reforma ou modificação do texto, ou apenas de parte dele, por meio do chamado poder constituinte derivado.

“Diz-se que é derivado porque advém da própria Constituição que será alterada. Assim, é a própria Constituição que dirá como o poder constituinte reformador irá se manifestar, e o que ele poderá alterar e quando isso poderá ocorrer.”⁵⁷

A identificação do poder constituinte derivado com o Parlamento, no caso do Brasil com o Congresso Nacional, decorre da natureza legislativa condicionada pelo

⁵⁶ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213.

⁵⁷ SILVA, Roberto B. Dias da. **Op. Cit.**, p. 8.

grau de rigidez da Constituição, responsável pela identificação da forma e pelos limites materiais das reformas, ou das emendas à Constituição.

A superioridade das Constituições rígidas é destacada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que entende que nesse sistema “todos os poderes têm sua órbita determinada, suas balisas prefixadas, os direitos dos indivíduos declarados, sendo mais difícil, neste caso, o arbítrio” ao passo que nas constituições flexíveis o parlamento pode tudo fazer “pois não há entrave à sua ação e os indivíduos, bem como os outros poderes, ficam inteiramente à sua mercê”.⁵⁸

A questão da reforma constitucional, no entanto, não está relacionada apenas à rigidez constitucional, mas sim às transformações sofridas pelo mundo real, que por vezes transportadas para a Constituição, deixam de encontrar uma resposta.

“De modo geral, pode-se afiançar que uma sociedade tradicionalista, de esclarecido tato político e senso de medida, prescindirá dos freios jurídicos para a reforma constitucional, porque estes estão compensados pela existência de outros elementos estabilizadores. Num povo sem tais virtudes, há, porém, necessidade de mecanismo mais complexo para a reforma constitucional. Não é por outro motivo que a flexibilidade das constituições se tornou, em nossos dias, verdadeira exceção.”⁵⁹

A rigidez constitucional tem por finalidade última perpetuar o texto constitucional, por garantir uma vida mais longa a uma Constituição, aos valores expressos no texto constitucional, imutáveis pelo legislador ordinário, mas o excesso de rigidez pode levar ao envelhecimento da ordem constitucional em frente às mudanças sociais, ao mesmo tempo em que uma constituição flexível ou mesmo

⁵⁸ “Não pôde haver duvida sobre a superioridade das Constiuições rigidas, deante das Constituições flexíveis, sejam estas ultimas escriptas em um corpo único ou costumeiras e, em algumas leis esparsas. Pois, segundo aquelle systema, todos os poderes têm sua orbita determinada, suas balisas prefixadas, os direitos dos indivíduos declarados, sendo mais difficil, neste caso, o arbítrio. Pelo outro, o parlamento pôde tudo fazer, pois não ha entrave á sua acção e os indivíduos bem como os outros poderes ficam inteiramente á sua mercê”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A theoria das constituições rígidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 40.

⁵⁹ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954, p. 64.

nem escrita como a inglesa, pode se prolongar no tempo incorporando à sua interpretação a própria mudança de costumes da sociedade, a extensão da vida de uma Constituição não está diretamente realizada à sua flexibilidade ou imutabilidade, mas sim à aceitação social e política do seu texto.

Em obra sobre os processos de mudança da Constituição na busca de uma readequação entre o texto e a realidade, Anna Candida da Cunha Ferraz destaca duas formas informais de mutação constitucional, por meio da interpretação constitucional⁶⁰ e por meio da alteração do costume constitucional.

A Constituição, enquanto norma fundamental de um ordenamento jurídico, ainda que expresse as relações políticas e sociais de poder durante a sua criação pelo constituinte, afirma-se como norma com o seu amadurecimento, com a apropriação do eixo central do direito, constituições caem por não encontrar mais respaldo na sociedade, por não efetivar direitos, oferecer respostas ao intérprete, por não mais refletirem as relações de poder, mas enquanto vive a Constituição caminha pelas mãos do intérprete plural, pela sua concretização pelos Poderes Executivo e Legislativo, pela sua defesa pelo Judiciário⁶².

⁶⁰ “Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.” FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 56/57.

⁶¹ “A interpretação é antes de mais nada uma atividade criadora. Em toda a interpretação existe portanto uma criação do direito. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana, onde o intérprete procura determinar o conteúdo exato de palavras e imputar um significado à norma. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, fazendo-se sempre necessária por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais. A atividade interpretativa busca sobretudo reconstruir o conteúdo normativo, explicitando a norma em concreto em face de determinado caso.” BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 24/45, jul-set, 1998.

⁶² “O Direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 52.

A interpretação é a base da aplicação da norma constitucional, sendo ainda determinante para a integração das normas infraconstitucionais ao texto constitucional. As teorias interpretativas partem de uma análise da natureza jurídica e estrutural de preceitos constitucionais identificados como princípios ou regras⁶³ para compreender o grau de abertura e incidência normativa de determinada norma constitucional, mas a mecânica interpretativa pode se desenvolver por meio da identificação de direitos fundamentais tutelados⁶⁴, por meio da sobreposição do caso concreto ao texto constitucional⁶⁵, por meio da relativização de normas formalmente constitucionais, ou desenvolvendo a integração da norma à constituição por meio da interpretação conforme⁶⁶.

Compreender, portanto, o que vem a ser poder constituinte derivado não se resume a observar o que dispõe a própria constituição sobre as possibilidades de emendas e reformas, mas principalmente compreender a relação que se cria entre o grau de rigidez constitucional, suas cláusulas pétreas, e os limites da mutação constitucional direcionada pela interpretação do texto e pela jurisdição constitucional⁶⁷.

⁶³ Sobre o estudo dos princípios e regras constitucionais e a diferença de sua aplicabilidade vide a obra de Ronald Dworkin, **Levando os Direitos a Sério**.

⁶⁴ O alemão Robert Alexy, desenvolveu um mecanismo de interpretação constitucional baseado na identificação dos direitos fundamentais relacionados ao caso concreto, e da ponderação de interesses conflitantes de modo identificar qual seria a norma prevalente em caso de conflito, sobre o tema vide a obra **Teoria dos Direitos Fundamentais**.

⁶⁵ A problematização do estudo constitucional é desenvolvida pela Tópica, estudada por Theodor Viehweg a partir da obra de Aristóteles analisada pelo italiano Gian Battista Vico, como lembrado por Viehweg “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica de pensamento que está orientada pelo problema.” VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Trad. Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33.

⁶⁶ A interpretação conforme a constituição, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão busca conformar o ordenamento jurídico ao texto constitucional, na lição de García de Enterría “este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido em los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico.” ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, **Hermeneutica e Supremacia Constitucional – El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento**. Revista de Direito Público, RDP 77/33, jan-mar 1986.

⁶⁷ “A importância de mecanismos de controle das maiorias e do próprio Estado, organizados e protegidos pelas Constituições rígidas, parece estar diretamente relacionada com o nível de submissão constitucional voluntária de cada sociedade, de cada sistema político. Em muitos sistemas políticos as regras sociais e a cultura legal são tão fortes, ou os níveis de consenso na sociedade são tão altos, que uma instituição artificial com o poder de limitar o processo majoritário é dispensável. Neste sentido, também alguns países, embora possuam sistemas de controle judicial das decisões da maioria, deles fazem pouco ou nenhum uso. Porém, para sistemas políticos onde conflitos entre maiorias e minorias são uma constante – como nos Estados Unidos -, ou países com profundas tradições autoritárias – como a Alemanha ou o Brasil -, o estabelecimento do sistema político por

A extensão do poder constituinte derivado é definida pelos limites materiais ao poder de reforma, que decorre, pela estrutura da Constituição Federal de 1988, da observância do disposto no art. 60⁶⁸, em consonância com o respeito aos direitos e garantias individuais trazidos pelo art. 5º, à separação dos Poderes, da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, um rol de cláusulas pétreas presentes de forma expressa no texto. A amplitude da rigidez constitucional trazida pelo art. 60 não afasta as funções do intérprete e da jurisdição constitucional⁶⁹ na verificação desses limites.

intermédio de uma constituição rígida, que disponha, inclusive, de cláusulas superconstitucionais e de um ativo sistema de controle da constitucionalidade, parece crucial para estabilizar relações e expectativas quanto às regras básicas de justiça da comunidade, assim como quanto ao processo e competição política.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.

⁶⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁶⁹ “Para muitos constitucionalistas, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, que tiveram origem nos Estados Unidos. Logo, não é um processo recente. Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV, São Paulo, 4(2), JUL-DEZ 2008, p. 443. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>, acesso em 27/01/2017.

Mas se no plano jurídico o poder constituinte derivado é cercado por limites impostos pelo constituinte originário, no plano político a atividade do Parlamento, responsável pelo processo legislativo, pode ser considerada a deliberação política própria de um regime democrático⁷⁰, posto que se observarmos que a democracia representativa confere ao titular do mandato eletivo o poder político próprio do povo representado, a tarefa de emendar a constituição ou deliberar quanto à possibilidade de emenda é uma atividade parlamentar comum, política, a observar alguns requisitos trazidos pela Constituição.

Essa observação é necessária para desmistificar um pouco a Constituição, devendo ser destacado que por melhor que um texto constitucional possa ser considerado, sua normatividade e temporalidade devem guardar relação com a realidade que essa Constituição passou a regulamentar, e não apenas com os objetivos do poder constituinte originário, a rigidez constitucional, portanto, possui um duplo sentido, pois ao proteger determinadas normas constitucionais, ainda que seja uma forma de garantir direitos, pode afastar a aplicação do seu próprio texto das mudanças sociais que ocorreram fora do plano jurídico.

