

Soberania Popular e Supremacia Constitucional

Leandro Pereira Colombano



ESCOLA DE FORMAÇÃO JUDICIÁRIA
MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

TJDF-T

Leandro Pereira Colombano

SOBERANIA POPULAR E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

*limites do controle judicial de constitucionalidade sobre
emenda à Constituição do Brasil aprovada por referendo*



C718s

Colombano, Leandro Pereira.

Soberania popular e supremacia constitucional : limites do controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à constituição do Brasil aprovada por referendo [recurso eletrônico] / Leandro Pereira Colombano. – PDF. – Brasília : TJDF, 2017.

119 p.

ISBN 978-85-60464-17-3

1. Soberania (direito constitucional). 2. Supremacia. 3. Direito constitucional. I. Título.

CDU 342.3



Direção-Geral

Des. George Lopes Leite

Coordenadoria de Cursos

Juíza Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Secretaria da Escola de Formação Judiciária

Arlete Garcia Rodrigues

APOIO

Primeira Vice-Presidência

Des. Humberto Adjuto Ulhôa

Secretaria de Jurisprudência e Biblioteca

Guilherme de Sousa Juliano

Colaboração

Subsecretaria de Biblioteca

Marcelo Hilário de Moraes

Subsecretaria de Pesquisa, Planejamento e Inovação

Célia Regina Vasconcelos Soares Alves

Serviço de Multimeios

Helen Barbosa

Serviço de Processamento Bibliográfico

Olímpio Antônio Filho

André Luiz de Araújo Bertúlio

Diagramação, impressão e acabamento

Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos

Produção Digital

André Gonçalves Florencio

Capa

Clarissa Silva de Azevedo

Conselho Editorial

Juíza Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes

Juiz Fábio Francisco Esteves

Juliano Vieira Alves





À minha esposa Mônica e aos meus filhos Gabriel e Caio.



Prefácio

O colega Leandro Colombano personifica hoje modelo de profissional do Direito. O equilíbrio entre aquele que enfrenta o dia a dia das demandas, somado às pressões pela produtividade, e o estudioso que investiga as questões jurídicas mais atuais sob a luz da recente doutrina de um Direito da pós-modernidade.

É essa a base sobre a qual se assenta a construção de uma obra que busca clarear questão pulsante na vida dos brasileiros durante a crise reinante. Se “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”, haveria limites para o exercício da possibilidade de reforma constitucional por quem é o seu titular?

Seria a Constituição de 1988 uma armadilha da geração marcada pela repressão, de modo a tolher as gerações seguintes da possibilidade de evoluir conforme sua própria vontade geral?

É pela necessária e percuciente passagem através dos conceitos da soberania, da democracia e da constituição que o autor nos guiará ao esclarecimento de temas tão atuais, respondendo, inclusive, o problema do desmonte de garantias estruturantes do exercício da soberania por meio do uso desta.

A abordagem é rica e suficiente para permitir leitura agradável, além de bastante produtiva, o que, sem dúvida, revela muito do estilo do autor.

Assim, só me resta render homenagens ao trabalho, assegurando ao leitor a tranquilidade de ter escolhido obra de excelente qualidade, que merece destacado espaço na literatura especializada.

Juiz Hilmar Castelo Branco Raposo Filho

sumário

INTRODUÇÃO	12
------------	----

1.SOBERANIA POPULAR	15
» 1.1. Conceito	15
» 1.2. O conceito de soberania: soberania, poder e Estado	15
» 1.3. O nascimento da ideia e o problema da titularidade do poder soberano	16
» 1.4. A legitimidade da teoria da soberania popular	31

2.DEMOCRACIA	35
» 2.1. O que é democracia: etimologia, origem e história	35
» 2.2. Dificuldades conceituais e princípios fundamentais	38
» 2.3. Democracia direta, democracia indireta e democracia semidireta	41
» 2.4. Características comuns às modernas democracias	49
» 2.5. A opção brasileira	51

3.REFERENDO	53
» 3.1. Etimologia	53
» 3.2. Origem	53
» 3.3. História do referendo no Brasil	56
» 3.4. Distinção entre referendo e plebiscito na doutrina e na legislação brasileiras	58



4.PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO	64
» 4.1. Origem e natureza do poder constituinte	64
» 4.2. Titularidade do poder constituinte	67
» 4.3. Modos de expressão do poder constituinte	68
» 4.4. Limites do poder constituinte	72
» 4.5. Tipos de poder constituinte	74
» 4.6. O conceito de Constituição	76
» 4.7. Vantagens da Constituição Escrita	79
» 4.8. Tipos de Constituição	81
» 4.9. Imutabilidade constitucional	83
» 4.10. Origem e definição das cláusulas pétreas	84
» 4.11. Cláusulas pétreas na Constituição do Brasil	86

5.CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	91
» 5.1. Origem	91
» 5.2. Características do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade	93
» 5.3. Características do modelo austríaco de controle de constitucionalidade	93
» 5.4. Modelos mistos de controle de constitucionalidade	95
» 5.5. O controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988	97
» 5.6. A justificativa do controle de constitucionalidade	100
» 5.7. Limites do controle de constitucionalidade	102

CONCLUSÃO	105
-----------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119
----------------------------	-----



INTRODUÇÃO

Esta obra tem por objeto o estudo dos limites do controle judicial de constitucionalidade, como garantia do princípio da supremacia da Constituição - expresso pelas proibições de emenda dos incisos de I a IV, do § 4º, do art. 60 da Constituição da República - frente ao princípio da soberania popular - declarado no parágrafo único, do seu art. 1º.

Se as proibições de emenda definem cláusulas pétreas imunes à ação do poder de revisão ou reforma constitucional, admite-se no Brasil o controle judicial de constitucionalidade inclusive sobre emendas à Constituição, o que não ocorre nos Estados Unidos da América, onde o *judicial review* incide apenas sobre leis e atos normativos inferiores à Constituição Federal, mas não sobre *amendments*.

Todavia, o que se pretende discutir nesta obra é se as cláusulas de imutabilidade persistem quando o povo for chamado a participar diretamente do processo de reforma constitucional, intervindo diretamente no processo legislativo de criação da emenda.

O problema aqui tratado é, portanto, novo porque diz respeito à possibilidade do exercício de controle judicial de constitucionalidade sobre emenda à Constituição aprovada por referendo.

De fato, a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda não enfrentaram os problemas decorrentes de controle de constitucionalidade de norma submetida ao crivo direto da vontade popular.

Deste modo, esta obra procura oferecer resposta à seguinte pergunta: Pode o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição aprovada por referendo ou isto afronta o princípio constitucional da soberania popular?

Em outras palavras, fica também o povo sujeito às mesmas restrições impostas pelo poder constituinte originário ao Congresso Nacional ou está autorizado a reformar livremente sua Constituição?

Neste caso, sustenta-se aqui que somente é admissível controle judicial de constitucionalidade se e somente se a vontade da maioria parlamentar ratificada pela vontade

da maioria popular infringir algum dos dois princípios fundamentais sobre os quais se sustenta a ideia de Democracia: o princípio da isonomia e o princípio da liberdade.

Desta forma, o Judiciário está autorizado a declarar a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição aprovada por consulta popular apenas se o seu conteúdo ameaçar a própria democracia, ofendendo a regra de igual proteção perante a lei ou cerceando liberdades fundamentais ao funcionamento do regime democrático.

O embasamento teórico desta afirmação, conforme ficará evidente na conclusão, sustenta-se declaradamente na concepção *procedimentalista* de Democracia exposta originalmente por John Hart Ely na obra *Democracia e Desconfiança*, e encampada por Jürgen Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*¹.

Por outro lado, o desenvolvimento deste trabalho se estrutura sobre três temas ou ideias centrais: a ideia de Soberania, a ideia de Democracia e a ideia de Constituição.

A cada um destes grandes temas foi dedicado um capítulo e, em outros dois, abordam-se os temas do referendo – ligados à ideia de Democracia e do controle judicial de constitucionalidade – relacionados à ideia de Constituição.

No primeiro capítulo, examina-se a Soberania desde sua gênese histórica no século XVI, com Jean Bodin, passando pelas teorias de Hobbes e Sieyès, até a concepção historicamente vitoriosa de soberania como soberania popular surgida em *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, em fins do século XVIII. Ao final do capítulo, procurou-se explicar por que a teoria da soberania popular legitimou-se a tal ponto de ser, hoje, praticamente a única aceita.

No segundo capítulo, trata-se do tema Democracia, a começar pela etimologia da palavra e as dificuldades de conceituá-la satisfatoriamente, examinando-se, também, a origem deste sistema de governo na Antiguidade Clássica, sob a forma de democracia direta, até se chegar ao modelo representativo atualmente dominante na maioria dos países; procura-se, ainda, explicar as características que marcam e diferenciam os três tipos de experiências democráticas: a democracia direta, a indireta ou representativa e a semidireta ou participativa.

1 Cf. referências bibliográficas ao final.

Também se analisam as condições empíricas necessárias ao funcionamento de um real Estado Democrático de Direito na atualidade; por fim, examina-se o tipo de democracia institucionalmente adotado pela Constituição brasileira de 1988.

Desdobramento do segundo, o terceiro capítulo é todo dedicado a um importante instituto da democracia participativa, que interessa diretamente a este trabalho: o referendo; subdividindo-se em Etimologia, Origem, História do referendo no Brasil e Distinção entre referendo e plebiscito na doutrina e na legislação brasileiras.

No quarto capítulo, tem lugar o tema da Constituição, a começar pelo estudo da natureza do poder constituinte, e, especialmente, pela distinção entre poder constituinte originário e derivado, concentrando-se, porém, a análise, com mais ênfase, no exame da matéria relativa à imutabilidade constitucional, sobretudo examinando-se a conformação das cláusulas pétreas do Constituição do Brasil de 1988.

O quinto capítulo liga-se diretamente ao anterior e aborda o tema do controle judicial de constitucionalidade, examinando-se, para tanto, sua gênese e os diversos modelos existentes, apontando-se, ainda, as características do modelo adotado pela Constituição brasileira, bem como a justificativa e os limites deste controle.

Na conclusão, tem-se uma síntese dos temas tratados nos capítulos, estabelecendo-se relações entre eles.

Em síntese, procura-se demonstrar que o equilíbrio entre Democracia e Direito é imprescindível à garantia de ambos.

Por fim, espera-se que esta obra possa contribuir de algum modo para o aprofundamento do estudo do controle judicial de constitucionalidade no Brasil ou, ao menos, para suscitar um novo debate sobre o tema.

1. SOBERANIA POPULAR

| 1.1. Conceito

Neste livro, o tema soberania é analisado sob três ordens: o problema do significado, o problema da titularidade e o problema da legitimidade.

O problema do significado antecede aos demais porque não é possível oferecer respostas aos problemas relativos à titularidade e legitimidade, sem primeiro compreender o conceito de soberania.

O problema semântico demanda, portanto, resposta à pergunta: O que é soberania, afinal?

O problema da titularidade do poder soberano implica responder às seguintes perguntas: De onde provém o poder soberano? Quem deve ser o titular da soberania?

Finalmente, o problema da legitimidade é questão ética estreitamente ligada ao problema da titularidade e implica responder às seguintes questões: Qual a justificativa para atribuir ao povo o poder soberano? A soberania popular pode ser delegada?

| 1.2. O conceito de soberania: soberania, poder e Estado

A raiz etimológica do vocábulo soberania está nas palavras latinas *super omnium*, significando, em português, *acima de tudo*², sendo provável que tenha ingressado no vernáculo pelo termo francês *souveraineté*.

Todavia, não é possível falar em soberania sem falar em poder, porque soberano é adjetivo que se emprega para qualificar o poder em grau máximo, dito, portanto, *poder soberano*.

Tanto para a Ciência Política quanto para a Ciência do Direito, conceituar soberania nunca foi tarefa fácil, porque a noção é complexa e difícil de ser apreendida por inteiro.

2 SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 805.

De qualquer modo, na literatura jurídica brasileira, é na obra de Darcy Azambuja que se pode encontrar explicação bastante completa do termo:

“Tomada em sua acepção exata, diz Carré de Malberg, a soberania designa não o poder, mas uma qualidade do poder do Estado. A soberania é o grau supremo que esse poder pode atingir, supremo no sentido de não reconhecer outro poder juridicamente superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado. Quando se diz que o Estado é soberano, deve entender-se que, na esfera da sua autoridade, na competência que é chamado a exercer para realizar sua finalidade, que é o bem público, ele representa um poder que não depende de nenhum outro poder, nem é igualado por nenhum outro dentro do seu território. Assim, quando o Estado traça normas para regular as relações dos indivíduos que lhe estão sujeitos, sobre o comércio, a indústria etc., exerce o poder de modo soberano. As regras que edita são coativamente impostas, sem que nenhum outro poder ou autoridade interfira ou se oponha.”³

Em Azambuja sobressai, pois, além do poder, outro elemento a que se liga, indissociavelmente, à noção de soberania: o Estado; pois, no mundo atual, o poder soberano se exerce através do Estado, seu veículo de expressão.

Sinteticamente, pode-se, pois, conceituar soberania como *o poder que, por meio do Estado, reúne condições de se impor ilimitadamente sobre quaisquer outros e que, de fato, se impõe livre de constrangimentos, sem contrastes, decidindo, em última instância, e efetivando suas decisões inclusive pela coação física, se necessário*. É, em uma frase, o exercício estatal da *summa potestas*.

| 1.3. O nascimento da ideia e o problema da titularidade do poder soberano

A Antiguidade Clássica desconheceu a noção de soberania, não havendo referência à ideia em obras políticas como *A República*, de Platão; *a Política*, de Aristóteles; ou *Da República*, de Cícero.

De qualquer modo, é provável que, durante o Império Romano, juristas latinos a tenham intuído num sentimento indefinido a que chamavam de *majestas*.

É somente em 1576, porém, que a palavra soberania surge pela primeira vez na literatura política, na obra *Os Seis Livros da República*, do jurista francês Jehan Bodin.

3 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008, pp. 68-69.

Ocorre que a noção de soberania somente pôde se formar à medida que as circunstâncias sociais e políticas permitiram que emergisse com nitidez na Europa do início da Era Moderna, como justificativa teórica para o poder político das monarquias absolutas, vitoriosas das lutas pelo poder temporal travadas contra o decadente poder feudal e o ainda influente poder eclesiástico.

Naquele contexto histórico, a França renascentista era o palco da mais intensa disputa política entre o rei, a nobreza e o clero, de modo que, naturalmente, as circunstâncias concorreram para que ali se gestasse, pela primeira vez, a ideia de poder soberano.

E, provavelmente, o impulso decisivo para que Bodin formulasse sua concepção de soberania foram as guerras religiosas entre católicos e protestantes que dividiam os franceses e culminaram, em 1572, no massacre da noite de São Bartolomeu, levando-o a aderir ao partido denominado *Políticos* que, em meio à insegurança generalizada, via no rei a única autoridade em condições de reagir e pôr fim à guerra religiosa interna que ameaçava a unidade do país.

“Um partido, chamado dos Políticos, dominado pela elevada figura do chanceler Michel de l’Hôpital, separava-se simultaneamente do partido católico e do partido protestante. Aceitava o fato consumado, que era a ruptura da unidade cristã, admitia ‘o fato protestante’; pregava a tolerância, tímido germe da liberdade de consciência. Por outro lado, situava o rei acima do debate católico-protestante, recusava torná-lo um chefe de partido, querendo ver nele apenas o árbitro e o protetor supremo de todos os cultos. O rei forte, conservando vigorosamente nas mãos, contra os ventos e marés dos fanatismos exaltados, a autoridade soberana: tal era, aos olhos dos Políticos, a única âncora de salvação. Assim, e somente assim, poderia assegurar-se manter-se a unidade da nação não obstante a dualidade de religião, – só assim poderia evitar-se, ao mesmo tempo a intolerância, a anarquia.”⁴

Contudo, não seria um rei secularmente dependente da nobreza e sujeito à autoridade da Igreja que teria condições de se impor sobre as disputas religiosas e restabelecer, ainda que pela força, a paz, senão um monarca investido de poderes absolutos.

O que Jehan Bodin pretendeu foi, portanto, criar uma justificativa teórica para o absolutismo real, assentada racionalmente sobre o conceito de soberania, conforme expresso

4 CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Agir, 1989, p. 51.

no extenso *Les Six Livres de la République*: “*République est un droit gouvernement de plusieurs menages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine.*”⁵

Neste ponto, é preciso recordar que a palavra Estado, no sentido que atualmente a empregamos, era desconhecida àquela época e que o vocábulo República é empregado literalmente como sinônimo de coisa pública, conforme a acepção etimológica do termo corrente àquele tempo e não como forma de governo, consoante o uso contemporâneo.

Ainda, segundo o jurista francês, era fundamental que a comunidade política em geral estivesse enfeixada por um poder uno e indivisível que lhe garantisse coesão, sob risco de não poder se sustentar e dissolver-se na anarquia, conforme via ocorrer na França:

*“Assim como o navio não é mais do que madeira informe quando se lhe tira a quilha, que sustém o costado, a proa, a popa e o convés, também a República, sem poder soberano, que une todos os membros e partes da mesma e todos os lares e colégios num só corpo, não é mais República.”*⁶

No entanto, para Bodin a principal característica do poder soberano não era a unidade ou indivisibilidade, como à primeira vista poderia parecer, mas o poder exclusivo e incondicionado de legislar.

Ele percebia com clareza que as leis e costumes feudais e os editos papais eram os maiores obstáculos ao estabelecimento e manutenção de um poder político forte e centralizado na figura do rei.

Segundo entendia, o monarca somente possuiria, de fato, poder soberano, se e quando pudesse ver-se livre das amarras do corpo legislativo medieval e canônico e promulgasse com exclusividade a legislação do país.

Era fundamental, pois, que o rei pudesse, incondicionadamente, suprimir a ordem legal precedente e criar outra em seu lugar, afirmando, desta maneira, seu poder, enfim, era imprescindível que detivesse o monopólio da atividade legislativa, do Direito positivo.

5 Definição encontrada no Capítulo I do Livro Primeiro, em edição em fac-símile, de 1961, da Scienza Aalen, que reproduz edição de 1583, que circulou em Paris.

6 BODIN, Jehan, 1576, *apud* CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Agir, 1989, p. 54.

Nesse ponto, reside precisamente o gênio de Bodin porque, não fosse o primeiro pensador a estabelecer com nitidez os contornos da *souveraineté*, soube enxergar, desde o início, sua mais importante característica.

“É necessário que os soberanos não estejam, de forma alguma, sujeitos às ordens de outrem e que possam dar leis aos súditos, quebrando ou aniquilando as leis inúteis para fazer outras... Eis porque diz a lei: que o príncipe está absolvido (absolutus) do poder das leis...”

É precisamente aí, nessa faculdade de dar e de eliminar a lei, que reside a primeira, a mais importante, das verdadeiras características da soberania: ‘a primeira característica do príncipe soberano é o poder de dar lei a todos em geral, e a cada um em particular... sem o consentimento de quem quer que seja, maior ou menor: pois, se o príncipe está obrigado a não promulgar lei sem o consentimento de um maior, é verdadeiro súdito; se de um igual, será sócio; se dos súditos, quer do senado, quer do povo, não é soberano’. Mas os costumes? ‘A lei pode abolir os costumes, e o costume não pode derogar a lei.’ Todas as outras características da soberania acham-se compreendidas nesta, ‘de modo que, propriamente falando, pode dizer-se que só ela existe.’”⁷

De fato, é inegável que o núcleo da ideia de soberania reside no poder de ditar leis, porque é por meio da legislação que o titular do poder soberano impõe o Direito conforme a sua vontade.

No século XVI, o poder absoluto das nascentes monarquias europeias encontrava, pois, no neologismo cunhado por Bodin, seu fundamento teórico.

“Mas o principal ponto da República, que é o direito de soberania, não pode existir nem subsistir, propriamente falando, senão na Monarquia, pois ninguém pode ser soberano numa República a não ser um só. Havendo dois, três ou mais, nenhum é soberano, porque nenhum pode dar a lei a seu igual ou deste a receber. Imagine-se então um corpo de muitos senhores ou de um povo mantendo a soberania, não tendo esta verdadeiro súdito nem sustentáculo, não tendo um chefe com poder soberano, para unir com os outros.”⁸

A partir de então, ocorreu de se passar a identificar soberania com governo monárquico e a palavra soberano passou a identificar a figura do rei, a ser sinônimo de rei, seu único titular.

7 CHEVALLIER, Jean-Jacques, *op. cit.*, pp. 55-56.

8 BODIN, Jehan, 1576, *apud* CHEVALLIER, Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 59.

Por outro lado, é provável que a ideia de soberania real parecesse bastante natural à Bodin porque, entre outras razões, à época não havia condições históricas para atribuí-la a instituições abstratas e ainda indefinidas como a Nação ou o Estado.

Aliás, como já dito, no século XVI, a ideia de Estado não havia sequer aparecido da forma que modernamente a conhecemos:

“A palavra Estado, no sentido em que hoje a empregamos, é relativamente nova. Os gregos, cujos Estados não ultrapassavam os limites da cidade, usavam o termo polis, cidade, e daí veio política, a arte ou ciência de governar a cidade. Os romanos, com o mesmo sentido, tinham civitas e respublica. Em latim, status não possuía a significação que hoje lhe damos, e sim a de ‘situação’, ‘condição’. Empregavam os romanos frequentemente a expressão status reipublicae para designar a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado. Talvez daí, pelo desuso do segundo termo, tenham os escritores medievais empregado status com a significação moderna. Mas, ainda muito posteriormente, na linguagem política e em documentos públicos, o termo Estado se referia de preferência às três grandes classes que formavam a população dos países europeus, a nobreza, o clero e o povo, os Estados, como eram abreviadamente designados. Reino e república eram as palavras que traduziam a idéia de organização política, não tendo república nenhuma relação com a forma de governo, em oposição à monarquia. De modo geral, no entanto, pode-se dizer que, do século XVI em diante, o termo Estado vai aos poucos tendo entrada na terminologia política dos povos ocidentais: é o État francês, Staat alemão, em inglês State, em italiano Stato, em português e espanhol Estado.”⁹

No século seguinte, a ideia de soberania real ganhou força, por influência de *O Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, obra de filosofia política publicada por Thomas Hobbes em 1651, primeira a empregar o vocábulo Estado no sentido contemporâneo.

Logo na introdução do livro, Hobbes antecipa sua preocupação fundamental com a segurança individual de cada homem vivendo em sociedade e apresenta um resumo de sua visão mecanicista do mundo que enxerga no Estado *Leviatã* o verdadeiro titular da soberania, justamente para consecução da paz social – razão de ser do Estado:

“Do mesmo modo que tantas outras coisas, a natureza (a arte mediante a qual Deus fez e governa o mundo) é imitada pela arte dos homens também nisto:

9 AZAMBUJA, Darcy, *op. cit.*, p. 23.

que lhe é possível fazer um animal artificial. Pois vendo que a vida não é mais do que um movimento dos membros, cujo início ocorre em alguma parte principal interna, por que não poderíamos dizer que todos os autômatos (máquinas que se movem a si mesmas por meio de molas, tal como um relógio) possuem uma vida artificial? Pois o que é o coração, senão uma mola; e os nervos, senão outras tantas cordas; e as juntas, senão outras tantas rodas, imprimindo movimento ao corpo inteiro, tal como foi projetado pelo Artífice? E a arte vai mais longe ainda, imitando aquela criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o Homem. Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim Civitas), que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pelos quais, ligados ao trono da soberania, todas as juntas e membros são levados a cumprir seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais são a força; Salus Populi (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, através dos quais todas as coisas que necessita saber lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; e a guerra civil é a morte.”¹⁰

Na segunda parte da obra, o pensador inglês parte de uma concepção profundamente pessimista da natureza humana - violenta e cruel em estado natural - para desenvolver o que para alguns é a primeira teoria contratualista sobre a origem do Estado, já conhecidas, no entanto, desde a Idade Média¹¹ e, ao final, levantar um verdadeiro monumento retórico em favor de se dotar o soberano de poderes absolutos:

“E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior), é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servi-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por

10 HOBBS, Thomas. *O Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (Coleção Os Pensadores: Thomas Hobbes de Malmesbury). São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 27.

