

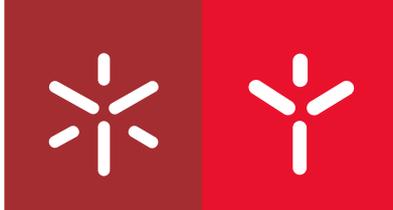


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

André Ribeiro Leite

**O Poder Constituinte Vivo:  
o caso latino-americano e seu contributo para  
a teoria do Poder Constituinte. (Ensaio para  
uma Teoria da Mutação Constituinte)**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

André Ribeiro Leite

**O Poder Constituinte Vivo:  
o caso latino-americano e seu contributo para  
a teoria do Poder Constituinte. (Ensaio para  
uma Teoria da Mutação Constituinte)**

Tese de Doutoramento

Doutoramento em Ciências Jurídicas

Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho efetuado sob a orientação da

**Prof<sup>a</sup>. Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira**

## **DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS**

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

### ***Licença concedida aos utilizadores deste trabalho***



### **Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgal**

### **CC BY-NC-SA**

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

## **AGRADECIMENTOS**

À minha avó Gilda Rezende Ribeiro, e à minha mãe, Tereza Cristina Ribeiro Leite, por todo o amor e loções que sequer o Alzheimer conseguiu fazer cair no esquecimento.

À minha orientadora, a Profa. Dra. Andreia Sofia Pinto Oliveira, por haver acreditado e permanecer fiel até o fim.

Ao colegas de doutoramento pela acolhida, mesmo que não me fosse possível estar presente em todos os momentos, e em especial, a Larissa Araújo Coelho e Diana Araújo Sofia Coutinho, pelo fundamental apoio em instantes decisivos.

À Escola de Direito da Universidade do Minho e a seus funcionários e professores, que maracaram minha história de maneira indelével, em especial aos que ministraram aulas durante o curso de doutoramento, a quem menciono a Profa. Dra. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, a Profa. Dra. Patrícia Penélope Mendes Jerónimo, a Profa. Dra. Joana Aguiar e Silva e o Prof. Dr. Wladimir Correia Augusto Brito.

Especial agradecimento à Dra. Juliana Silva Santa Ribeiro, ao Dr. Alan Chester Feitosa de Jesus, à fisioterapeuta Juliana Cristina Silva Santos Souza, à terapeuta ocupacional Tatiana e à fonoaudióloga Leylane Fonseca e, sobretudo, à Dra. Áurea Corumba de Santana, à Dra. Michelle Martins Oliveira de Moura, ao Dr. Evânio José de Moura, ao Dr. Matheus Dantas Meira, a Eliná Tavares Campos e a Maria Maciel Selma de Jesus, Eline Santos, Karine Pereira Santos e Luma Luar Santos Fontoura, essenciais para os cuidados e proteção familiar ao longo dos últimos anos.

Aos meus amigos que, desde o início, apoiaram e inspiraram, em especial Vanessa Rodrigues de Oliveira, Alessandra Costa, Maximiliano Gil Costa, Ana Zanata, Jefferson Zanata, Anna-Mária Szép, Letícia Holtz Santos de Oliveira e Marla Ibrahim Uehbe de Oliveira.

À Procuradora Geral do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE/Brasil, Dra. Viviane Sobral Freire Matos, pelo apoio nos momentos de necessidade, e a todos os meus colegas de trabalho.

A quem, pontualmente, expressou algum suporte, a exemplo de Sérgio Ribeiro Leite e sua esposa Nair, Nathália Amaral Dobal, Sandra Araújo Oliveira, Edênia Cunha Menezes, Vanúzia dos Santos, dentre tantos outros. Muito obrigado!

