

# NOVAS CONTRIBUIÇÕES PARA A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E O PROBLEMA DA FUNDAÇÃO MODERNA DA LEGITIMIDADE<sup>1</sup>

*Marcelo Andrade CATTONI DE OLIVEIRA\**

*David Francisco LOPES GOMES\*\**

## RESUMO

Este artigo discute a relação entre revolução, constituição, poder constituinte e autoridade política no contexto de fins do século XVIII. Em primeiro lugar, aborda-se o conceito de constituição para a Antiguidade e para a Idade Média. Logo após, enfoca-se o processo histórico da Revolução Americana e da Revolução Francesa, visando-se a reconstruir o problema do *principium* e as diferentes soluções para essa questão em ambos os lados do Atlântico. Em seguida, parte-se para uma reconstituição, de um modo crítico, de algumas concepções sobre a teoria do poder constituinte através dos últimos dois séculos. Finalmente, apresenta-se uma compreensão contemporânea acerca da

---

<sup>1</sup> Este artigo é fruto de pesquisa realizada entre agosto de 2006 e agosto de 2007, coordenada pelo Prof. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, sob financiamento do programa de bolsas de iniciação científica do CNPq. O poder constituinte como tentativa de fundação da legitimidade na Modernidade era a hipótese da qual a investigação partia e na qual buscava se sustentar.

\* Professor de Teoria da Constituição e de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. Estágio pós-doutoral com bolsa da CAPES em Teoria e Filosofia do Direito na Università degli Studi di Roma III. Coordenador pro tempore do Curso de Ciências do Estado e Governança Social.

\*\* Aluno da Faculdade de Direito da UFMG. Monitor de Teoria da Constituição e de Teoria Geral do Estado. Pesquisador-Extensionista do Programa Pólos de Cidadania. Integrante do grupo de estudos “Flanar – Direito, Utopia e Democracia”.

constituição, do poder constituinte e do processo constituinte adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Revolução. Poder constituinte. Poder. Autoridade. Legitimidade.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A “constituição” na antiguidade e no medievo; 3 – Revolução, poder e autoridade: o problema da perda do fundamento absoluto do poder político e as soluções distintas de ambos os lados do Atlântico; 4 – As singularidades da Revolução Americana e seus principais legados para o Constitucionalismo Moderno; 5 – Distintas leituras da teoria do poder constituinte ao longo dos dois últimos séculos; 6 – Considerações finais

## 1. Introdução

Que conceitos sejam necessários ao pensamento e à compreensão do mundo, pode não haver dúvidas. Afinal, se o pensar é atividade reflexiva, como tal importa, mas não somente, a construção de um arcabouço conceitual do qual se possa servir, até mesmo para, então, desse arcabouço conceitual ir além.

Um importante modo de se reconstruir o sentido e o alcance de eventos históricos é o resgate da história semântica de conceitos que com eles surgiram ou que com eles tiveram sua significação redefinida. Nesse sentido é que é possível a Arendt afirmar que uma forma de se situar tais eventos é buscar compreender quando um novo conceito a eles ligado surge ou quando um antigo termo passa a ser usado com uma nova significação. (ARENDR, 1988, p. 28-29).

E se toda história é sempre marcada pelas distâncias, por menor que sejam, entre quem narra e o que é narrado, uma maneira de aproximá-los é buscar reconstruir o sentido que se auto-expressava no uso da linguagem que internamente constitui o agir.

A discussão que no presente ensaio se propõe tem como referência dois eventos que passariam à historiografia tradicional com o nome de Revoluções Liberais<sup>2</sup>: a Revolução Americana e a Revolução Francesa. Todavia, até que ponto é possível dizer que ambas foram revoluções? E, se foram, até que ponto foram liberais? Pois, se para alguns historiadores modernos, e talvez para o próprio Marx, não seria estranho negar a existência de uma Revolução Americana (ARENDDT, 1988, p. 20), para Arendt não seria igualmente sem propósito considerar a Revolução Francesa como uma revolução que teria fracassado em constituir um novo regime estável e capaz de garantir a liberdade (ARENDDT, 1988). Além disso, conquanto as idéias liberais estivessem presentes em ambos os lados do Atlântico, fato é que não estiveram sozinhas, nem dominaram em absoluto o espírito daqueles que viveram aquela época. As idéias jacobinas, tão inspiradas em Jean-Jacques Rousseau, e tão veementemente proferidas na boca e nos textos de Robespierre, atestam, em solo europeu, a presença forte de uma perspectiva não-liberal. Do outro lado do oceano, pode-se dizer o mesmo, uma vez que, se o que ficou da revolução, para a tristeza de muitos, foi um espírito liberal e um novo modo de pensar a política, não foi sempre dessa forma. A transição de um republicanismo cívico a um liberalismo relativamente insular foi um processo longo, e de certo modo doloroso, que se consolidaria num tempo muito maior do que aquele que se costuma atribuir à duração da revolução (BAILYN, 2003, p. 287-336).

Apresentam-se, a seguir, algumas das questões enfrentadas e das discussões empreendidas. Para tanto, inicia-se com um panorama geral sobre as concepções antiga e medieval acerca da “constituição”. Em seguida, parte-se para uma análise dos processos revolucionários americano e francês e das principais questões neles levantadas: o problema do *princípio*, a fonte do poder e a autoridade da lei. Mais à frente, voltam-se as atenções à singularidade da Revolução Americana

---

<sup>2</sup> É comum também o uso da expressão “Revoluções Burguesas”. A mesma crítica em seguida apresentada aos vocábulos “revolução” e “liberais” pode ser direcionada ao termo “burguesas”.

e ao surgimento, em seu contexto, do conceito moderno de constituição, como documento jurídico-político, dotado de supralegalidade, pressuposto do controle de constitucionalidade das leis. Por fim, abordam-se diferentes leituras feitas da teoria do poder constituinte ao longo de mais de dois séculos de tradições constitucionais, chegando-se à sua compreensão contemporânea e ao legado desses mais de dois séculos ao Estado Democrático de Direito.

## 2. A “constituição” na antiguidade e no medievo

Talvez possa soar estranho que alguém se remeta à constituição como algo diferente de um documento escrito, datado e assinado no tempo histórico, fundamento último, e mais ou menos tangível, de validade do ordenamento jurídico positivo e ponto de partida para o exercício legítimo do poder político. Não obstante, essa conceituação, principalmente em seus aspectos mais formais, não possui origens tão distantes, podendo estas serem situadas, do ponto de vista jurídico-político, nos movimentos revolucionários americano e francês de fins do século XVIII. E se suas origens não são tão remotas, muito menos poderia haver um consenso a seu redor. Os ricos debates da República de Weimar, após a Primeira Grande Guerra, são prova mais do que suficiente do quanto poderiam ser superficiais e reducionistas concepções formalistas que não poucas vezes alcançam o direito constitucional e a teoria da constituição.

Por agora, porém, importa caminhar até um pouco mais atrás. Levando-se em conta a breve exposição acima sobre os problemas ligados à questão conceitual, e atentando também para a advertência de Fioravanti (2001, p. 12) acerca do anacronismo de se tentarem atualizar doutrinas passadas à luz do Constitucionalismo Moderno ou de se buscarem naquelas as raízes deste, cabe fazer uma pequena reconstrução das compreensões constitucionais da Antiguidade e do Medievo.

Em meados do século IV a. C., a *polis* grega não era mais o ambiente onde se havia realizado a intensa experiência política democrática que, não obstante as especificidades da época e o tempo desde então transcorrido, segue sendo lembrada por muitos como

o modelo ideal a ser reconstruído. A outra face de um processo de mercantilização do espaço público grego e de crescente predomínio das relações econômicas sobre a vivência política era exatamente uma crise desta última, marcada por discórdias e particularismos locais (FIORAVANTI, 2001, p. 15).

Diante desse quadro, tem início o desenvolvimento de um pensamento voltado à compreensão e à tentativa de apontar soluções para o grande problema que então transparecia: a possibilidade de que aquele clima instável gerasse conflitos capazes de fazerem sucumbir as bases da *polis*.