11 “Na verdade, os teólogos da Idade Média haviam distinguido dois contratos. Pelo primeiro, dito pactum unionis ou societatis, os homens, isolados do estado natural, constituíam-se em sociedade. Pelo segundo, dito pactum subjectionis, ou de submissão, a sociedade assim constituída, transferindo ou alienando seus poderes sob certas condições, estabelecia um senhor, um soberano.” Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques, *op. cit.*, p. 71.

mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente permite aos homens viver.”¹²

“Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante) todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes dos homens.”¹³

“Como a grande autoridade é indivisível, e inseparavelmente atribuída ao soberano, há pouco fundamento para a opinião dos que afirmam que os reis soberanos, embora sejam singulis majores com maior poder que qualquer de seus súditos, são apesar disso universis minores com menos poder do que eles todos juntos. Porque se por todos juntos não entendem o corpo coletivo como uma pessoa, nesse caso todos juntos e cada um significam o mesmo, e essa fala é absurda. Mas se por todos juntos os entendem como uma pessoa (pessoa da qual o soberano é o portador), nesse caso o poder de todos juntos é o poder do soberano, e mais uma vez a fala é absurda; absurdo esse que veem com clareza sempre que a soberania reside numa assembleia do povo, mas que num monarca não veem; todavia, o poder da soberania é o mesmo, seja a quem for que pertença.”¹⁴

Não obstante Hobbes acreditasse, tanto quanto Bodin, que um rei com poderes absolutos fosse a melhor forma de garantir a paz interna também na Inglaterra do século XVII - dilacerada por disputas religiosas entre católicos, protestantes anglicanos e puritanos e, também, por disputas políticas entre a dinastia dos Stuarts e o Parlamento - distinguiu-se do francês por entender que a o rei não era, propriamente, o titular da soberania, que se desloca, em sua obra, para o Estado.

Tal situação fica evidente na passagem em que afirma, pragmática e utilitariamente, que, se o rei não for capaz de garantir a segurança dos súditos, ficariam estes desobrigados para com ele:

“Entende-se que a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-

12 HOBBS, Thomas, *op. cit.*, p. 114.

13 *Ibidem*, p. 145.

14 *Ibidem*, pp. 150-151.

-los. Porque o direito que por natureza os homens têm de defender-se a si mesmos não pode ser abandonado por pacto algum.”¹⁵

Em outro sentido, porém, Hobbes compreendia, tal como Bodin, que não haveria verdadeira soberania sem o monopólio da legislação:

“Em sétimo lugar, pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por nenhum de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam propriedade. Porque antes da constituição do poder soberano (conforme já foi mostrado) todos os homens tinham direito a todas as coisas, o que necessariamente provocava a guerra.”¹⁶

Ocorreu assim de os defensores do absolutismo real simplificarem as palavras de Bodin e, especialmente, de Hobbes, reduzindo a uma só e mesma coisa soberania, Estado e monarquia.

Soberania tornou-se, então, sinônimo de Estado, que passou a se confundir com o rei, sinonímia que encontrou na famosa frase atribuída a Luís XIV seu epítome: *!État c'est moi*.

As coisas começam a mudar somente no último quarto do século XVIII, quando surge, mais uma vez na França, obra política de peso suficiente para se contrapor à força dos argumentos de Bodin e Hobbes, deslocando, no campo das ideias, a soberania para a Nação.

Surgida nos primeiros dias de 1789, *Que é o Terceiro Estado?*, de Sieyès, constitui verdadeiro manifesto político contra os persistentes privilégios feudais, econômicos e legais da nobreza e também do clero francês às vésperas da revolução.

Trata-se de uma exaltada defesa da burguesia como legítima representante da nação gaulesa e da necessidade da adequada representação desse estrato social perante a Assembleia Nacional — *Os Estados Gerais*.

“O Terceiro Estado é uma nação completa.’ Para que uma nação subsista e prospere, que é preciso? Trabalhos particulares e funções públicas. Ora o Terceiro suporta sozinho os trabalhos particulares que sustentam a sociedade: agricultura, indústria, comércio, profissões científicas e liberais, ‘até aos menos prezados serviços domésticos!’ Quanto às funções públicas, - isto é, administração, Igreja

15 Ibidem, p. 178.

16 Ibidem, p. 148.

ja, magistratura, espada, - delas forma o Terceiro, por toda parte, os dezenove vigésimos, mas excluído dos lugares lucrativos e honoríficos, reservados aos privilégios sem mérito. Cabe-lhe desempenhar tudo quanto há de penoso no serviço público, tudo quanto os privilegiados recusam fazer. 'Disseram-lhe: quaisquer que sejam os teus serviços, quaisquer que sejam os teus talentos, irás até aí; não passarás adiante. Não convém sejas honrado.' Odiosa iniquidade, e traição à coisa pública, pois, sem a Ordem privilegiada, os lugares superiores seriam ocupados de maneira infinitamente melhor."¹⁷

A identificação da soberania com a nação - soberania nacional - repercutiu imediatamente na França, constando expressamente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - votada definitivamente em outubro de 1789 - e da Constituição de 1791.

"Nele, e só nele [o Terceiro Estado], tomava corpo a unidade do Estado. Esta unidade se realizava, segundo uma sábia metafísica tomada de Rousseau, mas reconsiderada por Sieyès, não mais no povo incorporado, composto pelo conjunto dos indivíduos vivos, mas na Nação. Nação, eis o novo aspecto abstrato do Todo social, uma nova entidade bastante indefinível, uma 'realidade inapreensível que se furta a qualquer percepção concreta' (Bastid), mas que permitia sutis restrições do Poder. O sentimento comum, aliás, nada tendo a fazer de tanta metafísica, tirava de tudo isso uma simples afirmação: o Terceiro era a Nação, as outras duas Ordens não eram a Nação.

Em suma, o lacônico Sieyès, com o seu Que é o Terceiro: Tudo, 'batizara', segundo a expressão de Sainte-Beuve, a fase preliminar da Revolução, como haveria de batizar as fases ulteriores, até a última inclusive, antes do Brumário: 'Preciso de uma espada.' Melhor do que isto, ele lançara, com seis meses de antecedência a grande palavra de ordem, destruidora da monarquia tradicional: o Terceiro sozinho comporta uma Assembléia Nacional! Foi a 17 de junho de 1789, precisamente sob o impulso de Sieyès, - é tempo, cortemos a amarra', dissera ele no início dessa nova fase, - que o Terceiro, por um verdadeiro golpe de Estado contra a ordem estabelecida, proclamou-se efetivamente Assembléia Nacional. Em breve, a Assembléia acrescentava a seu título o de Constituinte. Em seguida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão enunciava o dogma fundamental do Direito Público francês: 'O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação.' Assim, 'a Nação' substituía juridicamente o rei, enquanto esperava a vez de ser substituída, em 1793, pelo 'povo'¹⁸

17 CHEVALLIER, Jean-Jacques, *op. cit.*, pp. 195-196.

18 *Ibidem*, p. 202.

Não obstante a pronta acolhida da obra de Sieyés na França, a mais influente e duradoura teoria política sobre a origem do poder foi desenvolvida por Jean-Jacques Rousseau mais de vinte e cinco anos antes, no *Contrato Social*, surgido em 1762.

Segundo o idealizador da chamada *vontade geral*, em verdade o povo é a única fonte do poder soberano do Estado – frase hoje lida em praticamente todas as Constituições do mundo ocidental – sendo a soberania popular inalienável e indivisível quanto à sua titularidade, estando assim justificada:

*“Não sendo o Estado ou a Cidade mais que uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, torna-se-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente a todos. Assim como a natureza dá a cada homem poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, ganha, como já disse, o nome de soberania.”*¹⁹

*“Afirmo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade.”*²⁰

*“A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte. No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito, de um decreto.”*²¹

Por outro lado, embora reconhecendo que os homens são naturalmente diferentes quanto às aptidões físicas e intelectuais, afirma que todos nascem livres e que, por essa razão, direito natural algum pode justificar a servidão e a tirania, explicando-se a desigualdade de direitos de fato encontrada entre iguais somente pela força:

“O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte – direito aparentemente tomado com ironia e na realidade estabelecido como princípio. Jamais alcançaremos uma explicação dessa palavra? A força é um poder físico; não imagino que moralidade possa resultar de seus efeitos. Ceder à força

19 ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução por Lourdes Santos Machado (Coleção Os Pensadores: Rosseau, vol. I). São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, pp. 95.

20 Ibidem, p. 86.

21 Ibidem, p. 87.

constitui ato de necessidade, não de vontade; quando muito, ato de prudência. Em que sentido poderá representar um dever? [...] Convenhamos, pois, em que a força não faz o direito e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos.”²²

“Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para quem a tudo renuncia. Tal renúncia não se compadece com a natureza do homem, e destituir-se voluntariamente de toda e qualquer liberdade equivale a excluir a moralidade de suas ações.”²³

Ainda de acordo com Rousseau, o *contrato social* surge porque, não obstante livres, os homens dependem mutuamente uns dos outros para escaparem aos perigos do estado natural, razão pela qual consentem em viver em sociedade, sem, no entanto, renunciar à sua liberdade inicial em favor de algum soberano que lhes garanta proteção, como entendia Hobbes:

“Suponhamos os homens chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado da natureza sobrepujam, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de modo de vida, pereceria.

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outros meios de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impelindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto.

[...]

*‘Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livres quanto antes.’
Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece.”²⁴*

Na verdade, para Rousseau, os homens se associam a fim de que a liberdade inicial de cada um não sucumba à tirania dos mais fortes, de modo que é o pacto social que sustenta a integridade da sociedade e a autoridade do Estado:

22 Ibidem, pp. 59-60.

23 Ibidem, p. 62.

24 Ibidem, pp. 69-70.

“Visto que homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito, só restam as convenções como base a toda autoridade legítima existente entre os homens.”²⁵

Paradoxalmente, a fim de não perder a liberdade e garantir a segurança recíproca, cada pessoa deve alienar todos os seus direitos à sociedade política, não existindo liberdades privadas imunes ao alcance das disposições do pacto social:

“Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais.

[...]

Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem.”²⁶

Rousseau idealiza, ainda, o que chama de *vontade geral* - o ponto mais controvertido do contrato social - espécie de consciência coletiva voltada à busca do bem comum, verdadeiro espírito público a que devem se subordinar os interesses particulares e que deve orientar as disposições do pacto social.

A única e legítima fonte do poder dos governantes é, pois, para Rousseau as convenções e os pactos sociais e políticos que os homens celebram entre si - expressão da *vontade geral*:

“Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: ‘Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.’”²⁷

E, embora não consiga definir, com rigor, o que seja a vontade geral, Rousseau acaba por aceitar a regra da maioria como expressão daquela, quando admite que apenas o pacto inicial pelo qual os homens concordam em viver em sociedade e se submeter às regras e convenções sociais precisa de aprovação unânime:

25 Ibidem, p. 61.

26 Ibidem, pp. 70- 71.

27 Ibidem, p. 71.

“Com efeito, caso não haja convenção anterior, a menos que a eleição fosse unânime, onde estaria a obrigação de se submeterem os menos numerosos à escolha dos mais numerosos?”

“Donde sai o direito de cem, que querem um senhor, votar em nome de dez, que não o querem de modo algum? A lei da pluralidade dos sufrágios é, ela própria, a ins-tituição de uma convenção e supõe, ao menos por uma vez, uma unanimidade.”²⁸

Finalmente, a preocupação de Bodin, expressa dois séculos antes, com o monopólio do poder normativo, característica determinante da noção de soberania, também é encontrada em Rousseau:

“As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade.”²⁹

Luís XIV estava, assim, inapelavelmente desmentido por obra de Sieyès e, principalmente, de Rousseau, e o elo que parecia indissolúvel entre poder soberano e a forma monárquica de governo se desfazia ao mesmo tempo nos campos ideológico, político e jurídico ao final no século XVIII.

No que respeita, portanto, à resposta ao problema da titularidade do poder soberano, é preciso dizer que a distinção final entre a teoria da soberania nacional de Sieyès e a da soberania popular de Rousseau não é inútil discussão acadêmica, mas, ao contrário, tem importante repercussão prática no campo jurídico e político.

De fato, a menos que se entenda que nação e povo são uma só e mesma coisa, identificar a soberania com aquela ou com este implicará em diferentes formas de organização jurídica de exercício do poder político e em maior ou menor grau de participação e intervenção popular nas decisões políticas do Estado.

“É justamente a ênfase na soberania nacional (e não popular) que ensejará a maioria das polêmicas sobre representação e exercício direto da democracia. Se a nação é representada pelo Parlamento, a ele, e exclusivamente a ele, cabe a representação política. A soberania parlamentar substitui, portanto, a soberania popular.”³⁰

28 Ibidem, p. 68

29 Ibidem, p. 108.

30 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pp. 53-54.

Ocorre que nação é uma entidade metafísica de difícil definição sociológica e jurídica e, portanto, sempre polêmica, constituindo, para alguns, uma comunhão de língua, de valores cívicos e culturais e até étnicos e religiosos; para outros, importa tão-somente o sentimento de pertencimento à pátria, de ligação à terra de nascimento.

Assim, conforme o viés ideológico, o tempo histórico ou o local, a ideia de nação pode ser mais ou menos elástica: é restrita para os nacionalistas e ampla para os humanistas.

O conceito de povo, por sua vez, é menos sujeito a controvérsias porque pessoas têm existência real, é possível quantificá-las, podendo se dizer que povo é a totalidade dos habitantes de um Estado ou dos naturais de um país.

É possível, também, identificar, *stricto sensu*, povo com cidadãos, isto é, com o conjunto dos nacionais investidos de direitos políticos, especialmente, do direito de voto.

Resta evidente, portanto, que tal conceito suporta critérios determináveis, definições mais precisas, menos dissenso.

Dito isso, pode-se afirmar, sem risco de errar, que qualquer concepção política que situe em algo diverso do povo a titularidade do poder soberano, não é verdadeiramente democrática.

Nesse sentido, a doutrina da soberania nacional não pode, a rigor, ser classificada como democrática, na medida em que situa em algo praticamente indefinível e não necessariamente identificável com o povo, o poder do Estado.

De fato, se a vontade popular é aferível pelas urnas, como saber qual é a vontade da nação?

Ao contrário da vontade popular, a vontade da nação, precisa, pois, sempre de tradução, de intérprete.

A doutrina da soberania nacional pressupõe, portanto, desde sua origem, um intérprete da vontade nacional, um oráculo, um porta-voz da nação.

E, no contexto social e político francês do final do século XVIII, quando surgiu a ideia de soberania nacional, quem era o legítimo tradutor da vontade da nação nos *Estados Gerais*, senão o Terceiro Estado.

Se é certo que interessava à burguesia francesa uma reforma parlamentar, de modo que os votos na Assembleia Nacional não fossem contados por *Estado* e, sim, pelo número de cadeiras no Parlamento - pois o Terceiro Estado já possuía a maioria dos assentos-, não lhe interessava uma reforma eleitoral, pois o sistema vigente, à época, lhe garantia a eleição da maioria dos representantes na composição do Terceiro Estado, portanto, seu controle.

Sob esta perspectiva, a teoria da soberania nacional é verdadeiramente oligárquica, pois, ainda que indiretamente, aceita que a titularidade do poder soberano caiba à parcela da nação que logre controlar o Parlamento.

Por outro lado, a teoria da soberania popular de Rousseau é radicalmente igualitária, na medida em que sustenta que cada indivíduo é titular de uma fração da soberania política do Estado.

Daí resultam pelo menos três implicações práticas importantes: (a) a primeira, diz respeito à igualdade de representação no Parlamento, sintetizado no princípio *one man one vote*, de modo que o voto de cada indivíduo tenha igual peso na eleição dos seus representantes; (b) a segunda, respeita à igualdade de voto dentro do Parlamento, de modo que o voto de cada representante eleito seja contado por cabeça; (c) por fim, sendo cada indivíduo titular de fração da soberania política, atingida uma idade mínima, todos devem ter direito de voto, sem restrições em razão de critérios censitário, de cor, sexo, religião etc.

Nesse sentido, a doutrina da soberania popular foi decisiva, por exemplo, para a conquista do voto feminino em diversos países ao longo do século XX, constituindo o suporte teórico para a concretização do sufrágio universal.

Todas essas razões permitem afirmar que a doutrina da soberania popular é efetivamente a única doutrina política verdadeiramente democrática.

Historicamente, foi esta concepção sobre a origem e titularidade do poder político que influenciou os líderes da Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, penetrando pela primeira vez no Direito ocidental por meio da Constituição redigida em 1787:

“Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para nossos descendentes os

*benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.*³¹

Na França, porém, foi a doutrina da soberania nacional que vingou com força, primeiro na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: *“O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo político e nenhuma autoridade pode exercer autoridade que dela não emane explicitamente.”*³²

E, em seguida, na primeira Constituição francesa, de 1791: *“A soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à nação; nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-se-lhe o exercício.”*³³

Posteriormente, a doutrina de soberania popular somente conseguiu se firmar no espírito político francês no século XX e, ainda assim, paradoxalmente conciliada com a noção de soberania nacional, conforme fórmula que consta da Constituição francesa de 1946, mantida na revisão de 1958: *“a soberania nacional pertence ao povo francês”*.

| 1.4. A legitimidade da teoria da soberania popular

A história da soberania ou do poder soberano no Ocidente pode ser contada, a partir da Idade Moderna, como sendo a história do deslocamento da titularidade do poder político do Rei para o Estado, do Estado para a Nação e da Nação para o Povo.

Hoje, é dominante no mundo a concepção ideológica que vê no povo o único e fiel depositário da soberania.

Esta é a ideologia política e jurídica historicamente vitoriosa, muito embora a marcha histórica não tenha ocorrido sem retrocessos.

No século XX, ideologias totalitárias como o fascismo e o nacional-socialismo promoveram um retorno efetivo à ideia hobbesiana, segundo a qual todo poder soberano pertence ao Estado, concebido como a totalidade da nação e do povo, sem espaço para a dualidade governo-sociedade civil.

31 Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América, 1787.

32 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 3º.

33 Constituição da França, 1791, Título III, art. 1º.

Ocorre que o Estado não se confunde com a sociedade que o sustenta, sendo apenas a organização jurídica do poder político exercido sobre a população de dado território, conforme o Direito positivo, ao passo que soberania é atributo indispensável ao exercício desse poder.

É a soberania que justifica e torna possível ao Estado o monopólio da força, isto é, da coação física sobre os indivíduos situados nos limites de seu espaço geográfico, de um modo tão amplo quanto tão bem ilustrado por H. J. Laski:

“O Estado pode decidir esmagar-me de impostos, pode opor-se à prática de minha religião, pode obrigar-me a sacrificar a vida em uma guerra que eu considere moralmente injusta, pode negar-me os meios de cultura intelectual, sem os quais, no mundo moderno, não conseguirei desenvolver minha personalidade.”³⁴

Se, no âmbito interno, soberania estatal é o poder acima de qualquer outro; sob o ângulo externo, soberania consiste no poder em condições de se relacionar em pé de igualdade com outro poder estatal soberano equivalente.

Assim, embora no plano interno não seja possível tolerar mais de uma soberania estatal – o que seria sua própria negação –, no plano internacional, podem coexistir, como de fato coexistem, diversos Estados soberanos, espelhos de si mesmos.

Porém, há Estados não soberanos no âmbito internacional, como aqueles membros de uma federação, que são mancos de soberania, na medida em que não a exercem externamente, não podendo se relacionar equitativamente com outros Estados no plano internacional.

Mas, se os Estados membros de uma federação não podem individualmente firmar tratados, declarar guerra ou celebrar a paz, já não são soberanos em sentido pleno, não obstante, internamente, possam gozar de poder incontrastável no âmbito de suas competências constitucionais, como bem ilustra o exemplo, por excelência, da federação dos Estados Unidos da América.

Dizer que a soberania é algo que pertence ao Estado é, pois, confusão semântica, já que, conforme demonstrado, há Estados que não gozam de plena soberania.

Em verdade, pois, o Estado não é o titular da soberania, a soberania não pertence ao Estado, senão é apenas qualidade emprestada ao poder estatal por delegação do povo

34 LASKI, H. J. *Grammaire de la politique*, 1933, apud AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008, p. 21.

para o exercício das funções públicas, que, em última instância, visam a realização do bem comum ou a *vontade geral* de Rousseau.

De outra parte, o povo não aliena aos seus representantes o poder soberano de conduzir seu destino político.

A soberania continua sempre, em última instância, nas mãos do povo que, a qualquer momento, pode exercê-la por meio de uma assembleia constituinte composta por representantes eleitos para reorganizar o Estado ou, imediatamente, por meio de institutos da democracia direta como, por exemplo, o plebiscito, o referendo ou a iniciativa popular de leis.

A vitória das democracias liberais na Segunda Guerra Mundial e o colapso dos regimes comunistas na maior parte do mundo a partir de 1989 fizeram ruir de vez a concepção totalitária de que é o Estado o titular da soberania.

No final do século XX, arraigou-se na consciência coletiva dos povos a visão de mundo rousseauiana de que o povo – e não uma fração sua: a classe operária, segundo a concepção marxista – é o verdadeiro titular da soberania e a democracia é o único regime de governo pelo qual a vontade popular encontra meios de expressão.

Mas, qual a justificativa ética para se atribuir ao povo e, não, por exemplo, à nação, o poder soberano?

O princípio da isonomia é a justificativa ética da ideia de soberania popular, porquanto, se todos são iguais, a soberania não pode residir em um só homem - o monarca - ou em grupo de homens - a aristocracia - ou, muito menos, em algum ente intangível como a Nação ou o Estado.

De fato, se soberania é poder em grau máximo, legitima-se pela busca do interesse comum do povo, pois não há argumento ético aceitável que justifique conferir a alguém, ou a alguns, poder soberano para agir tendo em consideração seus próprios e particulares fins.

E, se é sempre problemático identificar o que seja em cada questão o interesse comum, melhor, então, que o próprio povo o decida, traduzindo-o em leis votadas por representantes eleitos ou, sempre que possível, por si próprio, por meio do exercício da democracia direta.

Eis a razão pela qual o titular da soberania é o povo, não o governante, ou o Estado, ou mesmo o Parlamento.

O povo confia ao Estado apenas o *exercício* do poder soberano para, em seu nome, agir na concretização do interesse geral e esse exercício somente se legitima, se empregado na persecução do interesse comum residente na vontade popular expressa nas leis votadas pelo Parlamento e, eventualmente, com o recurso à consulta popular direta por meio de plebiscitos ou referendos.

Mas, então, por que é legítimo conferir o exercício do poder soberano ao Estado, isto é, qual a justificativa para fazer do Estado a última instância de decisão nas sociedades humanas e dotá-lo da capacidade de submeter, inclusive pela força, os indivíduos e as demais instituições sociais à sua vontade?

Em primeiro lugar, justifica-se a delegação do exercício do poder soberano ao Estado para concretização do interesse público, especialmente, por meio do Poder Executivo, porque, por razões óbvias, é impossível, nas superpopulosas e complexas sociedades modernas, que o povo exerça diretamente em cada caso seus poderes soberanos.

Em segundo lugar, porque, estando juridicamente organizado sob o Direito positivo, o Estado exercerá o poder sempre sob fiscalização e dentro dos limites traçados por leis votadas por representantes eleitos pelo povo, de modo a não poder fazê-lo arbitrariamente.

Assim é que o Estado corporifica a soberania apenas e na medida em que representa juridicamente a vontade popular expressa na Constituição e nas leis do país.

E, a fim de que os governantes não se esqueçam jamais de que o povo é o titular e a única fonte da autoridade do Estado é que praticamente todas as constituições modernas declaram, logo de início, o mesmo que a Constituição brasileira explicita em seu primeiro artigo: “Art. 1º. [...] *Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

2. DEMOCRACIA

| 2.1. O que é democracia: etimologia, origem e história

Segundo o Moderno Dicionário Michaelis, o vocábulo democracia é assim definido: “*sf (gr demokratía) 1 Governo do povo, sistema em que cada cidadão participa do governo; democratismo. 2 A influência do povo no governo de um Estado. 3 A política ou a doutrina democrática. 4 O povo, as classes populares.*”³⁵

Conforme denuncia o étimo, o exercício do poder político pelo povo teve origem na antiga Grécia, em Atenas, no 5º século a. C., sob o governo de Clístenes, conhecendo seu apogeu durante o governo de Péricles, eleito e reeleito várias vezes entre os anos 443 e 429 a.C.