## **DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE**

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

# **O Poder Constituinte Vivo: o caso latino-americano e seu contributo para a teoria do Poder Constituinte. (Ensaio para uma Teoria da Mutação Constituinte)**

## **RESUMO**

A presente tese de doutoramento investiga se o processo de ascensão de novos textos constitucionais vivenciado pela maioria dos Estados latino-americanos a partir da década de 80, do século passado, para além de expressar a transição de regimes de índole autoritária para a democracia nesses países, apresentaria elementos suficientes para revelar uma inovação à teoria do poder constituinte de matriz liberal, cujas origens remontam a eventos históricos como as revoluções americana e francesa, bem como às sistematizações teóricas que dali seguiram, a exemplo da obra “O que é o Terceiro Estado?”, de autoria do abade Sieyès.

De forma a investigar a hipótese de pesquisa, optou-se pela realização de um estudo de direito comparado, cujo método consiste na análise dos textos constitucionais vigentes nos Estados da região. A norma constitucional, deste modo, foi o elemento utilizado para identificar a adoção da teoria do poder constituinte nesse países conforme os preceitos clássicos do constitucionalismo, marco teórico caracterizado pelo reconhecimento da origem democrática do poder de autoridade do Estado a partir de uma coletividade abstrata simbolizada pelas ideias de povo ou nação, assim como pela limitação de sua atuação por direitos fundamentais e, por fim, o pertinente exercício mediante um sistema de repartição de funções, usualmente a Executiva, a Legislativa e a Judiciária.

A investigação é conduzida em três partes. A primeira reporta-se à história do constitucionalismo, com ênfase na identificação das origens e natureza de seus elementos, dentre eles, o poder constituinte. A segunda condiz com o estudo comparativo dos textos constitucionais em vigor da América Latina, sua adequação aos postulados gerais do constitucionalismo clássico e a eventual harmonização destes com outros conceitos jurídicos-constitucionais originários da região, a exemplo da multiculturalidade e da plurinacionalidade. A última parte é destinada à síntese investigativa.

Como conclusão, aferiu-se que a experiência constitucional em curso na América Latina admite que o poder constituinte eventualmente resulte de fontes múltiplas, relacionadas a grupos identitários, que enquanto tais, deverão ser representadas no exercício de todas as funções da soberania, independente de critérios majoritários. Também se constatou que o reconhecimento normativo de uma espécie de manifestação híbrida do poder constituinte, para além de preservar a diversidade cultural e favorecer a transição constitucional em momentos de crise, representa um fenómeno relacionado à mutação de sua essência, aqui denominado de “mutação constituinte”, que ao não descaracterizar os valores constitucionalistas, harmoniza-se e aperfeiçoa a teoria do poder constituinte.

**Palavras-Chave:** América Latina; Constitucionalismo; Direito Comparado; Mutação constituinte; Poder Constituinte.

# **Living Constituent Power: the Latin American case and its contribution to the theory of Constituent Power. (Assay for a Theory of Constituent Mutation)**

## **ABSTRACT**

This doctoral thesis investigates whether the process of ascension of new constitutional texts experienced by most Latin American States from the 1980's onwards, in addition to expressing the transition from regimes of authoritarian character to democracy in said countries, presenting enough elements to reveal an innovation to the theory of constitutive power with a liberal matrix, which has origins that date back to historical events such as the American and French revolutions, as well as to the theoretical systematizations that followed, such as the work "What is the Third Estate? ", by the abbot Sieyès.

In order to investigate the research hypothesis, it was decided to carry out a study of comparative law, which consists in methodically analyzing current constitutional texts in the States of the region. The constitutional norm, therefore, was the element used to identify the adoption of the theory of constituent power in these countries in accordance with the classical precepts of constitutionalism, a theoretical framework characterized by the recognition of the democratic origin of the State's power of authority from an abstract collectivity symbolized by the ideas of people or nation, as well as by the limitation of their performance for fundamental rights and, finally, the pertinent exercise through a system of repartition of functions, usually the Executive, Legislative and Judiciary.