É nesse sentido que se desenvolverá a reflexão de autores como Platão, Aristóteles e Políbio. Em que pese as diferenças existentes entre eles<sup>3</sup>, é possível traçar linhas gerais que conduzem ao que teria sido a constituição para os antigos. Em face da crise que então mostrava seus contornos, o objetivo comum era a busca por uma forma de governo ideal, que garantisse a unidade e o desenvolvimento da comunidade política. Forma de governo, nesse contexto, não tem o significado com o qual modernamente é entendida. Antes, a expressão compreende uma ordenação política e social em que a comunidade e seus poderes públicos são vistos como indivisíveis e reflexivos entre si, um sistema de organização e controle dos distintos componentes de uma sociedade historicamente dada (FIORAVANTI, 2001, p. 16-17). À forma de governo que buscavam, a essa ordenação do todo social e de seu reflexo nos poderes públicos, dava-se o nome de *politeia*, passível de ser traduzida como constituição.

Fato é que a democracia, ao contrário do que pareceu, e ainda parece, aos olhos modernos, não era mais bem vista sob a ótica daquele tempo. Afinal, a forma democrática e sua idéia de igualdade representavam apenas a vitória de um dos segmentos sociais, com a exclusão dos outros dois. Ou seja, a constituição democrática era nada

---

<sup>3</sup> Aqui, não se abordarão as sutis, embora importantes, diferenças na argumentação de cada um desses autores. Para tanto, cf. FIORAVANTI, 2001, p. 15-31, onde também é possível perceber que o debate não se resume à Grécia, alcançando também Roma.

mais do que uma constituição dos vencedores, fruto da violência e, por conseguinte, fadada ao declínio.

O mesmo se daria com toda constituição que pretendesse ser o eco do predomínio exclusivo de um dos três componentes principais que estruturavam a sociedade: tanto uma constituição puramente monárquica quanto uma outra absolutamente aristocrática tendiam inegavelmente à mesma queda.

Se a constituição dos vencedores, quaisquer que fossem eles, era marcada pela instabilidade e pela inafastável destinação ao fracasso, era necessário encontrar uma forma de governo que se caracterizasse pelo equilíbrio entre os diversos elementos sociais. Uma constituição sem vencedores, que não seria fruto de nenhuma violência originária e, por conseqüência, poderia manter-se estável e duradoura no tempo.

Frente à necessidade de formular uma constituição cuja origem não era violenta, emerge o mito da *patrios politeia*, a constituição dos antepassados (FIORAVANTI, 2001, p. 21-22). Esta não possuía um início marcado no tempo histórico nem era fruto de violência e unilateralidade. Ao contrário, havia sido consolidada progressiva e lentamente, caracterizando-se como compositiva e plural. Referida a um passado imemorial, a *patrios politeia* equilibrava numa mesma estrutura social os componentes monárquico, aristocrático e democrático, gozando de estabilidade e duração. Mais importante do que ser antiga, a constituição dos antigos trazia em si a virtude de ser uma constituição mista, sendo essa a forma de governo ideal que se procurava reconstruir.

Essa idéia de uma constituição mista permaneceria presente nos debates constitucionais da Idade Média, principalmente a partir do século XI (FIORAVANTI, 2001, p. 37), mas muita coisa seria alterada em seu significado anterior. Lembrando-se da imensa diversidade que marca o Medievo e que torna difícil, e mais do que nunca incompleto, qualquer tipo de estudo sobre esse período, podem-se, ainda assim, arriscar alguns comentários sobre o que seria uma constituição medieval.

Como dito, a característica mista da constituição se mantém, da mesma maneira como ela continua sendo entendida como auto-representação da sociedade e de seus componentes fundamentais. No entanto, se os antigos a viam como uma ordem política ideal, a Idade Média a toma como uma ordem jurídica dada, não como algo a ser buscado, mas sim preservado. Se a constituição mista dos antigos deveria legitimar a existência de fortes poderes públicos reconhecidos como existentes no seio social, para a Idade Média ela possuía o papel fundamental de limitar intrinsecamente esses mesmos poderes. E, enquanto os antigos a buscavam como contraponto à crise trazida pelo recrudescimento da economia e das trocas comerciais, entendendo-a como fator de (re)fortalecimento do espaço político e da virtude cidadã, na Idade Média as relações econômicas e patrimoniais eram o ponto de apoio sobre o qual se sustentava a legitimidade da ordem jurídica dada que compreendia a constituição (FIORAVANTI, 2001, p. 37-38).

Em síntese, para os antigos a constituição aparece como um projeto de disciplina social e política, praticamente desprovida de um sentido jurídico-normativo. Para os que sobre ela refletiram na Idade Média, embora mantivesse um caráter social e político, emergia com destaque seu teor normativo, como ordem jurídica dada, compreendida pelo conjunto amplo de acordos e pactos, de natureza privada em sua maioria, internos à própria sociedade e destinados à manutenção da estrutura estamental vigente.

Apesar das diferenças entre as noções antigas e medievais acerca da constituição, o que fica claro é que ambas em muito se distanciam da concepção moderna, apresentada no início deste tópico. Embora a constituição mista medieval apresente uma certa natureza jurídica, isso em nada se aproxima da idéia de norma positiva dotada de supralegalidade, e os documentos escritos que podem ser encontrados, como a Magna Carta inglesa, de 1215, são meros pactos feudais.

O conceito moderno de constituição somente emergiria no contexto das revoluções de fins do século XVIII. Mais precisamente, no âmbito dos debates coloniais, na América Inglesa, sobre as medidas impostas pela metrópole. E surgiria de um jeito inusitado, a partir de seu negativo.

Sendo o parlamento e o princípio do *King in Parliament* entendidos como a institucionalização jurídico-política da estrutura mista da constituição, a lei que dele emanava era entendida como a própria constituição, de modo que era impossível aos ingleses uma construção conceitual do tipo “lei inconstitucional”.

Para os pensadores e políticos da América colonial era diferente. Entendendo a constituição como algo distinto e que estava de alguma forma acima da lei do parlamento, puderam julgar o ato impositivo de novos tributos, por parte desse mesmo parlamento, como “ilegal, inconstitucional e injusto” (FIORAVANTI, 2001, p. 104). Começava a se delinear uma nova compreensão do que era uma constituição<sup>4</sup>. Seus contornos mais nítidos somente apareceriam nos anos posteriores à Revolução Americana e se consolidariam por via jurisprudencial ao longo do século XIX, como frutos de um conjunto complexo de fatores, em parte abordado em seguida, por meio de um processo ainda mais complexo de modernização social e cultural.

### **3. Revolução, poder e autoridade: o problema da perda do fundamento absoluto do poder político e as soluções distintas de ambos os lados do Atlântico**

Os eventos políticos de fins do século XVIII têm sido exaustivamente estudados pela historiografia e por outras áreas do conhecimento. Certamente, aquele foi um período sem precedentes na história mundial. As significativas alterações da ordem social e política, o caráter de novidade apresentado pelos fatos e a dimensão que estes tomaram fizeram das últimas décadas do século XVIII um momento ímpar.

Entretanto, não ocorreram apenas alterações visíveis, explícitas, mais dramáticas e mais caras ao olhar do historiador (ARENDE, 1988, p. 114). Mudanças também aconteceram num plano mais profundo, sob a superfície dos fatos, servindo-lhes, muitas vezes, de fundamento e motivo.

---

<sup>4</sup> Para uma reconstrução acerca de como os colonos norte-americanos compreendiam o conceito de constituição e a constituição mista inglesa anteriormente à revolução, cf. BAILYN, 2003, p. 78-88.

Enquanto uma nova estrutura jurídico-política estava sendo delineada, não era apenas o rei que dava lugar a um presidente ou a um diretório; não era apenas um Estado federal que surgia com suas duas câmaras legislativas; não era apenas um documento escrito que se propunha a organizar o espaço político e a assegurar certos direitos individuais. Mais do que isso, o que estava em jogo era o próprio fundamento da autoridade e do poder.

