

**Universidade Anhanguera-Uniderp**  
**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: FATO OU DIREITO,  
QUESTÃO DA SOBERANIA – POVO OU NAÇÃO**

**CRISTINE NABINGER DE SOUZA AVELAL**

**Porto Alegre/RS**

**2011**

**CRISTINE NABINGER DE SOUZA AVELAL**

**PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: FATO OU DIREITO,  
QUESTÃO DA SOBERANIA – POVO OU NAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

Universidade Anhanguera-Uniderp  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Profa. Ms. Jamile Gonçalves Calissi**

**Porto Alegre/RS**

**2011**

## RESUMO

A presente monografia pretende uma reflexão acerca do Poder Constituinte Originário, analisando as noções das diversas escolas doutrinárias, filosóficas e jurídicas. Com enfoque na origem da Teoria do Poder Constituinte, apresenta-se um apanhado histórico e conceitual aprofundando-se o tema em questões polêmicas como o posicionamento interno ou externo ao direito, fático ou jurídico do Poder Constituinte Originário, na medida em que incondicionado, ilimitado, serve de esteio a uma nova ordem jurídica suprema. Acrescenta-se ao debate a questão da titularidade e legitimidade do Poder Constituinte Originário, precipuamente no que concerne ao mote do posicionamento da Soberania, oferecendo-se as visões das diversas teorias que culminam na querela entre o Povo ou Nação.

Palavras-chave: Poder Constituinte Originário. Fato ou Direito. Soberania – Povo, Nação.

## **ABSTRACT**

This monograph aims to reflect on the Original Constituent Power analyzing the notions of the various doctrinal schools, philosophical and legal. Focusing on the origin of the theory of Constituent Power, presents a historical and conceptual deepening the theme on controversial issues such as the positioning of the right internal or external, factual or legal of the Original Constituent Power, to the extent that unconditional, unlimited, underpins a new supreme law. It adds to the debate the question of ownership and legitimacy of the Original Constituent Power, primarily with respect to the motto of the Sovereign's position, offering the views of various theories that lead in the quarrel between the people or nation.

Keywords: Original Constituent Power. Fact or Law. Sovereignty - People, Nation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE</b> .....	<b>7</b>
<b>2 CONCEITOS DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO</b> .....	<b>10</b>
<b>3 PODER DE FATO OU DE DIREITO</b> .....	<b>13</b>
<b>4 TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE</b> .....	<b>17</b>
4.1 Titularidade .....	17
4.2 Legitimidade .....	18
<b>5 A QUESTÃO DA SOBERANIA</b> .....	<b>20</b>
5.1 Teorias Contratualistas .....	20
5.2 Teorias Democráticas .....	20
5.2.1 Teoria da Soberania Nacional .....	20
5.2.2 Teoria da Soberania Popular .....	21
5.3 A Teoria do Estado .....	22
5.4 Teoria da Soberania Popular e Constituição Real .....	23
5.5 Relativização do Conceito de Soberania .....	24
<b>6 POVO E NAÇÃO</b> .....	<b>27</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>31</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>33</b>

## INTRODUÇÃO

A presente exposição procura examinar, de forma pontual e objetiva, os aspectos mais relevantes da Teoria do Poder Constituinte a partir do pensamento de seus principais articuladores, destacando-se dentre eles: Sieyès, Rousseau, Montesquieu, Locke e mestres contemporâneos.

O tema apresentado pretende a análise do alicerce do Poder Constituinte Originário, onde e em que base se alicerça, seja no mundo dos fatos, seja no mundo jurídico, considerando-se a potencialidade inicial, inaugural e autônoma e a capacidade de abstrair a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

Percorrendo o campo da titularidade de tal Poder, serão expostos referenciais teóricos a fim de propiciar o reconhecimento de sua legitimidade convalidando a historicidade e sua evolução até a atualidade.

O debate sobre a questão da soberania será aberto apresentando as correntes e teorias ao longo da história, até o momento da presente relativização do conceito perante os diversos fatores globalizantes e a universalização dos direitos humanos no plano do direito internacional, acrescendo-se da presença luminar da Doutrina contemporânea na visão das acepções de Povo ou Nação.

Considerando-se que a compreensão do instituto do Poder Constituinte Originário está em constante renovação, como todo o direito, sua história constitui-se em modelo axiológico a repercutir no conteúdo da Constituição e em seus desígnios, na forma de organização da sociedade e das organizações políticas e jurídicas que ela disciplina, enfim, na formação da Lei Suprema, Carta Magna norteadora e disciplinadora de todo o campo da juridicidade.

## 1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Para melhor abordagem, convém uma análise da perspectiva de duas tendências básicas a da Europa e a dos Estados Unidos, conforme segue.

Na Europa, século XVIII, os movimentos liberais privilegiaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento desprestigiando a vinculação à constituição.

Jean Bodin, em 1576, na obra “Seis Livros da República”, entende que o poder do soberano é perpétuo porque irrevogável e originário, e absoluto, pois não está submetido nem a controles ou contrapesos por parte de outros poderes.

O núcleo duro da soberania não está disponível aos súditos, subtraído das forças políticas ordinárias considerando-se aqui “a primeira grande idéia que está na origem da constituição dos modernos”. (FIORAVANTI, 2001, p. 77.)

Hobbes, em sua obra “Leviatã” interpreta que o indivíduo deve superar o estado de natureza e, afastando-se de Bodin, assume o modelo contratualista, instituindo um poder soberano comum a fim de proteger suas vidas e garantir sua propriedade.

Na Inglaterra, em 1689, após a instauração da monarquia, os poderes do monarca são limitados pela Revolução Gloriosa derivada da adoção do *Bill of Rights*.

O Parlamento em posição de supremacia se contrapõe à Coroa, reafirmando assim a posição do monarca no executivo, no entanto, restringindo seus poderes tributários ou de convocar e manter o exército ao crivo parlamentar.

Na visão do “Segundo Tratado do Governo Civil” de John Locke, 1690, os indivíduos necessitam estabelecer uma sociedade política para instituição de suas propriedades, entendendo que o legislador não gera direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela supondo que o Poder Público não poderia afetar arbitrariamente a vida e a propriedade individual.

Deve-se a Locke a perspectiva de divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Federativo, sem previsão, no entanto, de igualdade hierárquica.

A idéia de que a Constituição inglesa, *King in Parliament*, representa o ideal de configuração política da sociedade se difunde durante o século XVIII.

Em 1748, Montesquieu, escreve “O Espírito das Leis” no qual apura o conceito de liberdade política na percepção de que tudo o que não é proibido pode ser feito, ensejando a necessidade de limitação e freio perante o poder da lei: “todo o homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. (MONTESQUIEU, 1962, p. 186)

Ainda na concepção de Montesquieu, a concentração do poder era adversária potencial da liberdade devendo ser repartido entre pessoas distintas, decorrendo daí, o princípio da divisão de tarefas entre pessoas e órgãos diferentes no Estado.