Nesse ponto vem a grande importância do poder constituinte derivado, pois a constituição protege um núcleo de rigidez em face da própria atividade política parlamentar de produzir leis, na mesma medida em que depende dessa atividade parlamentar para continuar existindo frente à realidade.

Conforme observa Vanossi “se transcendemos as fronteiras do formalismo jurídico e buscamos uma resposta que não se insere nas pautas lógicas de uma criação regular do direito constitucional avistaremos um outro panorama: o da revolução, no sentido de que a existência, nas constituições, de “cláusulas pétreas”

⁷⁰ Mesmo considerando o núcleo rígido trazido pela Constituição Federal de 1988, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei ou emenda constitucional que tratam de redução da maioria penal, pena de morte, legitimação de entidade religiosa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, reforma trabalhista, previdenciária, reforma política, dentre outros que tangenciam em maior ou menor grau esse núcleo duro do texto constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema defende a possibilidade de discussão de qualquer matéria pelo Legislativo, considerando a sua função política e sua representação democrática, não efetuando controle judicial de constitucionalidade de Projeto de Emenda Constitucional. A primeira proposta de Emenda Constitucional à Constituição Federal, PEC 1/1988, alterava o art. 5º para instituir a pena de morte, levada a deliberação no plenário dez anos depois, foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

ou irreformáveis é – com o tempo – um convite e uma incitação a praticar a ginástica da revolução, para poder obter assim a modificação ansiada dos conteúdos proibidos. De onde resulta que no plano da dinâmica constitucional, tanto a excessiva “rigidez” (quando os mecanismos de reforma são excessivamente complicados) como a pretendida “eternidade” de certas cláusulas, vem a servir ao extremo oposto de sua finalidade original: não evitam as mudanças, mas sim favorecem a consumação dessas mudanças pelas vias revolucionárias, ao decidir, à margem ou em oposição ao estilo evolucionista que caracteriza o pensamento do constitucionalismo”⁷¹.

Por mais importantes que sejam os limites materiais ao poder de reforma constitucional, sua excessiva rigidez pode comprometer a vigência ou a legitimação da Constituição junto à sociedade, ao povo, o titular do poder constituinte originário.

Por outro lado, o poder constituinte derivado não possui legitimidade para alterar a essência da Constituição⁷², que irradia dos seus princípios constitutivos que normalmente protegem o núcleo rígido constitucional, e que consagram os principais valores defendidos pelo poder constituinte originário.

“No momento não nos interessa o juízo político sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, mas salientar o seu caráter de garantia da rigidez constitucional. Aceite-se ou não a crítica mais desfavorável, que o encara como arma conservadora a serviço da organização econômica e social vigente, pode-se admitir que a sua expansão esteja ligada, como a voga das constituições rígidas, ao

⁷¹ “Si transcendemos las fronteras del formalismo jurídico y buscamos una respuesta que no se encierre en las pautas lógicas de una creación regular del derecho constitucional avizoraremos otro panorama: el de la revolución, en el sentido de que la existencia en las constituciones de cláusulas “pétreas” o irreformables es – con il tiempo – una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que em el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva “rigidez” (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida “eternidad” de ciertas cláusulas, vienem a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vias revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que caracteriza al pensamiento del constitucionalismo.”. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Op. Cit.**, p. 188, tradução livre.

⁷² Por mais que a Constituição se transforme com o passar do tempo, evoluindo na esteira do conceito de mutação constitucional com base na própria multiplicidade de formas de interpretação, o advento de emenda constitucional que contrarie os princípios orientadores da Constituição ou que inviabilize a materialidade dos preceitos constitucionais ocasionaria, em verdade, grave ofensa ao poder constituinte originário, e levaria a Constituição para um ponto de inflexão constitucional que poderia significar até mesmo o início do seu fim.

anseio de encontrar elementos estabilizadores no ritmo acelerado de transformações da sociedade moderna. Por isso mesmo, se não falta que atribua ao instituto o efeito de retardar muitas reformas sociais e econômicas, existem outros que lançam ao seu crédito haver canalizado no leito jurídico muitas dessas mudanças, para que não se precipitassem torrencialmente, sacrificando, no seu ímpeto, os direitos individuais e as liberdades públicas.”⁷³

Compreender, portanto, o papel do poder constituinte derivado e a necessidade de observância das regras trazidas pelo constituinte originário para a reforma do texto constitucional não é uma tarefa tão simples, posto as diferentes possibilidades interpretativas, a pressão política das majorias e a função contramajoritária da jurisdição constitucional, mas para efeito do presente trabalho podemos partir da premissa de que o poder constituinte derivado é o poder parlamentar de reforma constitucional nos limites impostos pela própria Constituição.

⁷³ SAMPAIO, Nelson de Sousa, **Op. Cit.**, p. 77.

3.2. A incorporação do povo à Constituição

Uma questão relevante quando se estuda o poder constituinte, o poder de criar a própria constituição pelo povo, diz respeito à atuação desse ator soberano, o povo, após o início da vigência da Constituição.

Tradicionalmente, poderíamos considerar que esgotado o seu papel constituinte, o poder constituinte se dissipa na sociedade, que se adequa a um novo texto constitucional, prevalecendo nos regimes democráticos importantes instrumentos de participação popular na formação e atuação do Governo, como o voto, o direito à participação política, filiação partidária, direito a ser votado, além de ferramentas próprias de uma participação democrática no processo legislativo, como a iniciativa popular de lei, o plebiscito e o referendo.

Mas essas ferramentas de participação popular diferem substancialmente do poder constituinte originário, aproximando-se mais das instituições constituídas, o papel fundante dá lugar a um importante papel de exercício de direitos consagrados pela Constituição.

Analisando a proteção desse princípio democrático pela Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva destaca que “o princípio democrático encontra sua primeira defesa na maneira pela qual a Constituição organiza os poderes do Estado, reconhecendo a plena vigência da soberania popular e do pluralismo político e dispondo sobre os mecanismos de efetivação do princípio nos arts. 1º e 14 a 17, onde se estatui que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, e que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, vedando a cassação de direitos políticos, ao mesmo tempo em que institui regras de inelegibilidade destinadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições, consignando normas de organização livre de partidos políticos como instrumentos de organização e expressão da vontade nas instituições representativas. Assim, a

Constituição protege o princípio democrático que realize a democracia representativa, participativa e pluralista”⁷⁴.

A soberania do povo titular do poder constituinte originário, com a edição da constituição é absorvida pelo conceito de democracia, elemento chave do Estado Democrático de Direito, havendo previsão expressa das formas de participação popular no texto constitucional, como destacado por José Afonso da Silva na análise da Constituição Federal de 1988.

Para o constitucionalismo, o povo é um instrumento de legitimação da ordem constitucional⁷⁵, num primeiro momento legitima a atuação da Assembleia Constituinte, para num momento posterior, legitimar a atuação estatal por meio da democracia representativa, o povo é a origem de todo o Estado Constitucional e o seu fim, destinatário dos serviços públicos, da proteção estatal, dos direitos e garantias previstos no texto constitucional.

A multiplicidade de significados do conceito de povo é analisada em estudo do jurista alemão Friedrich Muller, que destaca os conceitos de povo como um agente político e jurídico ativo, como uma instância global de atribuição de legitimidade ao Estado ou à Constituição, como um ícone, como destinatário das prestações estatais, como participante do regime democrático ou como instrumento de positivação de uma simbólica democracia⁷⁶.

Todas as faces do conceito de povo são importantes para o estudo do constitucionalismo, pois se parte dos significados do termo ecoam na invocação da soberania popular do poder constituinte, não há como imaginar o desaparecimento

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 259.

⁷⁵ “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto, embora assinada “pelos representantes do povo francês”, contém no entanto, em seu art. 3º, a disposição inequívoca: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação (com maiúscula). Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. A ironia da história é patente. Para afastar a ambiguidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, a cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos.” COMPARATO, Fabio Konder, *in prefácio da obra de MULLER, Friedrich. Quem é o povo?* Op. Cit., p. 14/15.

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Op. Cit.

desse mesmo poder constituinte originário e soberano, se o mesmo povo que criou ou legitimou a criação da ordem constitucional continua sendo a razão de existir do Estado.

O grande problema que se coloca pela multiplicidade de significados é a operacionalidade do discurso, a apropriação de significados vazios pelo Estado constituído, ou pelo próprio poder constituinte, pois ainda que aparentemente seja simples identificar o povo se manifestando em qualquer uma de suas formas aparentes, a pluralidade do discurso heterogêneo do povo dificilmente é captada por um Estado que elege um determinado conceito de povo para cada uma de suas finalidades, legitimando-se quando identifica os anseios desse povo, ou quando não identifica.