The investigation is conducted in three parts. The first refers to the history of constitutionalism, highlighting the identification of its origins and the nature of its elements, including the constituent power. The second consists in a comparative study of the constitutional texts in force in Latin America, their adequacy to the general postulates of classical constitutionalism and their eventual harmonization with other legal-constitutional concepts originating in the region, such as multiculturalism and plurinationality. The last part is destined to investigative synthesis.

In conclusion, it was verified that the constitutional experience underway in Latin America admits that the constituent power eventually results from sources related to identity groups, which, as such, must be represented in the exercise of all sovereignty functions, regardless of majority criteria. It was also discovered that the normative recognition of a kind of hybrid manifestation of constituent power, in addition to preserving cultural diversity and favoring a constitutional transition in times of crisis, represents a phenomenon related to the mutation of its essence, here called "constituent mutation", which, by not mischaracterizing the constitutionalist values, harmonizes and perfects the theory of constituent power.

**Keywords:** Comparative Law; Constituent Mutation; Constituent Power; Constitutionalism; Latin America.

## ÍNDICE

Introdução.....	1
1.ª Parte - Reflexos históricos do constitucionalismo para a construção de uma cientificidade. ....	9
Capítulo I – O Direito Comparado enquanto método para o estudo da teoria do poder constituinte.....	9
1. O estabelecimento de parâmetros comuns para a condução de uma investigação sobre a evolução da teoria do poder constituinte sem refutá-la. ....	9
2. A contribuição do positivismo para a construção de uma dogmática para o estudo do Direito e sua progressiva abertura à defesa de valores subjetivos com respeito ao método. ....	16
2.1. A insuficiência da pureza de conceitos para o estudo do poder constituinte. ....	16
2.2. A necessidade da incorporação de juízos de valor para a construção de uma narrativa lógica a propósito do poder constituinte. ....	24
3. O retorno pós-positivista à ontologia para a construção de uma linguagem comum ao constitucionalismo e sua implicação à teoria do poder constituinte. ....	34
4. O Direito Comparado enquanto uma linguagem possível para a investigação da teoria do poder constituinte na contemporaneidade.....	43
Capítulo II – Uma Teoria do Poder Constituinte a serviço do constitucionalismo.....	49
1. Considerações iniciais. A teoria do poder constituinte a serviço de um preceito ético. ....	49
2. A irrefutabilidade do Estado enquanto expressão de um valor mitológico necessário para a construção de uma racionalidade.....	53
3. A maleabilidade dos preceitos teóricos conforme os problemas de cada época e o inevitável reconhecimento da regência por uma autoridade abstrata.....	59
4. O potencial distanciamento entre o discurso e a ação. ....	65
5. As transformações do bem comum enquanto valor pré-movimento constitucionalista. ....	70
5.1. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da cidade.....	70
5.1.1. A Grécia antiga.....	70
5.1.2. A Roma antiga.....	83
5.2. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da vontade de Deus. ....	89
5.3. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da vontade do representante de Deus e o início da delegação para o exercício da soberania. ....	103
Capítulo III – O Constitucionalismo. ....	115

1. O contributo da Revolução Americana. ....	115
2. O contributo da Revolução Francesa. ....	122
3. Direitos Fundamentais. ....	132
3.1. O processo de formação dos direitos fundamentais. ....	132
3.2. A evolução geracional dos direitos fundamentais. ....	142
Capítulo IV – O Poder Constituinte. ....	156
4.1. O Poder Constituinte como uma narrativa sobre a legitimidade. ....	156
4.2. O exemplo constitucional norte-americano para enfrentar a dinâmica social e suas demandas de legitimidade. ....	176
4.3. O aceite de processos de reforma pela teoria do poder constituinte como saída frente a demandas por legitimidade. ....	181
Capítulo V – Conclusão da 1.ª parte. ....	189
2.ª Parte – O Constitucionalismo na América Latina. ....	194
Capítulo VI – A adaptação dos primados liberais às aspirações regionais para a construção de uma narrativa de identidade. ....	194
Capítulo VII - O estado da arte do movimento constitucionalista latino-americano. ....	205
1.º Grupo – Países que não permitem a reforma constitucional via consulta popular, mas reconhecem o pluralismo político. ....	208
El Salvador. ....	209
Brasil. ....	210
Argentina. ....	221
2.º Grupo - Países que permitem a reforma constitucional parcial ou total de seu texto via referendo, além de reconhecer o valor do pluralismo político enquanto princípio fundamental do Estado. ....	230
Costa Rica. ....	230
Panamá. ....	232
Chile. ....	233
Uruguai. ....	254
Honduras. ....	269
República Dominicana. ....	271