Para Rousseau no “Contrato social”, publicado em 1762, o poder soberano pertence diretamente ao povo, transformando-se em corpo político, propondo limitações aos governos a fim de que o povo tenha a possibilidade de retomar os poderes porventura relegados. “Não existe nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social”. (ROUSSEAU, 1962. Livro I, p. 34)

As revoluções do século XVIII apresentaram uma visão radical da soberania popular na qual o povo além de autor da constituição deveria possuir a sua soberania e com a Revolução Francesa a questão que pairava no ar era a de como o povo se faria ouvir, como seria sua expressão na sociedade.

O Parlamento torna-se a expressão do povo soberano, não podendo ser limitado sequer pela Constituição, tendo como função a defesa dos interesses do povo acerca da liberdade individual e da propriedade, anteriormente sem amparo no regime monárquico absolutista, dando origem, no entanto, às constituições rígidas, onde o Parlamento era dotado de dupla soberania, afastando-se da idéia de Rousseau. (MENDES, 2008, p. 215-230)

Com o movimento racionalista dos pensadores franceses, Sieyès trata de inserir o poder constituinte como regime representativo, entendendo desnecessário o exercício direto do povo, devendo fazê-lo através de representantes específicos.

No panfleto intitulado *Quést-ce que le Tiers État?*, Sieyès afirmava que o Poder Constituinte criaria a Constituição e, com base na soberania da nação, teria supremacia sobre o Poder Constituído. À Nação, conjunto de homens que compõe a sociedade, caberia a autoridade anterior de estabelecer a ordem jurídica.

Para Sieyès (1997, p. 99), “A nação pode sempre reformar sua Constituição” de forma a manter latente e potencializado o Poder Constituinte mesmo após a criação da Constituição.

Depreende-se, portanto, a ruptura com o modelo feudal até então vigente para uma substituição pelo modelo burguês com reestruturação de competências no âmbito dos órgãos governamentais. Tal modelo reaproxima-se da visão de Rousseau.

Saliente-se que sempre houve um poder constituinte como ato de estabelecimento de uma sociedade e seus fundamentos, no entanto, o que não existia era a teoria a respeito deste poder cuja força equipara-se à doutrina da soberania das realezas para a concepção revolucionária.



Assim, a Teoria do Poder Constituinte somente contextualizada no século XVIII é conceito novo com o objetivo de exprimir uma determinada filosofia do poder, manifestando um conceito de legitimidade e crença nas virtudes ou valores de seu titular de forma inseparável.

O Poder Constituinte é atributo essencial da soberania, pois estabelece o exato momento no qual o poder é atribuído a determinada instituição, ao Estado, pessoa jurídica e não mais a uma divindade, pessoa sobrenatural, ou indivíduo, pessoa física. Desta forma, o Poder Constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana, separando o poder constituinte dos poderes constituídos, tornando-se matriz da obra realizada nos fins do século XVIII e primeira metade do século passado.

Diferentemente dos poderes constituídos, o Poder Constituinte é do povo, exercido através de seus representantes. Somente através da sanção do povo por meio de *referendum* torna-se possível a representação do povo soberano transformada em representação soberana do povo, ou seja, a soberania parlamentar. (BONAVIDES, 2006, p. 141-146)

## 2 CONCEITOS DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Inúmeros são os conceitos doutrinários acerca do Poder Constituinte Originário, conforme destacados a seguir.

Canotilho (1998, p. 59) explica que “o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força”, ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”.

Ainda o mestre nos ensina que:

O poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por (...) na teoria de Sieyès, seria um poder “inicial, autônomo e onipotente”. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele só a ele compete decidir se, como e quando, deve “dar-se” uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo. (CANOTILHO, 1993, p. 94)

Alexandre de Moraes (2003) conceitua Poder Constituinte como:

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado. O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição –, é a base da ordem jurídica. O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor. O Poder Constituinte também é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer norma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização. (MORAES, 2003, p. 56)

“É a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, consistindo na positivação do princípio democrático, ocorrida após a Revolução Francesa – 1789 – tendo natureza de poder de direito”. (BARTHÉLEMY, 1933, p. 57)

Carl Schmitt diz que o Poder Constituinte:

É a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo: Uma Constituição não se apóia numa norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Acha-se apoiada, isto sim, numa decisão política surgida de um ser político, acerca do modo e da forma do próprio ser. A expressão vontade revela – em contraste com qualquer dependência referente a uma justiça normativa ou abstrata – o essencialmente existencial deste fundamento de validade. (SCHMITT, 1971, p. 93-94)

Na visão de José Afonso da Silva (2002, p. 67), o Poder Constituinte Originário é aquele “poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.

Como uma etapa ou fase da atuação política, Meirelles Teixeira (1991, p. 202) afirmava que o Poder Constituinte é “a possibilidade concreta, que assiste a uma comunidade, de determinar o seu próprio modo de ser, os fins e os limites de sua atuação, impondo-os, se necessário, a seus próprios membros, para consecução do Bem Comum”.

“É o órgão legislativo do Estado, dotado de autoridade política, cuja finalidade é criar ou rever a Constituição, e do qual derivam todos os outros poderes do Estado, não sendo instituído por nenhum anterior a ele”. (CRETELLA JÚNIOR; CRETELLA NETO, 2002, p. 15)

Jorge Reinaldo Vanossi conceitua Poder Constituinte explica:

costuma-se definir o Poder Constituinte como um poder supremo, absoluto, ilimitado, muito mais além do bem e do mal, o qual coincide com os conceitos, que os manuais de religião ou de teologia, dão com relação a idéia de Deus. (...) o Poder Constituinte Originário, aquele que atua na etapa fundacional, é uma potência, uma energia, (...) Essa energia inicial, a potência, evidentemente não tem limites jurídicos, embora possa Ter limites metajurídicos, bem seja, derivados das crenças, das ideologias, com respeito aos valores, ou por acatamento a certa realidade social subjacente, como diria Heller. Poderíamos chamar estes condicionamentos de limitações provenientes da realidade. (VANOSSI, 1983)

Segundo Capez (2003, p. 53), “É a expressão da suprema vontade política do povo, social e juridicamente organizado, da qual emanam as normas constitucionais”.

A respeito do tema o ministro Gilmar Mendes explana que o Poder Constituinte é:

Um poder que tem na insubordinação a qualquer outro a sua própria natureza; dele se diz ser absolutamente livre, capaz de se expressar pela forma que melhor lhe convier, um poder que se funda sobre si mesmo, onímodo e incontrollável, justamente por ser anterior a toda norma e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; um poder que depende apenas da sua eficácia. (MENDES, 2008, p. 250)

Luís Roberto Barroso (2009, p. 97) trata o poder constituinte como sendo “o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular”.

Acerca do momento de ação do Poder Constituinte Celso Ribeiro Bastos:

O Poder Constituinte é aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. (...) O poder constituinte só é exercitado em ocasiões excepcionais. Mutações constitucionais muito profundas marcadas por convulsões sociais, crises econômicas ou políticas muito graves, ou mesmo por ocasião da formação originária de um Estado, não são absorvíveis pela ordem jurídica vigente. Nesses momentos, a inexistência de uma Constituição (no caso de um Estado Novo) ou a imprestabilidade das normas constitucionais vigentes para manter a situação sob a sua regulação fazem eclodir ou emergir este Poder

Constituinte, que, do estado de virtualidade ou latência, passa a um momento de operacionalização do qual surgirão as novas normas constitucionais. (BASTOS, 2010, p 45)

E, finalmente, Paulo Bonavides (2006, p. 147) destaca o poder constituinte como: “um poder político, um poder de fato, um poder que se não analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração jurídica”.