Do modo como os gregos a conceberam, só era verdadeira democracia a democracia direta ou a maneira de governar pela qual o povo - reunido em assembleias (*eclesias*), que tinham lugar em praça pública (*ágora*) - decidia através do voto e sem intermediários os assuntos de interesse da *polis*.

Contudo, a ideia de que homens livres pudessem decidir por si próprios o destino político da cidade podia parecer, àquele tempo, bastante estranha e mesmo contrária ao Direito Natural.

Ocorre que a prática do autogoverno em uma época e sociedade cuja organização política deveria refletir a perfeição do cosmos, surpreende, se se considerar que os gregos possuíam uma mitologia repleta de deuses egoístas e tiranos e sua organização social deveria obedecer à perfeição às leis naturais ditadas pelos deuses.

Por outro lado, a descentralização política do mundo grego, formado por várias cidades-estados livres e autônomas, permitia o experimento de variadas formas de governo, o que era impensável pudesse ocorrer nos vastos impérios da antiguidade, como o Império Persa, por exemplo, que só conheceu governos monocráticos.

35 MICHAELIS: *moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 651.

“A Grécia clássica não era um país no sentido moderno, um lugar em que todos os gregos vivessem num único estado, com um governo único. Ao contrário, a Grécia era composta por centenas de cidades independentes, rodeadas de áreas rurais. Diferente dos Estados Unidos, da França, do Japão e de outros países modernos, os estados soberanos da Grécia eram cidades-estado. A mais famosa desse período clássico foi Atenas. Em 507 a.C. os atenienses adotaram um sistema de governo popular que durou aproximadamente dois séculos, até a cidade ser subjugada por sua vizinha mais poderosa ao norte, a Macedônia.”³⁶

No caso de Atenas, a reduzida população de homens livres e ociosos, sustentados pelo trabalho escravo permitiu o florescimento de intensa vida cultural, que, aliada a uma tradição especulativa, criou condições ideais para que ali surgisse a primeira forma democrática de governo.

“O povo da democracia ateniense não eram todos os indivíduos que viviam de modo permanente sob o governo de Atenas, e sim uma pequena parte deles. Segundo cálculos abalizados, essa população era de 230 a 240 mil pessoas; destas, cerca de 150 mil eram escravos, sem direito algum. Das 90 mil pessoas livres, 60 mil eram mulheres e crianças, também sem direitos políticos, e os habitantes dos arredores da cidade não compareciam geralmente às assembleias políticas; e entre os próprios cidadãos alguns deixavam-se ficar sob as árvores que Cimon mandara plantar na ágora, ou no mercado, ou diante dos tribunais. As decisões mais importantes deviam ser tomadas pelo ‘povo inteiro’, segundo as leis. Na verdade, nesses casos, os cidadãos presentes não eram mais de 6 mil.”³⁷

De qualquer modo, durante vários séculos, o único modelo de governo democrático conhecido foi o de Atenas, não tendo a Idade Média nem mesmo Veneza ou Gênova - durante a Era Moderna - experimentado governos verdadeiramente democráticos.

No início da Idade Contemporânea, porém, o significado da palavra se alterou profundamente e, atualmente, quando se fala em democracia, de modo espontâneo vem logo à mente da maioria das pessoas outro modelo de governo democrático que alcançou viabilidade histórica, qual seja, a democracia representativa, surgida em fins do século XVIII, fruto da Independência Americana e da Revolução Francesa.

36 DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, p. 21.

37 AZAMBUJA, Darcy, *op. cit.*, p.243.

Sua principal diferença do modelo grego reside no fato de que, pela democracia representativa dos modernos, o povo não mais decide diretamente os assuntos de governo, mas periodicamente elege alguns poucos mandatários a quem delega o poder de tomar decisões políticas em seu nome e tendo em conta o interesse comum, sendo por isso também chamada de democracia indireta.

A difusão desse modelo de democracia se deu, entre outras razões, porque a centralização do poder político em Estados nacionais formados por extensos territórios não permitia mais cogitar, seriamente, sobre a possibilidade do estabelecimento fático de uma forma direta e permanente de autogoverno exercido por meio de assembleias populares reunidas nas praças públicas de suas cidades.

Por outro lado, é importante ressaltar que a democracia representativa surgiu como democracia liberal, ou seja, como modelo democrático preocupado muito mais em garantir aos cidadãos direitos ou liberdades individuais imunes à ação das monarquias absolutistas ou uma vida privada livre da ação estatal do que em promover e estimular a efetiva participação popular na gestão dos negócios públicos.

“Após o regime feudal, na Idade Média, e após as monarquias absolutas que se organizaram desde o século XV, surgiu, em fins do século XVIII, nos Estados Unidos da América, e nos fins do século XIX, em quase toda a Europa, a chamada democracia clássica, que se consolidava na Inglaterra desde o século XVII.

A democracia clássica foi a vitória das idéias de liberdade política civil contra o absolutismo, e seus traços característicos poderiam ser assim resumidos: a. o poder político pertence ao povo, é a soberania popular; b. o poder político é exercido por órgãos diferentes, autônomos e independentes; é a teoria da divisão de poderes; c. as prerrogativas dos governantes são limitadas explicitamente pela Constituição; d. são declarados e assegurados os direitos individuais.”³⁸

Por fim, cabe observar que, se a democracia dos modernos teve como principal virtude a gradual universalização dos direitos políticos, especialmente do direito de voto, que foi estendido a todos os homens e mulheres adultos, por outro lado, implicou em inevitável perda de autonomia e poder popular, comparativamente ao modo de exercício direto da Antiguidade Clássica.

38 Ibidem, pp. 245-246.

| 2.2. Dificuldades conceituais e princípios fundamentais

Não é fácil conceituar, abstratamente, democracia e arriscar-se a uma definição concreta que compreenda todos os modelos reais historicamente existentes é tarefa impossível.

“Nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que democracia. Empregado pela primeira vez por Heródoto há quase 2.500 anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado – na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores. Atualmente, na filosofia e na ciência política, vivemos um tempo de democracia confusa, e na realidade de confusão democrática, como disse Sartori.

A desordem começa na etimologia da palavra e espraia-se em regimes que são ou se dizem democráticos e diferem entre si como termos antônimos. Alguns a definem gramaticalmente, e então se percebe que ela nunca existiu e talvez não existirá jamais. Outros procuram descrevê-la tal como ela é, e então verificam que houve e há tantas democracias quanto Estados que a praticaram e praticam. E há os que a conceituam tal como deveria ser, e nessa perspectiva a inteligência e a imaginação criam sistemas que vão do provável ou possível até magníficas e atrozes utopias. Não devemos, porém, nos intimidar diante desse torvelinho ideológico; a observação e a reflexão podem nele descobrir tendências e valores que são realidades na evolução política dos povos.”³⁹

Por outro lado, contentar-se em dizer que democracia é o governo do povo é tautologia que nada explica.

A dificuldade semântica, entretanto, persiste, parecendo realmente impossível apreender inteiramente o significado do vocábulo.

Em nível conceitual, porém, se não é possível descrever com completude o que seja democracia, parece alcançável a tarefa de identificar-lhe alguns elementos conceituais essenciais que a diferenciam de outras formas de governo.

Essa tarefa é possível, se se puder encontrar algo de permanente e comum entre as várias experiências históricas de democracia desde sua origem até os dias atuais.

39 Ibidem, p. 242.

Nesse sentido, se há algo de comum entre a cidade-estado de Atenas e os modernos Estados nacionais democráticos surgidos a partir do século XVIII, se há algo que essas sociedades, reconhecidamente democráticas, separadas pelo tempo, compartilham são os mesmos valores.

De fato, Alexis de Tocqueville, descrevendo a então jovem democracia norte-americana dos primeiros anos da década de 1830, identificou ali a onipresença do primeiro de seus dois valores fundamentais: a igualdade.

“Os homens ali se mostram mais iguais pela riqueza e pela inteligência ou, por outras palavras, mais igualmente fortes do que em qualquer outro país do mundo e do que em qualquer outro século lembrado pela história.”⁴⁰

“A sociedade ali opera por si mesma e sobre si mesma. Não existe poder senão no próprio seio; quase não se encontra mesmo quem ouse conceber ou sobretudo exprimir a ideia de o procurar alhures. O povo participa da composição das leis pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; pode dizer-se que ele próprio governa, tão fraca e restrita é a parte que se deixa à administração, tanto esta se ressentida da sua origem popular, obedecendo ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. É a causa e o fim de tudo; tudo dele provem e tudo nele se absorve.”⁴¹

Do mesmo modo, o mesmo princípio de isonomia era também fundamental à existência e ao funcionamento da democracia ateniense da Antiguidade Clássica, conforme esclarece Michelangelo Bovero:

“Aquilo que distingue a democracia de outras formas de convivência política, na maioria das versões sobre ela apresentadas, em tempos antigos ou modernos, é alguma forma de igualdade, ou melhor, de equiparação, de superação ou absorção de desníveis. Logo nos vem à mente Tocqueville, que localizou a irrefreável tendência dos modernos à democracia na erosão da barreira entre as camadas altas e baixas da sociedade e do Estado, próxima daquela que ele denominava ‘igualdade de condições’ e próxima da igualdade dos direitos políticos. Mas os antigos mostravam ter uma idéia não distinta de sua democracia—sobre a qual, no entanto, alguns historiadores da Antiguidade insistem em afirmar a absoluta heterogeneidade em relação à nossa democracia, estando de acordo neste ponto com aqueles politólogos que conseguem ver na democracia moderna apenas

40 TOCQUEVILLE, Alexis, 1835, *apud* CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Agir, 1989, p. 255.

41 *Ibidem*, p. 256.

tênuas semelhanças com a democracia antiga — se consideravam sinônimo (ou quase sinônimo) de democracia o termo isonomia, literalmente ‘igualdade (iso-) de lei (-nomia)’ (a tradução corrente ‘igualdade diante da lei’ é, no mínimo redutora, senão equivocada): segundo a interpretação de Jean-Pierre Vernant, a noção de isonomia sugere a imagem de democracia que corresponde a um círculo, no qual todos os pontos da circunferência (os indivíduos) estão equidistantes do ‘centro’, lugar onde reside o poder, contraposta ao modelo da ‘pirâmide’, imagem que corresponde às monarquias orientais.”⁴²

O segundo princípio estruturante, comum às democracias dos antigos e dos modernos, é a liberdade, embora, é verdade, uns e outros a concebessem de modos distintos, conforme logo percebeu Benjamim Constant.

“Há, contudo, um outro modo de definir esta duplicidade de significados: não apenas para evocá-la, mas para aprofundá-la (e talvez para colocá-la em discussão). Ele se fundamenta na observação de que a assim chamada liberdade negativa, a liberdade como não-impedimento e não-coerção, refere-se sobretudo às ações, à esfera do agir; enquanto a assim denominada liberdade positiva é nem tanto uma liberdade de agir, mas uma liberdade do querer, e diz respeito sobretudo à esfera da vontade.

[...]

É verdade que Constant, atribuindo aos modernos o ideal da liberdade negativa e aos antigos o ideal da liberdade positiva, exaltava a primeira liberdade negando valor à segunda — aliás, sustentava que nos tempos modernos a liberdade positiva como igual participação de cada um na autodeterminação coletiva política pode constituir um perigo.”⁴³

“Sob a forma da contraposição entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos, a antítese entre liberalismo e democracia foi enunciada e sutilmente defendida por Benjamim Constant (1767-1830) no célebre discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1818, do qual é possível fazer começar a história das difíceis e controvertidas relações entre as duas exigências fundamentais de que nasceram os Estados contemporâneos nos países econômica e socialmente mais desenvolvidos: a exigência, de um lado, de limitar o poder e, de outro, de distribuí-lo.

O objetivo dos antigos — escreve ele — era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberda-

42 BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002, pp. 17-18.

43 *Ibidem*, pp. 79-80.

de. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições.”⁴⁴

Não obstante esses dois enfoques diferentes do mesmo valor, liberdades hoje caras a qualquer cidadão de um Estado de Direito democrático do século XXI, como as de expressão, palavra ou opinião, não diferem em essência da liberdade de que gozavam os homens livres de Atenas de falar nas assembleias populares reunidas na ágora.

No entanto, a primeira e mais importante das liberdades democráticas, sem a qual não há quem seriamente ouse falar em democracia, ainda é, essencialmente, a mesma de que desfrutou um ateniense do século de Péricles e de que goza um norte-americano dos dias atuais, qual seja, o direito de voto ou a liberdade de poder influir de algum modo nas decisões políticas de governo, seja deliberando diretamente em praça pública sobre questões de interesse comum, seja elegendo livremente representantes para esse fim.

“Uma definição rigorosamente jurídica de democracia seria considerá-la apenas como o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados. Mas o conceito completo de democracia é mais amplo.

Para que os governados realmente elejam, isto é, escolham os governantes, é preciso absolutamente que haja liberdade de eleger e igualdade entre os eleitores.

Se o povo não tem, de direito e de fato, o poder de indicar livremente a pessoa ou as pessoas que vão governar, não seria verdade dizer que os governados elegeram os governantes. Se apenas uma classe privilegiada, e não todos os indivíduos igualmente, é que elegeisse, também seria falso falar em eleições pelos governados.

A democracia, pois, supõe a liberdade e a igualdade.”⁴⁵

| 2.3. Democracia direta, democracia indireta e democracia semidireta

Em Ciência Política, são reconhecidos três modelos ou tipos de governo democráticos: (a) a democracia direta, própria da Antiguidade Clássica; (b) a democracia representativa, própria do início da Era Contemporânea e (c) o modelo misto, que combina elementos dos dois anteriores, mais comum a partir do século XX.

44 BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 8.

45 AZAMBUJA, Darcy, *op. cit.*, p. 266.

“De um ponto de vista meramente formal, distinguem-se, na história das instituições políticas, três modalidades básicas de democracia: a democracia direta, a democracia indireta e a democracia semidireta; ou, simplesmente, a democracia não representativa ou direta, e a democracia representativa – indireta ou semidireta –, que é a democracia dos tempos modernos.”⁴⁶

Segundo a democracia direta, o próprio povo participa e intervém cotidiana e imediatamente nos assuntos de interesse público, deliberando e decidindo, sem intermediações institucionais, sobre questões de governo.

Pela fórmula da democracia representativa, o povo periodicamente escolhe representantes para tomar decisões em seu nome e no interesse comum, elegendo alguns cidadãos para exercerem, durante certo tempo, funções de governo, principalmente, para exercerem a função legislativa no âmbito institucional dos Parlamentos.

Assim, simbolicamente, a imagem do Parlamento representa no presente a democracia indireta tanto quanto a da ágora representou no passado a democracia direta.

Dito isso, é possível afirmar que estas duas conhecidas e testadas formas de governo democrático são equivalentes ou uma é superior à outra?

Do ponto de vista da realização do ideal democrático da igualdade, pode-se responder que a democracia direta é superior na medida em que somente através dela o povo efetivamente participa do governo e se autogoverna.

Ocorre que os antigos gregos acreditavam que a igualdade perante a lei somente poderia ser conquistada por um procedimento que permitisse aos seus destinatários, pessoalmente, opinar e participar concretamente de sua elaboração.

Logo, isonomia implicava não somente igualdade diante do resultado da lei, mas – tão importante quanto – a possibilidade de ter acesso, tomar parte e influir em iguais condições no processo de formação da lei.

“Como afirma Péricles, no famoso discurso transmitido por Tucídides (séc. V a.C.), ‘dispomos de uma constituição que não deve nada às instituições de nossos vizinhos: seu nome, pelo governo ser não de poucos, mas da maioria, é democracia; nela, todos são iguais perante a lei (nómos) e não é pela riqueza, mas pela virtude,

46 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288.

*que alguém é escolhido para as funções públicas, a pobreza não tornando alguém menos digno, se pode fazer bem à cidade (polis)'. Continua ele: 'Somos os únicos que consideramos quem não toma parte na política um inútil e nós próprios julgamos e avaliamos corretamente os assuntos públicos, não considerando que o debate (logos) seja prejudicial à ação (érgon), mas o não estarmos esclarecidos com antecedência pelo debate antes que seja preciso nos lançarmos à ação.'*⁴⁷

E, realmente, embora alguns cidadãos atenienses fossem eleitos para certos cargos públicos de natureza executiva, a maioria das funções públicas era preenchida por sorteio – o que eliminava o mérito – permanecendo a função legislativa sempre sob controle popular direto.

*"É curioso observar que, anualmente, os integrantes dos tribunais e dos conselhos eram escolhidos, dentre os habitantes dos dez dêmoi em que Atenas se dividia, por sorteio, havendo eleição apenas para cargos executivos principais (o que significa que não existiam juizes nem políticos profissionais). Isso visava permitir que o povo tivesse domínio sobre as decisões."*⁴⁸

Assim, se apresentada aos atenienses da época de Péricles, a democracia representativa provavelmente mais pareceria um tipo de governo aristocrático pelo qual o povo escolheria os mais virtuosos entre si para ditar-lhe boas normas do que uma variante de governo democrático.

Para os mais radicais, como Rousseau, a democracia representativa é, em verdade, uma fraude, porque a soberania popular, expressa pelo poder de fazer leis, não poderia jamais ser delegada:

*"A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei. O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso, que dela faz, mostra que merece perdê-la."*⁴⁹

47 BRANDÃO, Jacyntho Lins. No princípio havia os gregos. Grécia em cena: primeiras letras em verso e prosa. *Biblioteca Entre Livros*, São Paulo: Duetto Editorial, n. 1, p. 12.

48 *Ibidem*, p. 13.

49 ROUSSEAU, Jean-Jacques, *op. cit.*, pp. 186-187.

E, de fato, as insuficiências da democracia representativa se tornaram evidentes ao longo do tempo, acentuando-se durante o século XX, na medida em que, passado o encantamento inicial, a representação causou um progressivo distanciamento do indivíduo dos centros de decisão política, começando a existir entre o cidadão e o Parlamento várias instâncias representativas intermediárias, tais como associações, sindicatos e, principalmente, os partidos políticos, que provocaram na população um sentimento de impotência por pouco ou quase nada poderem realmente influir sobre as decisões políticas de seus representantes.

A chamada crise da representação política, isto é, o hiato entre a vontade popular, cada vez mais *filtrada* por instâncias intermediárias, e a vontade do Parlamento, levou a uma permanente tensão e desconfiança das massas em relação à classe política, a ponto de hoje a atuação dos parlamentares e dos políticos em geral figurar entre as mais mal avaliadas pela população na maioria dos países democráticos.

Esse sentimento de impotência, se não alimenta revoltas populares, gera efeitos diametralmente opostos, quais sejam, a apatia ou o niilismo político, demonstrados por sufrágios marcados por crescentes abstenções dos eleitores, do que resultam governos sem capacidade de ação, porque carentes de apoio popular, postos diante de parlamentos pouco representativos do espectro social, em suma, instituições de baixa densidade democrática ou uma democracia apenas formal.

“A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como eleições, os sistemas eleitorais, os partidos políticos etc. Mas nela a participação é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas autoridades governamentais.”⁵⁰

No estágio atual, as insuficiências da democracia representativa, organizada sob a forma partidária, existente na maioria dos países, são hoje amplamente reconhecidas:

“A grande questão a qual se enfrenta então a democracia moderna é a de que, no seu modo de funcionamento, ela permanece um governo de minoria, na medida em que as suas leis e instituições não são efetivamente vistas e apreciadas pela maioria dos cidadãos como expressão do bem comum. A experiência dos movi-

50 SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

*mentos totalitários mostrou o quão formais eram algumas formas de Estado democrático então existentes.*⁵¹

Diante de tudo o que se expôs sobre as insuficiências e mesmo sobre a crise do modelo representativo, como explicar, então, o consenso quase unânime de que goza a democracia representativa nos últimos séculos, a ponto de ser considerada o único legítimo modelo de governo adequado à humanidade?

Nesse ponto, o primeiro e mais poderoso argumento em favor do modelo representativo não é de ciência ou filosofia política, mas de ordem prática e consiste em dizer que o modelo de democracia direta criado pelos gregos é impraticável nos superpopulosos, complexos e extensos Estados nacionais atuais, o que parece incontestável, mesmo considerando toda a tecnologia moderna que permite a fácil e rápida comunicação entre as pessoas.

De fato, ninguém levaria a sério quem pretendesse, hoje, instituí-la em um país de 135 milhões de eleitores distribuídos por 8,5 milhões de quilômetros quadrados.

A primeira vista, não parece haver alternativa melhor praticável no mundo atual ao governo democrático representativo, conforme intuiu com fino humor Winston Churchill, ao defini-la como o pior dos regimes depois de todos os outros.

Mas, além do argumento de que é a única ao alcance dos Estados modernos, o segundo argumento em favor do modelo representativo é de ordem filosófica, portanto, especulativo e de difícil comprovação empírica, consistente em dizer que representantes eleitos são mais capazes de ponderar interesses e legislar em prol do bem comum, evitando, assim, o perigo de leis editadas diretamente pelo povo inflamado pelas paixões circunstanciais de algum fato ou acontecimento trágico, repugnante ou comovente.

Esse é, por exemplo, o argumento empregado por Montesquieu, o mais influente teórico da democracia representativa, arquiteto de governos moderados, baseados na repartição das funções do Estado, que inspirou a organização político-institucional da maioria das nações modernas.

Em *O Espírito das Leis*, ao mesmo tempo em que elogiava a capacidade do povo para escolher seus governantes, Montesquieu denunciava-lhe a incapacidade de gerir a *res publica*:

51 ROSENFELD, Denis L. *O Que é Democracia*. 5ª edição, 6ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.86.

“O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar qualquer parcela da sua autoridade. Ele deve decidir só através de coisas que não possa ignorar, e de fatos que caiam sob os sentidos.

Ele sabe muito bem se um homem esteve na guerra muitas vezes, se teve nela tais ou tais sucessos. Ele é portanto muito capaz de eleger um general.

Ele sabe que um Juiz é assíduo; que muita gente sai do tribunal contente com ele; que nunca foi convencido de corrupção. Eis aí o suficiente para que ele eleja um Pretor.

A magnificência de um cidadão ou suas riquezas chamam a atenção. Isso basta para que ele possa escolher um Edil.

Todas essas coisas são fatos sobre os quais ele se inteira melhor na praça pública do que um Monarca no seu palácio.

Saberá ele porém conduzir um negócio, conhecer os lugares, as oportunidades, os momentos, tirar vantagem? Não. Ele não saberá.

Se pudesse duvidar-se da capacidade natural que tem o Povo para discernir o mérito, bastaria lançar os olhos sobre essa série contínua de escolhas espantosas que fizeram os Atenienses e os Romanos. Não se pode atribuí-la ao acaso.

Sabemos que em Roma, embora o Povo se fizesse dar o direito de elevar aos cargos os plebeus, não se decidiu a elegê-los. E em Atenas, embora se pudesse, pela lei de Aristides, tirar de todas as classes os Magistrados, nunca aconteceu, diz Xenofonte, o baixo Povo reclamar as Magistraturas que podiam interessar à sua salvação ou à sua glória.

A maioria dos cidadãos tem bastante competência para eleger, mas não para ser eleita. Pois assim também o Povo, que tem bastante capacidade para fazer lhe prestem contas da gestão dos outros, não é capaz de gerir ele próprio.

Cumpra que os negócios sigam, e sigam numa certa cadência, nem lenta demais, nem rápida demais. Mas o Povo age, sempre, ou demais ou de menos. Às vezes, com cem mil braços derruba tudo; às vezes, com cem mil pés ele não vai senão como os insetos.”⁵²

Nesse campo, porém, nada garante que representantes eleitos estejam menos sujeitos às paixões, especialmente às paixões político-partidárias, do que o povo e, de qualquer modo, é mais fácil convencer alguns poucos a aprovar uma lei infeliz do que a maioria de toda uma população.

52 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes*. 8ª edição. Tradução por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89-90.

Por outro lado, se o povo não é capaz de tomar decisões políticas corretas em assuntos que o afetam diretamente, é possível concluir, com muito mais razão, que não seja também capaz de escolher corretamente as melhores pessoas para fazê-lo em seu lugar, considerando que é muito mais fácil se deixar iludir por políticos astutos do que se deixar enganar na discussão de ideias, de modo que, também por essa razão, o argumento de Montesquieu não convence.

“Dizia Montesquieu, um dos primeiros teóricos da democracia moderna, que o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar. Precisava o povo, portanto, de representantes, que iriam decidir e querer em nome do povo.