A partir da antiguidade romana, a trindade representada pela tradição, pela religião e pela autoridade<sup>5</sup> havia sido capaz de fornecer legitimidade ao exercício do poder político. Tal trindade tomava como ponto de partida a fundação mítica de Roma e a tendência, já presente nesse ato fundante, à expansão de seus domínios. Todo ato político era referido àquela fundação e confirmado, legitimado, ou não, pela tríade dela emanada. Essa mesma concepção havia sido mantida após a queda do Império Romano do Ocidente e a ascensão da Igreja Católica.

Ao longo dos séculos, porém, aqueles três elementos haviam progressivamente perdido seu valor legitimante. No contexto moderno em que se desenvolvem as revoluções aqui abordadas, apenas a autoridade gozava ainda de certo prestígio. Contudo, mesmo esta, referida não mais à mítica fundação romana, mas a um momento transcendental em que pretensamente o próprio Deus assentava os alicerces do poder político secular, perdia seu potencial justificante.

De fato, o século XVIII encontrava-se diante do esfacelamento de uma construção conceitual milenar que até então conformava, sem maiores problemas, as bases do domínio político ocidental. Nesse sentido, é possível entender as revoluções que então tiveram lugar como um esforço para recriar essas fundações e novamente conceder legitimidade, estabilidade e duração ao espaço político e a seus atos de poder (ARENDE, 2000, p. 185).

Portanto, numa dimensão profunda, o que ocorria sob o turbilhão de eventos marcados, em maior ou menor grau, pelo ar da

---

<sup>5</sup> Para uma reconstrução da relação entre os três elementos da trindade romana e, principalmente, para um estudo profundo do conceito de autoridade, cf. ARENDE, 2000, p. 127-187.

novidade, era a busca por uma nova fonte tanto para a autoridade quanto para o poder. Essa busca dava-se em meio, e através, de uma alteração conceitual significativa, na qual conceitos, ainda marcados por traços medievais, ou ligados à Antiguidade Clássica, eram abandonados ou reconstruídos, ao passo que outros eram elaborados.

Embora reunidos sob a citada epígrafe comum, “Revoluções Liberais”, ou “Revoluções Burguesas”, os movimentos revolucionários de França e Estados Unidos (então 13 colônias inglesas na América) foram substancialmente distintos, quer pelas razões históricas que lhes serviram de *origem*, quer pelos desdobramentos que decorreram de cada um deles. De qualquer modo, não se pode negar um certo tom de coincidência, principalmente nos objetivos que buscavam cada uma das revoluções: a reestruturação dos alicerces políticos, com a conseqüente fundação de uma república, e a consolidação do espaço destinado à vivência de liberdades públicas (ARENDRT, 1988, p. 113).<sup>6</sup>

Começando pela Revolução Americana, esta somente pode ser entendida como um processo histórico complexo, estendido no tempo, que tem suas origens na fundação das 13 colônias e é marcado por uma tensão constante entre continuidade e ruptura, entre conservação das tradições inglesas e inovação a partir das práticas coloniais.

Essa relação tensa perpassará toda a história colonial e uma mudança substancial em seu enfoque predominante, da continuidade à ruptura, será a principal responsável pela Declaração de Independência de 1776 (BAILY, 2003, p. 69-141; PINTO, 2004).

Dessa maneira, se o *common law* era a referência do ponto de vista jurídico e as assembleias locais eram justificadas pelo fato de que na Inglaterra havia um parlamento com igual função, aquele era

---

<sup>6</sup> Tais objetivos são assim descritos por Arendt, autora representante do pensamento político republicano. Certamente, não seria difícil encontrar quem os descrevesse de outra maneira. Para um pensador liberal, por exemplo, talvez fossem mais bem colocados como a busca pela limitação do poder político e pela garantia de direitos fundamentais. De todo modo, seja em uma leitura republicana ou liberal, ou em uma terceira vertente que considere ambos os pontos-de-vista, permanece a possibilidade de encontrar naqueles movimentos sócio-políticos importantes traços de semelhança.

lido seletivamente em solo colonial e estas, ainda que atuando como órgãos legislativos, não reproduziam fielmente o parlamento inglês, até porque lhes faltava uma característica importante que o mesmo havia adquirido após a Revolução Gloriosa: o elemento de soberania (PINTO, 2004, p. 145-146).

No entanto, tal reconstrução colonial das tradições inglesas não parecia acontecer num plano consciente. Os colonos sentiam-se como verdadeiros súditos britânicos e justificavam suas leis e instituições, mesmo no que tinham de distinto e inovador, com base naquilo que consideravam a mais esplêndida obra política de toda a História: a constituição mista inglesa (PINTO, 2004, p. 103-112, 131).

Essa ausência de consciência sobre as alterações que de fato estavam a fazer é compreensível quando se tem em mente que todo seu arcabouço conceitual era de origem inglesa (PINTO, 2004, p. 129-146). Se inicialmente lidavam apenas com os conceitos que a tradição britânica lhes legara, somente poderiam compreender o mundo através deles, o que tornava difícil verificar *desvios* que, embora acontecessem, não podiam ser representados discursivamente.

Disso resulta uma situação paradoxal: os habitantes da terra americana estavam ligados, concomitantemente, à conservação da tradição e à inovação da experimentação, enquanto se encontravam intelectualmente fechados num universo conceitual que não lhes permitia compreender plenamente suas próprias práticas políticas.

Seguindo a discussão sobre o lastro conceitual colonial, vale notar que suas matrizes intelectuais não se limitavam às três fontes comumente lembradas: a Antigüidade Clássica, o Iluminismo e o Direito Consuetudinário Inglês. Além dessas, havia uma outra, que parece ter sido a mais relevante sob o olhar da revolução (BAILYN, 2003, p. 41-67; PINTO, 2004, p. 135). Trata-se de uma linha de pensamento político radical, denominada *whig*. Esta se encontra intimamente ligada aos acontecimentos da Revolução Gloriosa, possuindo como características: a desconfiança em relação ao governo; a necessidade de vigilância em relação aos governantes; a defesa de reformas, numa tendência liberal-democrática; a defesa da ampliação

das liberdades de imprensa e de credo; e a oposição à manutenção de um exército permanente em tempos de paz (PINTO, 2004, p. 139).

Entretanto, enquanto os *whigs* insistiam em denunciar a corrupção vigente na sociedade e na política inglesas e o regime autocrático que diziam ver instalar-se em seu governo, o clima geral era, ao contrário, de euforia e complacência imediatamente após os eventos de 1688/1689. Em tal contexto, idéias políticas radicais não gozariam de grande repercussão (BAILYN, 2003, p. 60-65).

Nas colônias da América, a situação era outra. Havia também uma espécie de euforia diante da Revolução Gloriosa (PINTO, 2004, p. 107, 130). Porém, a sociedade, de modo geral, não era marcada pela corrupção que dominara os britânicos como um todo. Havia conflitos reconhecidos entre assembleias legislativas e membros do poder executivo, e, principalmente, havia problemas relacionados aos abusos dos governadores indicados pela Coroa Inglesa, abusos esses semelhantes aos que eram denunciados pelos *whigs* (BAILYN, 2003, p. 65-67). Logo, embora rejeitada na Inglaterra, sua linha de pensamento encontraria forte aceitação a oeste do Atlântico.

Aqui, elucida-se outro paradoxo, fortemente ligado ao primeiro: os colonos estavam apegados tanto a uma tradição conceitual que permitia a glorificação da Inglaterra e de suas instituições quanto a uma corrente de pensamento que criticava aquilo em que ela se havia transformado em meados do século XVIII (PINTO, 2004, p. 140).

De toda sorte, continuava predominando a matriz conservadora e um possível desejo de se separar da metrópole era algo plenamente impensável àquela altura.