Depreende-se da doutrina supracitada o caráter original, incondicionado, ilimitado do Poder Constituinte como o poder que institui a todos os outros poderes e não é instituído por qualquer outro.

Tal poder inicial, inaugural e autônomo tem a capacidade de abstrair a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

Por esta razão o Poder Constituinte é o marco inicial do Direito, no entanto não pertence à ordem jurídica e não está submetido a ela, assim como não se subsume às formas de Direito anteriormente existentes.

Esse poder constituinte é quem estabelece a organização jurídica fundamental, o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, modo de aquisição e exercício do governo, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, bem como as bases do ordenamento econômico e social.

### 3 PODER DE FATO OU DE DIREITO

O objeto fundamental de uma Constituição paira na regulação a concentração do poder. O que ali estiver impresso destina sua maior ou menor concentração, controles e garantias aos destinatários, Estado e Sociedade.

O direito é, na verdade, uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político. Entre ambos, na verdade, surge uma tensão dinâmica. Frequentemente, a política tenta abandonar os parâmetros jurídicos. Por outro lado, é a Constituição que, desgarrada da razoabilidade, procura ir longe demais querendo enfeixar em si toda a vida política futura. (BASTOS, 2010, 39-40)

A grandeza que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida pelo nome de poder constituinte originário, tal autoridade, adotada pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter a força normativa do texto.

Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, precedente.

Nas palavras de Gilmar Mendes (2008, p. 231): “Poder constituinte originário, portanto, é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”.

A Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, por isso, superior a eles, conforme Sieyès, que propunha que o poder político deveria vincular-se à nação, como forma criadora da primeira sociedade.

Para Sieyès, o onipotente poder constituinte era cercado de adjetivos divinos a fim de satisfazer a vontade do povo soberano para ordenar o seu destino e o de sua sociedade por meio da Constituição.

Atualmente, a doutrina entende tratar-se de um poder insubordinado a qualquer outro, absolutamente livre, um poder que se funda sobre si mesmo, justamente por ser anterior a toda normação e que abarca todos os demais poderes; um poder permanente e inalienável; dependendo apenas da sua eficácia.

Daí, três características básicas, determinadas, do poder constituinte originário: inicial, ilimitado (ou autônomo) e incondicionado.

Desta forma, não prescinde a Constituição da concordância com as ideias de justiça do povo para sua legitimação como vinculante pelos submetidos à norma.

No entanto, a doutrina se biparte entre a concepção de poder de fato ou poder de direito.

O Mestre Celso Ribeiro Bastos, preconiza:

O poder constituinte é um poder jurídico, uma vez que não há separação entre o jurídico e o político; mas não depende de ninguém e de nenhuma regulamentação prévia. É unitário e indivisível: não se acha coordenado com outros poderes divididos (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas serve de fundamento a todos os poderes constituídos. O poder constituinte é permanente: não se esgota por um ato de seu exercício. Também não pode ser alienado, absorvido ou consumido. (BASTOS, 2010, p. 53)

Canotilho (1993, p. 96) ensina que nos movimentos revolucionários e os golpes de estado não há base em princípios jurídicos ou regras constitucionais. O poder constituinte cairá nas mãos do mais forte e não será outra coisa senão uma manifestação de força.

Segundo o ilustrado, há quem defenda que a revolução nada mais é do que um fato fora do direito e toda a preparação constituinte situam-se no terreno pré-jurídico. O direito nasceria em sincronia com a própria constituição.

O poder constituinte continua a ser visualizado como um ato revolucionário que, criando um novo fundamento legal para o Estado, opera uma ruptura jurídica em relação à situação anterior quando muito, diz-se, o poder constituinte reclamará um título de legitimidade, mas não a cobertura da legalidade. O poder constituinte será legítimo a partir de determinadas idéias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um acto constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma qualidade ideológica — a sua concordância com determinadas idéias políticas. (CANOTILHO, 1993, 97)

Entretanto, sua visão sobre a juridicidade do Poder Constituinte é a de que desde então se apresenta o momento jurídico:

Esta orientação positivista está há muito rebatida e rebatida foi entre nós em termos impressivos: «... o que impede já hoje, e em geral, que se confunda a juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõe-se com forte maioria de razão perante uma legalidade emergente do processo revolucionário». Além disso, uma revolução, no seu triplo papel, de legitimação (valor da revolução, como fonte de direito), de interpretação hermenêutica (condição de pré-compreensão das fontes revolucionárias e valor e quadro dos valores dos projectos revolucionários), e de dimensão institutiva (pretensão de validade), aproxima-se funcionalmente de uma "fonte de direito". (CANOTILHO, 1993)

Quanto a uma revolução, Canotilho citando Miguel Galvão Teles explica:

A revolução será um facto antijurídico, ou melhor, antilegal, em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derrubada, mas isso não impede a sua classificação como movimento ordenado e regulado pelo próprio direito. Ao estabelecerem uma ordem jurídica nova, as revoluções não se propõem transformar situações de facto em situações de direito; visam, sim, substituir uma ideia de direito por outra ideia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. De acordo com estas premissas — a revolução não rompe com o direito antes transforma a substância do direito n, certos autores defendem a possibilidade e necessidade de teorização jurídica das revoluções e do poder constituinte originário, considerado como acto revolucionário. Neste sentido se afirma também que o acto

revolucionário é uma "fonte de direito" na medida em que traz consigo um projecto a que atribui vinculatividade (que excede o movimento e organização revolucionários) e na medida em que cria órgãos a quem confere o poder de criar direito. (CANOTILHO, 1993, p. 97-98)

Bonavides assim se expressou quanto à questão:

O Poder Constituinte originário ou primário admite análise política ao redor dessa indagação central: devemos tratá-lo como questão de fato, fora da dimensão dos valores, associá-lo a um princípio de legitimidade que nos consentiria manifestar preferência valorativa pelos titulares desse poder? (BONAVIDES, 2006, p. 146)

Segundo o autor, os publicistas acreditam que o Poder Constituinte transcende o direito positivo assentando sua legitimidade em si e não no titular tal a posição de Carl Schmitt, em contraposição, há os que acreditem que a tipicidade do Poder Constituinte não deve excluir a consideração de sua legitimidade.

A percepção jusnaturalista entende que antes do Poder Constituinte existia apenas o direito natural, decorrente da natureza humana e que a Constituição, seria apenas parte de um Direito.

Em oposição, a doutrina positivista não reconhece a existência de qualquer outro direito que não seja o direito posto pelo Estado, tratando o Poder Constituinte de um poder de fato, pré-jurídico com base na premissa de que a Constituição é quem estabelece o principio de todo o ordenamento.