3.º Grupo - Países que autorizam a reforma constitucional via consulta popular, consagram o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado e agregam a esse rol o princípio da multiculturalidade.....	273
Colômbia.....	274
Peru.....	285
4º Grupo - Países que autorizam a reforma parcial do texto constitucional, implicitamente regulamentam o exercício do poder constituinte originário e adotam o princípio da multiculturalidade.....	296
Paraguai.....	297
5.º Grupo – Países que consagram a plurinacionalidade enquanto princípio, além de regulamentar processos de reforma constitucional sempre com a necessária consulta popular via plebiscito ou referendo, bem como normatizam o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, não apenas a reforma parcial da Constituição, mas também sua total substituição. ....	321
Venezuela.....	322
Equador.....	334
Bolívia.....	346
Países que não são passíveis de inserção em nenhum dos grupos anteriores, apesar de compartilharem algumas características. ....	358
México.....	358
Guatemala.....	362
Nicarágua.....	363
Capítulo VII – Conclusão da 2.ª parte.....	366
3.ª Parte – Possíveis contribuições. ....	368
Capítulo VIII – O papel instrumental dos mecanismos de democracia direta para o contributo da América Latina para a Teoria do Poder Constituinte. ....	368
Capítulo IX – Os reflexos do Princípio da Plurinacionalidade para a construção de uma narrativa aberta sobre a essência do poder constituinte. ....	383
Capítulo X - Conclusão da 3.ª Parte.....	392
Conclusões gerais.....	396
Bibliografia específica.....	406

## Introdução

De acordo com o Painel de População da Organização das Nações Unidas, aproximadamente seiscentas e cinquenta e quatro milhões de pessoas vivem nas regiões da América Latina e Caribe<sup>1</sup>. Trata-se de quase o dobro de habitantes da América do Norte, excluído o México, ou pouco menos de cem milhões de indivíduos em relação à Europa, cuja estimativa corresponde à setecentos e quarenta e sete milhões. Proporcionalmente, essa região das Américas comporta cerca de 8% (oito por cento) da população mundial. Já no que concerne à organização política, a América Latina e o Caribe são geograficamente compostas por trinta e dois Estados, número que pode ser reduzido a dezenove caso se estabeleçam como critérios de distinção o idioma e a ascendência étnica e colonial, parâmetros de identidade cultural que excluiriam Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e, por fim, Trindade e Tobago<sup>2</sup>. Por último, no que especificamente condiz ao sistema jurídico adotado, com exceção do Belize, na América Central, e dos países caribenhos de Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Jamaica, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas e Trindade e Tobago, todos esses filiados ao *common law*, os países latino-americanos organizam-se sob o sistema romano-germânico. Guiana e Santa Lúcia adotam sistema misto, que mesclam o *Civil Law* com o *Common Law*.

No que se reporta a uma perspectiva constitucional, os Estados latino-americanos são regidos por textos constitucionais de matrizes liberais inspirados pelo movimento constitucionalista iniciado em fins do século XVIII, à época do Iluminismo, salvo Cuba, que se distancia desse modelo pela adoção de um sistema socialista, cuja principal característica é o não reconhecimento do direito de propriedade privada<sup>3</sup>. Outra potencial ressalva seria a Venezuela, em razão de o art. 1.º, de sua Constituição, condicionar o exercício de seus valores fundamentais aos preceitos da doutrina concebida por Simón Bolívar, o Libertador, manifesto político de que se vale para se auto-intitular uma república bolivariana<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>Organização das Nações Unidas . Population Divisions. Disponível em: < <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Population/> >. Acesso em 22 de Janeiro de 2021.