“O “poder constituinte” é um conceito finalista em Sieyès, já o fora em Locke. Que outra coisa ele poderia ser? Os conceitos da Teoria do Direito e do Estado são siglas dos pontos de vista “teóricos” difundidos nessas disciplinas; e cada uma dessas “teorias” é uma fórmula nobre para designar interesses absolutamente ordinários, embora encadernada em couro de novilho. À medida que postos em comunicação, os interesses expressam-se como finalidades. Por essa razão e com vistas a esse fato, nada contra Locke, Sieyès e seus sócios. Mas o que desrecomenda fazer do “poder constituinte do povo” enquanto conceito finalista dos dominadores (do povo), a serviço dessa mesma dominação, finalmente um conceito do povo para a sua autodominação? Nada: a não ser a “vontade” (os interesses, as teorias, os conceitos) dos dominantes. Nada de insuperável (para o povo), portanto. Resta a tarefa: criar o povo”.⁷⁷

Feita essa ponderação, é possível identificar elementos positivos na pluralidade de significados do povo, a evolução do conceito permite ao povo soberano, criador do direito e do Estado, conviver com sua criação, ou ao menos com a obra que o constituinte legitimou, a Constituição, o Estado, o ordenamento jurídico, não haveria qualquer espécie de paz política duradoura se o povo soberano estivesse permanentemente reunido em um poder constituinte originário que

⁷⁷ MULLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**, op. Cit., p. 30.

reescreveria constituições que não chegariam a efetivamente constituir um ente político necessário à preservação da sociedade como o Estado.

Como defende Habermas, a legitimação do Estado fundamentado na soberania popular e nos direitos humanos decorre da observação do procedimento comunicativo tutelado pelo direito.

“A pressuposição de resultados legítimos precisa apoiar-se, em última instância, em um arranjo comunicativo, sendo, pois, tais discursos (e negociações) o lugar em que se pode formar uma vontade política racional. Por sua vez, como são necessárias para constituir de modo racional a vontade do legislador político, a fim de que se possa garantir legitimidade, as formas de comunicação devem ser institucionalizadas juridicamente. O nexos interno que se buscava entre direitos humanos e soberania do povo consiste, pois, em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional. Direitos que *possibilitam* o exercício da soberania do povo não podem, a partir de fora, ser impostos a essa prática como restrições”.⁷⁸

Essa forma de comunicação, no padrão político criado pelo constitucionalismo, quer para o exercício do poder constituinte, quer para o exercício de instrumentos de democracia e cidadania, é a representação política, os discursos e a retórica dos representantes do povo.

Assim, ainda que o ideal de representação política comporte os princípios democráticos e seja a forma classicamente idealizada de exercício do poder político pelo povo, a história e a evolução tecnológica mostrariam que as distâncias entre representante e representado criaram um fosso que comprometeu não apenas o instituto da representação, mas o próprio exercício da democracia.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In *Direito e Legitimidade*. Organizadores: Jean-Christophe Merle & Luiz Moreira. Belo Horizonte: Landy Editora, 2003, p. 71.

3.3. O povo: ator político no terceiro milênio

Quando a democracia foi concebida por contratualistas iluministas como Rousseau ou Montesquieu ou por liberais como Locke, a comunicação caminhava por estradas que atravessavam a cavalo florestas que se perderam entre as cidades, navegava lentamente entre reinos distantes, a história ainda era contada em versões, não havia como imaginar um mundo em que qualquer teia comunicativa entre representantes e representados demorasse apenas alguns segundos⁷⁹.

A dificuldade de comunicação e informação foram determinantes para a criação da democracia representativa, pois superada a eventualidade de reuniões de pessoas para deliberações políticas em pequenas vilas, as cidades cresceram desenfreadamente com o progresso do capitalismo industrial, a tomada de decisão por toda a coletividade nunca foi verdadeiramente um elemento preponderante do regime democrático, bastava a concessão de um mandato por meio do voto, ou sufrágio⁸⁰, este sim o elemento principal da democracia.

A participação política no regime democrático se resumia, portanto, à atuação no período eleitoral, o exercício do direito de voto, sufrágio, e a massiva delegação do poder político aos representantes eleitos nas esferas federativas, nos Poderes Legislativo e Executivo, em países em que o Estado Democrático de Direito era a regra.

⁷⁹ “Vivemos em tempos confusos, como muitas vezes é o caso em períodos de transição entre diferentes formas de sociedade. Isso acontece porque as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado.”. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura – Vol. 1.** 6ª edição. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010, prefácio à edição.

⁸⁰ “O direito de sufrágio é instrumento de realização do princípio democrático, através deste legitima-se a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, fixa-se a organização e distribuição dos poderes. Configuram, portanto, a faceta procedimental das democracias constitucionais. Nesse sentido, o sufrágio confunde-se com a técnica procedimental que disciplina quem e como deve exercer o poder político e, consequentemente, com o rol de direitos que disciplinam a participação democrática do povo no Estado”. SILVA, Lucas Gieron Fonseca e. **O direito ao voto na Constituição Federal de 1988.** Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 49. <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6885/1/Lucas%20Gieron%20Fonseca%20e%20Silva.pdf>, acesso em 10/01/2017.

A democracia, na segunda metade do século XX, baseava-se no ciclo da representação que almejava a identificação da vontade individual por meio da associação a grupos ideológicos, os partidos políticos, existindo uma atrofia constitucional da participação popular na tomada de decisões, ainda que existentes ferramentas como plebiscitos e referendos.⁸¹⁸²

O temor da identificação da soberania popular com a manipulação de conceitos como “vontade geral” pelo Estado era evidente, após o período de trevas dos regimes totalitaristas, que transcendiam essa suposta vontade geral para o povo, por meio dos mecanismos de comunicação de massa, da propaganda oficial do próprio Estado, de cima para baixo.

Mas o afastamento da participação popular do governo democrático baseado num primeiro momento no agrupamento das ideias de grupos da população e na identificação ideológica com partidos políticos, em determinado momento, mostrou-se completamente estéril.

⁸¹ “Tal modelo teve início com o trabalho seminal de Joseph Schumpeter de 1947, *Capitalism, Socialism and Democracy*, que arguia que, com o desenvolvimento da democracia de massa, a soberania popular, como entendida pelos modelos clássicos de democracia, tornara-se inadequada. Um novo entendimento da democracia fazia-se necessário, colocando a ênfase na agregação de preferências, disposta por meio de partidos políticos em que as pessoas teriam a capacidade de votar em intervalos regulares. Segue-se sua proposta de definir a democracia como o sistema no qual as pessoas teriam a oportunidade de aceitar ou rejeitar seus líderes graças a um processo eleitoral competitivo. Levado adiante por teóricos como Anthony Downs (1957) em *Na Economic Theory of Democracy*, o modelo agregativo tornou-se o padrão no campo acadêmico que se auto-intituiu “teoria política empírica”. O propósito dessa corrente era o de elaborar uma abordagem descritiva da democracia, em oposição àquela clássica, de natureza normativa. Os autores que aderiram a essa escola consideraram que, sob condições modernas, noções como “bem comum” e “vontade geral” tinham de ser abandonadas e que o pluralismo de interesses e valores precisava ser reconhecido como co-extensivo à própria ideia de “povo”. MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Publicado em inglês como capítulo do livro *The Democratic Paradox* (Mouffe, 2000). Tradução e resumo de Pablo Sanges Ghetti; Revisão da tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. In *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005. Disponível em www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31108.pdf, acesso em 11/2016, p. 12.

⁸² “A democracia representativa talvez seja, antes de tudo, um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais por algum motivo é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo. Mas o conceito de representação, tal como nossos precursores o compreenderam, era mais profundo que isso. A retórica pré-revolucionária postulava um conflito contínuo entre os interesses dos “governantes”, de um lado, e os dos “governados” (ou do “povo”), de outro. Buscou-se uma solução ao incorporar ao conceito de representação a ideia de uma associação dos interesses dos dois grupos. Assim, os representantes no novo governo eram concebidos como “cidadãos”, pessoas de grande caráter e capacidade, certamente, mas também “do povo”. Segundo a crença dos que assim os concebiam, terminado o seu serviço eles voltariam ao povo e, assim, ao grupo dos “governados”. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 103.

Enquanto a participação política continuava atrelada aos ciclos eleitorais e aos partidos políticos, os elementos chave da democracia idealizada no Iluminismo, a comunicação e o tráfego da informação se transformavam, incorporando as inovações tecnológicas à cultura de consumo.

Se nos anos 80 a comunicação de massa se baseava na venda de televisores, nos anos 90, enquanto a fibra óptica permitia a expansão do conteúdo e dos canais de TV a cabo, a telefonia móvel ganhava força e trazia mobilidade nunca antes vista na comunicação pessoal. Mas a grande transformação da comunicação viria na virada do século, com a expansão da internet, e posteriormente com o casamento entre telefonia móvel e internet, a rede alcançava a capilaridade da comunicação de massa, e a informação passou a navegar em tempo real.⁸³

A Internet, num primeiro momento de expansão, reduziu as distâncias e permitiu a transferência da informação em tempo real, mas demorou algum tempo para que o acesso à rede se democratizasse a ponto de impactar propriamente no exercício da democracia⁸⁴, isso pôde ser visto na evolução da cultura da rede, ou cibercultura e na gradual expansão do ativismo digital e no uso das redes sociais.

⁸³ “A Internet tem tido um índice de penetração mais veloz do que qualquer outro meio de comunicação na história: nos Estados Unidos, o rádio levou trinta anos para chegar a sessenta milhões de pessoas; a TV alcançou esse nível de difusão em 15 anos; a Internet o fez em apenas três anos após a criação da teia mundial. O resto do mundo está atrasado em relação à América do Norte e os países desenvolvidos, mas o acesso à Internet e seu uso os estavam alcançando rapidamente nos principais centros metropolitanos de todos os continentes. Contudo, não deixa de ser importante quem teve acesso primeiro, e a quê, porque, ao contrário da televisão, os consumidores da Internet também são seus produtores, pois fornecem conteúdo e dão forma à teia. Assim, o movimento de chegada tão desigual das sociedades à constelação da Internet terá consequências duradouras no futuro padrão da comunicação e da cultura mundiais. Hoje existem milhões de usuários da rede no mundo inteiro, cobrindo todo o espectro da comunicação humana, da política e da religião ao sexo e à pesquisa – com o comércio eletrônico como atração principal da Internet contemporânea”. CASTELLS, Manuel. **Op. Cit.**, p. 439.