Observe-se que, mesmo anteriormente a Constituição, contemporaneamente, são reconhecidos direitos que devem ser respeitados por todos os poderes e Estados, provenientes do fundamento da pessoa humana sob os quais não pairam dúvidas.

Celso Antonio Bandeira de Mello citado na obra de Celso Bastos, assevera:

A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede na verdade, a formação do direito. (MELLO *apud* BASTOS, 2010, p. 50)

Na opinião de Paulo Bonavides (2006), o poder constituinte originário é naturalmente conduzido ao aspecto meramente material, o que faz dele um poder político, um poder de fato, um poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independem de configuração ou previsão jurídica. Trata-se de um poder *supra legem* ou *legibus solutus*, sob o qual todos os poderes constituídos haverão necessariamente de dobrar-

se quando e enquanto estiver ele exercendo a tarefa de criar a Constituição. (BONAVIDES, 2006, p. 146-149)



## 4 TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

### 4.1 Titularidade

A questão da titularidade do Poder Constituinte configura-se em uma das mais delicadas e controversas à vista da dificuldade do conhecimento de a quem pertence este poder.

Para Bastos:

O problema da titularidade se resolve logicamente a partir da tese de que o poder constituinte é legitimado pela própria idéia de direito que ele exprime. Ele perde a sua eficácia no momento mesmo em que essa idéia de direito deixa de ser dominante no grupo. Como não existe um poder constituinte abstrato, determinável a priori, para qualquer sociedade, segue-se que, em cada coletividade, o titular desse poder é o indivíduo ou grupo no qual se encarna a idéia de direito, em um dado momento. Pode ser também o povo, como portador direto da idéia de direito, na falta de qualquer chefe reconhecido e consentido. (BASTOS, 2010, p. 52)

Segundo Bonavides (2006), se afastarmos as indagações sobre a legitimidade encontraremos como titular ora Deus, um príncipe ou monarca, ora um parlamento ou uma Classe, o Povo ou a Nação.

Na Idade Média, o Poder Constituinte pertencia a Deus, nas monarquias absolutistas aos monarcas, na Revolução Francesa coube nominalmente a Nação ou Povo, mas efetivamente a Burguesia, ou seja, a parte do Povo com consciência política autônoma.

Nos Estados totalitários, cujo Poder foi obtido através da força, o titular do Poder Constituinte é o detentor desta força ou poder, para criar ou modificar a Constituição, independentemente da vontade popular, cabendo a uma só pessoa a titularidade.

Com base no *consensus*, que, no entanto não é partilhado pela totalidade da doutrina, nos estados democráticos, afirma-se que o titular do Poder Constituinte é aquele que detém a soberania, fundamento que o valida ao exercício do Poder Constituinte.

Na dogmática tradicional, quem exerce o Poder Constituinte e o titular nem sempre são a mesma pessoa.

A simples afirmação de exercer em nome no povo não convalida a legitimidade do exercício do poder considerando, em cada caso, o tipo de constituição em vigor: imposta ou consensual.

A legitimação se dá pela representação ou ouvida do povo caso em que eleitos, os exercentes, formam assembléias ou convenções constituintes, havendo também a

possibilidade de, inclusive em movimentos respaldados na força, como em uma revolução, querida pelo povo, serem encarregados pela proposição da nova ordem jurídica.

Matenham-se claras as diferenças entre golpe de estado e revolução. Na revolução há consenso e outorga da sociedade na deposição de um governante ilegítimo, cabendo aos líderes ou a alguma comissão porventura a criação de nova ordem jurídica. No entanto no golpe de estado há a simples usurpação do poder em nome pessoal ou de um grupo.

Bonavides ensina que se trata de Poder Constituinte formal, difuso, componente de toda a dinâmica constitucional, por vezes anônima, por outras, voluntária e até ocasional como nos caos jurisprudenciais.

O Poder Constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível ou definido. Há um Poder Constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa, cuja rara e difícil identificação no seio de uma ordem jurídica já estabelecida não deve eximir-nos da obrigação de examinar-lhe os efeitos, sempre patentes em mudanças de aparência imperceptível numa época, mas que com o tempo avultam consideráveis proporções. (BONAVIDES, 2006, p. 158-159)

## 4.2 Legitimidade

Como dito, ao abstrair-se a titularidade do Poder Constituinte encontraremos a ação constituinte, a mudança, a criação ou os efeitos produzidos em uma determinada sociedade.

Ao se perquirir a respeito da legitimidade inicia-se uma reflexão valorativa que justifica a obediência. O Poder Constituinte passa a ser visto como fato acrescido de valor, conforme o título de legitimidade a ele associado. Impondo-se inclusive sobre aqueles que o construíram.

“A doutrina do Poder Constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato”, segundo Bonavides (2006, p. 160).

Na lição de Meirelles Teixeira:

A Constituição é norma suprema, objetiva, algo criado, mas por detrás dela existe, como acabamos de ver, o poder que a criou e o problema da legitimidade constitucional já se apresenta, aqui, com relação a esse poder. Legítimo tal poder, legítima será, sob esse aspecto, a Constituição. Ao contrário, se o poder que cria, que elabora, que promulga a Constituição é ilegítimo, ilegítima será a sua obra, isto é, a própria Constituição. (TEIXEIRA, 1991, p. 219)

No século XVIII, a teoria formulada sobre este poder ancorou-se principalmente na exclusiva legitimidade da participação dos governados. Esta legitimidade que tem por base o princípio democrático apresenta aspectos horizontais e verticais que estabelecem força e intensidade ao exercício da autoridade.

Horizontalmente verifica-se a maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre a matéria constituinte ou elege seus representantes, através do sufrágio.

No prisma vertical é possível mensurar os distintos graus de participação dos governados, o poder decisório sobre a Constituição, por meio de *referendum*; a incumbência de escolher os membros da Constituinte e a faculdade de eleger o Congresso.

Enfim, quanto mais distantes os governados menor o nível de legitimidade auferida à Constituição no que diz respeito ao princípio democrático de organização das instituições políticas no sistema clássico representativo.

A legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido conforme a opinião predominante da sociedade sobre a qual cabe o poder ou como se adquire o poder. A legitimidade não se confunde com a legalidade, ou seja, com o fato de haver o governo se estabelecido de acordo com as leis vigentes, em razão legitimidade ou ilegitimidade destas.