Todavia, perguntamos nós: a representação, como técnica de organização do Estado democrático, se justifica apenas por aquela valoração que Montesquieu atribuiu à faculdade seletiva do povo e a sua incapacidade de governar-se por si mesmo?

Não. Razões de ordem prática há que fazem do sistema representativo condição essencial para o funcionamento do Estado moderno já não é o Estado-cidade de outros tempos, mas o Estado-nação, de larga base territorial, sob a égide de um princípio político severamente unificador, que risca sobre todas as instituições sociais o seu traço de visível supremacia.

Não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação de vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia.”⁵³

Um terceiro importante argumento a favor do modelo representativo consiste em afirmar que os representantes eleitos estariam mais bem preparados do que a massa para decidir sobre questões que exijam conhecimento técnico ou científico.

De fato, aqui parece que é mais fácil ensinar uns poucos do que educar muitos, de modo que uma boa assessoria técnica garantiria aos parlamentares melhores condições de editar boas leis em assuntos complexos que exigissem elevado grau de conhecimento específico e, realmente, nas sociedades modernas qualquer assunto parece exigir sempre e cada vez mais muito conhecimento científico.

Bem, um bom sistema educacional é capaz de garantir da mesma forma, senão a todos, pelo menos à maioria do povo, discernimento suficiente para decidir sobre a maioria dos assuntos que lhe dizem respeito, além do que técnicos e cientistas, do mesmo modo que podem assessorar os parlamentares, podem palestrar previamente ao povo,

53 BONAVIDES, Paulo, *op. cit.* p. 293.

esclarecendo as especificidades da matéria, respondendo às dúvidas sobre o assunto a legislar, especialmente se se considerar também que, atualmente, o conhecimento especializado está muito mais acessível ao povo do que no passado, em virtude dos diversos e baratos meios de comunicação disponíveis, tais como, livros, jornais, revistas, rádio, televisão, internet, etc. ...

De todo o exposto, conclui-se que o real empecilho à implementação do modelo democrático grego original aos tempos atuais é de ordem prática e não teórica, isto é, a adoção pura e simples da democracia dos antigos é para as sociedades contemporâneas uma impossibilidade real.

A democracia representativa, por sua vez, se não é a ideal, disseminou-se porque se viabilizou como único modelo faticamente possível, não significando, porém, que seja melhor.

Diante da chamada crise da democracia representativa e da impossibilidade de retorno à democracia direta pura, os atuais Estados democráticos passaram a incorporar, cada vez mais em suas Constituições, institutos de participação popular direta, tais como, o plebiscito e o referendo, visando aprimorar o modelo representativo.

Realmente, nada impede que um Estado combine em sua organização política elementos da democracia representativa com outros próprios da democracia direta, visando aproximar, assim, o modelo faticamente possível do idealmente imaginado.

“O que se quer acentuar com essas considerações é que o sistema de partidos, com o sufrágio universal e representação proporcional dá à democracia representativa um sentido mais concreto, no qual desponta com mais nitidez o princípio participativo. Não é tanto a participação individualista, isolada, do eleitor no só momento da eleição. É a participação coletiva organizada. Mas é ainda uma participação representativa, que assenta no princípio eleitoral. Ora, qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual desta expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica os atos de governo em nome do povo. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal do eleitorado na formação dos atos de governo.”⁵⁴

Nesse sentido, o chamado modelo democrático *misto* ou *semidireto* caracteriza-se por combinar institutos da democracia indireta ou representativa e da democracia direta:

54 Ibidem, pp. 50-51.

“O poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa.

Com a democracia semidireta, a alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente. A soberania está com o povo, e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública. Determinadas instituições, como o referendium, a iniciativa, o veto e o direito de revogação, fazem efetiva a intervenção do povo, garantem-lhe um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável.

O povo na democracia semidireta não se cinge apenas a eleger, senão que chega do mesmo passo a estatuir, como pondera Prétot ou conforme Barthélemy e Duez: não é apenas colaborador político, consoante se dá na democracia indireta, mas também colaborador jurídico. O povo não só elege, como legisla.”⁵⁵

| 2.4. Características comuns às modernas democracias

Como visto, não é satisfatório afirmar que algum Estado é realmente democrático porque sua Constituição assim o declara.

Embora isso possa ser suficiente do ponto de vista jurídico, não o é do ponto de vista da Ciência Política, considerada a distância entre o *dever ser* e o *ser*, especialmente em países de baixo grau de desenvolvimento social e econômico.

Assim, para além do que diz a Constituição, é preciso haver, na vida cotidiana das pessoas, a regular concretização de direitos e liberdades democráticas constitucionalmente garantidas, para que se possa afirmar que determinado povo esteja de fato vivenciando alguma forma de democracia.

Por essa razão, sem embargo das dificuldades conceituais que cercam o tema, isto é, das dificuldades de formular um conceito de democracia que possa, ao mesmo tempo, abranger formas tão diversas quanto a direta e a representativa, é possível apontar um número mínimo de características comuns a qualquer Estado de Direito democrático contemporâneo, tendo como paradigma os arranjos, práticas e instituições políticas e jurídicas, consolidados em nações de longa tradição democrática, que permitem diferenciá-los de Estados não democráticos.

55 Ibidem, p. 288.

Nesse sentido, parecem bastante satisfatórios e atuais – e por isso gozam de algum consenso - os critérios empregados pelo cientista político norte-americano Robert A. Dahl para distinguir Estados democráticos onde se possa regularmente encontrar: (a) autoridades políticas eleitas; (b) eleições livres, regulares e periódicas; (c) liberdade de expressão; (d) formas alternativas às oficiais de acesso à informação; (e) liberdade de associação; (f) cidadania inclusiva.

“Resumindo, as instituições políticas dos modernos governos democráticos são:

Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.

Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.

Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.

Fontes de informação diversificadas. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.

Autonomia para as associações. Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses.

Cidadania inclusiva. A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito as suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar de organizações políticas independentes; de ter acesso a fontes de informação independentes; e de ter direitos e outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala.”⁵⁶

Esses critérios empíricos, conquanto não expliquem o que seja democracia, realmente permitem, com um mínimo consenso, identificar Estados sob regime verdadeiramente

56 DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, pp. 99-100.

te democrático, não havendo ainda quem lhes houvesse conseguido opor sérios argumentos contrários.

| 2.5. A opção brasileira

Em 1988, o Brasil optou constitucionalmente por organizar-se politicamente sob a forma de Estado Democrático de Direito, assentando em seu povo a soberania política da nação, conforme explicita o artigo de abertura de sua Constituição:

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

[...]

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

Por outro lado, da leitura dos incisos do art. 14 da vigente Constituição, resta declarada também a opção pela democracia *mista, semidireta* ou *participativa*, exercida através dos seguintes institutos de exercício direto da soberania popular: “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.”

Não é correto afirmar, portanto, que o modelo democrático institucional brasileiro é um tipo clássico de democracia liberal representativa.

Ao contrário, a positivação em nível constitucional de formas de exercício direto da soberania popular leva à inegável conclusão de que a democracia brasileira evoluiu para o tipo misto ou semidireto, porque consagra, ao lado de institutos da democracia representativa, outros próprios da democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de projetos de lei, abrindo canais para intervenção popular direta nos processos de deliberação política do Poder Legislativo, com o fim de trazer o povo para o debate político e, assim, consolidar uma verdadeira e efetiva democracia no país.

Por essa razão, parece adequado denominar o modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira de 1988 - pelo qual o povo é admitido a diretamente influir nas deliberações políticas de seus representantes - de *democracia participativa*:

“As primeiras manifestações da democracia participativa consistem nos institutos da democracia semidireta, que combina instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: - a iniciativa legislativa popular, pela qual se admite que certo número de eleitores apresente às Câmaras Legislativas projetos de leis que devam ser discutidos e votados; - o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei ou propostas de emendas constitucionais aprovados pelo Legislativo devam ser submetidos à votação popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio Poder Executivo, de sorte que o projeto ou proposta se terá por aprovado apenas se receber aprovação popular, do contrário reputar-se-á rejeitado; - o veto popular, pelo qual uma lei em vigor pode ser submetida a voto popular se assim o solicitar certo número de eleitores, sendo confirmada ou revogada conforme seja favorável ou desfavorável a votação; - revocação (recall), pelo qual, a requerimento de certo número de eleitores, o mandato de um parlamentar ou de um funcionário eletivo é submetido à apreciação do voto popular, sendo revogado se não obtiver confirmação; - ação popular, meio pelo qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público (já existe no sistema brasileiro, desde 1934).”⁵⁷

Não obstante tal conquista, no plano prático, porém, passados vinte e dois anos da promulgação da vigente Constituição da República, os poderes constituídos raramente promoveram o emprego dos institutos da democracia participativa.

Dessa forma, como a seguir se verá no capítulo dedicado ao referendo, a democracia brasileira segue sendo, na prática, com raras e episódicas exceções, uma rígida democracia representativa partidária, que, embora inegavelmente atenda aos critérios empíricos de Robert Dahl, não avançou rumo à democracia participativa desejada de direito e de fato pelos constituintes de 1988.

57 DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, pp. 50-51.

3. REFERENDO

| 3.1. Etimologia

Segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, a palavra referendo tem origem no latim tardio e significa remeter, reenviar.

“(1) S.m. (Lat. tard. Referendum, de referre = remeter, reenviar) Dir. Polit. Manifestação da soberania popular, exercida pelo sufrágio do eleitorado, ao qual são submetidas certas leis, sobretudo de alto poder político-social, elaboradas pelo Poder Legislativo. Peculiar às democracias mistas. CF, art. 14(II), 49 (XV); L 9709, de 18.11.1998. Cf. plebiscito.”⁵⁸

Em sentido moderno, significa devolver ao povo os poderes políticos outorgados ao Parlamento para aprovar ou rejeitar determinada lei.

| 3.2. Origem

A prática de consulta popular direta por meio de referendo originou-se nos cantões suíços de Valais e Grisons, no século XV, que já à época possuíam forte tradição democrática em contraste à tradição oligárquica dos cantões citadinos.

Organizada sob a forma de confederação desde o século XIII, quando, em 10 de agosto de 1291, os cantões de Schwys, Uri e Untewald firmaram um pacto perpétuo para defender suas liberdades, a Suíça foi, ao que se sabe, o primeiro país a submeter à aprovação popular as deliberações de suas assembleias cantonais.

A pequena dimensão territorial, a reduzida população, o isolamento geográfico propiciado pelos Alpes e a tradição de organizações comunais explicam o surgimento, primeiro na Suíça, das condições necessárias ao desenvolvimento de um sistema político que privilegia a participação popular direta, condições semelhantes, aliás, às que haviam propiciado na antiga Grécia o nascimento da democracia em Atenas, dezesseis séculos antes.

58 SIDOU, J. M. Othon, *op. cit.*, p. 737.

Porém, somente após a Revolução Francesa, isto é, em fins do século XVIII, o instituto do referendo encontrou ambiente político propício para se introduzir em uma grande potência europeia, a França e, a partir daí, se difundir pelo restante da Europa a reboque das guerras napoleônicas.

No âmbito teórico, é com a concepção de soberania popular, forjada por Rousseau, segundo a qual a vontade geral não pode ser representada, que a ideia de consulta popular passa a ganhar arcabouço conceitual para que possa ser levada politicamente a sério.

Do outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos da América - primeira democracia liberal moderna - embora não haja previsão constitucional, o referendo é prática costumeira em nível estadual e local, não tendo sido jamais empregado, porém, em nível federal.

“Nos Estados Unidos, o referendo estadual existe em quase todos os Estados, sendo encaminhadas cerca de 10 mil proposições por ano, a maioria no nível local (proposições são as propostas iniciadas que não desembocam necessariamente em referendo).

[...]

Finalmente, formas de democracia semidireta existem nos Estados Unidos desde o século XIX no plano estadual, sobretudo na Califórnia e no Oregon. Na Califórnia — cujos exemplos serão lembrados em várias partes deste estudo, como os mais pertinentes aos tópicos em discussão —, a Constituição estadual prevê a iniciativa legislativa e também o veto popular (o que, na Itália, confunde-se com o referendo revocatório). A iniciativa popular existe em 26 Estados, além do Distrito de Colúmbia, e em centenas de municípios. O mecanismo do recall (revogação de mandatos) existe em 15 Estados, 36 municípios e também em Washington. E embora os instrumentos de consulta popular permaneçam restritos aos Estados e municípios, a partir da década de 70 tem-se intensificado a campanha, tanto em meios liberais quanto conservadores, em favor da prática no âmbito nacional.”⁵⁹

Na América do Sul, o maior emprego de institutos de consulta popular, quer sob a forma de plebiscito, quer sob a forma de referendo, registra-se no Uruguai:

“Na América do Sul, a participação popular na atividade legislativa é pouco difundida; o sistema presidencialista é excessivamente centralizado e os Parlamentos têm um perfil reconhecidamente oligárquico. Os exemplos mais evidentes do uso do referendo — que existe também no Equador — são o do Chile e do Uruguai. Neste país já foram realizados 12 plebiscitos, prática iniciada em 1917; lá, uma lei pode

59 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, *op. cit.*, pp. 41, 43-44.

ser submetida à aprovação popular desde que seja encaminhada à Suprema Corte Eleitoral uma petição com assinatura de 25% do eleitorado (hoje, isso significa cerca de 550 mil eleitores); em 1989 foi realizado um referendo, por proposta popular, sobre a chamada 'lei da caducidade', referente à anistia aos militares ligados à ditadura. A iniciativa popular, contrária à anistia, foi derrotada. Mas a intensa campanha entre os 'verdes' (não) e os 'amarelos' (sim) consistiu, certamente, em importante mobilização democrática, sobretudo após o período ditatorial. No Chile, o plebiscito de 1978, sob controle total, garantiu a ditadura de Pinochet; mas o segundo, de 5 de outubro de 1988, foi favorável à oposição democrática.⁶⁰

No século XX, o instituto se dissemina e é constitucionalmente adotado pela ampla maioria das modernas democracias representativas ocidentais, e até mesmo por alguns países recém-independentes, situados no politicamente instável Continente africano:

"Logo após a Primeira Guerra Mundial, várias constituições adotaram o referendo: Alemanha (1919), Tchecoslováquia, Espanha republicana de 1931 e os lãnder alemães. Mas a utilização feita por Hitler levou os constituintes, depois da Segunda Guerra Mundial, a tomarem muitas precauções para evitar o uso do plebiscito que poderia favorecer ditaduras; é por isso que o referendo não aparece na Carta alemã de 1949. Atualmente, está presente nos textos constitucionais da Austrália, Canadá, Espanha, França, Itália, Grécia, Suíça, Irlanda, Dinamarca, Finlândia, Luxemburgo, Países Baixos e vários países da África de expressão francesa."⁶¹

A revista às experiências históricas com o instituto do referendo revela que esse modo de consulta popular direta afirmou-se com maior vigor em nações democráticas de reduzida dimensão territorial ou populacional - como a Suíça (41.293 km²) e o Uruguai (3.130.000 habitantes, em 1992) - ou, então, em Estados democráticos federados fortemente descentralizados política, jurídica e administrativamente, como é o caso dos Estados Unidos.

Sendo o Brasil um país federado de enorme território, grande população e forte centralização política na União, marcado, ainda, por recente e descontinuada tradição democrática, faltaram-lhe as condições propícias à afirmação por aqui da prática do referendo como instrumento de exercício da democracia semidireta ou participativa.

60 Ibidem, p. 42.

61 Ibidem, p. 41.

| 3.3. *História do referendo no Brasil*

No Brasil, passados quase duzentos anos de independência política e mais de cento e vinte anos de regime republicano, o povo foi consultado diretamente pelos seus governantes somente em três ocasiões: as duas primeiras ocorreram na segunda metade do século XX, sob a forma de plebiscito, e, a última, somente no século XXI, sob a forma de referendo.

O primeiro plebiscito ocorreu em 6 de janeiro de 1963, quando a população foi convocada a decidir sobre a manutenção ou não do sistema parlamentarista de governo, instituído pela Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961, à Constituição de 1946.

“Art. 22. Poder-se-á complementar a organização do sistema parlamentar de governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas Casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros.

Parágrafo único. A legislação delegada poderá ser admitida por lei votada na forma deste artigo.

[...]

Art. 25. A lei votada nos termos do art. 22 poderá dispor sobre a realização de plebiscito que decida da manutenção do sistema parlamentar ou volta ao sistema presidencial, devendo, em tal hipótese, fazer-se a consulta plebiscitária nove meses antes do termo do atual período presidencial.”

Posteriormente, a consulta popular foi antecipada pela Lei Complementar n. 2, de 16 de setembro de 1962, que a chamou de referendo, embora se tratasse de verdadeiro plebiscito, como adiante veremos ao tratar da distinção entre os institutos:

“Art. 2º A Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, será submetida a ‘Referendum’ popular no dia 6 de janeiro de 1963.

§ 1º Proclamado pelo Superior Tribunal Eleitoral o resultado, o Congresso organizará, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, o sistema de governo na base da opção decorrente da consulta.

§ 2º Terminado esse prazo, se não estiver promulgada a emenda revisora do parlamentarismo ou instituidora do presidencialismo, continuará em vigor a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, ou voltará a vigorar em sua plenitude, a Constituição Federal de 1946, conforme o resultado da consulta popular.

§ 3º Terão direito a votar na consulta os eleitores inscritos até 7 de outubro de 1962, aplicando-se à sua apuração e à proclamação do resultado da lei eleitoral vigente.”

Na ocasião, por ampla maioria, o eleitorado decidiu pelo restabelecimento do sistema presidencialista de governo, restituindo ao presidente João Goulart os plenos poderes que lhe haviam sido cassados pelo Congresso Nacional em 1961, quando da adoção do sistema parlamentarista de governo no curso de seu mandato.

O segundo plebiscito realizou-se trinta anos depois e, nessa ocasião, a consulta teve por objeto a definição da forma e, outra vez, do sistema de governo do Estado brasileiro pós-Constituição de 1988.

O texto original da Constituição previa, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a realização de plebiscito, no dia 7 de setembro de 1993, para definição da forma e sistema de governo a vigorar no país.

Em seguida, a Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992 - regulamentada pela Lei n. 8.624/93 - antecipou a data da realização da consulta popular para o dia 21 de abril de 1992, dispondo, ainda, que a forma e o sistema de governo escolhidos passariam a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1995.

Realizado o plebiscito, o povo decidiu-se, novamente por ampla maioria, pela manutenção da vigente República Presidencialista, conforme é da nossa tradição política desde 1889.

Já a primeira, única e verdadeira experiência histórica brasileira com o instituto do referendo ocorreu em 23 de outubro de 2005, quando pela primeira vez, após cento e quinze anos de história republicana, a população foi convocada a ratificar ou rejeitar uma lei aprovada pelo seu Parlamento.

Tratava-se da Lei n. 10.826/2003 - apelidada de estatuto do desarmamento - que dispunha, entre outras coisas, sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições no Brasil:

“Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.”

Como a autorização para realização de referendo é ato privativo do Congresso Nacional - art. 49, XV, da Constituição Federal de 1988 -, a definição da data e forma como se daria a consulta popular ocorreu por meio do Decreto Legislativo n. 780, editado pelo Congresso Nacional em 7 de julho de 2005, nos seguintes termos:

“Art. 1º É autorizado, nos termos do art. 49, inciso XV, da Constituição Federal, referendo de âmbito nacional, a ser organizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos termos da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para consultar o eleitorado sobre a comercialização de armas de fogo e munição no território nacional.

Art. 2º O referendo de que trata este Decreto Legislativo realizar-se-á no primeiro domingo do mês de outubro de 2005, e consistirá na seguinte questão: ‘o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?’.

Parágrafo único. Se a maioria simples do eleitorado nacional se manifestar afirmativamente à questão proposta, a vedação constante do Estatuto do Desarmamento entrará em vigor na data de publicação do resultado do referendo pelo Tribunal Superior Eleitoral.”

Realizado o referendo, o dispositivo legal que proibia o comércio de armas de fogo e munições no Brasil foi rejeitado por 63,94% (sessenta e três inteiros e noventa e quatro centésimos por cento) dos eleitores, tendo atendido à convocação e votado 92.442.310 (noventa e dois milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, trezentos e dez) brasileiros.⁶²

| 3.4. Distinção entre referendo e plebiscito na doutrina e na legislação brasileiras

Referendo e plebiscito são institutos da democracia direta que ontologicamente não diferem entre si, sendo, ambos, formas de consulta da vontade popular.

Contudo, o emprego indiscriminado dos vocábulos sem preocupação com a exata definição semântica dos termos, algumas vezes usados com significados trocados, outras vezes como sinônimos, frequentemente gera dúvida e confusão.

62 Fonte: Tribunal Superior Eleitoral.

Na doutrina, o dissenso existe e é grave porque cria dificuldades ao adequado estudo da matéria, empregando os autores mais de um critério distintivo para classificar os institutos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, adota o que se pode chamar de *critério material*, reservando ao plebiscito matérias de base ou de princípio e, ao referendo, uma espécie de competência residual para assuntos de menor densidade política.

“O debate doutrinário visando a uma conceituação precisa para evitar confusões entre os dois termos do vocabulário jurídico acabou fixando o entendimento de que o plebiscito seria manifestação extraordinária e excepcional exprimindo a decisão popular sobre medidas de base ou de princípio, tais como forma de Estado ou de governo, modificação das formas políticas, decisão acerca de mudanças de natureza territorial etc. Já o referendo consubstanciaria o poder de aprovar leis. Seria a aprovação popular de lei discutida e votada pelos representantes do povo. O cidadão, ao votar sim ou não a respeito do projeto oriundo do Parlamento, daria aceitação ou rejeição à medida legislativa proposta.”⁶³

Por concentrar a distinção unicamente na matéria objeto da consulta, o autor admite a possibilidade de referendo realizado antes da edição da lei, chamado de consultivo.

“Finalmente, no que concerne ao momento de sua realização, classifica-se o referendo em ante legem ou post legem. O primeiro se realizaria antes da edição da lei, enquanto o segundo se seguiria à aprovação do Parlamento para confirmar ou tolher a aprovação da lei.”⁶⁴

Por sua vez, José Afonso da Silva, entendendo residir no *critério temporal* precisamente a distinção entre os tipos de consulta popular, não reconhece essa modalidade de referendo.

“—o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste o fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida; alguma vez fala-se em referendo consultivo no sentido de plebiscito, o que não é correto. O plebiscito está previsto no art. 14, I, podendo ser utilizado pelo Congresso Nacional nos casos que este decidir

63 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 82

64 *Ibidem*, p. 82.

*seja conveniente, mas já também indicado em casos específicos, para formação de novos Estados e de novos Municípios (art. 18, §§ 3º e 4º);*⁶⁵

Conforme visto, para este último constitucionalista, consulta popular anterior à elaboração da norma somente pode ser chamada de plebiscito, no que é seguido por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que identificam, precisamente, no critério temporal a distinção entre os dois institutos:

*“A diferença entre plebiscito e referendo concentra-se no momento de sua realização. Enquanto o plebiscito configura consulta realizada aos cidadãos sobre matéria a ser posteriormente discutida no âmbito do Congresso Nacional, o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, seja para atribuir-lhe eficácia que ainda não foi reconhecida (condição suspensiva), seja para retirar a eficácia que lhe foi provisoriamente conferida (condição resolutive).”*⁶⁶

Com efeito, a maioria da doutrina pátria parece inclinar-se pelo critério temporal como característica distintiva decisiva entre os institutos do referendo e plebiscito:

*“Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo ou no sentido de conferir-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutive).”*⁶⁷

*“No plebiscito ou referendo, a validade da norma constitucional é condicionada à consulta popular anterior ou posterior à sua elaboração. Nesta ordem de ideias, os dois institutos da democracia semidireta são precisados à luz do critério temporal, dado que o plebiscito é anterior, enquanto que o referendo é posterior, à produção da norma constitucional pelo poder constituinte originário.”*⁶⁸

*“O plebiscito é a consulta popular prévia pela qual os cidadãos decidem ou demonstram sua posição sobre determinadas questões. Referendo popular é a forma de manifestação popular pela qual o eleitor aprova ou rejeita uma atitude governamental já manifestada.”*⁶⁹

65 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 142

66 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 750.

67 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 227.

68 MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional, teoria da constituição*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 30.