⁸⁴ “No começo do ano 2000, a Casa Branca encomendou um estudo sobre o voto pela Internet e, mais em geral, parece que o mundo político americano prepara seriamente a eleição presidencial de 2004 na perspectiva do “voto eletrônico”. Outros países, como o Brasil, já estão seriamente empenhados nesta via. A União Européia e um grande número de Estados europeus submeteram projectos de votação eletrônica a estudo. Mesmo que esta perspectiva pareça muito promissora, primeiro, é necessário não só que as ferramentas e redes estejam largamente disponíveis, mas, sobretudo, que os problemas de segurança, de fiabilidade e de controle de fraudes sejam resolvidos sem ambiguidade. Por muito interessante que seja, a votação eletrônica é provavelmente um aspecto menor da ciberdemocracia”. LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Trad. Alexandre Emílio. Porto Alegre: Instituto Piajet, 2003, p. 129.

No nascimento da internet, uma cultura baseada na proteção da intimidade e no libertarismo se propagou rapidamente, a chamada cultura ciberpunk ou cypherpunk pregava a total liberdade de conteúdo na rede, sem ingerência dos Estados, inspirando sites como o WikiLeaks⁸⁵ e movimentos digitais de associação de hackers como o Anonymous⁸⁶, seguindo a máxima “privacidade para os fracos, transparência para os poderosos” e o mantra de que “a informação quer ser livre”.

A ingerência dos Estados na rede, ao mesmo tempo em que provocou questionamentos quanto à espionagem virtual e a falta de intimidade, fomentou a expansão da cultura libertária para países onde a manifestação de pensamento é controlada por políticas de Estado, o que pôde ser visto na sistemática revolucionária da chamada Primavera Árabe, inspirada pelos ideais de liberdades públicas defendidos por autores clássicos ocidentais como Locke e Rousseau e por movimentos sociais e grupos de ativismo digital como o Anonymous ou o WikiLeaks.

O fato é que a expansão da Internet, e da sua cultura, é um ponto sensivelmente importante para compreender as falhas do modelo democrático representativo vigente e a busca por uma democracia material que fomentaria os movimentos sociais do século XXI.

Com a tecnologia a serviço da redução da distância entre representantes e representados, e a livre circulação da informação na rede, na velocidade de um tweet, a democracia aguardava o grande passo para uma participação mais direta do povo nas decisões políticas, uma democracia mais próxima da deliberativa, com maior uso de instrumentos de democracia direta⁸⁷, mas essa forma de democracia

⁸⁵ “A missão do WikiLeaks é receber informações de denunciante, divulgá-las ao público e se defender dos inevitáveis ataques legais e políticos. Estados e organizações poderosas tentam rotineiramente abafar as divulgações do WikiLeaks e, na qualidade de um canal de divulgação “de último caso”, essa é uma das dificuldades que o WikiLeaks foi criado para suportar”. ASSANGE, Julian (Et. Al.). **Cypherpunks – liberdade e o futuro da Internet**. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, p. 1.

⁸⁶ Sobre o nascimento do grupo Anonymous, a história do ativismo digital e sua participação na Primavera Árabe e no movimento Occupy Wall Street, vide o documentário **We are Legion: the Story of Hacktivists**. Direção e Roteiro de Brian Knappengerger, EUA: Luminant Media, 2012.

⁸⁷ Aqui vale destacar que embora as formas diretas de democracia tenham suas mazelas e possam representar em muitos momentos um discurso de força da maioria, a participação popular é um elemento legitimador do poder, das decisões, de modo que o afastamento dessa esfera deliberativa continua aprisionando o exercício da democracia a um ciclo eleitoral num círculo vicioso que enfraquece o modelo democrático à medida em que os partidos políticos perdem sua identidade e ideologia, e que a representação passa a ser um exercício de

não foi adotada pelos Estados, que passaram a atuar em outra frente, na busca de regulação da Internet e na apropriação do ambiente físico que serve de base à rede.

A partir da grave crise econômica mundial de 2008, alguns modelos ou ícones do capitalismo mundial, baseado na atuação dos mercados e na primazia do capital financeiro, sua lógica de lucro, risco e especulação, começaram a ser questionados, à medida em que a concentração de riqueza no mercado financeiro contrastava com o aumento do desemprego em escala mundial, sobretudo nos países da Europa e América Latina.

Os efeitos dessa crise, começariam a aparecer no coração financeiro dos EUA em setembro de 2011, com um movimento de protesto popular de ocupação do espaço público, resistência e questionamento, de origem difusa e sem liderança central, o chamado “Occupy Wall Street”.

Alguns meses antes, em dezembro de 2010, um jovem tunisiano chamado Mohamed Bouazizi que trabalhava informalmente vendendo frutas nas ruas, teve seus produtos confiscados pela polícia local por supostamente ter se recusado a pagar propina, como forma de protestar contra a injustiça, a corrupção e a opressão estatal, o jovem ateou fogo ao próprio corpo, comovendo a população do país que correu às ruas contra o regime político vigente, obtendo no dia 14/01/2011, a renúncia do presidente Ben Ali, que estava no poder há 24 anos, começava a chamada Primavera Árabe⁸⁸, que pode ser entendida como um movimento político de ruptura entre o povo e o Governo constituído.

aproximação política cada vez mais distante, o mundo estava preparado para democracia deliberativa, com as ferramentas tecnológicas a serviço do povo, mas essa democracia não veio.

⁸⁸ A Primavera Árabe não foi um movimento homogêneo ou organizado, sendo apenas um curto período em que a população foi às ruas em busca de liberdades públicas e democracia, em países com histórico de repressão estatal e regimes ditatoriais como a Líbia, o Egito, a Tunísia, a Síria, não é possível afirmar que o movimento foi vitorioso ou que houve a mudança de regime político em todos os países, analisando o caso da Síria, pois com o enfraquecimento do Governo de Bashar-al-Assad, e a ascensão do grupo jihadista Estado Islâmico, o país mergulhou em uma profunda guerra civil que produziu e produz diariamente um enorme contingente de mortos, feridos e de refugiados, com cidades sitiadas, destruídas e devastação por todo o país. A importância da Primavera Árabe é exatamente a invocação do poder constituinte por um povo que não se sentia representado pela estrutura de poder político vigente, o que ficou claro no Egito, em que a população foi às ruas e ocupou permanentemente a Praça Tahir, em Cairo, pedindo a queda do presidente Hosni Mubarak, e a realização de uma nova constituinte, sendo enfrentada pelas tropas militares reiteradamente, com mortes e prisões, até a desocupação da praça com a deposição do presidente e a promessa de realização de novas eleições presidenciais. Alguns meses depois, em junho de 2011 a população ocuparia a praça novamente

As semelhanças entre o movimento político em Wall Street e a Primavera Árabe vão muito além da forma similar como se organizaram, horizontalmente, sem lideranças inicialmente identificáveis, sem a presença de partidos políticos, ou ao menos sem o protagonismo de atores políticos integrantes do sistema político vigente, com maciça propagação pela Internet e apoiado pelas comunidades de hackativismo⁸⁹, o ponto central dessas manifestações, revoltas, revoluções, é a falta de identificação entre o povo e o sistema político vigente, algo importantíssimo para a compreensão do que viria a ocorrer no Chile (2011/2012), na Espanha (2011), Brasil (junho/2013), na Ucrânia (novembro/2013), e alterar definitivamente a forma de se fazer política pelo povo.

Analisando o movimento de Wall Street, o filósofo Slavoj Žižek⁹⁰ destacou que “Mudanças radicais nesse quesito deveriam ser realizadas fora de esfera dos direitos “legais” etc.: em tais procedimentos “democráticos” (que, é claro, podem ter um papel positivo) não importa quão radical seja o nosso anticapitalismo, busca-se a solução na aplicação dos mecanismos democráticos – os quais, não podemos esquecer, são parte do aparato estatal “burguês” que garante o tranquilo funcionamento da reprodução capitalista. Precisamente nesse sentido, Badiou está certo ao afirmar que hoje o nome do pior inimigo não é capitalismo, império, exploração ou algo similar, mas democracia: é a “ilusão democrática”, a aceitação dos mecanismos democráticos como a moldura fundamental de toda mudança, que evita a transformação radical das relações capitalistas”.

As manifestações ou revoltas horizontais utilizaram a simbologia da ocupação do espaço público pelo povo para reivindicar pleitos diversos como educação, emprego, novas eleições, transparência, moralidade pública, mostrando para a classe política dominante que a representação política era uma ilusão.

buscando o cumprimento das promessas feitas pelo regime militar de transição. Sobre a revolução popular no Egito, vide o documentário **The Square**. Direção Jehane Noujaim. Egito: Netflix, 2013, indicado ao Oscar de melhor documentário em 2014.

⁸⁹ Sobre a relação entre a Internet, o ativismo digital e as revoltas horizontais vide a obra de GERBAUDO, Paolo. **Tweets and streets – social media and contemporary activism**. Londres: Pluto Press, 2012.

⁹⁰ ŽIZEK, Slavoj. **Op. Cit.**, p. 23.