No plano do direito positivo, a obra revolucionária é sempre inconstitucional ou ilegal. Não é preciso demonstrá-lo. Essa obra, porém, é legítima ou ilegítima, segundo o *consensus*, conforme a idéia de direito predominante. É legítima a tomada do poder para a realização da idéia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao direito positivo. Em relação ao direito positivo, mede-se a legalidade, e não a legitimidade. A obra constituinte do grupo revolucionário pode ser legítima, mas é ilegal. Esse grupo chega ao poder. Ele já tem por si a legitimidade. Que é que lhe resta fazer? A legalidade, a legalização, que é o passo seguinte. Essa legalização é a edição da Constituição. Essa edição é o ato constituinte. No caso de uma revolução que tem por si a legitimidade, a transformação do ato constituinte em Constituição é simples, fácil e praticamente imediata. Porque o ato Constituinte dessa revolução legítima conta de imediato com a aceitação dos governados. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 48)

Celso Ribeiro Bastos com relação à legalidade diz o professor que a Constituição não se contenta com a legalidade formal, pois não representaria somente uma simples positivação do poder, mas uma positivação de valores. Diz que a legalidade é cobrada dos atos infraconstitucionais. Neste ponto Celso Bastos cita os ensinamentos de Herman Heller:

A questão da legitimidade de uma Constituição não pode, naturalmente, ser contestada, referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Em compensação, porém, uma Constituição precisa, para ser Constituição, isto é, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação, para valer como ordenação conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos de direito. Contradizendo os seus próprios pressupostos, disse Carl Schmitt que a toda Constituição existente deve atribuir-se legitimidade, mas que uma Constituição, entretanto, só é legítima, 'isto é, reconhecida não só como situação de fato mas também como ordenação jurídica quando se reconhece o pode e (!) a autoridade do poder constituinte em cuja decisão ela se apóia'. A existencialidade e a normatividade do poder constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência. (HELLER *apud* BASTOS, 2010, p. 46)

## 5 A QUESTÃO DA SOBERANIA

A soberania, conforme Nelson Saldanha,

é uma situação a partir da qual se concebe o poder, possuído por qualquer unidade política, de se dar Constituição. Ela é 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, 1996, p. 67)

Canotilho (1993, p. 98) explica que “Soberano é o poder que cria o direito; soberano é o poder que constitui a constituição; soberano é titular do poder constituinte. E isto quer quanto ao poder constituinte originário quer tanto ao poder constitutivo derivado. Mas quem é o titular desse poder?”.

### 5.1 Teorias Contratualistas

De acordo com Canotilho (1993), na Idade Média, a Teoria Contratualista contava com duas orientações: A tradição romanística da *Lex Regia* na qual o povo transfere todo o seu poder para o imperador dando a idéia de um pacto entre ambos onde o povo, *translatio*, ou a *concessio* na qual o povo concedia o poder ao senhor, mas não abdicava de seu poder político. E a teoria do direito divino onde o rei titular ilimitado e exclusivo do "poder por graça de Deus". (CANOTILHO, 1993, p. 99)

### 5.2 Teorias Democráticas

Nesse sentido apresenta-se o debate entre as doutrinas de Teoria Democrática sobre a soberania nacional de Emmanuel-Joseph Sieyès e a soberania popular Jean-Jacques Rousseau.

#### 5.2.1 Teoria da Soberania Nacional

Sieyès entendia que o poder de estabelecer a organização fundamental do Estado é um poder supremo e está associado à sua soberania. Pertence a Nação, o poder soberano, capaz de dispor sobre a organização política e elaborar a Constituição considerando-se parte do poder da comunidade e não do povo.

Para o teórico, a nação é a comunidade dotada de seus interesses contemporâneos, enquanto o povo é a simples reunião de indivíduos, transitórios e individualizados em seus

interesses num determinado momento, sujeitos a um poder, enquanto a comunidade é estável e preocupada com as gerações futuras.

No século XVIII, supremacia da lei era sinônimo de supremacia da razão, uma vez adequada aos interesses da comunidade e do direito natural, privilegiando os interesses permanentes sobre os momentâneos, haja vista os interesses permanentes da comunidade determinados pela razão, centralizando-se a fonte da soberania na nação em detrimento do povo.

Sieyès idealiza que a nação pode conferir quem deseje o poder de representação (representação-imputação) – o monarca pode ser declarado como representante da nação e dar à comunidade uma Constituição. Da mesma forma, no que tange ao eleitorado, este é uma função e não um direito; assim, é possível o sufrágio censitário.

Discorre Canotilho:

Segundo a teoria da soberania nacional é a Nação, como complexo indivisível, que é titular da soberania. Trata-se de uma idéia sucessivamente aceite pelas várias constituições portuguesas: "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 26.º da Constituição de 1822); "A soberania reside essencialmente em a Nação da qual emanam todos os poderes políticos" (artigo 33.º da Constituição de 1838); "A soberania reside essencialmente em a Nação" (artigo 5.º da Constituição de 1911); "A soberania reside em a Nação" (artigo 71.º da Constituição de 1933). (CANOTILHO, 1993, p. 99-100)

### 5.2.2 Teoria da Soberania Popular

No “Contrato Social”, Rousseau ampara a soberania popular como legitimadora do poder. A legitimidade de um governo encontra-se no seu estabelecimento através da vontade geral, com a participação de todos os homens.

A respeito do tema, Canotilho ensina:

A teoria da soberania popular concebe a titularidade da soberania como pertencendo a todos os componentes do povo, atribuindo a cada cidadão uma parcela de soberania. É uma teoria que se reconduz a Rousseau: “Ora, o soberano, sendo formado somente pelos particulares que o compõem (...)” (Livro I, Tit. II, Cap. VII); “Suponhamos que o Estado seja composto por 10 000 cidadãos (...) Cada membro do estado só tem, por sua parte, a décima-milésima parte da autoridade soberana (...)” (Livro III, Cap. I). (CANOTILHO, 1993, p. 100)

Na presente teoria, o homem, ser individual tem parte na formação da soberania.

Para Rousseau a soberania está no indivíduo, enquanto que Sieyès não concebe a soberania como algo divisível, fracionável pertencendo à comunidade.

Na doutrina de Rousseau o governo só será legítimo com a participação de todos no processo político – Sufrágio Universal – a representação é expressão da soberania popular. Ferreira Filho, a respeito do *consensus*, explica:

Assim, a problemática da titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica porque está intimamente ligada à concepção política em um determinado momento. Hoje, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto o Poder Constituinte é do povo. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30)

No direito constitucional moderno, a doutrina da soberania popular é dominante e encontra-se consagrada no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

### 5.3 A Teoria do Estado

A teoria da Nação baseia-se na tópica de o Estado possuir os cidadãos. O povo é apenas um elemento do Estado, revelando uma ordem moral e jurídica objetiva independente da vontade dos homens ou popular.

(...) poder-se-ia dizer que o povo possui o Estado; na teoria do Estado, seria o Estado a possuir o povo. É uma teoria tributária, em grande medida, do idealismo objectivo hegeliano. Aqui o Estado adquiria independência e personalidade próprias, onde, subordinadamente, se considerava enquadrado o próprio povo. Isto foi notado por Marx: "Não é o povo alemão que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo". (CANOTILHO, 1993, p. 100-101)

Para o sistema da soberania nacional ou soberania do Estado o Poder Constituinte é um poder à parte sem qualquer relação com os poderes que possuem funções, uma vez que cabe ao próprio Poder Constituinte estabelecer suas funções e limites.

Marré de Malberg *apud* Bonavides:

Para falar a verdade, a idéia de soberania nacional só exige em termos absolutos uma coisa: a interdição às Constituintes de exercerem elas mesmas os poderes que foram incumbidos de estatuir; no mais a soberania nacional não exclui a possibilidade de as Constituintes serem investidas de um poder limitado de reforma. (MALBERG *apud* BONAVIDES, 2006, p. 153)

Tratando-se, portanto, de corolário lógico a separação do Poder Constituinte, considerando-se que tal poder tem por objetivo precípua assegurar os direitos do homem e do

cidadão, aprofundando os direitos individuais de forma a colocar limites ao poder das autoridades constituídas.