69 CHIMENTI, Ricardo Cunha et alli. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166-167.

Na doutrina estrangeira, Juan A. Santamaría⁷⁰ qualifica de erro técnico o emprego do termo referendo consultivo pelo art. 92 da Constituição Espanhola, reservando-o às “*decisiones políticas de especial transcendência*”.

J.J. Gomes Canotilho emprega o que se pode chamar de *critério positivo* para distinguir referendo de plebiscito. Para o jurista português, o primeiro instituto sempre tem como objeto algum texto normativo positivado, que se rejeita ou aprova, enquanto o plebiscito tem por escopo decidir entre duas ou mais opções políticas igualmente legítimas, sendo ato eminentemente volitivo:

“O referendo é uma consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou sobre um texto através de um procedimento formal regulado na lei (procedimento referendário). A iniciativa do referendo pode pertencer aos órgãos do Estado (governo, deputados) ou a um certo número de cidadãos (iniciativa popular).”⁷¹

Na Constituição brasileira de 1988, há somente duas menções à palavra referendo: a primeira é encontrada no capítulo dedicado aos direitos políticos: “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.”

A segunda encontra-se no título reservado à organização dos Poderes: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XV – autorizar referendo e convocar plebiscito.”

No âmbito infraconstitucional, a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, positivou o *critério temporal*, admitido pela maioria da doutrina nacional, como fator distintivo entre os institutos, o fazendo nos seguintes termos:

“Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa, ou administrativa.

§1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.”

70 SANTAMARIA, Juan A. *apud* SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, pp. 142.

71 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 284.

Nem a Constituição nem a Lei n. 9.709/98 fixam, portanto, o rol de matérias reservadas ao referendo, limitando-se a lei a dizer que as consultas populares devem tratar de matéria de acentuada relevância.

No que respeita ao plebiscito, o texto constitucional o reserva para os processos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados federados e para criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, mediante consulta à população diretamente interessada, conforme art. 18, §§ 3º e 4º, o que não impede que o instituto seja empregado também em outros casos.

Na forma do art. 49 supracitado e do art. 3º da Lei n. 9.709/98, a iniciativa da convocação tanto de referendo quanto de plebiscito é bastante restrita, sendo de exclusiva competência do Congresso Nacional, ao contrário do que ocorre em outros países que admitem a convocação por iniciativa popular, ou, ainda, pelo Chefe do Executivo.

“Art. 30 Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.”

No caso brasileiro, a Constituição evitou os perigos do *cesarismo* ou *bonapartismo*, afastando o Presidente da República da iniciativa de convocação popular de plebiscito e referendo, fortalecendo o Parlamento ao reservar-lhe com exclusividade o poder de convocar a sociedade para deliberar diretamente sobre matérias políticas de difícil consenso e alta densidade.

“Os referendos da época pré-napoleônica e napoleônica são chamados de ‘plebiscitos’ e foram realizados com altíssima taxa de apoio ao regime e à pessoa do seu chefe: a aprovação da Constituição do ano VIII; a adoção do consulado vitalício em 1802; a aprovação da hereditariedade imperial em 1804; a aprovação do Ato Adicional à Constituição do Império em 1815; a aprovação da proclamação de Luís Napoleão, em 1851; o restabelecimento da dignidade imperial, em 1852; o apoio ao regime em maio de 1870 (sete vezes mais votos ‘sim’); e o apoio ao Governo de Defesa Nacional, em Paris, novembro de 1870.

Não restam dúvidas de que, em todas essas ocasiões, tenha ocorrido a utilização totalitária do instrumento. Não apenas inexistia qualquer clima para a oposição, como a consulta significava, efetivamente a delegação da soberania a um chefe, o apoio incondicional ao regime e às medidas políticas. É esta ‘delegação

suprema' que passou a ser a característica essencial do cesarismo, definido por Bobbio como aquela 'forma de governo de um só homem que nasce como efeito do desarranjo a que são levados inelutavelmente os governos populares: o jacobinismo gera Napoleão, o Grande, a revolução de 1848 gera Napoleão, o Pequeno', identificada por Marx como 'bonapartismo'.⁷²

E assim andou bem, na medida em que impediu a utilização desvirtuada desses dois importantes instrumentos da democracia direta pelo chefe do executivo, tal como recentemente ocorreu na Venezuela, onde o Presidente da República, valendo-se de seguidas convocações de consultas populares em seu próprio interesse, conseguiu, após mais de uma tentativa, aprovar legislação que lhe proporciona concorrer a ilimitadas reeleições, coisa que nem mesmo o mais popular Presidente eleito do Brasil conseguiu impor ao Congresso Nacional.

Em síntese, o constituinte de 1988 bem aprendeu as lições da História e soube debelar o considerável risco do *cesarismo* – ainda maior se se considerar a tradição política personalista da América Latina –, evitando, assim, pudesse o Poder Executivo dispensar o Legislativo e impor sua vontade pelo atalho de plebiscitos e referendos.

72 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, *op. cit.*, p. 59.

4. PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO

| 4.1. *Origem e natureza do poder constituinte*

Paradoxalmente, a primeira Constituição surgiu antes do desenvolvimento teórico da ideia de poder constituinte.

De fato, reconhece-se que a primeira Constituição escrita nasceu nos Estados Unidos da América em 1787, ao passo que a primeira teoria sobre o poder constituinte tornou-se pública somente em janeiro de 1789, quando Sieyès expôs, pela primeira vez, os contornos do *pouvoir constituant* na obra *Que é o Terceiro Estado?*

As características determinantes do conceito imaginado por Sieyès coincidiam com as do poder soberano, ou seja, eram ambos originários, ilimitados e incondicionados.

Em verdade, o poder constituinte incorporava os atributos do poder soberano enquanto existisse, sempre temporário e provisoriamente, para o fim de elaborar uma Constituição escrita.

Desse modo, o poder constituinte podia tudo, inclusive criar Direito a partir do nada, livre da tradição, e, por esse modo, reorganizar por completo o Estado, inaugurando, mesmo, um novo Estado.

“Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao ‘fazer uma obra constituinte’, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes. Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Sieyès é, simultaneamente, desconstituente e reconstituente. O poder constituinte antes de ser constituinte é desconstituente porque dirigido contra a ‘forma monárquica’ ou ‘poder constituído pela monarquia’. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma ‘reorganização’, um dar ‘forma’, uma reconstrução da ordem jurídico-política. O poder constituinte da Nação entende-se agora como

*poder reconstituente informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição.*⁷³

De outro lado e conforme anteriormente demonstrado nesse trabalho, para Sieyès, a soberania não pertencia ao rei, mas à Nação legitimamente representada na Assembleia Nacional francesa, segundo pensava, apenas pelo Terceiro Estado.

E assim ocorreu de, meses depois da publicação de sua obra, o Terceiro Estado proclamar-se Assembleia Nacional em 17 de junho de 1789 e, em 23 de junho, recusar-se a obedecer ao rei, que, acuado, ordenou aos dois outros Estados privilegiados que se reunissem com o Terceiro.

Por fim, em 9 de julho de 1789, a Assembleia Nacional proclamava-se Constituinte e, em 26 de agosto do mesmo ano, publicava seu primeiro documento solene, que não foi a Constituição da França, mas algo que se pretendia universal - a Declaração dos Direitos do Homem.

Nos anos seguintes, a Revolução Francesa experimentou ao máximo as ideias de Sieyès, não só limitando os poderes reais para fazer da França, num primeiro momento, uma monarquia constitucional, senão também, numa segunda fase, abolindo a monarquia, em setembro de 1792, ano I da Primeira República Francesa.

A noção de Sieyès de poder constituinte nasce, portanto, no mesmo país e no mesmo século que a ideia de soberania popular desenvolvida por Rousseau, ambos pressionando por uma Constituição escrita para a França.

*"A filosofia política do século XVIII incluiu, entre seus princípios de organização do Estado, a necessidade de uma Constituição escrita, pelos seguintes motivos: a. tendo o Estado, por origem, um contrato, a Constituição seria a expressão e a renovação desse pacto primitivo; b. a clareza, a firmeza da lei escrita sobre a lei costumeira, que é sujeita a deformações; c. a Constituição escrita é mais solene, tem mais garantias, não pode ser alterada e é muito mais fácil de ser reconhecida por todos; d. é um meio de educação política para o povo, que pela sua leitura adquire consciência mais nítida de seus deveres e direitos."*⁷⁴

73 CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *op. cit.*, p. 67.

74 AZAMBUJA, Darcy, *op. cit.*, p. 196.

Feita essa introdução, conceitualmente pode-se dizer, pois, que o poder constituinte é o poder de construir, de criar os poderes do Estado, ditos por isso constituídos ou instituídos.

E, sendo um poder criador, pode-se concluir, desde logo, que somente pode ser um poder originário, um poder gerador, a fonte e o princípio dos demais poderes e, portanto, a eles logicamente superior.

Resumidamente, o poder constituinte é a força política capaz de criar e impor uma primeira ou uma nova Constituição a um Estado.

Mas, ao contrário do poder de reforma constitucional, que é moldado juridicamente pela própria Constituição, o verdadeiro poder constituinte, chamado de originário, não é, rigorosamente, uma categoria juridicamente apreensível, senão um fato histórico e político, nascido, via de regra, de momentos de ruptura institucional.

“E, perante a multiplicidade de conceitos e definições, veremos que, no fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”⁷⁵

“Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pelo poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição – poder de revisão) seriam poderes constituídos.”⁷⁶

Por fim, se, juridicamente, a Constituição é a máxima lei do Estado, evidentemente que a força política capaz de criá-la não se concebe sujeita a condicionamentos ou limites de qualquer natureza, porque soaria contraditório que o poder capaz de criar a Constituição somente pudesse fazê-lo dentro de certas formas ou sob determinadas condições.

Assim, por exemplo, ninguém levaria a sério o Congresso Nacional Constituinte brasileiro, instalado a 1º de fevereiro de 1987, se somente houvesse podido atuar dentro de certos limites previamente definidos pelos poderes então instituídos.

Os únicos limites ou condicionamentos admissíveis contra o poder constituinte, sem risco de desnaturá-lo, são aqueles ditos endógenos, isto é, os resultantes das disputas e entrechoques internos das forças políticas que participam de sua formação.

75 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 59.

76 *Ibidem*, p. 67.

Em suma, Sieyès acertou ao afirmar que não há poder constituinte que não seja ao mesmo tempo poder soberano.

| 4.2. Titularidade do poder constituinte

Mas, onde a força política, capaz de redigir e impor a Constituição, encontra sustentação para se fazer simultaneamente constituinte e soberana, senão na vontade popular?

Nesse aspecto, passados mais de dois séculos desde a Revolução de 1789, a tese de Sieyès de que a força do poder constituinte se assenta na nação cedeu lugar à noção de que, em verdade, se funda legitimamente no povo, conforme a ideia de soberania popular antes desenvolvida por Rousseau.

*“O poder constituinte entendido como **soberania constituinte do povo**, ou seja, o poder de o povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política, parece hoje uma evidência. No entanto, a distinção clara entre um poder constituinte que faz as leis fundamentais e um poder legislativo que faz as leis não fundamentais foi precedida de uma laboriosa construção teórica.”⁷⁷*

De fato, hoje, não há quem possa negar que a soberania de que se investe o poder constituinte repousa, sempre em última instância, no povo, ou, se se preferir, no consentimento, ainda que tácito, dos governados.

Conforme ensinou a Revolução Francesa e tantas outras que a seguiram, mesmo as piores ditaduras se equilibram, no limite, no consentimento popular, ainda que implícito, pois, em momentos de aguda crise política ou econômica, nem o rei ou o pior tirano reúne forças para subjugar as massas.

De fato, ninguém pode seriamente supor que o Partido Comunista teria condições de sufocar as manifestações populares ocorridas em 1989 na Praça da Paz Celestial, na China, se a maioria do povo chinês, já experimentando os primeiros confortos materiais de uma economia de mercado, tivesse aderido em massa às manifestações estudantis.

Do mesmo modo, com a expansão de regimes democráticos pela maior parte do planeta após o fim da Segunda Guerra Mundial e o colapso dos regimes comunistas, na União

77 Ibidem, p. 66.

Soviética e Europa Oriental, no final da década de 1980, ficou ainda mais evidente que o poder político que não conseguir se legitimar, expressa ou implicitamente no consentimento popular, dificilmente conseguirá impor uma ordem constitucional duradoura.

“O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática. Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação de sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo.”⁷⁸

| 4.3. Modos de expressão do poder constituinte

Não obstante o poder constituinte somente possa ter como único e legítimo titular o povo, várias são, entretanto, suas formas de expressão.

E, as formas de expressão do poder constituinte são os diferentes modos pelos quais pode se organizar e proceder; problema que diz respeito, portanto, ao seu exercício, ou seja, ao procedimento constituinte, do que em grande parte deriva a própria legitimidade da Constituição.

“O problema a esclarecer é, por conseguinte, o do procedimento constituinte, também conhecido como problema das formas de exercício do poder constituinte.

O problema do procedimento constituinte é importante porque, como se irá ver, o procedimento constituinte é uma dimensão básica e estruturante da própria legitimidade da constituição.”⁷⁹

Nesse sentido, é evidente que tanto maior será a legitimidade do texto constitucional quanto maior for a intervenção popular no exercício do poder constituinte.

Dessa forma, se a participação popular é nenhuma, convencionou-se dizer que a Constituição é *outorgada*, se há alguma intervenção popular no processo de sua formação, diz-se, então, que é promulgada.

“Assim, se o ato constituinte compete a uma única pessoa, ou a um grupo restrito, em que não intervém um órgão de representação popular, fala-se em ato constituinte unilateral, e a Constituição é dita outorgada. No Brasil, a Constituição de 1834 e a de 1937 foram outorgadas por ato do Chefe do Executivo.

78 Ibidem, p. 69.

79 Ibidem, p. 70.

*Em outros casos, a Constituição é promulgada por uma Assembleia de representantes do povo. Este é o sistema clássico de elaboração de constituições democráticas. O método dá origem à chamada Constituição votada. Desta classe fazem exemplos as nossas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e a de 1988.*⁸⁰

No que respeita à Constituição brasileira de 1967, há autores, como José Afonso da Silva, que a classificam como *outorgada*, na medida em que o então Presidente da República não eleito podia cassar o mandato dos parlamentares constituintes, que, embora eleitos, não eram, portanto, a rigor, livres para aprovar ou rejeitar o projeto de Constituição que o chefe do Executivo lhes remetera para votação.

Assim, tanto a iniciativa quanto o resultado daquele processo constituinte foram condicionados de fora – externamente – pela vontade do Presidente da República e não pelos congressistas eleitos pelo povo.

*“Não se convocou Assembléia Constituinte. Expediu-se o Ato Institucional 4, de 7.12.1966, pelo qual se convocou o próprio Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, a fim de discutir, votar e promulgar o projeto de constituição, que o Presidente da República tinha mandado elaborar. Um Congresso Nacional, diga-se de passagem, coagido, porque seus membros estavam sujeitos a terem cassados seus mandatos, se o Presidente da República não gostasse da sua atitude.”*⁸¹

Por outro lado, Constituições promulgadas são, via de regra, fruto de uma Assembleia Nacional especialmente eleita para o fim de editar uma Constituição, dissolvendo-se ao final, caso em que se diz que o procedimento constituinte é representativo.

Nesse caso, o procedimento constituinte representativo pode se manifestar sob a forma de uma Assembleia Constituinte soberana ou de uma Assembleia Constituinte não soberana, conforme a participação popular se limite à eleição dos membros da Assembleia – como foi o caso de todas as Constituições brasileiras já promulgadas –, ou se estenda à fase final do procedimento, rejeitando ou sancionando diretamente o texto constitucional elaborado pelos representantes do povo – de que é primeiro exemplo histórico a Constituição de Massachusetts de 1780, seguido pelas Constituições francesas de 1793, 1795 e 1946 e, mais recentemente, pela Constituição espanhola de 1978.

80 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, pp. 201-202.

81 DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 105.

“Designa-se procedimento constituinte representativo a técnica de elaboração de uma lei constitucional através de uma assembleia especial – a assembleia constituinte. Na forma representativa pura cabe à assembleia constituinte elaborar e aprovar a constituição, excluindo-se qualquer intervenção directa do povo através de referendo ou plebiscito. Fala-se, neste caso, de assembleia constituinte soberana. É o procedimento que se pode considerar clássico na experiência constitucional portuguesa (cfr. Constituição de 1822, Constituição de 1838, Constituição de 1911 e Constituição de 1976).”⁸²

Todavia, o modo de expressão do poder constituinte que mais de perto realiza o ideal da soberania popular, e, portanto, goza de maior legitimidade, é aquele pelo qual a Constituição redigida pelos representantes do povo, reunidos em Assembleia Constituinte, é, ao final, submetida à aprovação popular por meio de referendo, pois é o único que compatibiliza, de fato, a ideia de poder constituinte com a ideia de soberania popular.

“Existe um procedimento constituinte representativo desenvolvido por uma assembleia constituinte não soberana quando esta é competente apenas para elaborar e discutir o(s) projecto(s) de constituição, competindo depois ao povo através de referendo aprovar o projecto elaborado pela assembleia constituinte. Os motivos desta solução prendem-se com as teorias da soberania, considerando algumas delas a representação constituinte, na senda da teoria da soberania popular de Rousseau, como uma ficção, pois identifica o povo com os seus representantes, confunde mandatário (representantes) e mandantes (povo), considera delegável o que não é possível delegar (a soberania). Ora, já que não é possível, por razões práticas, o povo deliberar e aprovar (sistema rousseauiano puro) ao menos que se adopte uma solução minimamente democrática (sugerida por Condorcet). O princípio básico seria este: o povo não delega o poder de aprovar ou de rejeitar uma constituição. Por razões políticas, o povo não delega o poder de aprovar ou de rejeitar uma constituição, de fazer intervir o povo soberano na aprovação ratificatória (ou não) do projecto elaborado pela assembleia constituinte (tese do poder do povo de ratificar a constituição, tese da sanção constituinte popular). Neste sentido, diz-se que o texto aprovado por uma assembleia constituinte é uma proposta de constituição enquanto que o voto do povo é uma sanção constituinte.”⁸³

*“De acuerdo com las teorías de la soberanía del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita:*

82 CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *op. cit.*, p. 72.

83 *Ibidem*, p. 73.

un asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La ratio de esta exigencia es que la ley fundamental adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano.”⁸⁴

Finalmente, é possível falar também em procedimento constituinte do tipo pactuado, quando resultante de um compromisso entre duas ou mais partes, cujo maior exemplo moderno é a Constituição Americana de 1787, que, depois de redigida por uma assembleia constituinte, somente entrou em vigor após ter sido ratificada pelos Estados membros daquela federação.

“d) o exercício pactuado, criação consensual da constituição, que na História apresenta exemplos de duas naturezas. Um primeiro corresponde a uma forma híbrida ou ambígua da titularidade do poder constituinte, em que os documentos constitucionais eram formados por meio de pactos entre o rei e representantes da sociedade; a Carta Magna de 1215 na Inglaterra é um exemplo, se bem que se lhe nega autêntica natureza de documento constitucional; a Constituição francesa de 1830 foi negociada entre Luís Felipe e o Parlamento burguês (Vano-si). Outra forma consensual de exercício do poder constituinte é a dos pactos entre Estados ou províncias que conduzem à reunião de um congresso, assembléia ou convenção que estabeleça uma nova forma do Estado por meio de um procedimento federal, como se teve nos Estados Unidos em 1787, quando se reuniu uma Convenção composta de delegados de treze Estados soberanos, ex-colônias inglesas, como encargo de rever os anteriores artigos da Confederação; em vez de simples revisão desses artigos, deliberou-se sobre um projeto de Constituição Federal, que foi, depois, submetido à aprovação dos Estados-membros (1788-1790); assim também forma a Constituição Argentina de 1853, proveniente do Pacto e Acordo Federal de 1831 e 1852, e a atual Constituição da República Federal da Alemanha, elaborada por um Conselho Parlamentar, composto de representantes dos Parlametos dos Länder (Estados-membros) compreendidos nas zonas de ocupação ocidental da Alemanha; o mesmo texto foi depois aprovado pelos Parlametos locais (Prieto G. Grasso). De modo semelhante foi feita a Constituição da Federação Suíça de 1848, enquanto a atual, de 1874, também decorrente de processo consensual entre os Cantões (Estados-membros), foi, depois submetida ao referendo popular, que a aprovou.”⁸⁵

84 LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, pp. 160-161.

85 DA SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71-72.

| 4.4. *Limites do poder constituinte*

Soa contraditório falar em limites ao poder constituinte, se a pouco se afirmou que uma de suas características é, precisamente, ser ilimitado.

Bem, é preciso deixar claro que, de fato, não é possível falar em limites exógenos, isto é, provenientes de forças ou instituições operando externamente sobre o poder constituinte.

Se tais limites conseguissem se impor, seriam ilegítimos na medida em que atingiriam a soberania da assembleia constituinte que se pretende incondicionada, de tal modo que, em verdade, soberanas e constituintes seriam as forças operando de fora, sendo a assembleia mero fantoche.

Assim, por exemplo, se o congresso constituinte brasileiro, reunido em 1º de fevereiro de 1987, estivesse obrigado a acatar fórmulas procedimentais ou restrições materiais pré-estabelecidas pela Igreja, por sindicatos, pelos militares ou mesmo pelo Presidente da República então em exercício, já não exerceria um verdadeiro poder constituinte.

Dito isso, não é possível deixar de reconhecer, porém, que o poder constituinte encontra limites em si mesmo, isto é, no interior da força política que o sustenta; nesse sentido, é possível falar em limites tácitos endógenos ou limites soberanamente autoimpostos.

O primeiro limite endógeno identificável ao poder constituinte resulta de sua própria gênese histórica.

Se Constituições escritas são o objetivo histórico das lutas políticas para pôr fim ao poder absoluto, estabelecendo limites e formas de controle do poder político, está implícito que o poder constituinte não pode criar Constituição atributiva de poderes absolutos a alguma instituição ou a alguma pessoa, pois isto seria a própria negação da razão de ser do poder constituinte e da Constituição.

Nesse sentido, o imperativo da organização do poder político estatal de forma a dividi-lo em mais de um centro de exercício e por essa forma impedir a concentração e o abuso do poder é condicionamento implícito observado por todos os poderes constituintes de origem popular e reconhecível hoje, em maior ou menor grau, em todas as Constituições promulgadas por Estados de Direito democráticos.

Pode-se afirmar, pois, que o primeiro objetivo-limite fundamental ao poder constituinte é dotar o Estado de distintos poderes constituídos para o exercício de diferentes atribuições, desconcentrando-o e dividindo-o, conforme inscrito no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

O segundo limite tácito endógeno ao poder constituinte são os costumes ou padrões de comportamento ético, moral e cultural do povo, que constituem condicionamentos não escritos da ação política, mas que nem por isso deixam de ser sentidos e implicitamente acatados.

Diz-se que é limite endógeno, pois o poder constituinte está imerso nos costumes sociais, que o conformam e o influenciam por dentro, queira ou não, sendo impossível a ele se manter imune ou distante.

Realmente, os valores éticos, morais e culturais do povo não podem ser colocados de lado pelo trabalho do constituinte e, inevitavelmente, vão condicioná-lo, sob pena de o texto constitucional resultante simplesmente não produzir efeito algum sobre a sociedade a que se destina, criando-se uma Constituição sem o mínimo de sustentação fática, mera peça retórica ou simbólica:

“Da exposição sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada.

[...]

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Relativamente à constitucionalização simbólica, ele ganha sua relevância específica no plano da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição (ver supra Cap. I.8.4). Ao texto constitucional falta, então, normatividade.”⁸⁶

86 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 90-92.

Por fim, José Joaquim Gomes Canotilho identifica outros dois limites ao poder constituinte: o primeiro, que também se poderia chamar de endógeno, consiste em princípios de justiça que, diz o constitucionalista português, também deveriam ser barreiras reconhecíveis e respeitadas pelo poder constituinte, e, de certa maneira, compõem o conjunto de valores éticos e morais do povo e, o segundo, que se entende exógeno, e, portanto, oriundo de forças externas, no caso, mais especificamente internacionais:

“Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode hoje estar out da comunidade internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).”⁸⁷

Quanto aos últimos, isto é, quanto à existência de limites impostos pela comunidade internacional ao poder constituinte, entende-se que, ou foram internalizados pelo povo, incorporando-se ao padrão cultural da nação, e já por isso são limites endógenos que o poder constituinte acaba por se autoimpor, sob o risco, já dito, de produzir uma Constituição simbólica, ou só podem ser considerados limites exógenos e, portanto, ilegítimos, que descaracterizariam um poder constituinte nacional como popular e soberano, transformando-o em um mero instrumento de forças internacionais.

| 4.5. Tipos de poder constituinte

Conforme originalmente pensado por Sieyès, o poder constituinte somente é autêntico se investido pelo povo de soberania para fundar ou refundar politicamente o Estado, revogando todo o Direito pré-existente.