A situação começaria a mudar na década de 1760. A Coroa inaugurava uma longa tentativa de reintegrar a América no círculo efetivo de seu domínio colonial e, com isso, reduzir seu grau de autonomia, transformando-a em fonte de lucros. A partir daí, teria início uma série de discussões, principalmente através de panfletos (BAILYN, 2003, p. 23-39), nas quais, ainda que lenta, contraditória e indesejadamente, tomar-se-ia consciência mais clara do que estava ocorrendo no Reino Inglês e inverter-se-ia a relação entre as matrizes intelectuais que então vigoravam: aos poucos, deixava de predominar

a exaltação da Inglaterra e ganhava força o pensamento crítico que buscava apontar suas faltas.

Isso não aconteceria, é claro, de maneira simples. Os colonos continuavam a se orgulhar de serem súditos ingleses e assim seguiriam até o momento da revolução, e mesmo após sua deflagração (PINTO, 2004, p. 129-146).

As discussões em torno da postura da metrópole tiveram início como mera contestação à imposição de tributos. Não obstante, o que a princípio poderia ser apenas uma questão econômica trazia como fundo uma dimensão política das mais relevantes. (BAILY, 2003, p. 101-141; PINTO, 2004, p. 118-124): se os habitantes da América colonial inglesa eram também súditos ingleses, não poderiam ser tributados por um parlamento no qual não tinham representação, uma vez que distantes do solo inglês. A grande luta do período imediatamente anterior à revolução era, pois, pelo direito de participação no parlamento britânico, baseado no princípio da “não-taxação sem representação”.

Na verdade, todo o problema girava em torno do conceito de representação (PINTO, 2004, p. 118-119). Para os ingleses, o parlamento britânico representava a totalidade dos súditos do Reino, estivessem onde estivessem. Para os súditos do outro lado do Atlântico, não havia como estarem representados por alguém distante do lugar e do meio social em que viviam.

Os debates não tinham nenhum tom radicalizante ou separatista. Pelo contrário, era mais uma vez partindo dos direitos e princípios consagrados pela tradição inglesa que seus seguidores, em território colonial, reivindicavam presença no parlamento.

As reivindicações não seriam atendidas. Em sentido oposto, as medidas coercitivas aumentariam.

Pouco a pouco, desenvolvia-se cada vez mais uma organização colonial numa postura defensiva, e, por isso, também combativa, tanto em caráter intelectual, quanto político (PINTO, 2004, p. 122) ou militar (PINTO, 2004, p. 127).

Se é verdade que, quando do início do Segundo Congresso da Filadélfia, a hipótese de ruptura seguia sendo considerada radical

e distante, isso não se manteria até seu final (PINTO, 2004, p. 127-128). A recusa do rei George III em receber as petições coloniais e a contratação de mercenários para seu exército que, então, se preparava para a guerra, teriam uma força simbólica importante (PINTO, 2004, p. 141). A partir de então, compreendia-se que não existia um caminho de volta, que o retorno era impossível e que não havia como restabelecer as relações de paz e respeito com o Império Britânico. Numa alusão aos versos da *Eneida* de Virgílio (ARENDDT, 1988, p. 164-171), era como se se despertasse para o fato de que não era mais possível fundar Roma *de novo*. Fazia-se preciso romper com o passado e fundar uma *nova Roma*.

Declarada a independência, novos problemas surgiriam. Era necessário pensar as bases políticas do novo Estado. Contudo, sem se poder apegar a nenhum modelo óbvio, uma vez que o mais perfeito deles havia sido corrompido e se tornado fonte de tirania (PINTO, 2004, p. 143). Mas, embora o modelo inglês não pudesse servir de parâmetro, o arcabouço conceitual dos colonos ainda estava demasiado atrelado às tradições britânicas. Seria um processo árduo abandonar todo um quadro conceitual e lançar-se ao desconhecido, e não-articulado discursivamente, na busca pela construção da nova república (PINTO, 2004, p. 146).

Um outro motivo tornava igualmente impossível a referência ao modelo inglês. A estrutura política a que os colonos se haviam referido ao longo dos séculos de colonização caracterizava-se pela constituição mista que, como dito, correspondia à auto-representação de uma sociedade harmonicamente composta por comuns, nobres e monarca, sem que houvesse jamais predomínio de um sobre os outros (FIORAVANTI, 2001, p. 15-70). Porém, essa constituição mista não existia mais nem mesmo no Reino Britânico. Quando se referiam jubilosos à Inglaterra, o que tinham em mente era o que ela havia sido no século XVII e não o que era no século XVIII (PINTO, 2004, p. 144-146). A tomada de consciência acerca desse anacronismo certamente contribuiu significativamente para a decisão em favor da revolução.

Em seguida, serão mais uma vez abordadas a constituição mista e a perda de sua referência social. Por agora, importa notar que, após a Declaração de Independência, estava-se diante de uma tarefa hercúlea: edificar um novo país, e sem um parâmetro que pudesse servir de ponto de partida (PINTO, 2004, p. 128, 147).

Mas isso apenas sob certo aspecto. É verdade que a estrutura inglesa não poderia ser útil e que, historicamente, eram raros os exemplos que poderiam ajudar. Contudo, após a Declaração de 4 de julho de 1776, não foi propriamente um grande vazão o que se abriu. Rompido o vínculo com a antiga metrópole, a própria experiência, adquirida desde as fundações das primeiras colônias, emergiria, animada pela proposta da construção federalista, para apontar o caminho e não deixar que os novos Estados se perdessem em fragmentos desunidos e facilmente domináveis. O federalismo foi, assim, a resposta norte-americana para a perda da fonte tradicional da autoridade e do poder (ARENDDT, 1988, p. 132-143).

Nesse ponto, cabe deixar a Revolução Americana e abordar a Revolução Francesa.

Na França, o processo revolucionário não possuiu raízes tão profundas nem paradoxos tão sutis quanto na América. Mas o ar dramático e trágico que o envolveu desde o começo torna-o igualmente instigante. Ao contrário da Revolução Americana, a Revolução Francesa aconteceu no interior do próprio território em que se localizava o opressor. Além disso, a questão social que tão cedo explodiu em seu seio não lhe permitiu jamais ser apenas uma discussão política (ARENDDT, 1988).

É de conhecimento geral a forte tradição absolutista francesa. Após papas e bispos, o monarca havia encarnado, como em nenhum outro país, a idéia de um absoluto transcendente que justifica o poder terreno. A vontade real sempre foi, a um só tempo, origem do poder e fonte da lei (ARENDDT, 1988, p. 125).

Quando o rei foi deposto e, mais que isso, a monarquia perdeu seu lugar, os franceses depararam-se exatamente com o problema de como substituir aquele absoluto que carregava em si tanto a origem do poder quanto a autoridade da lei (ARENDDT, 1988, p. 123-131),

problema semelhante, ressaltadas as diferenças contextuais, ao que seria vivenciado na América após a ruptura com a Coroa britânica (ARENDDT, 1988, p. 146-147).

O problema da perda do absoluto apresentava-se principalmente quando da elaboração de novas constituições, em ambos os lados do oceano. Em momentos como esses, o que estava em jogo era a questão do *princípio*, o problema de como fundar um novo início que, não podendo apoiar-se em nada que lhe antecederia, fosse capaz de justificar a si mesmo (ARENDDT, 1988, p. 129). Em terras francesas, isso ficou claro pelas dificuldades das assembléias constituintes em elaborarem constituições estáveis: como poderiam dar origem a constituições legítimas, que tendiam a se tornar duradouras no tempo, se elas mesmas, as próprias assembléias constituintes, não tinham de onde derivar sua legitimidade? (ARENDDT, 1988, p. 132).

A solução encontrada na Europa para o problema do absoluto e do círculo vicioso em que se perdia todo novo início foi a teoria do poder constituinte, elaborada por Emmanuel Sieyès (ARENDDT, 1988, p. 130-131). Seguindo a tradição absolutista, o que Sieyès fez foi simplesmente substituir o monarca absoluto por um outro ente dotado de igual caráter: a Nação, entendida como um macro-sujeito, formado pela multidão do povo, desprovido de qualquer organização legal e acima de qualquer lei (SIEYÈS, 2001, p. 45-58). Assim como ocorria com os reis, dela deveriam derivar tanto a origem do poder quanto a autoridade legal (ARENDDT, 1988, p. 130-132). Como totalidade social, sutil e ideologicamente limitada por Sieyès ao Terceiro Estado, ela possuía o poder, capacidade de agir, e a autoridade, capacidade de justificar seus atos. Seu poder era ilimitado e sua vontade era a lei (SIEYÈS, 2001, p. 51). Portanto, a ela cabia o poder constituinte, distinto de todos os demais poderes e origem de todos eles, chamados, então, poderes constituídos.