<sup>2</sup> Os 19 países aludidos são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

<sup>3</sup> Inserido no Título II, pertinente aos Fundamentos Econômicos, o artigo 18, da Constituição cubana de 2019, estabelece o regime socialista, além da propriedade coletiva, ao dispor que “En la República de Cuba rige un sistema de economía socialista basado en la propiedad de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción como la forma de propiedad principal, y la dirección planificada de la economía, que tiene en cuenta, regula y controla el mercado en función de los intereses de la sociedad”.

<sup>4</sup> De acordo com o artigo 1, da Constituição promulgada em 1999, “La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

Contudo, a despeito de essa orientação acarretar alguma restrição às idéias liberais, ainda assim os principais elementos relativos às aspirações constitucionalistas primevas permanecem albergadas em seu texto, a exemplo do reconhecimento de uma origem popular do poder soberano e de seu correspondente exercício por diferentes funções, primados estes, por sua vez, sempre condicionados ao respeito a direitos consagrados como fundamentais em benefício dos indivíduos, dentre eles a propriedade, ao contrário do que ocorre no texto cubano.

Sobressai-se, porém, a circunstância de que a grande maioria dos textos constitucionais em vigor América Latina e Caribe é passível de ser considerada jovem, pois se tornaram vigentes em datas posteriores a 1980, resguardadas as Constituições do México, Costa Rica, Panamá e Uruguai, que são, respectivamente, de 1917, 1949, 1972 e 1967, não obstante hajam passado por diversos processos de reforma ao longo dos anos, mormente para adotar orientação rumo à redemocratização. Esse intuito, aliás, foi a força motriz característica desse período de renovação constitucional deflagrado na década de oitenta do século passado, quando os regimes autoritários que dominavam o cenário político da região começaram a ser substituídos por modelos democráticos. Fato é que, dentre os países de ascendência latina nas Américas, o texto constitucional mais antigo em vigor pertence ao Chile, vigente desde 1980. A ele se seguem as Constituições de Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985, com expressiva reforma em 1993), Nicarágua (1987), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (2009) e, por fim, República Dominicana (2015). Cuba atualmente possui a Constituição mais jovem, vigente desde 24 de Fevereiro de 2019, enquanto o Chile encontra-se em meio a período de transição constitucional<sup>5</sup>.

Afere-se, porém, que em meio à ascensão desses novos textos constitucionais, foi a partir da década de 90, especialmente na América do Sul, que houve a proliferação de disposições concernentes à possibilidade de que futuras reformas ou substituições das Constituições ocorressem pela via de mecanismos de democracia direta, a exemplo do plebiscito e do referendo, ou seja, mediante consulta aos titulares do poder soberano indicados pelas respectivas disposições normativas de seus textos. O uso desses mecanismos, aliás, jamais foi tão frequente como nos últimos trinta anos, a representar característica comum aos países que adotaram semelhante sistemática durante a

---

<sup>5</sup> Houve a instauração de Assembleia Nacional Constituinte na Venezuela em 2017, que encerrou seus trabalhos em Dezembro de 2020, sem, contudo, promulgar um novo texto constitucional, limitando-se a promover algumas reformas pontuais na Constituição de 1999, que permanece em vigor. Já o Chile, após Plebiscito Nacional realizado no dia 25 de Outubro de 2020 que autorizou a instalação de Assembleia Nacional Constituinte, realizou eleições nos dias 15 e 16 de Maio de 2021 para escolher os cento e cinquenta e cinco membros que a integrarão, os quais terão nove meses para redigir uma nova Constituição para o país. A Assembleia já se encontra instalada e sua presidência cabe a Elisa Loncón, uma indígena da etnia Mapuche.

transição democrática, com algumas exceções, como Chile e Peru, cujas Constituições vigentes não foram promulgadas nessa fase, mas em momento de reafirmação autoritária, quando esses países, respectivamente, encontravam-se sob a égide dos regimes políticos conduzidos por Augusto Pinochet e Alberto Fujimori.