É possível identificar em alguns dos casos o surgimento de um poder constituinte originário buscando a supressão do regime constitucional vigente e a realização de nova assembleia constituinte, mormente nos países da Primavera Árabe, onde num primeiro momento os movimentos foram violentamente reprimidos pelo poder estatal vigente.

No Brasil, as manifestações de junho de 2013 não foram totalmente compreendidas pela classe política, houve um sentimento inicial de temor quanto aos efeitos políticos do movimento, que afastava aos gritos a presença de qualquer forma de identificação político partidária.

Tampouco é possível concluir que o movimento era homogêneo, pois ainda que o discurso apolítico fosse hegemônico, era possível identificar motivos diversos para a presença dos manifestantes, do combate à corrupção ao transporte gratuito, da melhoria dos hospitais ao ensino público de qualidade, as manifestações foram infladas num primeiro momento pela forte repressão policial ao direito de manifestação, pelos gastos faraônicos com eventos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas, e pela apatia da classe política, para depois de alguns dias diminuir e se dissipar, obtendo algumas pequenas vitórias políticas como o congelamento do preço das passagens de ônibus e a promessa de uma reforma política⁹¹.

⁹¹ Ainda que as manifestações tenham cessado num primeiro momento, o surgimento de algumas lideranças políticas de oposição ao Governo Federal da Presidente Dilma Rousseff do PT, como o MBL, e o Vem Pra Rua, foi fundamental para o cenário político atual, pois os movimentos, de atuação massiva nas redes sociais, utilizaram a mesma forma de manifestação organizada pela rede para os protestos em favor do impeachment, e sob a alegação de falta de envolvimento partidário direto alguns líderes desses movimentos passaram a frequentar o meio político e se inseriram nos quadros de partidos que faziam oposição ao PT, hoje na base de apoio do presidente em exercício Michel Temer, tendo algumas lideranças eleitas nos quadros do PSDB, DEM e PMDB. Essa aparente relação entre as manifestações de junho de 2013 e as manifestações que apoiaram o impeachment não são o objeto do presente trabalho, mas apenas os efeitos dessas manifestações e as propostas políticas que se originaram desse quadro de instabilidade política e descontentamento popular.

3.4. A reforma política com a convocação de Assembleia Constituinte

A promessa de reforma política formulada pela então presidente Dilma Rousseff, tinha por objetivo a convocação de uma eleição constituinte específica, com o fim específico de definir o sistema político sem o envolvimento dos parlamentares, componentes do poder constituinte derivado.

A ideia se baseou em uma crítica historicamente feita à Assembleia Constituinte de 1988 ter sido eleita não apenas para a elaboração da Constituição Federal, mas também para o exercício da legislatura concomitantemente à função constituinte, o que não permitiu um extensivo debate sobre o sistema político brasileiro, posto o corporativismo e a defesa dos interesses da classe política terem prevalecido.

Ainda em 2013, o Deputado Leonardo Gadelha (PSC/PB) apresentou a proposta de Emenda Constitucional PEC 276/13⁹², prevendo a eleição de uma Assembleia Constituinte específica composta por 256 membros, com competência exclusiva para fazer uma reforma política. Seria objeto da revisão constitucional, exclusivamente, os dispositivos dos capítulos da Constituição que tratam dos “Direitos Políticos e dos Partidos Políticos” e do “Poder Legislativo e do Poder Executivo”. Os trabalhos da constituinte deveriam respeitar o prazo improrrogável de 1 ano. Após a eleição os constituintes ficariam inelegíveis para qualquer cargo

⁹² “Em sua justificação, o primeiro signatário da proposição avalia que não é “realista” esperar que a reforma política pela qual tem clamado a sociedade brasileira seja promovida mediante as vias previstas pela Constituição Federal. Por essa razão, se justificaria, segundo ele, convocar uma Assembleia Nacional Constituinte Revisional, embora este não seja, em suas palavras, “um movimento ortodoxo, no que diz respeito à teoria constitucional”.

A Assembleia, que teria o poder de aprovar emendas à Constituição por maioria de seus membros, seria composta por membros eleitos exclusivamente para esse fim, ficando inelegíveis para o exercício de qualquer outro mandato eletivo do Poder Executivo ou Legislativo pelo período de oito anos, a partir da promulgação das emendas revisionais. Desse modo, inexistiria o estímulo para que os constituintes aprovem (ou deixem de aprovar) uma reforma, motivados por considerações sobre as regras que favoreceriam ou não a sua própria reeleição para o Parlamento.

O texto da Proposta de Emenda à Constituição explicita que serão observadas, na revisão constitucional, as limitações ao poder de reforma previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Ademais, a PEC condiciona a promulgação da emenda revisional da Constituição à aprovação em referendo popular.” Trecho do relatório apresentado pelo Deputado Chico Alencar (PSOL/RJ) relator da PEC na Comissão de Constituição e Justiça.

político por 8 anos. Realizada a reforma, seria esta integralmente submetida a referendo popular.

Embora a PEC 276/13, apresentada no calor das manifestações de junho de 2013, tenha previsto a eleição de uma Assembleia Constituinte, o que remete à manifestação do poder constituinte originário, a forma a ser observada por essa constituinte deveria respeitar os termos do art. 60 da Constituição Federal, em uma sistemática similar à da revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT⁹³.

A Assembleia Constituinte de natureza revisional, portanto, seria um poder constituído, e não um poder constituinte, aproximando-se do poder constituinte derivado que é uma atividade própria do Congresso Nacional, sendo formalmente inconstitucional por violar os quóruns de aprovação de emendas à Constituição trazidos pelo art. 60.

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela aprovação da proposta de emenda, elaborado pelo Deputado Chico Alencar (PSOL/RJ), destaca essa inconstitucionalidade formal, entendendo que não seria possível a criação de uma Assembleia Revisora como um órgão legítimo à realização das funções de um poder constituinte derivado, mas entendendo válida a proposta de emenda se esta fosse legitimada pelo povo, por meio de um plebiscito a ser realizado sem a interferência do poder econômico empresarial, com ampla participação democrática, observada a necessidade de representação das minorias.⁹⁴

⁹³ O mencionado dispositivo previa expressamente que “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”, mas com a realização da Revisão Constitucional de 1993, o artigo teria sua aplicabilidade exaurida, dado o seu caráter de transitoriedade.

⁹⁴ O Deputado Chico Alencar observa nesse ponto o histórico de propostas de Assembleia Constituinte específicas apresentadas na vigência da Constituição Federal de 1988, mormente a solução proposta pela PEC 554/97, de autoria do Deputado Miro Teixeira (que chegou a ser aprovada pelo CCJR com parecer favorável do Deputado Djalma de Almeida Cesar), e pela PEC 157/2003, de autoria do Deputado Michel Temer (PMDB/SP), que buscavam legitimar a criação de uma Assembleia Constituinte específica com natureza de poder constituinte originário, e não derivado, por meio da submissão dos trabalhos da Assembleia à aprovação popular por meio de um referendo, similar ao proposto na PEC 276/13. Entendendo que um plebiscito ou referendo, por si só, não legitimariam a convocação ou os trabalhos da constituinte, o relator destacou que seria necessário a expansão democrática da proposta, e a sua material discussão na sociedade, observada a necessidade de representatividade de todo o multiculturalismo social e principalmente das minorias, observando com eloquência em trecho do voto que “Sem temer a força das palavras, é preciso dizê-lo com todas as letras: eventual convocação de Assembleia Nacional Constituinte – “revisional” ou não – que não seja

“Ora, já nos prolongamos ao explicar que a própria convocação da Constituinte, caso realizada com amplo respaldo e participação popular democrática, será manifestação e exercício de poder constituinte originário (ainda que se apoiando, como uma de suas ferramentas de legitimação e de viabilização, nesta PEC, isto é, em um instrumento da ordem jurídica que se está a romper). “Quem pode mais, pode menos”, e não há qualquer razão para que não possa ser mobilizado, convocado e realizado um processo constituinte restrito à reforma de uma determinada temática. Que a Assembleia Nacional Constituinte aqui convocada mereça o nome de “Assembleia Nacional Constituinte Revisional”, mais do que um artifício retórico para que se viabilize sua tramitação, é, a nosso ver, uma cláusula política de compromisso com o respeito aos direitos fundamentais e princípios republicanos que constituem cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988 (ainda que a cláusula pétrea do procedimento de reforma seja rompida pela Constituinte Exclusiva, razão pela qual ela será Constituinte), tal como consta na PEC aqui em análise.”

Na sequência será analisada a possibilidade de reconhecimento de uma Assembleia Constituinte específica como verdadeira representante do poder constituinte originário, e os efeitos dessa proposta, observemos, no entanto, que a PEC 276/13 foi posteriormente arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Posteriormente a essa PEC, foram apresentados dois requerimentos pleiteando a convocação de plebiscito para votar a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte Exclusiva e Soberana do Sistema Político, o PDC 1258/13, de autoria do Deputado Renato Simões (PT/SP), e o PDC 1508/14, de autoria da Deputada Luiza Erundina (PSB/SP), que também foram arquivados pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

precedida de ampla mobilização social que o reivindique, e que não seja construída, em seus procedimentos de convocação e funcionamento, por forte participação popular, não é processo constituinte; é golpe! Não poderia ter outro nome a eventual tentativa dos poderes constituídos de extrapolar seus poderes, autodeclarando-se constituintes fora do bojo de um intenso processo popular com esse viés (isto é, passando por cima dos limites aos seus poderes, estabelecidos pelo momento democrático de extraordinária participação popular fundador da Constituição de 1988 e do projeto de nação nela inscrito).”