Convém salientar que a perda de superioridade da supremacia das regras constitucionais é acompanhada pela queda do Estado Liberal, ou seja, a desintegração da ordem individualista da sociedade contemporânea.

#### 5.4 Teoria da Soberania Popular e Constituição Real

Em contraposição à soberania nacional surge a doutrina da soberania popular que abrange duas versões acerca do Poder Constituinte, ambas Rousseauianas: a versão francesa revolucionária e a versão americana.

A versão francesa pressupõe a distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos, ou seja, a função de fazer a Constituição e as meramente legislativas, confundindo o Poder Constituinte com a própria Constituição.

A versão americana, em contraponto, jamais abdicou de uma convenção, ou assembleia, na qual o poder ilimitado detinha a tarefa de preparar e redigir o projeto da Constituição que seria submetida ao voto popular, assegurando toda a identificação com as decisões tomadas, vinculando assim o Poder Constituinte ao Sistema representativo.

Para Canotilho (1993) as noções de Rousseau sobre Estado, Nação e soberania popular não se adequariam a ideia de constituição real ou material, tendo em vista que o sujeito da constituição real, do poder constituinte, são as forças políticas dominantes numa sociedade. (CANOTILHO, 1993, p. 101)

O povo não seria massa heterogênea, uma justaposição de indivíduos, ao contrário, seria uma estrutura completamente heterogênea com determinadas classes sociais, políticas, intelectuais e economicamente dominantes, no entanto nem sempre definidas pelo poder econômico.

Nesta perspectiva — que é uma perspectiva típica das correntes marxistas e de algumas teorias sociológicas —, o titular do poder constituinte não seria o povo *tout court*, mas as *forças políticas dominantes*, isto é, as classes dominantes, definidas ao nível económico da sua relação de propriedade com os meios de produção. (CANOTILHO, 1993, 101-102)

Para o autor, o sujeito do poder constituinte se encontraria em grupos da população, com equivalência de uma determinada estrutura e distribuição de forças e interesses e esta estrutura não se coaduna com a ideia de um poder constituinte pertencente ao povo ou à nação como entidades indiferenciadas.

## 5.5 Relativização do Conceito de Soberania

O conceito de soberania surgido no século XVI, com a obra teórica *Les Six Livres de la Republique*, de Jean Bodin, afirmava ser a soberania um poder absoluto e perpétuo da figura do soberano não admitindo limitações.

Esta visão de soberania incontestável, porém, foi se transformando ao longo dos tempos fazendo nascer um novo olhar sobre o conceito.

Conforme Madruga Filho,

não se pode analisar o conceito de soberania através de concepções estáticas, como quem observa uma fotografia. A realidade mundial mostra a tendência dos países unirem-se em blocos econômicos; a globalização rompendo as últimas fronteiras; flexibilização de imunidade frente as cortes internacionais. (MADRUGA, 2004, p. 10)

A partir da Declaração de Direitos Humanos em 1948, as mutações do conceito fizeram-se prementes em razão do princípio da igualdade de onde se erige o Direito Internacional.

Na visão de Cicco e Gonzaga:

Os Direitos Humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente de idade, sexo, religião, idéias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo. (CICCO; GONZAGA, 2009, p. 156)

O mundo em constante movimento e transformação revela uma soberania diferente, advinda da universalização dos Direitos Humanos, da globalização, das questões relacionadas ao meio ambiente e biotecnologia, da formação de blocos econômicos ou organizações supranacionais, ou seja, diversos fatores, além da convivência, em uma mesma cena, de Estados com grandes diversidades traduzem-se em dificuldades de organização frente à postulação de igualdade.

A respeito da globalização Sahid Maluf explica:

Consideraremos que a globalização constitui um processo de internacionalização de regras de convivência ou interferência política entre países, impulsionado por fatores da produção e da circulação do capital em âmbito internacional, movidos pela força propulsora da revolução tecnológica. A globalização, assim considerada, produz reflexos no conceito de soberania, na medida em que acaba por atingir cada país de forma desigual, na proporção da riqueza, poder, ou desenvolvimento social, econômico e tecnológico de cada um. Esses reflexos assumem maior gravidade entre os países chamados de “terceiro mundo” ou “em desenvolvimento”, os quais ficam mais vulneráveis, diante da incapacidade de enfrentamento das imposições originadas da ordem internacional. (MALUF, 2010, p. 43-44)

Quanto aos blocos econômicos:



A União Européia caracteriza uma forma de cessão, mesmo que parcial, da soberania. Na observação de Ives Gandra Martins, “o direito comunitário prevalece sobre o Direito local, e os poderes comunitários (Tribunal de Luxemburgo, Parlamento Europeu) têm mais força que os poderes locais. Embora no exercício da soberania, as nações aderiram a tal espaço plurinacional, mas, ao fazê-lo, abriram mão de sua soberania ampla para submeterem-se a regras e comandos normativos da comunidade. Perderam, de rigor, sua soberania para manter uma autonomia maior do que nas Federações clássicas, criando uma autêntica Federação de países. (MALUF, 2010, p. 53)

Em determinado território, a soberania estabelece os limites de sua atuação, reservando sua supremacia perante os demais poderes do Estado, no entanto, relativamente aos outros Estados esta soberania reveste-se de independência e necessidade de reconhecimento diante de organizações juridicamente iguais e soberanas.

Essa relativização da soberania manifesta-se em duas dimensões: externa e interna. A interna justifica, em cada Estado, uma forma de governar, o poder de certas instâncias ou de certas pessoas, na ordem externa, está diretamente ligada à não-dependência. Portanto, nas relações interestatais, vigora a teoria do Direito Internacional.

Deste modo, nas organizações supranacionais, cada Estado ao transferir ou ceder uma parcela de sua soberania a um órgão comum, aceita a obrigatoriedade, dentro de si, das decisões tomadas por esse órgão, independente de quaisquer manifestações políticas ou legislativas interna.

No que diz respeito à interdependência, Streck e Morais ensinam:

No plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 140)

A fim de mediar as crises advindas desta relativização foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU dotada de competência para estabelecer as intervenções de um Estado em outro com a finalidade da garantia dos direitos humanos de modo a não ferir os princípios constantes na Carta das Nações Unidas.

Dalmo de Abreu Dallari, ao definir a ONU, explica que:

A ONU é uma pessoa jurídica de direito internacional público, tendo sua existência, organização, objeto e condições de funcionamento previstos no seu instrumento de constituição, que é a Carta das Nações Unidas. Embora tenha havido certa relutância dos juristas em qualificar a ONU entre as espécies de uniões de Estados já conhecidas, a maioria lhe reconhece a natureza jurídica de uma Confederação de Estados, sendo a Carta o tratado que lhe deu nascimento. (DALLARI, 2010, p. 272)

Streck e Bolzan assim se posicionaram perante a relativização:

Outro agente fundamental neste processo de transformação – de eclipse, para alguns – da noção de soberania são as Organizações Não Governamentais (ONGs). Estas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras) etc. O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional, etc. Tais vínculos, incongruentes com a idéia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da “ajuda” econômica internacional.