As segunda e terceira décadas dessa dinâmica de ascensão de textos constitucionais vivenciada pelo continente é amplamente referida pela doutrina latino-americana como expressão de um movimento neoconstitucionalista, tido como original em seus preceitos por supostamente haver concedido nova roupagem ao constitucionalismo de matrizes européias que se dissemina pelo continente desde os fins do século XVIII e cujos postulados, à época de sua revelação, foram essenciais para ideologicamente embasar e impulsionar os correspondentes processos revolucionários de independência que se robusteceriam ao longo do primeiro quarto do século XIX, sobretudo em razão do enfraquecimento da política de controle colonial durante o período de envolvimento de Portugal, Espanha e França no contexto das guerras napoleônicas. O chamado neoconstitucionalismo latino-americano surgiria, deste modo, como proposta de releitura e adaptação de idéias passadas às necessidades contemporâneas, principalmente pela constatação da aparente insuficiência dos valores tradicionalmente propagados como universais pelo movimento constitucionalista em propiciar solução aos problemas do continente. Com efeito, após três séculos de submissão de seus múltiplos povos originários à organização administrativa, religiosa e econômica traçada pelos colonizadores e reproduzida por seus descendentes após a emancipação, os países da região permaneceram arraigados em uma incessante crise estrutural, a qual era viciosamente alimentada pela manutenção da organização sócio-cultural desigual instituída no passado, mas que se irradiava com vastidão em diversas searas, a passar da difusão da religião cristã à incorporação cultural de línguas européias pelos locais - com predominância do espanhol e português -, assim como pela fratura social provocada pela duradoura adoção de um modo de produção escravocrata, que se caracterizou por um intenso fluxo migratório coercitivo, através do qual milhares de africanos foram separados de suas etnias a fim de atender demandas regionais por mão-de-obra.

Sob esse contexto, o neoconstitucionalismo latino-americano representaria reação à herança colonial, especialmente à importação de modelos culturais, políticos e jurídicos contínua e historicamente reproduzidos no continente, de forma a ser considerado por parcela da doutrina regional, ao menos enquanto conjectura, um movimento relacionado a um processo de descolonização, por vezes com duas vertentes políticas, em que uma se volta ao combate interno das

instituições representativas da autoridade colonial atuante nos países latino-americanos que, como aludido, após a independência, foram incorporadas, replicadas e, não raras vezes, robustecidas na organização estrutural do Estado, mas também voltada contra forças externas, ao que se considera uma nova expressão do poder neocolonial, exercida por pressões de ordem econômica, financeira ou mesmo por monopólios tecnológicos. Possuiria, enfim, feições de luta, posto voltado à afirmação das identidades regionais, mormente nos países andinos, que assim desenvolveram conceitos jurídicos próprios, com específico significado regional, a exemplo da multiculturalidade e plurinacionalidade. Mas não somente, pois as recentes manifestações constitucionais ocorridas na América Latina também possuem particular preocupação com a sustentabilidade, ao ponto de almejar fazer junção entre as acepções de democracia e meio ambiente e, com isso, outorgar novo significado a um dos valores fundamentais ao constitucionalismo, em específico o bem-comum<sup>6</sup>, que deixaria de portar um caráter antropocêntrico para, com isso, ser percebido como abrangente das relações do homem com o meio ambiente. Trata-se, por exemplo, do caso dos artigos 14 e 387, 2, da Constituição do Equador, promulgada em 2008<sup>7</sup>, em relação ao Sumak Kawsay, que consoante esclarece Santos, condiciona a relação do Estado aos direitos da natureza ou da Pachamama, a traduzir que, “em termos culturais, os direitos da natureza configuram uma entidade híbrida que se apropria da ideia europeia de direito humanos, combinando-a com as cosmovisões indígenas da natureza” (SANTOS, 2018, p. 61).