Em fevereiro de 2015, antes do arquivamento dos pedidos de consulta popular, o Presidente da Câmara dos Deputados, Dep. Eduardo Cunha (PMDB/RJ) autorizou a criação de uma Comissão Especial para análise da PEC 352/13, de autoria do Deputado Candido Vacarezza (PT/SP) que dispunha sobre uma minirreforma política a ser realizada diretamente pelo poder constituinte derivado, o Congresso Nacional.

Essa minirreforma foi aprovada pelo Congresso Nacional em maio de 2015, com significativas alterações no texto e o desmembramento dos temas para a aprovação de algumas matérias por meio de projeto de lei ordinária, sem, contudo, discutir os pontos mais polêmicos do sistema eleitoral, e reintroduzindo no texto, por meio de uma manobra regimental, a permissão de doação empresarial a candidatos ou campanhas eleitorais, que fora reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁵.

O desmembramento da PEC 352/13 foi permitido pela própria natureza dos temas, pois a constituição não é exaustiva, nem mesmo tão extensa, quando trata do sistema político e eleitoral, restando ao legislador ordinário regular importantes disposições sobre o pleito eleitoral, propaganda política, captação de receitas por partidos políticos e coligações eleitorais, por exemplo.⁹⁶

⁹⁵ Em 16/09/2015, com a apresentação do voto-vista divergente do Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal concluiu a votação da ADI 4650, de relatoria do Min. Luiz Fux que tratava da inconstitucionalidade da doação empresarial a campanha política “julgou procedente em parte o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650 para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais”, a grande polêmica por conta desse julgamento ficou por conta do pedido de vista formulado pelo mencionado ministro após a maioria dos ministros já ter votado pela procedência da ADI em abril de 2014, sendo concluído o julgamento após a tramitação da PEC 352/13 no Congresso Nacional que aprovaria novamente a doação empresarial. Em seu voto, o relator destacou a influência do poder econômico no processo eleitoral, apontando que nas eleições de 2010, o valor médio gasto por um deputado federal eleito no Brasil chegou a R\$ 1,1 milhão, e um senador, R\$ 4,5 milhões.

⁹⁶ O Código Eleitoral, Lei nº 4737, é de 1965 e mesmo após a edição de duas Constituições ainda vige em determinados dispositivos, tendo sido massivamente alterado por leis ordinárias como a Lei 9096/95, Lei 9504/97, Lei 13105/2015, entre outras anteriores à mencionada reforma (Lei 13165/2015). Somam-se a essas alterações legislativas as constantes resoluções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em procedimento judicial e a recorrente atividade criadora de direito desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional, ao disciplinar temas como a fidelidade partidária, a cláusula de barreira para partidos políticos e a aplicabilidade da lei da “ficha limpa”, sobre o tema vide FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos**. Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

A minirreforma eleitoral, convertida na Lei n. 13.165/15, teve alguns dispositivos vetados pela Presidente Dilma Rousseff⁹⁷, notadamente o artigo que possibilitava a doação empresarial para candidato, em substituição à permissão de doação de empresas a partidos políticos, prevista na legislação eleitoral, mantendo no sistema político a orientação da jurisprudência do STF.

Em 14 de dezembro de 2016, foi apresentada a PEC 298/16⁹⁸, de autoria do Deputado Rogério Rosso (PSD/DF) e do Deputado Miro Teixeira (Rede/RJ), propondo a convocação de uma Assembleia Constituinte para discutir prioritariamente modificações no sistema político-eleitoral do país, e podendo atuar como órgão revisional da Constituição Federal de 1988, respeitados apenas seis princípios básicos existentes no texto constitucional: o Estado Democrático de Direito; a separação dos Poderes; o voto secreto, a forma federativa de Estado; os direitos e garantias individuais e o pluralismo político.

Também em dezembro de 2016, o Senado Federal aprovou a PEC 36/2016⁹⁹, de autoria do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES) e do Senador Aécio Neves (PSDB/MG), que segue para análise na Câmara dos Deputados, a proposta extingue as coligações entre partidos em eleições proporcionais e cria uma cláusula

<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6144/1/Adriana%20Ancona%20de%20Faria.pdf>, acesso em 01/02/2017.

⁹⁷ Na mensagem de veto a presidente destaca o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 4650, que proibiu a doação empresarial a candidato, permanecendo possível apenas a doação direcionada a partidos políticos, nos seguintes termos “a possibilidade de doações e contribuições por pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, que seriam regulamentadas por esses dispositivos, confrontaria a igualdade política e os princípios republicano e democrático, como decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4650/DF), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. O STF determinou, inclusive, que a execução dessa decisão ‘aplica-se às eleições de 2016 e seguintes, a partir da Sessão de Julgamento, independentemente da publicação do acórdão’, conforme ata da 29o sessão extraordinária de 17 de setembro de 2015.”.

⁹⁸ Segundo um dos autores da proposta, Deputado Rogerio Rosso (PSD/DF) "chegamos à conclusão que seria um bom caminho chamar uma Assembleia Nacional Constituinte de poder revisional para que a gente possa como prioridade trabalhar a reforma política eleitoral e outros temas que não os pétéros, que trata exatamente de uma Assembleia Constituinte a partir do ano que vem, para que a gente possa fazer no modelo da assembleia constituinte de 88". Notícia disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/521382-DEPUTADOS-DEFENDEM-ASSEMBLEIA-CONSTITUINTE-PARA-DISCUTIR-REFORMA-POLITICA-E-ELEITORAL.html>, visualizada em 20/12/2016.

⁹⁹ <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-aprova-pec-da-reforma-politica-com-clausula-de-barreira/>, acessado em 05/01/2017.

de barreira que divide os partidos políticos em dois tipos, os com funcionamento parlamentar, e os com representação no Congresso Nacional.

3.5. Assembleia Constituinte ou Constituída?

Num primeiro momento, buscar compreender a legitimidade dentro do estudo da teoria da Constituição, de uma iniciativa de convocação de uma Assembleia Constituinte específica, temática, e com sua competência pré-estabelecida, passa por identificar em que categoria de poder constituinte se enquadraria essa Assembleia.

A reforma da Constituição é tarefa que tradicionalmente se atribui ao poder constituinte derivado, identificado com o próprio Poder Legislativo e sua atividade política e democrática, mas condiciona essa possibilidade de reforma à observância da sistemática prevista no art. 60 da Constituição Federal.

Hipoteticamente tratando da questão da reforma do sistema político e eleitoral, é importante destacar que a matéria não se encontra petrificada pelo legislador constituinte, a exceção do voto direto, secreto, periódico e universal. Sobre esse prisma, até mesmo uma proposta que envolve a questão do voto, por vezes aventada em projetos de reforma eleitoral, como a possibilidade de tornar o voto facultativo, poderia ser discutida pelo atual Congresso Nacional desde que não houvesse a supressão da cláusula pétrea¹⁰⁰.

A discussão que envolve a reforma política no Brasil, não é propriamente apenas uma questão material, pois envolve uma dúvida quanto à legitimidade do

¹⁰⁰ “As cláusulas constitucionais intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes, que habilitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito. Não devem, portanto, ser compreendidas ou, mesmo, utilizadas como instrumento de bloqueio absoluto de mudanças, de proteção de privilégios ou do *status quo*, mas como elementos que viabilizam a evolução da sociedade democrática e a promoção das mudanças necessárias na esfera constitucional, sem colocar em risco a sobrevivência daquelas liberdades de autonomia e participação e os direitos referentes às condições essenciais para uma sobrevivência digna”. VIEIRA, Oscar Vilhena, **Op. Cit.**, p. 225.

poder constituinte derivado, desde o nascimento da Constituição e a cumulação das funções de poder constituinte originário e derivado por um mesmo órgão político.

A tramitação da matéria no Congresso Nacional segue a passos lentos, alternada por momentos de mobilização em prol de determinado interesse político, como a questão das doações empresariais no período eleitoral, ou mesmo as recentes mobilizações do Legislativo para a suposta criminalização do recebimento de doações ilegais, ou não informadas à Justiça Eleitoral, mas a análise da legitimidade ou constitucionalidade do procedimento atípico de convocar uma Assembleia Constituinte para a realização dessa reforma não pode ser casuística, não se justificaria por uma suposta ausência de interesse político do Congresso Nacional, posto que a natureza democrática do regime de representação permitiria ao povo, representado, uma mobilização eleitoral destinada a aprovação da mencionada reforma.

Em outras palavras, não foi a ausência de uma reforma política e eleitoral que provocou a crise de representação política, mas a ausência de legitimação democrática da classe política, falta de ideologia dos partidos políticos, descumprimento de promessas eleitorais, reiteradas denúncias de corrupção, improbidade, superfaturamento de obras públicas, a reforma política é uma forma apontada pela própria classe política de combater essa crise.

Por essa razão, não seria legítimo invocar suposto conflito de interesse do Parlamento, ou falta de vontade política, como argumento legitimador da convocação de uma Constituinte específica para tratar do tema da reforma política e eleitoral, a legitimação deve ser buscada diretamente nas manifestações do povo, titular do poder constituinte originário.

Essa distinção é importante para a fixação da natureza jurídica dessa Assembleia Específica, pois a previsão via emenda constitucional para a sua convocação, ou eleição dos legisladores constituintes pelo povo não atribui a essa Assembleia a natureza jurídica de poder constituinte originário se essa não for a vontade manifesta do titular desse poder originário.