Efetivamente, o quadro esboçado impõe que repensemos o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo. Percebe-se, já, que não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal. Em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s), muito embora, para alguns, a possibilidade de construir aqueles esteja assentada nesta. (STRECK; MORAIS, 2010, p. 141-142)

Apreende-se que os Estados atualmente possuem muito mais uma questão de pactos e compromissos assumidos do que de própria soberania, isto é, o seu poder fica limitado na medida destes compromissos, de forma que um não prejudique o outro, tratando-se de uma questão de relações internacionais.

Em conclusão, Gómez acrescenta:

É preciso construir um projeto de democracia cosmopolita, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc.). (GÓMEZ, 2000, p. 135)

## 6 POVO E NAÇÃO

A titularidade do Poder Constituinte pertence ao detentor da soberania, no entanto a questão que aflora é: a quem pertence a soberania? A quem pertence esse poder?

Atualmente, no mundo jurídico, atribui-se ao Povo o poder soberano de decidir sobre as bases da Nação, no entanto a noção do que seja Povo varia de acordo com a concepção política vigente em determinada época e local.

Na teoria clássica de Sièyes, Nação é um termo empregado em lugar de Povo, para que não se use a palavra. Povo seria um conjunto de indivíduos, um mero coletivo, a reunião de indivíduos que estão sob um poder e Nação seria a construção dos interesses constantes de uma coletividade, seria a encarnação de uma comunidade em sua permanência.

A contraposição entre Povo e Nação, segundo Sieyès, pressupõe que a Constituição não está a serviço do individual, mas em função da comunidade na sua permanência no tempo como um todo. Entende o teórico, que em determinado momento o interesse individual pode divergir do todo, no entanto o todo deve prevalecer sobre os interesses particulares. O Povo pode mudar suas ambições, enquanto que a comunidade só se submete ao direito natural.

Esta idéia liga-se intimamente com a raiz da representatividade do Poder legislativo. Resultaria daí a legitimidade deste Estado formar uma Assembléia Nacional, para que, por meio de seus representantes discutirem e decidirem por toda a população e conseqüentemente elaborassem uma Constituição.

Para Sieyès, a fonte da soberania está na Nação e não no Povo. A nação é a própria lei, sua vontade é sempre legal, privilegiando os interesses permanentes sobre os momentâneos.

A supremacia da lei significava no século XVIII a supremacia da razão. A lei valia pela sua adequação aos interesses da comunidade e ao direito natural, ou seja, a razão era ditada pelo direito natural. Jean-Jacques Rousseau, na obra o “Contrato Social”, defende a soberania popular como legitimadora do poder. A vontade geral, através da participação de todos os homens nas decisões, é a única fonte para um governo legítimo. O conjunto de homens que vivem num determinado momento, numa determinada comunidade, é o Povo.

Enquanto Sieyès concebe a soberania como unitária e pertencente à comunidade, Rousseau a respalda no indivíduo, o qual detém, em sua unidade, uma parcela desta soberania.

Na doutrina de Rousseau, só há legitimidade em um governo com a participação de todos no processo político (sufrágio universal); já Sieyès, antagonicamente, permite que a Nação confira a quem queira o poder de representação (representação-imputação).

Ambas as doutrinas apresentam uma grande diferença. Enquanto na primeira os indivíduos exercem uma função para a comunidade, devendo cuidar dos interesses coletivos; na segunda não existe esta preocupação com o interesse geral.

Para Santo Tomás de Aquino conforme Ferreira Filho:

A frase da Epístola aos romanos – *Non est potestas nisi a Deo* – para ser bem entendida, deveria ser completada: *sed per populum* – “mas pelo povo, através do povo”. Portanto, no pensamento de Santo Tomás de Aquino, é o povo, a comunidade, que estabelece esta ou aquela forma de governo. Toda comunidade ao ser estabelecida, fixa as bases do seu governo. (AQUINO *apud* FERREIRA FILHO, 2005, p. 28)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a opinião majoritária é a de que o titular do Poder Constituinte é o povo e no Brasil, o povo abrange os cidadãos, ou seja, aquelas pessoas físicas que possuam direitos políticos. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 23)

Ainda conforme o autor,

O supremo poder pertence ao povo. Isso está na Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, isso está na Constituição americana e estava, de certa forma, na Constituição soviética. Todavia a caracterização do que seja povo, titular desse poder, é bem diferente, porém, se contrapusermos as democracias ocidentais às antigas democracias marxistas. Na Constituição soviética de 1936, o art. 3º é perfeitamente elucidativo sobre o que ela entende por povo. Povo não é o conjunto de todos, mas o conjunto de trabalhadores. Portanto esse texto identifica povo com aquilo que a doutrina marxista se denomina proletariado; povo = proletariado. Soberania do povo significa soberania do proletariado; o Poder Constituinte do povo é o Poder Constituinte do proletariado. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30)

Para Walber de Moura Agra (2000, p. 90): “Povo é um conceito polissêmico, abrangendo uma gama variada de definições, englobando os vários participantes do processo político”.

Para Carl Schmitt *apud* Celso Ribeiro Bastos,

Titular também do Poder Constituinte pode ser uma minoria, quando o Estado terá então a forma de aristocracia ou oligarquia. A expressão minoria, no contexto, deve ser desprendida da concepção numérica própria dos atuais métodos democráticos, para significar uma organização que, como tal adote as decisões políticas fundamentais sobre o modo e forma da existência política. (SCHMITT *apud* BASTOS, 2010, p. 54)

Bastos (2010, p. 54) explica: “Assim, o decisionismo de Carl Schmitt, sempre exaltando o poder de decisão da vontade política, serviu para justificar mais tarde o totalitarismo nazista, atribuindo ao Führer a titularidade do poder constituinte”.

Celso Ribeiro Bastos (2010, p. 59) cita a obra *Princípios de Teoria Política*, na qual Luis Sanchez Agesta afirma: “Titular do Poder Constituinte, dada sua específica natureza histórica, não é quem quer ou quem se crê legitimado para sê-lo, mas sim, simplesmente, quem pode, isto é, quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza da ordem”.