Não é difícil perceber que a teoria do poder constituinte surge, na França, como uma verdadeira tentativa de (re)fundação da autoridade política que se havia perdido no seio da Modernidade (ARENDDT, 2000, p. 185). Isto é, na impossibilidade de recorrer à vontade suprema de um absoluto religiosamente transcendente

que legitimasse o poder político e a autoridade das leis, a teoria do poder constituinte apresenta a Nação, um novo absoluto, igualmente transcendente, mas não mais religioso em sentido estrito.

Os problemas que daí derivaram são conhecidos. Se a Nação estava acima de qualquer lei e se sua vontade era a própria lei, todas as vezes que alguém conseguisse chegar a um lugar social que lhe permitisse supostamente falar em nome dela sua vontade seria manipulada de acordo com os ímpetos e desejos de quem a dizia representar (ARENDDT, 1988, p. 130-131). Qualquer um que falasse em seu nome teria não só a possibilidade fática de agir, mas também as condições necessárias para justificar seus atos, fossem eles quais fossem. Os resultados desastrosos, consagrados pela historiografia tradicional, foram a existência de um estado de revolução permanente, entre 1789 e 1799, o fenômeno dos plebiscitos napoleônicos, tanto na época de Napoleão Bonaparte quanto na de Luis Napoleão, e, acima de tudo, a instauração de uma tradição de completa instabilidade constitucional.

Voltando ao outro lado do Atlântico, a solução francesa não seria repetida, ou melhor, antecipada. Como dito, após a Declaração de Independência, os colonos depararam-se com uma espécie de vazio de modelo a seguir. Também eles tiveram que enfrentar o problema da perda do absoluto e de um círculo vicioso que pudesse se instaurar inevitavelmente a partir do novo começo, do *princípio*, representado pela fundação das bases da república. E, nesse momento, a solução apareceu a partir da história e experiência coloniais.

Nos Estados americanos recém-fundados não foi desenvolvida propriamente uma teoria do poder constituinte. Nesse sentido, é relevante que nos escritos federalistas, reunidos sob o título de *O Federalista* (HAMILTON, JAY e MADISON, 1959) e que, se não foram a mais importante das obras do período pós-revolução (BAILYN, 2003, p. 293-294), certamente marcaram-se pelo tom das discussões de então, as alusões ao poder constituinte em si sejam tão poucas, para não dizer raras.

Quando a América rompeu os laços com a metrópole, ela não foi, como a França, lançada em algo como um Estado de Natureza

(ARENDR, 1988, p. 132). Desde os primeiros atos da fundação das novas colônias, nos idos do século XVII, os colonos se haviam habituado à realização de pactos e promessas mútuas. Estes eram fruto de uma percepção singular de que a ação se realiza em concerto, de que dessa ação emerge o poder, e, finalmente, de que esse poder somente pode ser mantido através de compromissos recíprocos que o tornem capaz de seguir expandido-se pela continuidade da própria ação (ARENDR, 1988, pp. 132-143).

Dessa maneira, já no início de sua história, as colônias organizaram-se em corpos políticos que, embora pequenos, carregavam em si a origem do poder. Quando da ruptura com a Europa inglesa, aquela origem, tão comum à prática colonial, mas ainda distante, talvez, de sua consciência conceitual, veio à tona como fonte legítima do poder político dos novos Estados que estavam sendo formados. No momento de elaboração da Constituição federal e de fundação da nova república, bastou apenas descer até os mais simplórios e pequenos corpos políticos formados pela força do compromisso mútuo e reconstruir, a partir deles, a origem de todo o poder da União (ARENDR, 1988, p. 132-143).

Ou seja, o poder constituinte na América não repousava num macro-sujeito não-constituído por nenhuma lei e não-organizado de maneira alguma, uma Nação soberana que tudo pode, menos deixar de ser Nação (SIEYÈS, 2001, p. 50, 55-56). Ao contrário, o poder constituinte residia nos corpos políticos constituídos e organizados pela força do acordo comum.

Entretanto, nem todos os problemas estavam resolvidos. O poder realmente era algo que não gerava maiores questionamentos em solo norte-americano. Porém, enquanto estavam sob a égide da Coroa Inglesa, eram as cartas por ela emitidas que conferiam autoridade às decisões fáticas proferidas pelos corpos políticos locais. Agora, embora o poder estivesse assegurado, era essa autoridade que se perdia (ARENDR, 1988, p. 143), pois de nada adiantava o poder de agir se não houvesse algo de certo modo duradouro e superior que justificasse os frutos dessa ação.

Os colonos possuíam uma consciência singular de que o poder e a autoridade não deveriam derivar de uma mesma fonte, algo que faltara a Sieyès e à sua teoria do poder constituinte. Sabiam que a existência fática das leis adviria do poder das assembleias locais, mas a autoridade delas, o elemento que as fazia válidas e estáveis no tempo, deveria proceder de uma outra fonte (ARENDDT, 1988, p. 146-147).

Mas, mesmo nesse caso, não se voltaram a algo semelhante à Nação dos franceses. Ao contrário, recorreram à Antigüidade, principalmente às concepções romanas acerca do papel da fundação de um novo corpo político. Conseguiram enxergar que no próprio ato de fundação repousava a autoridade da nova república (ARENDDT, 1988, p. 156-171). Isso poderia ser atestado pela raiz latina da palavra “autoridade” (o verbo *augere*), que trazia em si as idéias de aumento e desenvolvimento (ARENDDT, 1988, p. 161; 2005). Ou seja, autoridade significava aquela expansão a que todo corpo político recém-fundado estava destinado, expansão que se dava também através da elaboração das leis, ficando claro que o ato de fundar carregava consigo a fonte da autoridade legal, da autoridade jurídico-política. Em outras palavras, todo *principium* traz consigo no seu começo o seu preceito (ARENDDT, 1988, p. 170), ou seja, o ato de fundação traz em si mesmo o sentido performativo de um preceito normativo e de sua abertura ao futuro; um novo começo carrega consigo a perspectiva do desenvolvimento a que se destina no tempo vindouro, e toda ação que se volta a esse desenvolvimento posterior, inclusive a elaboração e a aplicação da lei, reveste-se da autoridade do ato fundante.

Guardadas as devidas diferenças em relação ao pensamento de Arendt, é possível aludir às palavras de Derrida, que a partir de Walter Benjamin, afirmava:

Uma fundação é uma promessa. Todo estabelecimento (*Setzung*) permite e pro-mete, instala-se pondo e prometendo. E, mesmo que, de fato, uma promessa não seja mantida, a iterabilidade inscreve a promessa de salvaguarda no instante mais irruptivo da fundação. Ela inscreve, assim, a possibilidade da repetição no coração do originário. (DERRIDA, 2007, pp. 89-90). (destaques nossos)

Estariam, assim, solucionados os problemas do poder e da autoridade, ou melhor, da origem do poder e da fonte da autoridade. E isso sem os erros e percalços que acompanhariam a França por décadas.

#### **4. As singularidades da Revolução Americana e seus principais legados para o Constitucionalismo Moderno**

Por mais que a consciência singular de ser necessário não confundir a origem do poder e a fonte da autoridade tenha sido relevante para a história do que viriam a ser os Estados Unidos da América, isso exige maiores considerações para se compreender os legados da Revolução Americana para o Constitucionalismo Moderno: a supremacia constitucional e a jurisdição constitucional (PINTO, 2004, p. 148, 166-167).