Rigorosamente, portanto, apenas existe poder constituinte onde há plenos poderes para criar uma primeira ou nova Constituição, contudo, a teoria constitucional costuma distinguir dois tipos de poder constituinte: o *poder constituinte originário* e o *poder constituinte derivado, de reforma ou de revisão*.

87 CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *op. cit.*, p. 75.

Ambos têm em comum o poder de criar normas constitucionais, porém o segundo somente pode fazê-lo dentro de certos limites procedimentais e, às vezes, materiais, impostos pelo primeiro.

Assim condicionado, o poder constituinte derivado não é verdadeiro poder constituinte, mas poder instituído ou constituído com atribuição para, dentro de certas condições procedimentais e observados, em alguns casos, certos limites materiais postos pelo constituinte originário, modificar a Constituição.

“O poder que edita Constituição nova substituindo anterior ou dando organização a novo Estado—este Poder Constituinte é usualmente qualificado de originário. Isto sublinha que ele dá origem à organização jurídica fundamental.

Esta qualificação serve também para distinguir esse Poder Constituinte, que é o único a realmente fazer jus ao nome, de Poderes Constituintes instituídos ou derivados. Estes impropriamente chamados de Constituintes. Eles são constituídos pelo Poder Constituinte originário e dele retiram a força que têm. A designação Poder Constituinte só lhes vem do fato de que, nos termos da obra do Poder originário, podem modificá-la, completá-la (poder de revisão) ou institucionalizar os Estados federados que dela provenham (Poder Constituinte dos Estados-Membros).

Por isso, quando se fala simplesmente em Poder Constituinte é ao originário que se faz referência.”⁸⁸

Se o poder constituinte, dito originário, estabelecer proibições de legislar sobre certas matérias ao poder constituído de reforma, tanto menor será o poder deste último; porém, se não as estabelecer, a Constituição poderá, em tese, ser totalmente reformada, desde que observados, apenas, procedimentos formais específicos.

No primeiro caso, o poder constituinte derivado se assemelha ao legislador ordinário em sua sujeição à Constituição, havendo entre ambos diferença apenas de grau, na medida em que o primeiro deve obediência tão somente a algumas partes do documento, enquanto o segundo é subordinado à íntegra do texto.

No segundo caso, o poder constituinte de revisão é praticamente igual ao poder constituinte originário, se se considerar que pode revogar todo o Direito pré-existente, sendo a diferença entre eles apenas de forma, pois este último não se limita a procedimento prévio algum, podendo deliberar livremente sobre as regras do processo legislativo, ao

88 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 20.

passo que o poder de reforma deve, necessariamente, subordinar-se a um procedimento legislativo pré-estabelecido, a fim de que possa, validamente, produzir Direito novo.

“Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior.

Evita-se, desse modo, que o poder constituinte originário tenha de se manifestar, às vezes, para mudanças meramente pontuais. Reduzem-se os efeitos nefastos das contínuas rupturas da ordem constitucional.

Aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade.

As mudanças são previstas e reguladas na própria Constituição que será alterada.

O poder de reforma — expressão que inclui tanto poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) — é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado e nem ilimitado. É um poder que não se confunde como poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, o estabelecimento de restrições a este.”⁸⁹

| 4.6. O conceito de Constituição

Se a razão de ser do poder constituinte é criação de uma Constituição, é preciso, então, conceituar sua obra.

Nesse sentido, o *conceito ideal moderno* de Constituição é aquele melhor explicitado em língua portuguesa por J.J. Gomes Canotilho:

“a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os li-

89 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 213.

mites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.”⁹⁰

Eis, portanto, a essência de toda Constituição: organizar o poder político de modo a limitá-lo, empregando, para tanto, a técnica de repartição dos poderes do Estado e declarando um rol de direitos e liberdades individuais não sujeitos à sua ação.

“En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal.”⁹¹

Tais dogmas integram o moderno conceito de Constituição, porque forjados pela ideologia política surgida na Europa no século XVIII, de inspiração liberal e burguesa, chamada de *constitucionalismo*, que pretendia estabelecer limites contra o absolutismo monárquico então dominante por meio da instituição de regimes constitucionais ou Estados de Direito.

“Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século passado e nos três lustros deste século foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela ‘outorga’ dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus, salvo a Rússia, adotaram Constituição.”⁹²

A esse movimento Canotilho chama de *constitucionalismo moderno*, diferenciando-o de um *constitucionalismo antigo*:

“Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a

90 CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 46.

91 LOWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p.151.

92 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 7.

*partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca num tempo longo – desde os fins da Idade Média até século XVIII.*⁹³

Simbolicamente, o constitucionalismo consagrou-se vitorioso com a publicação do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *“Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”*

O legado do constitucionalismo moderno foi a ideia de que o poder político ou temporal deve ser limitado pelo pacto que homens livres e iguais estabelecem entre si para regular a vida em sociedade, portanto, por sua própria vontade e, não, por normas consuetudinárias não-escritas, reveladas pela providência divina ou pelo Direito Natural, conforme entendia o antigo constitucionalismo.

*“A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades.”*⁹⁴

Por essa razão, uma Constituição, que não contenha o governo dentro de certos limites e não reconheça um rol mínimo de direitos e liberdades individuais, não será reconhecida como tal.

*“Por ello, la constitución de Haile Selassie, en Etiópía (1931), que en su artículo 5 establece: ‘En el Imperio etíope el poder supremo yace en el emperador’, no podrá ser considerada como una auténtica Constitución, ya que prescinde de institucionalizar la distribución y la limitación del ejercicio del poder.”*⁹⁵

93 CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 46.

94 *Ibidem.*, pp. 48-49

95 LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p.151.

| 4.7. Vantagens da Constituição Escrita

Atualmente, poucas nações soberanas prescindem de alguma forma de Constituição, sendo a maioria dotada de Constituição escrita ou dogmática e, apenas uma, de Constituição não-escrita, histórica ou consuetudinária.

“Considera-se escrita a constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente e de um ato por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais).

Não escrita, ao contrário, é a constituição cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseie principalmente nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa.

O conceito de constituição dogmática, é conexo com o de constituição escrita, como o de constituição histórica o é com constituição não-escrita. Constituição dogmática, sempre escrita, é a elaborada por um órgão constituinte, e sistematiza os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento. Constituição histórica ou costumeira, não escrita, é, ao contrário, a resultante de lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sócio-políticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado, e o exemplo vivo é o da Constituição inglesa.”⁹⁶

Salvo o caso da Grã-Bretanha, Constituições escritas tornaram-se documento jurídico-político indispensável a todo e qualquer Estado de Direito democrático, muito embora, é verdade, não sejam exclusividade de governos democráticos, servindo, também, a regimes monárquicos ou autocráticos.

Nesse sentido, é preciso recordar que, já em fins do século XIX, não havia na Europa, com exceção da Rússia, monarquia absoluta que não ostentasse aparência constitucional, e, até mesmo o Império do Brasil contava, já em 1824, com uma Carta Constitucional, que, conforme sabido, não constituiu empecilho para que o imperador Dom Pedro I governasse o país recém-independente com poderes praticamente absolutos.

96 DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45.

Já no século XX, não houve no Ocidente regime autoritário ou totalitário de esquerda ou de direita que não procurasse se legitimar por meio da outorga de Constituição escrita, como foi o caso, também no Brasil, da ditadura Vargas e da Constituição de 1937 e, posteriormente, dos diversos governos militares que se sucederam no país após a ruptura democrática de março de 1964 e a Constituição de 1967, emendada em 1969.

Mas, por que, afinal, a ideia de dotar as nações de Constituição escritas vingou com tanta força, a ponto de a única Constituição não-escrita ser considerada apenas mais uma excentricidade britânica?

“Quanto à forma — uma classificação cuja utilidade parece restringir-se a contemplar a singularidade da experiência constitucional inglesa —, as constituições são escritas ou não escritas, conforme se achem consolidadas em texto formal e solene, ou se baseiem em usos e costumes, convenções e textos esparsos, bem assim na jurisprudência sedimentada em torno desses elementos de índole constitucional.”⁹⁷

Historicamente, a primeira Constituição escrita surgiu da necessidade de assegurar e perpetuar os direitos que a independência de 1776 garantiu ao povo dos Estados Unidos.

De fato, discriminar expressamente em documento escrito o rol de direitos fundamentais do povo mostrou ser efetivamente a melhor maneira de assegurar para as futuras gerações a manutenção das conquistas liberais das revoluções americana e francesa do século XVIII.

Desde então, incorporou-se à tradição política o costume de declarar solenemente por escrito em Carta Constitucional os direitos dos governados e os deveres dos governantes, que os americanos imaginaram ser a fórmula ideal para controlar o abuso do poder e criar governos moderados.

E, realmente, as vantagens de uma Constituição escrita são inegáveis: em primeiro lugar, a publicação de um texto, que se torna assim acessível a todos quantos saibam ler, torna possível a ampla divulgação e difusão às massas da ideia de que o povo é dotado de direitos inalienáveis, tornando-os reconhecíveis e fixando-os na consciência popular, de modo a não poderem mais ser negados ou ignorados; em segundo, o registro em documento escrito de direitos fundamentais de que gozam os governados permite, por oposição, identificar com precisão quais são os limites dos poderes dos governantes, de

97 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.15.

modo que eventuais desvios ou atos abusivos possam ser evidenciados por comparação às normas expressas no texto constitucional.

A terceira principal vantagem decorrente da opção pela Constituição escrita, inicialmente não imaginada pelos constitucionalistas, mas que logo se tornou evidente, consiste na possibilidade de permitir o surgimento e desenvolvimento de formas de controle de constitucionalidade, hoje realidade em praticamente todos os Estados Democráticos de Direito.

| 4.8. Tipos de Constituição

A ideologia liberal influenciou tão profundamente as Constituições escritas surgidas por toda parte, desde fins do século XVIII até a o fim da Primeira Guerra Mundial, que se pretendeu identificar normas constitucionais pela correspondência de seu conteúdo àquele ideal.

Em outras palavras, seriam normas materialmente constitucionais apenas aquelas sobre organização do poder político do Estado e direitos e liberdades individuais.

Todas as outras eventualmente incluídas em uma Constituição escrita apenas gozariam de *status* constitucional, não sendo, porém, substancialmente constitucionais, por isso chamadas de formalmente constitucionais.

“Pode-se, segundo esta aceção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando-se tão-somente o seu objeto. Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência, se tratar da distribuição do poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional, fará parte da Constituição. Se não satisfizer a este requisito de ser norma relativa às relações basilares, fundamentais, entre os órgãos do Estado ou entre estes e os indivíduos, ela não fará parte da Constituição.

Anote-se que a norma jurídica leva em conta a matéria que trata, independentemente do lugar em que esteja. Pode-se encontrar normas substancialmente constitucionais tanto fora da Constituição, como também dentro da própria Constituição formal. Passa-se, então, a identificar aquelas normas que ostentam essa qualidade tão-somente por estarem na Constituição e aquelas outras que também formalmente constitucionais crescem a isso o fato de serem substancialmente constitucionais.

Esta separação é muito relativa porque a própria tarefa de encontrar o que seria substancialmente constitucional é muito ingrata, eis que as divergências sempre

*aparecem por interferências subjetivas de quem se lança a isso, assim também como pelo caráter ideológico que essa empreitada pode assumir.*⁹⁸

Ocorre que, com o declínio do liberalismo clássico, este critério deixou de ser unânime, uma vez que para os que estão à esquerda do espectro político-ideológico também os direitos sociais básicos ou direitos de segunda geração, como o direito a férias anuais remuneradas, por exemplo, são também normas materialmente constitucionais.

Hoje, para os movimentos políticos ligados à causa ambiental, mesmo alguns direitos difusos de terceira geração, como o direito a um meio-ambiente livre de poluição, deveriam integrar todo e qualquer documento jurídico que pretenda ser chamado de Constituição, havendo, portanto, muito debate sobre a verdadeira natureza das normas constitucionais.

Em verdade, não há normas ontologicamente constitucionais, sendo formal e materialmente constitucional toda e qualquer matéria que, em determinado momento histórico, o constituinte originário, investido pelo povo do poder de dar Constituição ao Estado, entendeu ser suficientemente relevante para merecer ser incluído em sua obra.

Dito isso, interessa principalmente ao propósito deste trabalho a classificação dos tipos de Constituição que opera pelo critério da estabilidade, ou seja, que diferencia seus diversos tipos conforme mais ou menos resistentes aos processos de sua própria reforma.

Segundo este critério, as Constituições classificam-se em *rígidas*, *semi-rígidas* e *flexíveis* e a maior ou menor rigidez de uma Constituição é determinada pelo rigor do processo legislativo que o próprio documento impõe para sua válida modificação.

*“Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto constitucional. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível, como fora a Constituição do Império do Brasil, à vista de seu art. 178.”*⁹⁹

98 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 44-45.

99 DA SILVA, José Afonso, *op. cit.*, pp. 45-46.

Das definições acima expostas, conclui-se que rigidez não implica inalterabilidade, mas, tão somente, maior exigência formal e procedimental como, por exemplo, exigências de quórum qualificado e votação em dois turnos, para aprovação de emendas à Constituição em relação àquelas necessárias à aprovação das leis em geral.

De fato, o constitucionalismo moderno nunca entendeu que a Constituição fosse obra infalível, mas, sim, registro solene do contrato social, e, como tal, sujeita aos ajustes que a vontade dos homens julgasse necessários ao longo da história.

“Ahora bien, volviendo la mirada hacia la constitución del Estado liberal, democrático y con estructura pluralista, se observa que aun la mejor constitución—esto es, aquella que goza del mayor consenso y que ha sido elaborada de la forma más cuidadosa—es tan sólo un compromiso, no pudiendo ser, además, otra cosa. La constitución presenta la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan de su nacimiento, al como están ‘representadas’ a través de los partidos políticos.”¹⁰⁰

Nesse sentido, pondera José Afonso da Silva:

“Em sentido similar, escreve Paine estas impressionantes palavras (aí citadas por Pedro de Veja): ‘Só os vivos têm direito neste mundo. Aquilo que em determinada época pode considerar-se acertado e parecer conveniente, pode, em outra, ser inconveniente e errôneo. Em tais casos, quem há de decidir? Os vivos ou os mortos?’ A resposta a tão incisiva interrogação a oferece a Constituição francesa de 1793, que, em seu art. 28, estabelecia: ‘Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras’. O que isso quer dizer na teoria da Constituição é que a soberania popular tem o direito, em cada momento histórico, de manter ou de substituir sua Constituição, sem limitações jurídicas, sem que a Constituição anterior dite regras a serem obedecidas na feitura da Constituição nova.”¹⁰¹

| 4.9. Imutabilidade constitucional

Não obstante a crítica acima exposta, há Constituições, como a brasileira de 1988, que, além de fixarem procedimento especial bastante rígido para sua reforma, estabelecem, também, a irrevogabilidade absoluta de algumas disposições de seu texto, as quais se convencionou chamar de cláusulas pétreas.

100 LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p.163.

101 DA SILVA, José Afonso, *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 229.

| 4.10. Origem e definição das cláusulas pétreas

Ao que parece, a primeira cláusula pétreia apareceu durante a Terceira República francesa, no artigo 8º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, emendada pela Lei Constitucional de 14 de agosto de 1884, com o escopo de impedir a restauração da monarquia, disposição repetida nas Constituições francesas de 1946 e 1958.

“Así Francia, III República, artículo 8 de la Ley Constitucional de 25 de febrero de 1875 (añadido por Ley Constitucional de 14 de agosto de 1884); Constitución de 1946, artículo 95, Constitución de de Gaulle de 1958, artículo 89; en ésta se fue además prohibida toda reforma constitucional que atentase contra la ‘integridad del territorio.’”¹⁰²

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a prática de inserir disposições de intangibilidade referentes à forma de governo passou a textos constitucionais de outros importantes países europeus.

“Análogas disposiciones protectoras contra la restauración se encuentran en Italia (Constitución de 1948, artículo 139) e, inversamente, contra la eliminación de la ‘Monarquía Democrática’ en Grecia (Constitución de 1952, artículo 108, párrafo 2). En todos estos casos no puede ser en absoluto tratada por el Parlamento una propuesta en este sentido.”¹⁰³

Na América Latina, o risco não era de restauração de regimes monárquicos, mas o perigo sempre presente das ditaduras, de tal modo que as garantias de perpetuidade adotadas por influência do modelo constitucional francês dirigiam-se contra a possibilidade de reeleição do Presidente da República.

“Ejemplos: Guatemala (Constitución de 1945), artículos 2 y 206, párrafo 3; aquí el artículo 12, párrafo 2, hasta declara justificada la revolución popular cuando dicha prohibición sea violada. El Salvador (Constitución de 1886, artículo 171 (remitiendo a los artículos 80-82).”¹⁰⁴

Essa revista à história do Direito Constitucional comparado permite concluir que - ao contrário do que se poderia imaginar - proibições de reforma nasceram para assegurar as conquistas de algum projeto político de Poder, vitorioso de revoluções, contra investidas reacionárias e, não, para reforçar liberdades individuais diante do poder estatal.

102 Ibidem, p.189.

103 Ibidem, p. 189.

104 Ibidem, p. 189.

A extensão de cláusulas pétreas a direitos individuais ocorreu somente com a promulgação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha Ocidental, de 23 de maio de 1949, que passou a ser, depois de 1989, a Constituição da Alemanha reunificada.

“Entre las constituciones de todos los grandes Estados modernos no existe ninguna que llegue tal lejos en el establecimiento de disposiciones intangibles como la Ley Fundamental de Bonn. El artículo 79, párrafo 3, prohíbe radicalmente enmiendas constitucionales por medio de las cuales ‘fuese afectada la organización de la Federación en Länder, la participación fundamental de los Länder en la legislación, o los principios fundamentales establecidos en el artículo 1 y 20.’”

Nesse sentido, cláusulas pétreas são, pois, proibições de reforma de normas constitucionais que o poder constituinte originário estabelece, na própria Constituição, ao poder constituinte de reforma, podendo, em tese, incidir sobre qualquer matéria constitucional.

Tomando por base a maioria das Constituições, cláusulas pétreas costumam abrigar as seguintes matérias:

“El intento de la tipología de las disposiciones articuladas de intangibilidad podría intentarse de la siguiente manera: 1. La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica; este problema ha perdido actualidad hasta en la misma Italia, donde el paso de la monarquía a la república en el referéndum de 1946 sólo fue aprobado por una mayoría relativamente pequeña. 2. La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos períodos de mandato en el cargo presidencial; con ello se deberá evitar que el presidente, disponiendo sobre el aparato del poder estatal, se enraice en el poder y se convierta en dictador. 3. La prohibición de modificar a la forma democrática de gobierno; como gatos escaldados, los Länder alemanes han tenido, tras 1945, muy en cuenta las experiencias del pasado. 4. En el mismo capítulo caen también las prohibiciones de modificar los derechos fundamentales. 5. La estructura federal.”¹⁰⁵

Conforme já dito, embora o constituinte originário investido de poderes ilimitados possa de fato, legitimamente, instituí-las, sua conveniência e utilidade são bastante discutíveis.

O principal problema das proibições de reforma é manter as futuras gerações atadas aos compromissos constitucionais do passado, impedindo-as de livremente fazer suas próprias escolhas políticas.

105 Ibidem, p. 189.

Nesse caso, a obstrução da via legislativa pode levar ao acúmulo de tensões políticas ou sociais insuportáveis, que, no limite, poderão terminar em violenta ruptura institucional, diante da ausência de canais democráticos de mudança.

Toda Constituição que ergue diques legislativos contra o fluxo da correnteza política, mais cedo ou mais tarde, começará a ruir até ser finalmente rompida e levada de roldão pela massa d'água acumulada sobre suas paredes.

“En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales—y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa—, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política.”¹⁰⁶

| 4.11. Cláusulas pétreas na Constituição do Brasil

Paradoxalmente, a Constituição brasileira de 1988, não só não colocou a forma republicana de governo sob o abrigo das proibições de reforma - art. 60, § 4º, incisos I a IV -, como estimulou o debate a respeito da matéria, ao convocar plebiscito para decidir sobre a forma de governo - art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por outro lado, fugindo também da tradição política latino-americana, a mesma Constituição não só não proibiu proposta de emenda de reeleição do Presidente da República, senão passou a admiti-la, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997.

A conclusão que se pode chegar, portanto, quanto a este tema, é o quão sujeita à tradição política de cada país e às condições políticas de determinado momento histórico está a escolha de cláusulas pétreas, sendo impossível apelar a um suposto Direito Natural pré ou suprapositivo para discriminar quais matérias merecem figurar no rol das intangibilidades constitucionais.

106 Ibidem, p. 192.

No caso brasileiro, dispõe expressamente a Constituição Federal de 1988, no seu art. 60, § 4º, que:

*“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
a forma federativa de Estado;
o voto direto, secreto, universal e periódico;
a separação dos Poderes;
os direitos e garantias individuais.”*

A proibição de proposta de emenda à vigente Constituição do Brasil, que tenha por finalidade abolir a forma federativa do Estado brasileiro, o voto direto, secreto, universal e periódico ou direitos e garantias individuais, implica reconhecer que o poder constituinte originário impôs limites substantivos ao poder constituinte de reforma.

“Sendo um poder instituído, o poder de reforma está sujeito a limitações de forma e de conteúdo.

Entre nós, a liberdade do órgão reformador sofre restrições de ordem procedimental.

Assim, exige-se quórum especialmente qualificado para a aprovação de emenda à Constituição. É preciso que a proposta de emenda reúna o voto favorável de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma. Ambas as Casas devem anuir ao texto da emenda, para que ela prospere; não basta, por isso, para que a proposta de emenda seja aprovada, que a Casa em que se iniciou o processo rejeite as alterações à sua proposta produzidas na outra Casa.

A Constituição também aponta quem pode apresentar proposta de Emenda à Constituição (1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros). Não se prevê a iniciativa popular de proposta de Emenda.

Proíbe-se, por igual, a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda nela rejeitada ou tida por prejudicada (CF, art. 60, § 5º).

O poder de emenda também se submete a restrições circunstanciais. Proíbe-se a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (CF, art. 60, §1º).

Algumas constituições—não a brasileira em vigor—estabelecem também restrição temporal, vedando emendas durante certo período de tempo.

Há, afinal, as limitações materiais ao poder de reforma. O poder constituinte originário pode estabelecer que certas opções que tomou são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina cláusula pétrea.”¹⁰⁷

De outra parte, embora emendas tenham a mesma força e natureza das normas constitucionais originais, a existência de cláusulas pétreas permite concluir que há, no interior da própria Constituição, hierarquia de normas, na medida em que seu próprio texto reserva para alguns de seus dispositivos, mas não para outros, a garantia de imutabilidade.

A garantia de imutabilidade ou perpetuidade reservada para especiais dispositivos constitucionais impede, portanto, que certas disposições, consideradas de especial relevância, sejam revogadas ou profundamente modificadas a qualquer tempo e de qualquer modo, de forma que, havendo conflito entre emenda promulgada e norma constitucional coberta pela garantia de eternidade, não se aplica o princípio hermenêutico, segundo o qual norma posterior revoga a anterior de igual natureza naquilo que forem incompatíveis, resolvendo-se a incompatibilidade pela declaração de inconstitucionalidade da emenda.

Além dessas matérias expressamente discriminadas, a doutrina constitucional brasileira entende que o próprio § 4º do art. 60 e seus incisos são, também, eles mesmos, insuscetíveis de proposta de emenda tendente a aboli-los.

Realmente, se tais normas sobre normas pudessem ser abolidas por emenda à Constituição, desapareceria o impedimento à iniciativa de proposta de emenda constitucional sobre as matérias que aqueles incisos relacionam.

“Canotilho refere-se a certas garantias que pretendem assegurar a efetividade das cláusulas pétreas como limites tácitos para aduzir que, às vezes, as Constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do Poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta.”