Sob a ótica de José Afonso da Silva (2002):

Não deixa de haver certa confusão nessa doutrina que reconhece o princípio da soberania nacional como fórmula constitucional posta, enquanto o poder de constituir reside no povo. Dito princípio é mesmo incompreensível, visto que a Nação, ente abstrato, não tem vontade própria que possa exprimir-se, e no regime representativo há que fazê-lo por via da vontade popular. (SILVA, 2002, p. 85)

O autor citando Canotilho ainda acrescenta:

“Se o procedimento for justo, será justo também o conteúdo da constituição”. Procedimento justo é o que seja expressão da vontade popular e realize as aspirações do povo, e tanto pode ser o procedimento constituinte direto como o procedimento representativo, mas a participação direta pode corrigir distorções procedimentais resultantes de vícios eleitorais ou pode simplesmente reforçar o caráter justo de um procedimento que tenha sido instaurado com fundamento no poder constituinte legítimo. (CANOTILHO *apud* SILVA, 2002, p. 87)

Segundo Ferreira Filho o povo é reconhecido como titular do Poder Constituinte, no entanto resta a dúvida a respeito da forma de exercício deste poder.

quer dizer, o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite.

a edição de uma constituição provem sempre de um grupo que em lugar do povo propõe uma organização do poder político. Tal grupo se põe como agente do Poder Constituinte e é assim o titular ativo deste poder naquela manifestação. Esta elite – é certo – pode ter recebido delegação do povo para estabelecer a Constituição. Será composta então de representantes extraordinários dele, para usar a expressão de Sieyès. Ou pode auto-imputar-se tal qualidade, como frequentemente nas revoluções. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 31)

Corolário lógico que, na doutrina contemporânea, a base da soberania se encontra no Povo, emana do Povo e somente terá eficácia quando retratar sua vontade. Ou seja, a eficácia de uma Constituição depende da soberania popular, que pode ser exercida pelo processo de representatividade, no entanto, sem privilegiando a vontade geral da nação, visando o bem comum em detrimento de interesses de classes ou particulares.

A par da doutrina da atualidade já ensinava João Camilo de Oliveira Torres (1961, p. 125): “Nenhum tipo de governo funciona, realmente, sem o consentimento dos governados – trata-se de uma verdade de fato, não de uma questão doutrinária jurídica, moral ou mesmo teológica”.

Ainda o autor citando Santo Tomás de Aquino:

(...) numa sociedade livre, capaz de fazer por si as suas leis, é necessário considerar, primeiramente, o consentimento unânime do povo antes de fazer observar uma lei tornada patente pelo costume, antes da autoridade do chefe, que não dispõe do poder legislativo senão como representante da multidão. (AQUINO *apud* TORRES, 1961, p. 50)

Esposada com toda a doutrina contemporânea a Constituição brasileira assevera a doutrina da soberania popular em seu art. 1º, parágrafo único:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>1</sup>

Em confirmação, acerca da representatividade, vem o art. 14 da Carta Magna brasileira:

Art. 14. 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: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art.1º, íntegra.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*. art. 14.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Legítimo ou não, sempre houve um Poder Constituinte. Seja na Idade Média, quando pertencia a Deus, nas monarquias absolutistas aos monarcas, na Revolução Francesa à burguesia, revestida pelos conceitos de Nação ou Povo, ou ainda nos Estados totalitários nos quais o poder de constituir era obtido através da força independentemente da vontade popular.

A partir do pensamento de Sieyès, revolucionário francês do século XVIII, rompendo com o modelo feudal, iniciou-se a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, defendendo o ideal de que a população deveria participar e deliberar, como Nação, amparando interesses coletivos acima dos individuais, através de Assembléias representativas, manifestando um conceito de legitimidade e crença nas virtudes ou valores de seu titular de forma inseparável.

Desde então, concebe-se o Poder Constituinte Originário como atributo essencial da soberania, pertencente ao povo, seu titular legítimo, que o exerce através de seus representantes; insubordinado a qualquer outro, trata-se de um poder absolutamente livre para expressar pela melhor forma a vontade popular e política a fim de instaurar uma nova ordem – a Constituição – rompendo com a fonte anterior e sob a qual todo o ordenamento jurídico é validado e subordinado.

No entanto, relativamente ao do conceito de soberania, esta visão absoluta e incontestável é gerida apenas na ordem interna, pois com a universalização dos direitos humanos, há um declínio do Estado como Nação-Soberana, exclusivista e individualista, cuja autonomia anteriormente absoluta, reflete-se na esfera internacional como sinônimo de independência.

A agilidade e rapidez das mutações globais, diante do princípio da igualdade de onde se ergue o direito internacional, desvendam uma soberania vinculada à universalização dos direitos humanos, à globalização, às questões relacionadas ao meio ambiente e biotecnologia, à formação de blocos econômicos ou organizações supranacionais, ou seja, uma soberania sujeita à convivência internacional, uma soberania relativizada.

No que concerne ao Poder Constituinte, a doutrina, no entanto, divide-se ao estabelecer seu atributo político (fato) ou jurídico (direito). Adota-se, porém, a posição de que as características do Poder Constituinte Originário precedem toda a forma de direito, indicando a ausência de referenciais de qualquer espécie de norma jurídica, pois é a partir dele que será produzida a lei superior, a norma jurídica suprema, o texto constitucional que estabelece a organização jurídica fundamental, o conjunto de regras jurídicas concernentes à

forma do Estado, do governo, modo de aquisição e exercício do governo, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, bem como as bases do ordenamento econômico e social.

Conclui-se que, independentemente da nomenclatura, Povo ou Nação, a máxima prevalente é a de que a Constituição, a Norma Suprema não prescinde da vontade popular, e deve atender ao clamor do povo, à vontade soberana do povo, aqui entendido como coletividade, estabelecendo o bem comum, os interesses sociais, sem privilégios a interesses particulares, respeitados os direitos naturais, cuja preexistência é intrínseca ao ser humano.

Art. 1º parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.



## REFERÊNCIAS

- ABDO, Jorge. **Lições de Direito Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: Um atentado ao Poder Reformador**. 1.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **O Poder Constituinte e sua Concepção Política**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. **Traité de Droit Constitutionnel**. 9.ed. Paris: Dalloz, 1933.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Ciência Política**. 18.ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em 18 de julho de 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Constitucional**. 12.ed. São Paulo: Paloma, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA NETO, José. **1.000 Perguntas e Respostas de Direito Constitucional**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DE CICCIO, Claudio; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, **Constitucion. De la Antigüedad a Nuestros Dias**. Madrid: Trotta, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

GÓMEZ, Jose Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LLP. 2000.

MADRUGA, Antenor . **Soberania, constituição e direito internacional**. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. (Org.). *Perspectivas Contemporâneas para o Direito*. 1 ed. Brasília: Editora Universa, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Poder Constituinte**. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Vol. 04/69-104, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008..

MONTESQUIEU. **De l'Esprit des Lois**, in *Oeuvres completes de Montesquieu*, Chez Lefrèvre, Editeur, 1839. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Livro XI, Cap. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PACHECO, Eliana Descovi. **A Importância do Poder Constituinte e sua Formação Histórica ao Longo dos Tempos**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/9127/1/A-Importancia-Do-Poder-Constituinte-E-Sua-Formacao-Historica-Ao-Longo-Dos-Tempos/pagina1.html#ixzz1SeEhiLtd> Acesso em: 02 de julho de 2011.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social** in *Obras de Jean-Jacques Rousseau*. Rio de Janeiro: Globo, 1962. Livro I, Cap. 7.

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

SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. trad. de José Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1997.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder Constituinte Originário e sua Limitação Temporal**. 1.ed., Campo Grande: Solivros, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **Harmonia Política**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Uma visão atualizada do Poder Constituinte**. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, vol.04/12 e 15, Rio de Janeiro: Forense, 1983.