Os legados da Revolução Americana, à luz do Constitucionalismo Moderno, foram imensamente significativos, mas imprevisíveis por seus agentes (PINTO, 2004, 146-148). A idéia de uma norma superior a todas as outras, que, por isso, deve ser protegida pelo poder judiciário, não foi algo pré-estruturado *conscientemente* por aqueles que declararam a independência, tendo sido temas que ficaram à margem das discussões constitucionais centrais daquele tempo (PINTO, 2004, 166-167).

A teoria da diferenciação funcional da sociedade, desenvolvida por Luhmann. (*apud* PINTO, 2004, p. 165-197), pode lançar algumas luzes sobre o problema. Segundo o autor, o longo período revolucionário, que não se limita apenas aos anos de 1776 a 1781 (BAILY, 2003), corresponde a um momento de modernização social, de transição de uma diferenciação social por estratos, típica da idade média, para uma diferenciação funcional. Isso explica, entre outras coisas, porque a constituição mista não possuía mais seu potencial explicativo. Ela havia perdido seu referencial social, por significar a auto-representação de uma sociedade estratificada, dividida em estamentos, sociedade essa que, aos poucos, ia deixando de existir.

Segundo a diferenciação funcional, a sociedade passa a diferenciar-se não mais em segmentos definidos com referência ao

sangue, à riqueza ou à tradição. A diferenciação social se dá a partir de um processo de especialização, dando origem a diversos sistemas sociais, como o jurídico, o político, etc.

Durante a Revolução Americana, quando a sociedade passava por uma mudança, iniciada séculos antes, de uma diferenciação por estratos para uma diferenciação funcional, os sistemas do direito e da política iam tornando-se especializados em si mesmos e, portanto, distintos, e distantes, um do outro. Tomando como base essa perspectiva, pode-se então entender a constituição moderna como uma aquisição evolutiva e como uma reação à radical separação entre direito e política que se verificava em curso. A constituição, a um só tempo, operaria o fechamento operacional dos sistemas do direito e da política e se apresentaria como um acoplamento estrutural entre eles.

Isto é, a constituição seria tanto política quanto jurídica. Ela permitiria que o poder político oferecesse validade e efetividade às normas jurídicas, ao passo em que o direito ofereceria legitimidade à atividade política. Mas, para ser possível esse acoplamento, ela deveria permitir, de fato, o auto-fechamento de cada um dos sistemas, o que tornava necessário que fosse dotada tanto de supremacia em relação às normas que lhe são inferiores quanto da impossibilidade de ser alterada pela dinâmica cotidiana das decisões políticas. A partir daqui, seria possível descrever, de uma perspectiva sistêmico-evolutiva, a supremacia constitucional.

E da supremacia constitucional decorreria o instituto do controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário, como organização jurídica responsável por assegurar a necessária superioridade da constituição.

Mesmo assim, a teoria da diferenciação funcional da sociedade, a concepção da constituição como aquisição evolutiva e como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, não basta para explicar a estabilidade adquirida pela Constituição federal americana ao longo dos séculos.

Na França, também ocorria processo semelhante em termos de diferenciação social e isso não fez com que o postulado da rigidez

constitucional pudesse emergir e se consolidar como acontecera em terra americana. Os institutos da supremacia constitucional e do controle judicial de constitucionalidade não são por si sós suficientes para uma adequada compreensão da estabilidade constitucional que decorreu, como de nenhum outro processo político, da Revolução Americana.

O que distinguiu o processo revolucionário americano de todos os outros e permitiu a estabilidade de sua constituição e de sua estrutura jurídico-política foi exatamente a concepção sobre o processo constituinte, sobre o poder e a autoridade e sobre a fonte e a origem de cada um destes.

A certeza, por um lado, de que o poder existe apenas a partir de ações concertadas na sua pluralidade e que se preserva somente através de pactos materializados em corpos políticos, e, por outro, de que a autoridade reside no ato de fundação e em sua tendência à expansão (ARENDETT, 1988, p. 113-171): essas as duas convicções centrais que deram à Revolução Americana seu ar de singularidade universal.

Num olhar retrospectivo, Fioravanti (2003, p. 25-95; 2001, p. 100-120) traça importantes comentários acerca das grandes revoluções e da diferença entre elas. Segundo ele, o processo americano ter-se-ia configurado numa perspectiva historicista e individualista, recusando a perspectiva estatalista, uma vez que as liberdades e direitos afirmados eram defendidos ora com o recurso à tradição britânica, ora com base nas teorias individualistas e jusnaturalistas, sem necessidade de fazer depender do Estado o seu reconhecimento. Ao contrário, na França, haveria a junção de individualismo e estatalismo, em oposição à perspectiva historicista, porque não era possível aos revolucionários franceses fazer derivar a partir de sua história os direitos e liberdades pelos quais lutavam, dependendo, para o alcance destes, do recurso às teses individualistas e jusnaturalistas e do reconhecimento do Estado.

Sobre o processo constituinte, poder-se-ia, assim, afirmar que foi compreendido, na América, sempre ligado à idéia de rigidez constitucional. Diversamente, na Europa francesa, o poder constituinte

era associado apenas à soberania absoluta da Nação. Neste exato ponto, reside talvez a maior diferença entre as revoluções e os constitucionalismos de França e Estados Unidos, ao menos no que aqui interessa: na primeira, o poder constituinte ligava-se a uma unidade política capaz de querer, chamada Nação; na segunda, esse poder aparece ligado a um conjunto inviolável de leis, chamado constituição. Na América, a Constituição foi entendida tanto como expressão textual da ordem constituída quanto como ato de constituir uma nova república. Se para os franceses a constituição era apenas norma de restrição a um governo e não vinculava a Nação que a elaborara (SIEYÈS, 2001, p. 49), para os americanos a constituição era um documento que expressava o ato de constituição de um novo Estado, de modo que não significava apenas limite ao poder, mas também condição de possibilidade para seu exercício legítimo em prol da expansão dos alicerces da república. A constituição não somente restringia o governo, mas vinculava, unia, constituía o povo que a elaborara ao fundar o corpo político de que fazia parte.

## **5. Distintas leituras da teoria do poder constituinte ao longo dos dois últimos séculos**

Estavam lançadas, a partir do século XVIII, as bases políticas da Modernidade. O poder e a autoridade passariam a ser compreendidos com o viés que os determinara durante aquele período e a teoria do poder constituinte seria relida por praticamente todos os autores que se debruçariam sobre questões constitucionais.

Carré de Malberg, na linha do juspositivismo francês do século XIX, negaria natureza jurídica ao poder constituinte originário e trabalharia apenas com o poder constituinte derivado, analisado dentro da lógica conceitual da teoria dos órgãos do Estado (CARRÉ DE MALBERG, 1963).

Nas ricas discussões do entre-Guerras, Schmitt (SCHMITT, 1996), coerente com suas posições teóricas, atribuiria um caráter existencial e decisionista ao poder constituinte. Reconheceria a possibilidade tanto de um poder constituinte democrático quanto

monárquico, que seriam igualmente legítimos de acordo com o princípio que vigesse na organização política da sociedade, respectivamente, princípio democrático ou princípio monárquico.

Mas talvez o que seja mais importante em seu pensamento é que ele não limitava a atuação do poder constituinte ao momento de criação de uma constituição. Sua concepção de constituição a entendia não como conjunto de leis, às quais chamava leis constitucionais, nem como um sistema de garantias ou princípios de organização do poder. Para ele, a constituição correspondia à decisão fundamental de um povo sobre a forma de existência política de seu Estado. Era possível que as leis constitucionais trouxessem expressos pontos importantes dessa decisão, mas era igualmente possível que omitissem outros ou assumissem uma posição de compromisso entre perspectivas distintas, postergando, portanto, a verdadeira decisão. Sua compreensão sobre poder constituinte estaria relacionada a essa visão. Logo, todas as vezes que questões sobre as quais não houvesse sido expressa a verdadeira decisão do povo emergissem à tona das discussões e colocassem em risco a existência do Estado, deveria ser possível que o poder constituinte atuasse a fim de expressar referida decisão, ainda que contrariando a normatização presente nas leis constitucionais. É fácil perceber que a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos deixa de fazer sentido a partir do momento em que aquele pode agir, sem maiores formalidades, a qualquer momento e a partir de discursos variáveis, o que leva à configuração de uma teoria altamente propícia a dogmas autoritários.