Entretanto, deve-se atentar que, não obstante o regionalmente proclamado neoconstitucionalismo latino-americano, como sua própria denominação sugere, apresente elementos

---

<sup>6</sup> Na Bolívia, a Constituição de 2009, em seu artigo 8, I, incorporou valores indígenas à acepção de bem comum, ao determinar que “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vidaarmoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”. Consoante explica o doutrinador boliviano Casana a propósito de tais conceitos, ama ghilla ou “Prohibido ser flojo”, “(...) es uno de los valores culturales que se practica en la comunidad milenariamente. Desde la lógica comunal una persona “runa” no debe ser floja, más al contrario debe demostrar su trabajo, toda vez que el ser flojo en la comunidad es denigrante, ya que se cree en la cultura comunitaria, que por la flojera una persona empieza en explotar a sus semejantes, asimismo por la flojera empieza a robar. Para no creer en ello desde niño se le enseña a trabajar”. Já o ama suwa tem correspondência jurídica, pois condiz ao “mandato que quiere decir “prohibido ser ratero, corrupto y/o asesino”, pues el ratero por robar algo a alguien también puede llegar a quitar la vida a su víctima”. O ama llulla, por sua vez, possui relação com a política, pois se reporta ao “mandato que quiere decir “prohibido mentir”. Según la lógica de la comunidad el mentiroso puede causar muchos problemas y conflictos entre las personas como también puede melar la dignidad de sus miembros con acusaciones falsas”. Por fim, o ama sapa, refere-se ao comando “prohibido ser individualista”. Según los actores de la comunidad el individualismo es un antivalor que se contraponen al interés de la colectividad, lo cual está reforzado por la ambición de una persona, que en muchos casos podría poder en serio riesgo a la colectividad, por lo que se protege el derecho e interés colectivo con prioridad, pues la persona “runa” tiene el deber de coadyuvar a la colectividad y no trabajar solamente para su beneficio personal, de ahí que el valor “Ama sapa”, tiene relación con el aspecto cultural, toda vez que en la comunidad el ser individualista y/o egoísta es mal visto; pues directamente choca con la forma de convivencia en la comunidad “derechos colectivos”, lo que implica que se pone en riesgo el interés colectivo que es considerado como (el bien mayor) por ello, no es conveniente que una persona “runa” sea individualista” (CASANA, 2017, p. 81/85).

<sup>7</sup> Constituição do Equador; Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamenteequilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, labiodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y larecuperación de los espacios naturales degradados

(...)

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:

(...)

2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al sumak kawsay.

(...).

inéditos que lhe permitam ser precipuamente percebido como um movimento autônomo e, portanto, detentor de identidade específica, mormente se analisado sob a perspectiva de ciências como a política ou a sociologia, ele talvez sofra alguma restrição de sua ambicionada originalidade a contornos de aparência quando percebido a partir de um enfoque estritamente normativo, ou seja, face a evidência revelada pelos textos constitucionais que lhe servem de parâmetro para caracterizá-lo enquanto fenômeno jurídico. É sob esse aspecto, pondera-se, que mesmo ao condicionar a autoridade estadual a conceitos de diversidade cultural que remontam aos povos originários do continente, além da ancestral relação transcendente que esses cultivavam com o meio ambiente, o neoconstitucionalismo latino-americano dificilmente se afastaria de um dos objetivos precípuos do movimento constitucionalista, qual seja, a de ser a reivindicação de uma fórmula de legitimidade para o exercício do poder em prol do bem comum. Não distaria, deste modo, da pauta que sempre foi a força motriz do constitucionalismo.