Sob esse prisma, a proposta violaria frontalmente o disposto no art. 60 da Constituição Federal de 1988, uma vez que a forma de exercício do poder constituinte derivado é determinada pela própria Constituição, não cabendo ao Congresso Nacional usurpar seu exercício para a criação de um outro órgão constituinte.

Por sua vez, se considerarmos que a proposta de emenda visando a convocação de um poder constituinte específico atende aos anseios do povo que ganhou as ruas das cidades em mobilizações de grande vulto, ainda que não observada a forma prevista no artigo 60 da Constituição, haveria a materialização de um novo poder constituinte originário.

Utilizando a terminologia criada por Carl Schmitt, a aprovação de uma emenda constitucional de efeitos concretos, determinando a eleição de uma Assembleia Constituinte em determinada data, após campanha política veiculada nos meios de comunicação, ocasionaria a criação de um órgão formalmente constitucional, mas não tornaria esse órgão materialmente constitucional se não refletisse a vontade do povo.¹⁰¹

Não seria correto adotarmos o raciocínio simplista de que “quem pode o mais, pode o menos” e que se o poder constituinte pode criar uma Constituição, teria poder residual para emenda-la, uma vez que o poder constituinte não segue essa lógica matemática, pela sua própria natureza, é um poder.

Uma constituição, quando é criada, representa a vontade política de um povo, é um marco democrático, jurídico, direcionado à instituição do Estado e à consagração de direitos fundamentais, e por essa razão, buscando assegurar sua longevidade, prevê mecanismos de defesa como a jurisdição constitucional, garantias fundamentais, e prevê a sua própria sistemática de exceção, como uma espécie de última trincheira.

¹⁰¹ Nesse caso seria possível o controle de constitucionalidade da emenda, bem como das emendas criadas pela Assembleia Constituinte, uma vez que a ausência de legitimidade popular não atribuiria soberania a esse órgão, que seria apenas um órgão ilegitimamente substitutivo do Congresso Nacional.

A exceção, segundo Schmitt¹⁰², define o conceito de soberania, pois a capacidade de decisão, e a legitimidade, durante a exceção da Constituição, é atribuição própria do soberano. A exceção, na concepção schmittiana, está relacionada à violência, à ruptura, e ao efeito que o direito atribui a essa ruptura, legitimando a não aplicação de normas constitucionalmente previstas, mas respeitando uma cláusula constitucional material.

Nesse contexto cabe um novo olhar sobre as manifestações de junho de 2013 e a imposição de uma vontade geral que alterou a normalidade jurídica e política vigente, e a partir dessas manifestações buscamos identificar um ponto de exceção, uma manifestação ostensiva de exceção, de crise política.

A tese sobre a exceção de Schmitt foi por muitos anos combatida pelo filósofo Walter Benjamin¹⁰³, que identificava na exceção uma esfera absolutamente política, defendendo que não existia uma diferença significativa entre vivermos em uma regra e em uma exceção, a exceção seria, assim, uma opção política permanente pela violência política perpetrada pelo Estado.

Destacando esse embate e a diferença das concepções Giorgio Agamben¹⁰⁴ observa que “o que está em jogo no debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção pode, agora, ser definido mais claramente. A discussão se dá numa mesma zona de anomia que, de um lado, deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser também implacavelmente libertada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência e direito – em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela – como violência pura – uma existência fora do direito”.

¹⁰² SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Op. Cit.

¹⁰³ BENJAMIN, Walter. “**Teses sobre o conceito de história**” (1940). *in* Walter Benjamin - **Obras escolhidas**. Vol. 1. **Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura**. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

¹⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Op. Cit.**, p. 92.

As posições de Schmitt e Benjamin, embora aparentem contradição se complementam, pois durante a exceção existe a contraposição de duas forças, a política que busca uma ruptura do sistema, e a jurídica, que se apropria dessa fissura política para legitimar a aplicabilidade da ordem constitucional vigente, ainda que da ordem de exceção¹⁰⁵.

Voltamos para a crise de representação política e as manifestações de rua pedindo mudanças no sistema político, dentre outras coisas, se identificarmos nesse movimento de exceção, uma vontade de ruptura do sistema político, de mudança estrutural do sistema, é possível conceber essa vontade do povo como a potência criadora do poder constituinte originário.

“A constituição do social é uma potência baseada na ausência, isto é, no desejo, e o desejo nutre, incansável, o movimento da potência. A potência humana determina um deslocamento contínuo do desejo, aprofunda a ausência em que o evento inovador tem lugar. A expansividade da potência e a sua produtividade baseiam-se num vazio de limitações, numa ausência de determinações positivas, nesta plenitude da ausência. O poder constituinte se define emergindo do turbilhão do vazio, do abismo da ausência de determinações como uma necessidade totalmente aberta. É por isso que a potência constitutiva não se esgota nunca no poder, nem a multidão tende a se tornar totalidade, mas conjunto de singularidades, multiplicidade aberta. O poder constituinte é esta força que se projeta para além da ausência de finalidade, como tensão onipotente e crescentemente expansiva. Ausência de pressuposto e plenitude da potência: este é um conceito bem positivo de liberdade”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Não nos interessa discutir nesse momento a banalização do estado de exceção como forma de governo, a biopolítica e a restrição a direitos como política pública, mas apenas identificar a fissura política dentro da ordem constitucional. Como destaca Gilberto Bercovici “os constitucionalistas se preocupam essencialmente com os meios jurídicos do controle de crise, buscando uma fórmula perfeita que responda a todas as situações, atuando no campo da eficácia e do controle desses poderes. A preocupação se concentra na justificação (sempre posterior à violação da regra) ou no fundamento (antes da atuação violadora) da utilização dos poderes excepcionais. Ou seja, a crise é entendida como um mero exercício normal de competências extraordinárias”. BERCOVICI, Gilberto. **Op. Cit.**, p. 39.

¹⁰⁶ NEGRI, Antônio. **O poder constituinte**. Op. Cit., p. 26.

O poder constituinte, entendido como uma potência criadora por Negri, se colocado no estado de exceção schmittiano, à medida em que se desgarra no regime jurídico anterior se materializa num plano extra-jurídico para criar um novo sistema, pois como o próprio Schmitt teorizou “soberano é aquele que decide no estado de exceção”¹⁰⁷ e na contraposição de uma ordem constitucional vigente, com uma ordem constitucional que começa a emergir, a soberania pertence ao povo emergente, como exercício máximo dessa potência descrita por Negri como a multiplicidade de singularidades que emerge do vazio.

A legitimidade de uma emenda constitucional que prevê a convocação de uma constituinte não decorre, portanto, dessa emenda que virtualmente violaria o sistema constitucional vigente, mas sim de um poder extra-jurídico que já se materializou e deverá se materializar novamente, um movimento de reforma estrutural do sistema político, e se a crise de representação política vigente não permite ao Congresso Nacional absorver essa vontade de mudança, essa vontade passa a ser o elemento propulsor de uma nova busca de representação, constituinte.

“Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há muito tempo, reivindicava para si o nome “política”. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito”¹⁰⁸.

Aqui reside o grande paradoxo do sistema político, pois como garantir que a crise de representação não migre do Congresso Nacional para a Assembleia Constituinte?

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Op. Cit.

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Op. Cit.**, p. 133.

Defendendo a necessidade de observância do nosso pluralismo social e do respeito à representatividade das minorias, o Deputado Chico Alencar (PSOL/RJ) faz importante destaque no parecer emitido na análise da PEC 276/2013 “não é admissível que as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte sejam comandadas pelo mesmo pequeno grupo de grandes empresas que tem controlado a política no Brasil há décadas. Por meio da Constituinte, o povo brasileiro deve encontrar-se consigo mesmo e deliberar sobre seu destino. Quem deve ter voz e poder nesse processo são os cidadãos e cidadãs do nosso país, e não o poder econômico dos grandes conglomerados empresariais. Para garantir isonomia material e portanto democracia real nas eleições para a Constituinte, não podemos admitir o financiamento empresarial das campanhas eleitorais. Do contrário, nosso sistema político, também em seu crucial momento Constituinte, seguirá privilegiando o poder da velha casta político-empresarial, e reduzindo as possibilidades reais de participação da maioria do povo brasileiro”.

Se o povo, titular do poder constituinte originário, busca a convocação de uma nova Assembleia Constituinte para alterar as bases do sistema político, deve exigir condições plenas de representatividade¹⁰⁹ nessa Assembleia, compreendendo exatamente qual a função desse órgão, sob pena de ver um ideal de reforma se transformar numa promessa simbólica de democracia.

Não existe solução simples para o problema da crise de representatividade política, se o povo entender que a representatividade existente não viabiliza as reformas estruturais desejadas, e materialmente recorrer ao poder constituinte para a realização desse objetivo, estará criando um órgão constituinte pleno, como todo o poder constituinte originário, ilimitado, inicial, a potência criadora descrita por Negri, manifestação da soberania popular.

Nesse sentido, os limites ao novo poder constituinte não são estabelecidos pelo direito, e sim pela política, pois trata-se de um estado de exceção ao

¹⁰⁹ “(...)o princípio de representação que jaz no cerne de nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmo em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses de outras pessoas e grupos. “Sob essas circunstâncias, o princípio de ‘um voto por pessoa’ é uma paródia do princípio da igualdade”. ELY, John Hart. **Op. Cit.**, p. 181.

ordenamento constitucional vigente, ainda que venha disciplinado por uma emenda constitucional legitimando formalmente a convocação.