Seguindo no contexto do entre-Guerras, Heller (HELLER, 1968) assumiria posição contrária à de Schmitt. Adepto do então nascente Constitucionalismo Social, sua principal crítica diria que não é possível que um povo não-organizado politicamente atue como poder constituinte. Isto é, não é possível uma conceituação meramente existencial e decisionista deste. O poder constituinte exigiria uma organização prévia dos indivíduos, organização essa que permitiria a ação conjunta da qual ele então resultaria. Para Heller, somente se pode falar em poder constituinte quando a totalidade da organização social decide e age de maneira unitária. Não há poder sem organização

anterior que permita a ação coordenada e destinada a um fim. Cabe notar a proximidade dessa noção com aquela que predominou durante a Revolução Americana.

Ainda nesse contexto, Smend (SMEND, 1985) apresentaria sua teoria integracionista da constituição e do Estado. Para ele, o Estado era entendido como um conjunto de processos distintos de integração social a partir do qual o próprio Estado era a cada instante (re)atualizado e (re)afirmado. A constituição corresponderia apenas a um molde normativo de determinados aspectos de integração social, mas nunca de todos eles. Como o relevante é que os processos de integração social, expressos ou não na constituição, permitam a (re)atualização permanente da totalidade estatal, pouco importaria se aquele molde normativo representado pela constituição fosse desrespeitado em prol de tal integração. Sendo assim, o poder constituinte, embora não referido expressamente, aparece como algo latente na realidade social, constantemente agindo na dinâmica social, podendo, a qualquer tempo, contrariar as disposições constitucionais, até mesmo sem o fazer mediante alteração de seus textos normativos. Novamente, perde sentido a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Mais uma vez, disso decorre uma perspectiva que gera imensa insegurança constitucional e abre espaços para discursos e justificativas autoritárias.

Finalizando a análise de alguns dos expoentes do entre-Guerras, Kelsen, discutiria o poder constituinte sob a ótica do quadro conceitual traçado em sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2003). Dentro da distinção entre uma esfera do ser e outra do dever-ser, o direito aparece como representante desta última, consistindo numa ordem normativa, e coativa, de condutas humanas. Embora haja relações possíveis entre o ser e o dever-ser, do fato de algo dever-ser não se segue necessariamente que ele seja, assim como do fato de que algo seja não decorra que ele deva-ser. Em outras palavras, um dever-ser, uma norma, não encontra seu fundamento num ser, um evento do mundo fenomênico. Somente um dever-ser pode dar origem, do ponto de vista da validade, a um outro dever-ser: uma norma somente encontra seu fundamento numa outra norma que lhe é

anterior e superior do ponto de vista lógico. Contudo, se o fundamento de validade de uma norma repousa sempre em outra norma, não se pode negar que é necessário considerar, para sua existência, tanto sua posituação por um ato do ser quanto a manutenção de sua eficácia, também na esfera do ser. Logo, posituação e eficácia, embora não sejam fundamento de validade, cumprem a função de condição dessa mesma validade.

Seguindo o raciocínio, todas as vezes que se operasse a recondução de uma norma qualquer ao seu fundamento último de validade, à primeira das normas que lhe são superiores, correr-se-ia o risco de um retorno ao infinito. Para evitar essa possibilidade, Kelsen formula o conceito de norma fundamental. Essa norma não é posta, positivada, mas apenas pressuposta; não é querida, por nenhuma autoridade, mas apenas pensada. Ela corresponde, portanto, a um pressuposto lógico-transcendental capaz de fornecer unidade ao ordenamento jurídico e servir de fundamento último de validade a todas as normas que o compõem.

Passando ao poder constituinte, a questão se apresenta da seguinte maneira: o ato de posituação de uma nova constituição possui um sentido subjetivo, isto é, um sentido para aqueles responsáveis pela realização do ato. Segundo esse sentido subjetivo, aquele ato estaria estabelecendo uma nova constituição e uma nova ordem jurídica. Porém, como nenhum fato do ser pode servir de fundamento de validade a algo do dever-ser, ou seja, a uma norma, o ato constituinte permanece tendo o sentido de posituação de uma nova constituição e de fundação de uma nova ordem jurídica apenas para os que o realizaram, a menos que uma norma, superior à própria constituição, forneça o fundamento de validade desta e transforme o sentido subjetivo daquele ato constituinte num sentido objetivo. Como, do ponto de vista jurídico-positivo, nenhuma norma é superior à constituição, a norma que lhe serve de fundamento de validade não pode ser uma norma posta, mas apenas pressuposta: a norma fundamental.

Dentro desse esquema conceitual, o poder constituinte e o ato constituinte por ele exercido aparecem como premissa menor de um

silogismo. Como premissa maior, há a norma fundamental, que diz que a constituição positivada pelo poder constituinte, através do ato constituinte, deve ser obedecida. A conclusão é que a constituição, por ter sido estabelecida pelo poder constituinte de acordo com a norma fundamental, é válida e deve ser obedecida. A norma fundamental permanece como fundamento de validade da constituição e de toda a nova ordem jurídica, ao passo que o poder constituinte e o ato constituinte, existentes na esfera do ser, mantêm-se como mera condição daquela validade.

Vale lembrar que a norma fundamental pressuposta não se encontra presente já no momento em que o poder constituinte é exercido. Se se trata, por exemplo, de uma revolução cujo objetivo é substituir uma ordem constitucional anterior, o ato constituinte poderá perfeitamente ser entendido como traição constitucional, caso a revolução venha a se frustrar. Um requisito essencial para que a norma fundamental cumpra seu papel é que já haja uma constituição e um ordenamento jurídico vigentes, de forma que ela, a norma fundamental, opera retroativamente e somente passa a fazer sentido num momento posterior ao exercício do poder constituinte em si, como maneira de legitimar o ato constituinte que conseguiu estabelecer uma nova ordem jurídica coercitiva eficaz.

Coerentemente com todo o propósito da teoria pura, em nenhum momento é discutida a maior ou menor legitimidade de um poder constituinte exercido democrática ou autoritariamente.

Mais à frente, e, nesse caso, já escrevendo após a Segunda Guerra Mundial, Kelsen afirmaria que a questão de um governo autocrático ou democrático é apenas uma questão de adequação de meios a fins: se o fim a que se tem em mente é o valor da liberdade, então certamente a democracia é a forma adequada de governo; mas se é outro o valor que configura o fim almejado, como a segurança, por exemplo, então a autocracia poderia vir a ser a forma política procurada (KELSEN, 1988, pp. 207-344). Valendo-se da analogia, e embora tenha sido Kelsen um dos mais vorazes defensores da democracia no século XX, sua teoria, relativista como ele mesmo assume, permite afirmar que o poder constituinte cairia na mesma

situação, de modo que se tornaria possível a justificação de um poder constituinte monocrático, mediante a atribuição de uma valoração mais elevada ao valor da segurança, da hierarquia ou outros semelhantes.

Loewenstein (LOEWENSTEIN, 1976) emergiria como um dos principais teóricos do Constitucionalismo no pós-Segunda Guerra. O contexto era um dos mais ricos do ponto de vista constitucional, devido ao surgimento de inúmeras constituições em países recentemente libertados do Imperialismo e/ou de regimes ditatoriais. Embora Loewenstein afirmasse que a titularidade do Poder Constituinte, num Estado constitucional e democrático, deveria pertencer ao povo, reconhecia que a realidade constitucional apresentava casos, não raros, de violação desse postulado, quando quem exerce o poder constituinte é um ditador ou um conjunto pequeno de detentores do poder fático. Loewenstein mantém a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, principalmente entre poder constituinte originário (poder constituinte em sentido estrito) e poder constituinte derivado (poder constituído, em verdade), afirmando que também se tratando deste último é recomendável ser exercido da maneira mais democrática possível, a partir da participação de todos aqueles a quem ele chama detentores oficiais do poder (governo, parlamento, tribunais judiciais e eleitorado), cabendo, sempre, ao povo a decisão final.