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes do Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê limitações expressas (CF, art. 60), pois se diferente fosse, a proibição expressa poderia desapare-

107 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 215.

*cer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.*¹⁰⁸

E não é só, pois o § 2º do art. 5º da vigente Constituição do Brasil dispõe, ainda, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Diante de tal proposição, é possível concluir que mesmo direitos e garantias individuais não positivados estão cobertos pela garantia de imutabilidade, o que pode ampliar bastante o rol de matérias intangíveis, criando dificuldades adicionais para o controle de constitucionalidade, pois nem sempre será fácil especificar concretamente quais são os direitos e garantias suprapositivos compatíveis com o regime e princípios expressos na Constituição de 1988.

“A atual Constituição brasileira, como as anteriores, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretende ser exaustiva ao estabelecer os setenta e sete incisos do art. 5º. De fato, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, § 2º). Amplia o direito anterior ao mencionar tratados internacionais. Assim, poder-se-á deduzir direitos individuais não apenas do regime e princípios constitucionais, como também de normas internacionais que passarem a integrar o nosso sistema jurídico.

Quais sejam esses direitos implícitos, é difícil apontar. Podia-se, todavia, na vigência da Constituição anterior, sugerir como exemplo de tais direitos os que Limongi França arrola sob a expressiva designação de ‘direitos à integridade moral’, a saber, direito à honra, ao recato, à imagem, ao segredo, à identidade etc. (Manual de direito civil, v. 1, p. 330).

Hoje, expressamente, a Constituição os reconhece e assegura nos termos do inc. X do art. 5º, ao qual voltaremos adiante.

*Ficou, assim, mais problemática a identificação de direitos implícitos que possam decorrer do sistema jurídico pátrio e de tratados internacionais.*¹⁰⁹

108 DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9ª ed. Atualizada com a emenda constitucional n. 31/2000. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 531-532.

109 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 254.

Do que acima se expôs, constatada a existência de limitações materiais explícitas e implícitas ao poder constituinte de reforma, seria de se supor que somente uma ruptura institucional com a ordem constitucional vigente sustentaria a revogação ou alteração daquelas cláusulas de especial importância, de modo que, nessa hipótese, estaríamos diante de uma nova ordem constitucional produzida por um novo poder constituinte originário.

Por fim, quanto ao alcance da proibição, veja-se que o § 4º do art. 60 usa a palavra *abolir*, o que significa que a emenda somente será inconstitucional se pretender revogar ou modificar substancialmente cláusula garantida pela intangibilidade, mas, não, quando alterá-la pontualmente, sem, entretanto, violar a essência do princípio constitucional por ela protegido.

“Em favor desse entendimento, pode-se mencionar caso julgado pelo STF, em que não parece forçar o argumento enxergar a aplicação de inteligência aparentada com essa doutrina, ainda que sem o afirmar.

No MS 20.257-DF (RT), 99:1031), um precedente julgado em outubro de 1980, o Supremo Tribunal discutiu se uma emenda à Constituição, que prorrogava o mandato de prefeitos de dois para quatro anos, afetava a cláusula pétrea do princípio republicano, consagrado na Constituição da época.

O voto do relator para o acórdão, Ministro Moreira Alves, esclareceu que a temporariedade do mandato político constituía uma dimensão do princípio republicano, cláusula pétrea explícita à época. No entanto, o Ministro entendeu também que a só prorrogação por dois anos de certos mandatos não equivalia a ofensa à temporariedade dos mesmos. Vê-se que nem toda modificação do tema da duração do mandato está vedada, desde que não se afete o núcleo essencial da temporariedade, que tem que ver com a possibilidade de, em intervalos razoáveis, o povo eleger os seus representantes em cargos políticos. A avaliação das hipóteses de eventual ofensa ao núcleo essencial da temporariedade dos mandatos há de ser feita casa a caso e não dispensa esforço hermenêutico.

No MS 23.047-MC, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, expressamente adere à tese de que as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64 (rectius: art. 60), § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”¹¹⁰

110 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 220.

5. Controle judicial de constitucionalidade

| 5.1. Origem

Naturalmente, ocorreu de o primeiro país a ter Constituição escrita ser também o primeiro a perceber a necessidade de estabelecer alguma forma de controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo e atribuí-lo ao Judiciário.

Assim, a afirmação histórica da justiça constitucional ocorreu pela primeira vez em 1803, quando a Suprema Corte americana, sob a presidência do juiz John Marshall, decidiu, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, que o Poder Judiciário tinha o poder de declarar inválida legislação contrária à Constituição dos Estados Unidos da América.

A história se inicia quando o republicano Thomas Jefferson derrota o presidente federalista John Adams nas eleições de 1800.

No final de seu mandato, com apoio no *Judiciary Act de 1801*, que dobrou o número de juízes federais e criou 42 cargos de juízes de paz para o Distrito de Colúmbia, Adams nomeia correligionários para os respectivos cargos, tendo o Senado, de maioria federalista, ratificado as nomeações em 3 de março de 1801, último dia daquela legislatura.

Ao tomar posse, em 4 de março de 1801, o presidente Jefferson determina ao seu secretário de Estado, James Madison, que não entregue aos juízes nomeados por Adams os documentos de posse nos respectivos cargos.

No final do ano de 1801, William Marbury vale-se de um *writ of mandamus* para reclamar à Suprema Corte que ordene a Madison lhe dar posse no cargo de juiz de paz, o fazendo com base no *Judiciary Act de 1789*, que conferia à Corte competência originária para decidir sobre mandados contra autoridades da União.

Ocorre que, em 1802, antes do julgamento do caso, o Congresso Americano, agora sob maioria republicana, baixa outra lei, revogando a legislação de 1801.

Marshall decide, então, no mérito, que Marbury teria o direito de ser empossado no cargo, pois a nomeação havia ocorrido antes da revogação do *Judiciary Act de 1801*, sendo, portanto, irrevogável, se, entretanto, a Suprema Corte não fosse incompetente para julgar o caso.

É que, surpreendentemente, mesmo enfrentando o mérito do caso, preliminarmente, Marshall reconheceu ser inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act de 1789* que ampliara a competência da Corte para decidir sobre *writs of mandamus*, declarando que o Congresso americano não podia ampliar os poderes do Judiciário para além das competências expressamente estabelecidas na Constituição.

Por esse modo, Marshall assentou originalmente que era atribuição dos juízes decidir sobre a validade de atos normativos infraconstitucionais diante da Constituição, estabelecendo, pioneiramente, não só a fórmula do controle difuso de constitucionalidade, mas, também, em decorrência, o princípio da *supremacia da constituição*.

Em 1810, no caso *Fletcher vs. Peck*, a Suprema Corte decidiu novamente pela inconstitucionalidade, desta vez, porém, de uma lei estadual frente à Constituição americana e, somente em 1857, voltou a decidir pela inconstitucionalidade de lei federal, enraizando, definitivamente, a ideia de *jurisdição constitucional* no seio do sistema político americano.

Do que se expôs, conclui-se que a institucionalização do controle de constitucionalidade como controle *judicial* de constitucionalidade surgiu, não como fruto de elaboração conceitual e teórica de algum jurista, mas, empiricamente, como produto de uma tradição histórica que, progressiva e tacitamente, sedimentou-se na cultura política e jurídica norte-americana sendo, talvez, o primeiro caso de ativismo judicial criacionista, se se considerar que a Constituição daquele país é absolutamente silente quanto ao controle de constitucionalidade de leis e quanto à titularidade de seu exercício.

Por outro lado, o surgimento do controle de constitucionalidade, baseado numa Constituição escrita, reforça a autoridade deste documento como *lex suprema* do Estado, transformando-o em efetivo instrumento de limitação do poder político.

| 5.2. Características do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade

As principais características do modelo de controle judicial de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos, são as seguintes: (a) o controle é difuso, isto é, descentralizado entre vários órgãos do Poder Judiciário, igualmente competentes para decidir questão de Direito Constitucional; (b) é sempre incidental, ou seja, dependente da existência de processo judicial comum que tenha por objeto um concreto conflito de interesses entre os litigantes, colocando-se a controvérsia constitucional apenas como prejudicial à solução da lide e, não, como seu objeto principal; (c) a alegação de inconstitucionalidade é levada ao conhecimento da Suprema Corte por meio de recurso e não por meio de ação direta específica; (d) a decisão final da Suprema Corte pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo não declara a nulidade da norma impugnada, mas, apenas, nega sua aplicação ao caso concreto, porém, em razão do *stare decisis* próprio do sistema da *common law*, a jurisprudência formada vincula os demais órgãos judiciais federais e estaduais.

| 5.3. Características do modelo austríaco de controle de constitucionalidade

Na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, surgiu outro tipo de controle judicial de constitucionalidade, chamado de concentrado, foi exercido por meio de ação específica diretamente dirigida a um único órgão jurisdicional competente, tendo por exclusivo objeto o exame do conflito abstrato ou em tese de leis ou atos normativos em face da Constituição, sem referência a alguma concreta controvérsia de interesses entre os litigantes.

“A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional [Verfassungsgerichtshof]. Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional.”¹¹¹

111 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª edição. Tradução do alemão por Alexandre Krug; tradução do italiano por Eduardo Brandão; tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 304-305.

São características deste tipo de controle: (a) a suscitação da controvérsia por meio de ação direta e própria, versando exclusivamente sobre questão de inconstitucionalidade de norma; (b) a centralização da competência para conhecer esta ação no Tribunal Constitucional; (c) a abstração do objeto da lide, que fica restrita à questão de Direito relativa ao conflito de normas, sem exame de questão de fato entre os litigantes sobre algum bem da vida; (d) o efeito de declarar a nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico tal como uma ab-rogação.

Conforme imaginado por Hans Kelsen, a maior vantagem do modelo concentrado sobre o modelo difuso americano consiste em evitar que órgãos judiciários diferentes profiram decisões contraditórias sobre questões de inconstitucionalidade de normas, gerando insegurança jurídica, ao menos até que a questão seja definitivamente resolvida pela Suprema Corte.

“A desvantagem dessa solução [modelo difuso] consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.”¹¹²

Por outro lado, a desvantagem de restringir a competência para o exercício do controle de constitucionalidade a uma corte constitucional consiste em tornar a discussão de questões sobre inconstitucionalidade menos acessível ao litigante comum, impedindo que sejam examinadas, desde logo, pela Justiça ordinária, em primeira instância, sendo, por isso, menos democrática.

Ocorre que a restrição da via processual a uma ação específica reservada a alguns poucos titulares para levar a questão de inconstitucionalidade ao conhecimento do tribunal constitucional impede o acesso do cidadão comum à Justiça Constitucional.

O próprio Kelsen, mentor do modelo austríaco, reconhecia, nesse ponto, seu *déficit* democrático, comparativamente o modelo norte-americano:

*“A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar um *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos subme-*

112 Ibidem, p. 303.

tidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.”¹¹³

Por fim, outra característica presente no modelo judicial austríaco de controle de constitucionalidade, nunca existente no modelo americano, é a possibilidade do controle preventivo, ou seja, incidente sobre projeto de lei durante seu processo legislativo, antes, portanto, da promulgação da norma.

“Finalmente, deve-se observar que, nos termos do art. 139, par. 2º, da Constituição [austríaca], cabe à Corte Constitucional declarar, mediante requerimento do Governo Federal ou de um Governo estadual, se determinado ato concreto de soberania é da competência da União ou dos Estados. Em se tratando de competência legislativa, deverá o requerente proceder à juntada do projeto de lei em discussão. Idêntica prática há de ser observada em relação aos regulamentos. Cuida-se, pois, de modalidade de controle preventivo que somente poderá ser instaurada antes da conversão do projeto em lei. Anote-se que no âmbito do controle preventivo de normas (art. 138, par. 2º, da Constituição), o projeto de lei ou de regulamento há de ser apreciado, exclusivamente, à luz dos preceitos definidores da competência da União e dos Estados.”¹¹⁴

| 5.4. Modelos mistos de controle de constitucionalidade

Ao longo do tempo, o modelo austríaco incorporou alguns elementos do modelo americano, desconcentrando, em alguma medida, o controle antes exclusivo do Tribunal Constitucional.

“Especialmente a Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920. Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (Oberster Gerichtshof) e o Tribunal de Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtshof) elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se como o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo

113 Ibidem, p. 174.

114 MARTINS, Ives Gandra e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 17-18.

sobre a matéria. Essa tendência seria reforçada posteriormente com adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha.¹¹⁵

Por outro lado, a larga descentralização, que caracterizou inicialmente o controle de constitucionalidade norte-americano, tendeu a tornar-se mais restrita.

“A lei de 24 de agosto de 1937 ‘dispondo quanto a intervenções por parte dos Estados Unidos, apelos diretos à Suprema Corte dos Estados Unidos e regulação da prolação de medidas cautelares em certos casos envolvendo a constitucionalidade de atos do Congresso, além de outras matérias’, reconhece também o interesse público na revisão judicial da legislação, porém diz respeito apenas a leis federais.

[...]

A lei de 1937, por fim, busca impossibilitar a concessão, por um juiz isolado, de medidas cautelares que restrinjam a aplicação de uma lei do Congresso com base na sua alegada inconstitucionalidade. Tudo isso, porém, é estabelecido apenas para defender a validade de leis promulgadas pelo Congresso, para tornar mais difícil uma decisão judicial que declare inconstitucional uma lei federal, e não para promover a anulação de leis inconstitucionais.”¹¹⁶

Posteriormente, surgiram em outros países modelos mistos, combinando elementos dos dois tipos paradigmáticos.

“O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação de lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula—Tribunal ou Corte Constitucional—a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), de competência do Supremo Tribunal Federal.”¹¹⁷

115 Ibidem, p. 2.

116 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 312.

117 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, pp. 1005-1006.

| 5.5. O controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988

A vigente Constituição do Brasil adota o tipo misto de controle judicial de constitucionalidade, de modo que nela convivem, paralelamente, mecanismos do modelo difuso norte-americano e instrumentos do modelo concentrado austríaco, também chamado de europeu.

O controle concentrado compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e representação interventiva, conforme consta da Constituição Federal.

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;*
- b) os direitos da pessoa humana;*
- c) autonomia municipal;*
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;*
- e) aplicação do mínimo exigido da receita de resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção de desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

[...]

Art. 36. A decretação de intervenção dependerá:

[...]

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

[...]

Art. 103. [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Por outro lado, consoante dispõe o mesmo texto constitucional, o controle difuso pode ser exercido, em caráter incidental, por qualquer órgão do Poder Judiciário da União ou dos Estados, na resolução de questão preliminar sobre a constitucionalidade de norma aplicável à solução do caso concreto, salvo se houver súmula vinculante ou decisão definitiva de mérito sobre a matéria já proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

“Art. 102. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

No caso de controle difuso, a controvérsia iniciada em instância inferior sobre inconstitucionalidade de norma poderá chegar ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por via de recurso extraordinário ou até mesmo em sede de *habeas corpus*.

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

§ 1º a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

“Por fim, mencione-se o julgamento do HC 82.959, de 23-2-2006, quando o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal.”¹¹⁸

E não é só, pois, por meio de mandado de segurança, é possível o exercício preventivo de controle concentrado de constitucionalidade sobre projetos de lei ou propostas de emenda antes de sua promulgação, considerando que, embora não haja na Constituição autorização expressa nesse sentido, a jurisprudência do Supremo tribunal Federal o tem admitido.

“Ainda sob a Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257, entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando-se que quando ‘a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Esse entendimento vem sendo seguido pelo Tribunal em diversos precedentes¹¹⁹, o que demonstra que se adota controle preventivo de constitucionalidade, na modalidade incidental ou concreta. Trata-se de uma situação excepcional de controle preventivo de caráter judicial.”¹²⁰

118 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Conet, *op. cit.*, p. 1100.

119 Cf. MS 20.257, Rel. Moreira Alves, DJ de 8-10-1980; MS-AgRg 21.303, Rel. Octavio Gallotti, DJ de 2-8-1991; MS 24.356, Rel. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003; MS 20.452, Rel. Aldir Passarinho, DJ de 11-10-1985; MS 24.645, Rel. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576, Rel. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS-AgRg 24.670, Rel. Carlos Velloso, DJ de 23-4-2004; MS-QO 24.430, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 9-5-2003.

120 *Ibidem*, p. 1078.

Finalmente, contemplando a Constituição brasileira cláusulas pétreas, o controle judicial de constitucionalidade, formal ou material, pode incidir, como já visto, também sobre emenda à Constituição.

“As limitações ao poder de reforma teriam reduzido efeito prático se não se admitisse o controle jurisdicional da observância das restrições que o constituinte originário impôs ao poder constituído.

Entre nós, há muito que o STF entende possível esse exame. Ainda na Primeira República, admitiu a discussão sobre a validade da Reforma Constitucional de 1925/1926 em face de decretação de estado de sítio e por não ter sido aprovada pela totalidade dos membros de cada Casa Legislativa. O STF proclamou válida a revisão, entendendo-se, portanto, competente para avaliar a legitimidade de emendas à Constituição – inteligência que se manteve firme desde então.

[...]

Assim, é seguro que o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição. Isso pode ser feito depois de a emenda haver sido promulgada, em casos concretos, por qualquer juiz, podendo também se efetuar o controle abstrato, pelo STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade. O controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimação para agir exclusivamente ao congressista.”¹²¹

Dessa arquitetura institucional, conclui-se que o controle judicial de constitucionalidade no Brasil é hipertrofiado, podendo ser concentrado ou difuso, direto ou incidental, abstrato ou concreto, repressivo ou preventivo, incidente sobre leis federais, estaduais, municipais e atos normativos do poder público em geral e, ainda, sobre emendas à Constituição, além de poder ser exercido, em princípio, por qualquer órgão jurisdicional e contemplar pelo menos sete vias processuais diferentes de acesso à Corte Constitucional, o que confere ao Poder Judiciário e, particularmente, ao Supremo Tribunal Federal enorme poder político.

| 5.6. A justificativa do controle de constitucionalidade

Para que formas de controle judicial de constitucionalidade surjam e se desenvolvam necessária é - além da existência de uma Constituição escrita - uma segunda condição, qual seja, a concepção de que a Constituição é a lei máxima do Estado.

121 Ibidem, pp. 221-222

De fato, a Carta constitucional somente pode se tornar o principal instrumento de controle do governo, se for concebida como fonte direta de todo o poder político do Estado.

*“O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.”¹²²*

Nesse sentido, a Constituição pode se arrogar a fonte de todo o poder político do Estado, porque retira sua força legitimadora de um poder constituinte originário investido de soberania popular, ou seja, formado por representantes eleitos pelo povo, para o fim exclusivo de discutir, redigir, votar e promulgar, em nome do povo, uma Constituição - que, por razões de ordem prática, seria impossível diretamente ao próprio povo redigir e se outorgar.¹²³

Em outras palavras, se a Constituição é lei escrita, nascida da vontade popular soberana, só pode ser também a *Suprema Lex* do Estado.

O princípio da supremacia da Constituição no conjunto do ordenamento jurídico estatal, explicitado no caso *Marbury vs. Madison*, retira sua legitimidade, em última instância, portanto, da ideia de soberania popular materializada no texto constitucional.

Ocorre que, para os americanos, sua Constituição era, principalmente, um meio para colocar limites ao exercício do poder político - isto é, ao nascente Congresso - motivada pela opressão que o Parlamento britânico houvera anteriormente exercido sobre a população das treze colônias.

122 CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *op. cit.*, p. 239.

123 Não por outra razão, hodiernamente qualquer Constituição que não seja produto de um colegiado constituinte composto de representantes eleitos diretamente pelo povo, carece de legitimidade política.

“A supremacia do Parlamento não se concilia com a idéia de supremacia da Constituição, o que decerto concorre para explicar o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional.

Não havia meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta. A defesa da Constituição terminava por ser entregue, com algumas palavras de grandiloquência retórica, ao próprio povo.

A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia à sobrevalorização da supremacia da lei e do parlamento.”¹²⁴

Do que se expôs até aqui, conclui-se, portanto, que, para que formas de controle de constitucionalidade nasçam e se desenvolvam, é imprescindível, além de uma Constituição escrita, o consenso nacional de que ela é a lei máxima do Estado, superior, inclusive, ao Parlamento.

| 5.7. Limites do controle de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos da América somente pode incidir sobre normas infraconstitucionais, não sobre emendas à Constituição.

Mesmo o artigo 5º da Constituição de 1787 não está imune a emendas, não obstante sustentem alguns que esta é, na parte em que garante igual representação aos Estados no Senado, sua única cláusula pétrea:

“Artigo V. Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.”

No entanto, para a maioria da doutrina constitucional, qualquer dispositivo da Constituição americana é emendável, conforme ensina Karl Loewenstein.

124 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p.188.

“La prohibición contenida en la Constitución federal americana (artículo V, al final), de que ningún Estado pueda ser privado sin su consentimiento de igual representación en el Senado, no pertenece a este grupo; no es ninguna auténtica disposición de intangibilidad, ya que según la doctrina dominante nada se opondría a eliminar este precepto por medio de un enmienda constitucional, que llevaría también a tener que rayar la disposición según la cual cada Estado tiene que estar representado en el Senado por dos senadores (artículo I, sección 3, cláusula 1). La cuestión es, además, completamente académica.”¹²⁵

De fato, durante os mais de duzentos anos de vigência daquela Constituição, a Suprema Corte jamais ousou declarar a inconstitucionalidade no todo ou em parte de quaisquer de suas vinte e sete emendas.

Também a Constituição espanhola de 1978 não permite ao Tribunal Constitucional exercer juízo de constitucionalidade sobre toda e qualquer espécie normativa, mas somente sobre leis e disposições normativas com força de lei.

“Competencia del Tribunal Constitucional

Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades

Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.”

E, conquanto se possa dizer que esta Constituição contenha cláusulas pétreas em seu Título Preliminar, no Capítulo II, da Seção 1ª, do Título I e, também, no Título II, admite reforma constitucional também sobre dispositivos tidos como essenciais, condicionando-a, porém, nesse caso, à sua ratificação por referendo.

125 LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p.190.

“Reformas esenciales de la Constitución

Artículo 168.

- 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo II, Sección 1.ª, del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.*
- 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.*
- 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”*

Tem-se, então, um caso de Constituição que admite reforma constitucional também sobre cláusulas, em princípio, intangíveis, subordinando, porém, a reforma conduzida pelo Parlamento à ratificação popular.

Do exame das Constituições americana e espanhola, pode-se concluir, portanto, que a supremacia da Constituição não é sempre e em qualquer caso absoluta, na medida em que quaisquer partes de seus textos, mesmo as mais fundamentais, estão sujeitas à emenda, bastando, para tanto, que vontade da ampla maioria Parlamentar seja ratificada, no primeiro caso, por pelo menos três quartos dos legislativos estaduais, e, no segundo, diretamente pelo próprio povo.

Dá ser possível chegar a uma segunda conclusão: se, conforme demonstrado, o controle judicial de constitucionalidade se justifica pelo princípio da supremacia da Constituição, onde e quando este princípio ceder, aquele controle encontrará seu limite.

Por fim, é preciso registrar que existem Constituições que realmente não parecem fazer exceção alguma ao princípio da supremacia constitucional, como é o caso da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, tornada, a partir de 3 de outubro de 1990, a Constituição da Alemanha reunificada: *“Artigo 79 (3) - Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em estados, ou o princípio da cooperação dos estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.”*

CONCLUSÃO

Afirmou-se, na introdução, que o objeto desta obra consiste no exame do problema dos limites do controle judicial de constitucionalidade, diante de eventual conflito entre os princípios da soberania popular e da supremacia da Constituição.

Desde logo, esclareceu-se, também, que a questão abordada diz respeito, especificamente, à ratificação pelo povo de emenda à Constituição que toca em cláusula pétreia.

Tendo isto em conta, apresentou-se a seguinte hipótese: o Judiciário somente pode declarar a inconstitucionalidade de emenda aprovada por referendo, alterando cláusula pétreia, se esta violar o princípio da igualdade ou alguma liberdade fundamental ao exercício da democracia.

Esta solução sustenta-se sobre os argumentos abaixo desenvolvidos.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo desta obra, o conceito de soberania foi inicialmente cunhado por Jehan Bodin, para justificar o poder absoluto das monarquias europeias, transferindo-se, em seguida, para o Estado, por influência de Hobbes, e, posteriormente, para a Nação, com Sieyès, até que, finalmente, por obra de Rousseau, assentou-se legitimamente sobre o povo, onde permanece, desde então, com o nome de soberania popular.