“Sobre a possibilidade da realização desta forma de Constituinte, também muito já foi dito, e claro que, embora ainda não realizada, é perfeitamente aceitável seguindo a lógica da Teoria da Constituição. Um poder que se legitima na democracia, entendida como vontade popular expressa, pode ser limitado pelo movimento democrático que o convoca e legitima ou autolimitar-se”¹¹⁰.

A convocação de uma Assembleia Constituinte, portanto, institui um órgão que representa materialmente um poder constituinte originário dentro de uma ordem constitucional vigente, o que poderia até mesmo provocar uma ruptura com a Constituição Federal de 1988, pois como todo poder constituinte soberano, sua competência é ilimitada, razão pela qual é uma questão que transborda os limites do Estado de Direito, a depender de uma autolimitação política para determinar a vigência da Constituição Federal anterior, já vigente, a ser incorporada apenas uma reforma no sistema político e eleitoral em um procedimento que será legítimo se atingir a democracia plena.

¹¹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. **Constituinte soberana exclusiva e temática é perfeitamente aceitável**. Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-30/constituente-soberana-exclusiva-tematica-perfeitamente-aceitavel>, acesso em 15/12/2016.

4. Conclusão

A criação de uma Constituição é o estágio máximo do poder político do povo, e o início de uma ordem jurídica reguladora das relações entre Estado e esse mesmo povo, detentor de um poder que se exerce por meio da representação política em dois estágios distintos, o constituinte e o constituído.

Esgotado o poder constituinte, a atuação do povo no regime democrático muitas vezes se identifica apenas com o ciclo de exercício do seu direito de voto, em uma política que se consagrou no século XX, de identificar a vontade do indivíduo por meio da associação a grupos ou partidos políticos, além do exercício do sufrágio na constituição de uma relação de representação política que remonta a ideia de democracia contratualista do fim do século XIV.

A falta de absorção da vontade popular em um regime pretensamente democrático foi acentuada pelo desenvolvimento tecnológico no pós-modernismo, no momento em que a informação passou a trafegar em tempo real, graças à conectividade, a velha sistemática de representação política entrou em crise sem que a própria classe política percebesse esse distanciamento.

Explodiram no mundo as revoluções horizontais, multidões tomaram as ruas em Nova York, Egito, Tunísia, Síria, Espanha, Chile, Brasil, Ucrânia, cada multidão tinha o seu conjunto de pedidos, todas elas tinham a mesma origem, a falta de representação política que explodia com a era digital, redes sociais, e cyber-ativismo depois da crise econômica de 2008.

Em junho de 2013 a classe política brasileira foi surpreendida pelo seu próprio eleitorado, o povo, que saiu às ruas para ser ouvido, buscava melhores serviços públicos, transporte, saúde, educação, buscava transparência dos governantes, fim da corrupção, do mau uso do dinheiro público, mostravam de alguma forma o tipo de Estado que queriam.

A forma das manifestações, sua origem e seu tamanho, assustaram a classe política, os partidos políticos eram expulsos por manifestantes que buscavam tornar apartidária uma suposta indignação coletiva, por mais heterogênea que fosse a massa.

A crise de representação política foi rapidamente diagnosticada, e como uma solução para o problema foi proposto pelo Governo Federal a realização de uma eleição para a convocação de uma Assembleia Constituinte soberana, específica para a realização de uma reforma política e eleitoral.

Embora num primeiro momento a iniciativa não tenha sido levada adiante pelo Congresso Nacional, atualmente há um movimento político e social em prol de uma reforma política ampla, tramitando no Congresso uma proposta de emenda constitucional acrescentando dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a convocação de eleições para uma Assembleia Constituinte.

Analisar a legitimidade de uma emenda constitucional nesse sentido, impõe num primeiro momento o reconhecimento da inconstitucionalidade por violação ao art. 60 da Constituição Federal, uma vez que criaria um poder constituinte derivado paralelo ao próprio Congresso Nacional, órgão competente para a aprovação de reformas à Constituição.

Contudo, se analisarmos as propostas de convocação constituinte sob a ótica das manifestações populares entendidas como um legítimo exercício de poder constituinte originário, em uma democracia onde a fissura entre representante e representado não permitiria uma outra forma de promover a reforma política estrutural, a eleição de Assembleia Constituinte ganha contornos de legitimidade sob o prisma da teoria da Constituição.

Em um estado de exceção constitucional materializado pela presença popular massiva nas ruas, a soma das vontades individuais ressoa como uma potência política da multidão, um poder político que extrapola os limites do direito e da própria Constituição vigente.

A eleição de uma Assembleia Constituinte, no entanto, não altera sua essência de um poder constituinte originário, ilimitado e inicial, ainda que sua criação tenha o objetivo único de uma reforma política, essa limitação de conteúdo não pode ser feita pelo direito, mas apenas pela própria Assembleia como um compromisso político de autolimitação.

Além disso, a legitimidade de uma constituinte está relacionada ao grau de abrangência democrática, razão pela qual caberia ao povo exercer o seu pluralismo como forma de garantir uma representação plena em uma Assembleia que visa exatamente reencontrar caminhos para a crise de representação política.

Assim, embora uma reforma política por meio de Assembleia Constituinte específica seja legítima do ponto de vista da teoria da Constituição, ainda que excepcional, a importância de uma Constituição na vida de seu próprio povo, na criação da estrutura estatal e na defesa dos direitos fundamentais não permite banalizar uma exceção como a convocação constituinte para a realização de reformas constitucionais, sob o risco de ser criada uma nova ordem constitucional.

Por mais importante que seja uma reforma política, o precedente de fissura constitucional pode ser uma forma de ver minguar o Estado Democrático de Direito idealizado pelo constituinte de 1988 em um momento em que aquele ideal já sofre no enfrentamento de uma multiplicidade de projetos de reforma, todas as Constituições tem seu ciclo de duração, nascem, vivem e morrem, a sua real importância está relacionada à forma como ela se materializa no plano real e à estabilidade política e jurídica que representa.

5. Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ASSANGE, Julian (Et. Al.). **Cypherpunks – liberdade e o futuro da Internet**. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte**, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, N. 52, Belo Horizonte: UFMG, Jan/1981.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 24/45, jul-set, 1998.
- BENJAMIN, Walter. “**Teses sobre o conceito de história**” (1940). *in* **Walter Benjamin - Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaaios sobre literatura e história da cultura**. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BERCOVICI, Gilberto, **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**, São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BODIN, Jean. **Los seis libros de la República – Libro I**. Trad. Pedro Bravo Gala, Cuarta edicion. Madrid: Ed. Tecnos, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura – Vol. 1**. 6ª edição. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUSO, Giuseppe (org.), **O Poder – História da Filosofia Política Moderna**, Petrópolis/RJ: Vozes, 2005.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 103.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, **Hermeneutica e Supremacia Constitucional – El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento.** Revista de Direito Público, RDP 77/33, jan-mar 1986.

FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos.** Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6144/1/Adriana%20Ancona%20de%20Faria.pdf>.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

GERBAUDO, Paolo. **Tweets and streets – social media and contemporary activism.** Londres: Pluto Press, 2012.

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

HAMON, Francis, TROPER, Michel & BORDEAU, Georges, **Direito Constitucional**, trad. Carlos Souza, Barueri/SP: Manole, 2005.

HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional.** Segunda Edicion. Trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos – uma história.** Trad. Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LACLAU, Ernesto. **A razão populista.** Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Trad. Alexandre Emílio. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. **Constituinte soberana exclusiva e temática é perfeitamente aceitável.** Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2014, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-30/constituente-soberana-exclusiva-tematica-perfeitamente-aceitavel>, acesso em 15/12/2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A theoria das constituições rígidas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.

MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. Belo Horizonte: Landy Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Publicado em inglês como capítulo do livro *The Democratic Paradox* (Mouffe, 2000). Tradução e resumo de Pablo Sanges Ghatti; Revisão da tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. *In Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005. Disponível em www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31108.pdf, acesso em 11/2016.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo – a questão fundamental da Democracia**. Trad. Peter Naumann, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MULLER, Friedrich, **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**, trad. Peter Naumann, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Costituzione e Sovranità – il senso della democrazia costituzionale**. Bari: Edizioni Dedalo, 1997.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: Ed. RT, 1977.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: RT, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional – como mudam as constituições**. Trad. Sérgio Bath, Brasília: Ed. UNB, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Espanhola Francisco Ayala. Cuarta reimpresión. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph, **A Constituinte Burguesa – Qu' est-ce que le Tiers État?**, Trad. Norma Azevedo, 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Roberto B. Dias da. **Manual de Direito Constitucional**, Barueri/SP: Manole, 2007.

SILVA, Lucas Gieron Fonseca e. **O direito ao voto na Constituição Federal de 1988**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. São Paulo: PUC/SP, 2015. Disponível em:

<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6885/1/Lucas%20Gieron%20Fonseca%20e%20Silva.pdf>.

VANOSI, Jorge Reinaldo A., **Teoría Constitucional, vol. 1**, Buenos Aires: Depalma, 1975.

VIAMONTE, Carlos Sanchez. **El poder constituyente – origen y formacion del constitucionalismo universal y especialmente argentino**. Buenos Aires: Ed. Bibliografica Argentina, 1957.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**. Trad. Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV, São Paulo, 4(2), JUL-DEZ 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>.

VILANOVA, Lourival. **Teoria Jurídica da Revolução**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, N. 52, Belo Horizonte: UFMG, Jan/1981.