Nos últimos anos, fica cada vez mais clara a exigência própria à tradição do constitucionalismo liberal, social e democrático de que um poder constituinte só seria legítimo se exercido democraticamente. Porém, embora não tenham sido poucos os que a tenham discutido, sob as óticas mais diversas, ao longo dos últimos dois séculos, a teoria do poder constituinte não se teria alterado substancialmente em relação à sua formulação original em Sieyès (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, pp. 57-58), padecendo a Revolução Americana e aquilo que nela aconteceu de um certo esquecimento ou incompreensão.

Recentemente, novos estudos têm buscado avançar no tema, tratando-lhe de maneira relativamente distinta daquela como geralmente, de modo não poucas vezes simplista, é abordado. Começa-se a alcançar a compreensão, talvez já presente na primeira das constituições modernas, a americana de 1787, de que aquilo que

o poder constituinte elabora não é apenas um texto dotado de uma dificuldade maior para ser alterado. Ele é responsável, na verdade, pela construção de um projeto constituinte. Como todo projeto, também este se lança ao futuro carregado de expectativas, em parte presentes na constituição, que serão ou não realizadas, de acordo com a configuração que vier a alcançar, no cotidiano das práticas sociais, a relação sempre tensa entre faticidade e validade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006; HABERMAS, 2003, p. 153-173). De toda sorte, o projeto constituinte lançado deve sempre estar aberto à possibilidade de que as gerações futuras o (re)leiam, o (re)interpretem e até o alterem, dentro de uma perspectiva histórica que, por um lado, deve assegurar a rigidez constitucional e a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, mas, por outro, deve permitir que o projeto constituinte, repousado na autoridade da fundação da ordem constitucional estabelecida, atualize-se de acordo com as novas demandas e visões de mundo que surgirem (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006; HABERMAS, 2003, p. 153-173; ROSENFELD, 2003).

## **6. Considerações finais**

Como se tentou mostrar até aqui, após o esfacelamento da tríade romana da tradição, da religião e da autoridade, a legitimidade do poder e das leis necessitava de novas bases sobre as quais se apoiar. As revoluções de fins do século XVIII enfrentariam esse problema e, em face da necessidade de encontrar um absoluto que oferecesse as referidas bases e rompesse o círculo vicioso inerente aos novos começos, as perspectivas adotadas na América e na França seriam completamente diferentes.

Na França, buscar-se-ia solucionar o problema a partir da teoria do poder constituinte. Esta teria como eixo central a substituição do absoluto representado pelo monarca, divinamente justificado, pelo absoluto corporificado na Nação, um macro-sujeito capaz de querer e de agir e no qual residiam, ao mesmo tempo, a origem do poder e a fonte das leis (ARENDDT, 1988, p. 123-131).

Na América isso não ocorreria. Os problemas do absoluto e do *princípio* seriam resolvidos a partir da própria história colonial com a invenção do federalismo. Sabendo distinguir entre a origem do poder e a fonte da autoridade, esta, a autoridade, residiria no ato fundante da nova república e na tendência à expansão inerente a toda fundação, enquanto aquele, o poder, repousaria nos corpos políticos constituídos em âmbitos restritos desde os primeiros tempos da colonização, corpos políticos esses formados pelo compromisso mútuo, gerados pela ação concertada e capazes de preservar o poder que dela decorre (ARENDDT, 1988, p. 113-171).

Ao longo dos séculos, não faltaram experiências e proposições teóricas distintas sobre o poder constituinte, a ordem constitucional e o exercício do poder político (BARACHO, 2004).

Após dois séculos de Constitucionalismo, algumas afirmações parecem possíveis, embora, como sempre, passíveis de alteração pela força do tempo e pelo incremento que discussões futuras possam apresentar.

A titularidade do poder constituinte é hoje entendida como pertencente ao *povo* como instância plural de legitimidade (CANOTILHO, 2002, p. 71-72; QUADROS DE MAGALHÃES, 2004, p. 127-128; CARVALHO NETTO, 2006) e não como massa homogênea de indivíduos. Sua natureza jurídica é reconhecida (CANOTILHO, 2002, p. 60-79; QUADROS DE MAGALHÃES, 2004, p. 125-126), bem como seu caráter de excepcionalidade (QUADROS DE MAGALHÃES, 2004, p.125-126), de modo a evitar uma repetição da instabilidade presente no constitucionalismo francês de fins do século XVIII e de todo o século XIX. Embora não haja dúvidas de que o poder constituinte não se limita, do ponto de vista jurídico, pela ordem com a qual rompe, reconhece-se que ele não é plenamente ilimitado, havendo compromissos éticos, culturais e sociais que devem ser respeitados (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006; QUADROS DE MAGALHÃES, 2004, p. 118). A esses, cabe, mais do que nunca antes, acrescentar compromissos ambientais e bioéticos. Além disso, afirma-se a distinção entre poder constituinte originário, poder constituinte derivado e demais poderes constituídos, cabendo

a estes dois últimos uma atuação apenas dentro das possibilidades traçadas por aquele primeiro (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006).

Por fim, vale referir-se ao legado do Constitucionalismo para o Estado Democrático de Direito. Em primeiro lugar, o reconhecimento apenas de liberdades privadas ou públicas, assumindo uma dicotomia entre elas, não é capaz de garantir legitimidade e estabilidade políticas. As experiências constitucionais vistas como mera concessão de liberdades privadas aos cidadãos mostraram franca propensão a se transformarem em regimes ditatoriais e, em último estágio, a acabarem com aquelas liberdades inicialmente asseguradas. Por outro lado, a garantia somente de liberdades públicas pode levar, em último estágio, aos abusos mais impensáveis sob o argumento da razão de Estado. Assim, impõe-se o reconhecimento da co-originalidade e da equi-primordialidade das autonomias privada e pública, numa relação de coesão interna (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 81-86; HABERMAS, 2002, p. 285-297; HABERMAS, 2003, p. 153-173).

Em segundo lugar, a constituição não deve, nem pode, ser entendida como mero texto fechado, ao qual a realidade social, política e jurídica corresponderia ou não. De igual maneira, o momento constituinte não deve ser compreendido como algo estático, que marca sua existência no tempo e se desfaz logo em seguida. Antes, tal momento deve ser entendido como processo que se prolonga no tempo, algo que, iniciado pelo poder constituinte originário do povo enquanto instância plural, e somente por ele, tem continuidade nas práticas cotidianas em que cada cidadão e cada agrupamento social buscam *constituir-se* de acordo com os preceitos lançados no ato constituinte primário. Em sentido semelhante, a constituição somente pode ser vista como marco inicial de um projeto constituinte, projeto esse que igualmente se prolonga no tempo e, no decorrer deste, deverá ser vivido como um processo de aprendizagem social (HABERMAS, 2003, p. 165; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006; CATTONI DE OLIVEIRA, 2007; HABERMAS, 2003, p. 153-173; ROSENFELD, 2003).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.

BAILYN, Bernard. *As Origens Ideológicas da Revolução Americana*. Trad. Cleide Rapucci. Bauru: Edusc, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Poder Constituinte: O Projeto Constituinte de Uma República. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 63-114.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria General del Estado*. Trad. José Lión Deperre. 2a. edición española. Pánuco: Fondo de Cultura Económica, 1963.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, pp.19-28

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Escritos sobre la democracia e el socialismo*. Sel. y pres. Juan Ruiz Manero. Madrid: Editorial Debate, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Democracia e Poder Constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 115-128.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: Um estudo a partir da teoria da diferenciação do*

*direito*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel. *A Constituinte Burguesa – O que é o Terceiro Estado?* Org. e Int. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. 4a. edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución e Derecho Constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Para os Professores José Luiz Quadros de Magalhães e Menelick de Carvalho Netto.