Viu-se, também, que os criadores do conceito de soberania convergiam quanto à sua principal característica, qual seja, o monopólio da legislação, de modo que todos reconheceram que não haveria soberania onde não existisse exclusividade do poder de legislar, de criar Direito novo, livre de qualquer entrave.

Coincidentemente, a democracia ateniense distinguiu-se de outras formas de governo exatamente por admitir e estimular a participação popular direta no processo de elaboração das leis da cidade, conquanto desconhecesse o conceito de soberania.

Assim, durante muito tempo, aquela singular forma de governo, pela qual homens livres reuniam-se em praça pública para votar leis para si próprios, sem intermediários, tornou-se sinônimo de democracia.

Um novo tipo de democracia surgiu somente dois mil anos depois que o último governo democrático grego sucumbiu aos macedônios, quando os Estados Unidos da América recém independente e a França liberta do absolutismo instituíram novamente Estados fundados no governo da maioria.

Já não sendo mais faticamente possível simplesmente imitar o regime democrático ateniense, aquelas nações adotaram a solução do governo representativo, fundado na repartição dos poderes ou funções do Estado, inspirando-se em Montesquieu, nascendo, assim, as duas primeiras democracias liberais modernas.

Por outro lado, não obstante todo o esforço engendrado a partir do século XVIII, no sentido de se construírem verdadeiros Estados democráticos no Ocidente, a democracia liberal cada vez mais se distanciou do ideal democrático do verdadeiro governo da maioria, identificando-se com o governo de uma classe social, a burguesia.

Diante das insuficiências da democracia representativa, muitos Estados, gradualmente, passaram a adotar instrumentos de participação popular direta no exercício do governo representativo, aproveitando-se da bem-sucedida experiência suíça com a prática de plebiscitos e referendos, desde o século XV.

E, de fato, a democracia semidireta ou participativa revelou-se a tentativa mais capaz de realizar o ideal da soberania popular no interior dos modernos Estados Democráticos de Direito, tendo a prática de consultas populares se tornado habitual também nos Estados Unidos.

Por outro lado, no terceiro capítulo desta obra demonstrou-se que, no Brasil, o constituinte de 1988 optou declaradamente por organizar o Estado sob a forma de verdadeira democracia participativa, conforme fica evidente disposto nos incisos I a III, de seu artigo 14.

Apresentada esta síntese, é preciso explicar, agora, por que as democracias representativas e, também, obviamente, as democracias semidiretas exigem Constituição escrita.

Nestes regimes democráticos, não sendo o povo quem de fato legisla, senão seus representantes - ainda que, eventualmente, com colaboração popular, no caso das democracias participativas -, sempre haveria o risco dos governantes abusarem das competências e atribuições que o povo lhes confiasse, escapando ao controle popular.

Assim, porque já não era mais possível ao povo exercer diretamente o governo, mas somente por meio de representantes eleitos, é que surgiu a necessidade de dar Constituição ao Estado.

De fato, a Constituição escrita aparece como solução para o problema do controle do poder político em regimes democráticos representativos, cabendo-lhe a função de disciplinar e repartir as funções do Estado entre vários órgãos, a fim de que não se concentrassem em um só ente ou pessoa, além de declarar direitos e liberdades individuais imunes à intervenção estatal, instituindo, por essa fórmula, governos limitados e moderados.

Por essa razão, o aparecimento das primeiras Constituições escritas coincide com o nascimento dos primeiros Estados Democráticos de Direito.

Os antigos gregos não conheceram Constituição no sentido moderno porque sua democracia era direta. O efetivo exercício do poder político, especialmente do poder de legislar, estava sob imediato controle popular, de modo que não se fez sentir a necessidade de discipliná-lo normativamente.

Séculos depois, como, por questões de ordem prática, não era mais possível ao próprio povo redigir a Constituição do Estado, concebeu-se a fórmula de eleição de um grupo de representantes investido, provisoriamente, dos plenos poderes da soberania popular, para o fim exclusivo de reunir-se em assembleia e redigi-la, em nome e no interesse da população, dissolvendo-se, ao final de sua obra.

A esta assembleia popularmente eleita para elaborar a Constituição do Estado deu-se o nome de poder constituinte.

Porém, não obstante a existência de Constituição escrita ser um grande passo na direção de assegurar o controle popular do exercício do poder político, sua promulgação, por si só, não era garantia de respeito aos seus preceitos.

Nesse sentido, para assegurar que as normas constitucionais fossem efetivamente observadas pelos governantes, surgiu nos Estados Unidos da América, e depois difundiu-se pelo mundo, a ideia de confiar a defesa da autoridade da Constituição ao Poder Judiciário.

Desta forma, o controle judicial de constitucionalidade cumpre uma dupla função: (a) garante a supremacia da Constituição sobre os poderes por ela constituídos, evitando

que exorbitem de suas funções e, reflexamente, (b) garante a manutenção de governos democráticos, na medida em que o texto constitucional declare que todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

Em última instância, portanto, a fórmula do controle judicial de constitucionalidade assegura a manutenção da democracia.

A esta altura, cumpre demonstrar de que forma o princípio da supremacia da Constituição subverteu, entretanto, sua função e substituiu o princípio da soberania popular - fundamento do Estado Democrático de Direito - pelo dogma do Estado Constitucional.

Em primeiro lugar, viu-se que é certo que os representantes eleitos pelo povo devem exercer seus poderes políticos dentro dos limites fixados pela Constituição.

E, a fim de que os governantes não se esqueçam jamais da origem do poder no Estado, as Constituições costumam declarar, logo de início, o mesmo que a Constituição brasileira declara no parágrafo único de seu artigo 1º: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*

Dito isso, se os representantes eleitos pelo povo estão, portanto, submetidos à Constituição, é evidente que, embora possam revê-la, não o podem além dos limites impostos pelo próprio texto constitucional.

E não o podem porque o constituinte de 1988, investido pelo povo dos plenos poderes da soberania popular, assim os proibiu, expressamente, nos incisos I a IV do § 4º do art. 60.

Cláusulas pétreas são, pois, restrições ao poder de legislar e as legislaturas seguintes à promulgação da Constituição Federal, reeleitas a cada quatro anos, são constituídas, portanto, constitucionalmente sujeitas àquelas vedações.

De outra parte, o povo também está submetido à Constituição, mas somente até o momento em que pretenda revê-la e, ao contrário de seus representantes, o povo não está proibido de rever toda a sua obra.

E, assim, a Constituição existe para limitar os poderes dos governantes, não para restringir a soberania popular.

Dito de outro modo, cláusulas pétreas cumprem a função de assegurar a supremacia das normas constitucionais perante o Parlamento, subtraindo algumas matérias de seu poder de legislar, mas não podem subtrair do povo o direito de rever a organização política fundamental do Estado.

Assim, promulgada a Constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988, não se ignora que as normas constitucionais constituem limites intransponíveis ao Poder Legislativo - e também ao Executivo - e o Supremo Tribunal Federal, em especial, tem sido o guardião destes limites.

O Poder Judiciário está constitucionalmente incumbido de conter o Congresso Nacional e o Presidente da República dentro dos limites constitucionais, evitando que exorbitem de seus poderes e legislem ou governem com os poderes absolutos.

No entanto, se, igualmente, a soberania popular pudesse estar contida dentro dos limites da Carta constitucional, então o povo já não mais seria soberano.

Soberana seria a Constituição e o princípio da supremacia constitucional substituiria o princípio da soberania popular.

Deste modo, o argumento de que cláusulas pétreas aplicam-se, também, contra o povo opera uma inversão, substituindo a soberania popular, fundamento do Estado democrático, pela supremacia da Constituição.

Por essa inversão, a Constituição, instrumento de organização das relações entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, se torna autossuficiente, prescindindo do povo.

Realmente, se o povo não pode alterar sua obra, então já não é mais seu titular e a soberania popular não passa de retórica vazia.

Se o que conta é a vontade da Constituição, se, a partir de sua promulgação, a vontade do povo se torna irrelevante, dispensável e até mesmo inoportuna, cria-se, no lugar do Estado Democrático de Direito, o Estado Constitucional.

Nesse sentido, adverte Luiz Moreira:

"Exatamente neste momento a Constituição é posta como simulacro. A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de consti-

tuir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.¹²⁶

O que este autor, lucidamente, não deixa esquecer é que a Constituição é Direito e, num Estado democrático, o Direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a serviço da realização do bem comum, de modo que seu conteúdo somente pode ser definido e redefinido, permanentemente, pelo seu destinatário, ou seja, pelo povo.

“Para caracterizar-se como ciência, o Direito precisa obedecer a alguns requisitos, entre eles o de que suas normas têm natureza constatativa e, como tais, são sujeitas à revogabilidade. Assim, todo o ordenamento – e a Constituição – é dogmática jurídica, e como tal está sujeito à revisão.¹²⁷

Prosseguindo, é preciso examinar outra questão pela qual passa a solução do problema objeto desta obra, qual seja, aquela relativa à natureza do poder popular de revisão constitucional.

Em outras palavras, do ponto de vista estritamente dogmático-jurídico, é necessário esclarecer se, ao participar ativa e diretamente do processo legislativo de criação de emenda à Constituição, por meio do instituto do referendo, o povo atua como poder constituinte derivado, ou se, ao invés, age tal qual verdadeiro poder constituinte originário.

No primeiro caso, também estará sujeito aos mesmos limites impostos pelo constituinte de 1988 ao poder de revisão constitucional; no segundo, atuará soberanamente, livre de quaisquer limitações.

De consequência, a solução desta questão definirá também os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal no exame de inconstitucionalidade de emenda à Constituição aprovada por referendo, uma vez que, ao menos em princípio, não se concebe que possa haver controle judicial de constitucionalidade sobre a obra do poder constituinte originário.

Postas estas premissas, afirma-se que seria paradoxal imaginar que o povo pretendeu conferir a terceiro, isto é, ao constituinte originário por ele eleito, poderes para limitar e constringer sua própria soberania.

126 MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

127 *Ibidem*, p. 104.

Assim, do mesmo modo que seria nula uma procuração que conferisse ao advogado poderes para litigar contra os interesses de seu cliente, é inadmissível imaginar que o legislador constituinte pudesse ter sido investido pelo povo de poderes para limitar a soberania popular.

Também não convence o argumento de que o próprio povo autorizou o constituinte originário a estabelecer cláusulas pétreas contra si.

O povo somente autorizou o constituinte originário a estabelecer cláusulas pétreas contra seus representantes no Congresso Nacional e no Poder Executivo, isto é, contra os poderes constituídos.

O próprio povo, porém, não pode ser tratado como um poder constituído, pois que é a fonte e origem de todo o poder, inclusive do poder constituinte originário, de modo que, se intervém diretamente no processo de reforma constitucional, pode rever, em tese, toda a Constituição.

No fundo, a pretensão de opor cláusulas de intangibilidade contra a vontade popular esconde um indisfarçável viés autoritário, pois pressupõe que escolhas feitas pelo poder constituinte, em um dado momento histórico, são superiores às do próprio povo agindo diretamente.

“Uma vez que se pode definir o totalitarismo como um regime que tudo procura prevenir e controlar, eliminando a livre iniciativa dos indivíduos, pode-se definir a democracia como um regime que aceita, em seus próprios princípios, o surgimento do imprevisível e a livre atuação política dos cidadãos. Ora, um tal princípio democrático é objeto, nos Estados modernos, de limitações burocráticas progressivas que terminam por restringir as esferas possíveis da ação política. A regulamentação burocrática da própria contingência e imprevisibilidade do agir político pode ser um destes lugares onde pode nascer um projeto burocrático ou totalitário de dominação da sociedade.”¹²⁸

Por esse modo, arroga-se que são universalmente as melhores decisões políticas de todos os tempos e que, portanto, não podem ser alteradas, como se o constituinte gozasse da infalibilidade da Santa Sé.

“O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de Direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade.”¹²⁹

128 ROSENFELD, Denis L, *O Que é Democracia*. 5ª edição, 6ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.83.

129 HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia, entre facticidade e validade*, vol. I., Tradução do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

Enfim, em teoria constitucional, somente a representação pode ser constitucionalmente limitada.

“O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram no Writings de Thomas Jefferson: ‘uma geração de homens tem o direito de vincular outra?’ A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos.”¹³⁰

Finalmente, demonstrado que não se pode tratar o povo nos mesmos termos que um poder constituído, é necessário apontar os limites do controle judicial de constitucionalidade, no Brasil, quando se deparar com o dilema representado por uma emenda referendada que altere norma constitucional considerada intangível.

Neste ponto, mostrou-se, no quinto capítulo deste trabalho, que a Constituição espanhola expressamente permite reformas constitucionais incidentes sobre cláusulas pétreas – chamadas de *reformas essenciais* –, subordinando, porém, a validade de tal revisão à ratificação popular por meio de referendo – caso em que a Corte Constitucional não está autorizada a intervir –, criando, deste modo, uma forte democracia popular.

Em oposição, a Constituição alemã de 1949 não prevê o exercício da soberania popular por meio de referendo, tendo criado uma clássica democracia representativa: “Art. 20 (2) *Todo o poder dimana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.*”

De fato, esta última Constituição é avessa a qualquer forma de participação popular direta nos assuntos de governo, recusando a prática do referendo e somente admitindo a fórmula do plebiscito para resolução de questões ligadas à definição de limites territoriais internos: “Art. 29 (3) *O plebiscito tem lugar nos estados de cujos territórios ou partes do território devam ser constituídos novos estados ou alteradas as fronteiras (estados atingidos).*”

Tal opção parece fundada no receio de que uma maior liberdade democrática leve o povo alemão a reincidir nos mesmos erros que permitiram a ascensão do nazismo ao poder naquele país.

130 CANOTILHO, J.J. Gomes, *op. cit.*, p. 943.

Porém, ao contrário do constituinte alemão, não foi propósito do constituinte brasileiro de 1988 apartar o povo das instâncias de decisão política, de modo que a Constituição alemã não lhe serviu de paradigma.

Afinal, o problema aqui sempre foi de falta e, não, de excesso de democracia.

Neste aspecto, instituiu-se no Brasil uma verdadeira democracia participativa, muito semelhante à democracia espanhola, conforme fica evidente da leitura do art. 14 e incisos da Constituição brasileira, que dispõe, sem ressalvas: “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”.

Pela fórmula da democracia semidireta, o povo é chamado a arbitrar, por meio de institutos do plebiscito e do referendo, os impasses políticos entre os poderes instituídos.

“Cuando, finalmente, bajo el impacto de la ideología democrática de la soberanía popular del pueblo, el constitucionalismo alcanzó el punto e el cual el árbitro supremo en los conflictos entre los detentadores del poder establecidos quedó encarnado en el electorado soberano, la idea originaria del constitucionalismo liberal quedó completada en la idea del constitucionalismo democrático.”¹³¹

Tanto é assim, que o constituinte de 1988 submeteu, desde logo, a escrutínio popular direto, questões de extrema relevância, como a definição da forma e do sistema de governo, conforme se lê no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”

Diante deste exemplo, é difícil sustentar que a Constituição brasileira estabelece limites materiais ao uso do referendo no Brasil, de modo que nada impede que seja também empregado para ratificação de emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, que, neste caso, não fica, em princípio, sujeita aos impedimentos previstos nos incisos I a IV do § 4º de seu art. 60.

De fato, se no passado o povo brasileiro foi convocado a decidir questões tão importantes quanto a forma e ao sistema de governo, por que meios se poderia impedi-lo de, no futuro, decidir-se, por exemplo, por organizar politicamente o país sob a forma de

131 LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 153.

um Estado unitário - a exemplo da República Portuguesa - em substituição à república federativa atualmente existente.

“Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão. Como observou Robert Dahl, ‘depois de vinte e cinco séculos, as únicas pessoas que parecem estar convictas das vantagens de ser governadas por reis-filósofos são ... uns poucos filósofos.’”¹³²

Por todo o exposto, o caminho trilhado até aqui parece não abrir exceção para a conclusão de que não é possível ao Poder Judiciário exercer, em qualquer hipótese, controle de constitucionalidade sobre emenda aprovada por referendo, ainda que disponha sobre matéria intangível.

Não é esta, porém, a conclusão a que se chega ao final desta obra.

Em verdade, entende-se que o controle judicial de constitucionalidade continua tendo lugar e se justifica em *duas hipóteses*, quais sejam, quando houver ofensa ao princípio da igualdade: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ...” ou quando estiver em jogo alguma das liberdades fundamentais ao exercício da democracia: “Art. 5º, III – é livre a manifestação do pensamento...; VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença...; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação... XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos...”

De fato, nem mesmo John Hart Ely ignora os perigos de se dispensar completamente a intervenção da Justiça Constitucional em Estados democráticos e se deixar sempre as decisões políticas a critério exclusivo da maioria:

“O que o sistema [a democracia representativa], pelo menos como foi descrito até o momento, não assegura é a proteção efetiva das minorias cujos interesses são diferentes dos interesses da maior parte da população. Pois se não forem ‘muitos’ que estiverem recebendo um tratamento injusto, e sim apenas uma minoria, a situação não será tão confortavelmente passível de correção política.”¹³³

132 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 79.

133 *Ibidem*, p. 104.

Ely não concorda, todavia, que a Justiça Constitucional deva se meter a decidir sobre quais valores devam orientar a sociedade, devendo, apenas, contentar-se em garantir que as escolhas da maioria não excluam as minorias.

“A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ - em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico.”¹³⁴

“O mal funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses — e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.”¹³⁵

Nesta mesma linha, também Jürgen Habermas critica a *jurisprudência dos valores* adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, advertindo que *“Ao deixar-se conduzir pela idéia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.”*¹³⁶

Habermas, tal como Ely, defende que a Justiça Constitucional atue segundo uma *compreensão procedimentalista* da Constituição.

“A concepção cética desenvolvida por J. H. Ely procura aliviar a jurisprudência de orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral.

[...]

*Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., **pecam contra o princípio do tratamento igual**, e não somente do ponto de vista do conteúdo.*

[...]

134 Ibidem, p. 136.

135 Ibidem, p. 137.

136 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.* p. 321.

*Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar 'judicial self-restraint'. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais.*¹³⁷

Por outro lado, mesmo a concepção procedimentalista não deixa de se apoiar no princípio de justiça substantivo, acima explicitado, qual seja, o de igual proteção a todos, que, porém, não chega a comprometê-la.

*“O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também, de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo. O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos: 'The argument is that the basic justice of decision-making institutions must be assessed in terms of whether all affected are treated comfortably with what philosophers call moral universalizability or reciprocity'. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substantiva dos direitos.*¹³⁸

Em outras palavras, de acordo com essa concepção, reserva-se ao Poder Judiciário o importante papel de garantidor das liberdades democráticas, especialmente da liberdade de opinião, imprensa e associação, que são valores instrumentais para o bom funcionamento da democracia.

“Praticamente todos concordam que é tarefa importantíssima dos tribunais o controle das restrições às liberdades de expressão, de imprensa e de associação política.

[...]

*Essa teoria é correta: ela advoga que direitos como esses, quer sejam explicitamente mencionados, quer não, devem de todo modo ser protegidos – e muito bem protegidos, porque são cruciais para o funcionamento de um processo democrático eficaz e aberto.*¹³⁹

137 Ibidem, pp. 326-328.

138 Ibidem., pp. 328-329.

139 ELY, John Hart, *op. cit.*, pp. 139-140.

Tais liberdades são importantes para o funcionamento da democracia porque permitem que maiorias políticas possam se esclarecer, se formar e se modificar com base no livre fluxo de informações e ideias.

“São os tribunais que devem policiar as restrições à liberdade de expressão e a outras atividades políticas, porque não podemos confiar em que nossos representantes eleitos o farão: em geral, os incluídos querem que os excluídos continuem excluídos.”¹⁴⁰

Por outro lado, sustenta Ely que também o princípio instrumental da isonomia ou da igual proteção perante a lei não pode ser subtraído do exame da Justiça Constitucional, especialmente, quando estiver em jogo a igualdade de participação política por meio do voto.

“...o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.”¹⁴¹

“As discussões sobre o significado da ‘democracia’, por mais que tenham o escrúpulo de notar a existência de algumas variações de entendimento, parecem invariavelmente incluir na definição central do termo o conceito de igualdade política, ou o princípio de que todo voto deve ter o mesmo peso.”¹⁴²

Assim, por exemplo, caberia controle judicial de constitucionalidade, se a emenda referendada pela maioria discriminasse alguma minoria, negando ou restringido o direito ao voto de determinada parcela da população.

Deste modo, se a Jurisdição Constitucional não pode substituir o povo na escolha dos valores morais que devem reger a sociedade, deve, entretanto, garantir que as decisões políticas tomadas pela maioria respeitem processos democráticos, aplicando-se indistintamente a todos, ou seja, sejam isonômicas.

Neste sentido, ilustrativamente, seria ainda lícito ao Poder Judiciário decretar a inconstitucionalidade de emenda referendada que negasse a alguma minoria étnica ou religiosa, ou, então, a determinados grupos sociais, como, por exemplo, os homossexuais, o acesso a algum bem ou serviço público, por violação ao princípio da igual proteção perante a lei.

140 Ibidem, p. 142.

141 Ibidem, p. 156.

142 Ibidem, p. 164.

Todavia, não seria lícito à Corte Constitucional, sob o pretexto de defesa de cláusula pétreia, decretar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição que instituisse, por exemplo, a prisão perpétua para certos crimes especialmente graves, desde que tal emenda fosse ratificada por referendo e se aplicasse indistintamente a todos.

Nesse caso, desde que aplicável, igualmente, à maioria e às minorias, sem privilégios ou distinções de qualquer natureza, negar vigência à norma referendada pelo povo seria o mesmo que negar a soberania popular e a própria democracia em nome da defesa da Constituição.

Em síntese, a escolha dos valores morais é prerrogativa da maioria, contanto que não imponha às minorias regras diferentes das que estabelecer para si própria, eis a essência do princípio da igualdade sob o enfoque da teoria procedimentalista de John Hart Ely.

“Podemos garantir os direitos substantivos diretamente (assinalando-os um a um) ou, de modo bastante razoável, por meio de uma disposição igualitária que ordene que todos em geral tenham os mesmos direitos daqueles em condição mais favorável.”¹⁴³

Afirma-se, aqui, portanto, que o controle judicial de constitucionalidade deve se restringir ao exame dos casos em que o conteúdo da emenda referendada infringir algum dos dois princípios capitais sobre os quais se assenta a ideia de democracia, impedindo que eventual maioria converta-se em oligarquia.

No caso de emenda aprovada por referendo, cabe, pois, ao Supremo Tribunal Federal a importante missão de verificar se a norma respeita os processos democráticos de tomada de decisões políticas, ou se, ao contrário, privilegia alguns grupos em detrimento de outros.

“A justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos.”¹⁴⁴

Enfim, acredita-se que esta seja a solução que compatibiliza o princípio da supremacia constitucional com o necessário respeito à soberania popular, na medida em que coloca o Judiciário no papel de guardião da Democracia antes de guardião da Constituição.

143 Ibidem, p. 32.

144 HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 325.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3º edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. *A era dos direitos*. Nova edição, 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17º edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRANDÃO, Jacyntho Lins. *No princípio havia os gregos. Grécia em cena: primeiras letras em verso e prosa*. *Biblioteca Entre Livros*, São Paulo: Duetto Editorial, n. 1, p. 13.

BRUNKHORST, Hauke. *Constitucionalização sem democracia? Coleção ANPR de Direito e Democracia: legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, pp. 65-91.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, [et al.]. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DE MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9ª ed. Atualizada com a emenda constitucional n. 31/2000. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Marins Fontes, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade, vol. I*. Tradução do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia, entre facticidade e validade, vol. II*. Tradução do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Tradução do alemão por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva (Coleção Os Pensadores: Thomas Hobbes de Malmesbury). São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão por Alexandre Krug; tradução do italiano por Eduardo Brandão; tradução do francês por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes*. 8ª edição. Tradução por Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORO, Sergio Fernandes. *Jurisdição constitucional como democracia.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ROSENFELD, Denis L. *O Que é Democracia.* 5ª edição, 6ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social.* Tradução por Lourdes Santos Machado (Coleção Os Pensadores: Rosseau, vol. I). São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, pp. 45-243.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas.* 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O guardião de constituição.* Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. *Coleção ANPR de Direito e Democracia: Limites do Controle de Constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 243-270.