O prefixo “neo”, sob esse específico enfoque, ao invés de expor a pretenciosa sugestão de que o movimento constitucionalista haveria sido substituído ou superado na América Latina por outro ali concebido, em verdade serviria para revelar mais uma fase resultante da tradicional dinâmica que sempre o impulsionou ao longo dos anos, qual seja, as tensões políticas propiciadas pelo conflito entre as forças reais de poder e suas aspirações para o reconhecimento de direitos pelo poder instituído, bem como da pertinente garantia de eficácia de que dependem para se estabelecer<sup>8</sup>. De fato, desde sua sistematização teórica em fins do século XVIII, identificam-se, ao menos, três fases do constitucionalismo, todas relacionadas a pautas reivindicatórias por direitos fundamentais, muito embora não se ignore que o movimento constitucionalista seja passível de uma compreensão multifacetada. A primeira delas, contudo, condizente à salvaguarda de valores de cunho liberal como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, perduraria até o fim da Primeira Guerra Mundial, quando houve a ascensão de um segundo momento, em que se sobressairam direitos de aceção

---

<sup>8</sup> Em sentido semelhante, Urrego expõe que:

(...)Sin embargo, más allá de la posible discrepancia sobre el “bautismo” de esta corriente, es necesario reconocer la explicable reticencia de cierta parte de la doctrina a identificar una ruptura con el modelo constitucional anterior. La sola utilización del término “neoconstitucionalismo” es controvertida por quienes consideran que bajo esta “etiqueta” se trata de explicar lo que sería simplemente un capítulo más de la historia y evolución del constitucionalismo en un sentido “clásico o moderno”.

La novedad de dicho fenómeno resulta, en efecto, para algunos autores relativa, en la medida en que las nociones que lo conforman se encontraban ya presentes (aunque de manera dispersa) en algunas constituciones de los siglos XIX y XX: 1) la necesidad no solo de limitar los poderes sino de garantizar los derechos de los ciudadanos se encontraba ya dispuesta en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 2) el primer antecedente formal del control de constitucionalidad data de 1807, con el fallo *Marbury vs. Madison*, y en América Latina se remonta a la Constitución de Cundinamarca de 1811; 3) el control de constitucionalidad de las leyes por una jurisdicción especial aparece en Europa desde la Constitución austriaca de 1920, y 4) los orígenes del constitucionalismo social se encuentran ya en las constituciones mexicana de 1917 y de Weimar de 1919.

No obstante, si tomamos el conjunto de características atribuidas al neoconstitucionalismo encontramos que a través de esta denominación estamos ante todo facilitando el estudio de un constitucionalismo determinado, que, comparte, según Carbone, “*coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas*” (...). (BULLA, Germán Ramírez [et al.], 2017, p. 472).

social, principalmente destinados à proteção do trabalho. Essa segunda fase, enquanto singularidade, seria de curta duração, já que após 1945, a pauta política passaria a ser conduzida com vistas a firmar um contraponto aos regimes totalitários estabelecidos ao longo do período entre guerras, cujos paradigmas políticos foram responsáveis por institucionalizar práticas discriminatórias, mesmo que justificadas por uma formalidade normativa aparentemente harmônica aos valores constitucionalistas em voga, mormente para a proteção dos titulares da soberania, que segundo a clássica acepção de Seyès, seriam a própria fonte do poder constituinte. De uma forma ou de outra, certo é que, desde então, o constitucionalismo passou a espelhar o objetivo de reduzir desigualdades político-sociais e, nesse sentido, sua terceira fase expressa a busca pela ampliação e proteção de valores democráticos, de forma a tentar atribuir aspecto mais integrativo ao ideal da legitimidade. Nenhuma dessas fases, todavia, apesar de distinguíveis a partir da originalidade de seus elementos, foi suficiente para inaugurar um novo paradigma para a organização do poder, pois não implicaram a sobreposição dos parâmetros iniciais do constitucionalismo. Serviram, na verdade, como evidência de sua dinâmica, pois demonstram que seus fundamentos éticos são periodicamente impulsionados pelo acréscimo de novos valores que, acaso não se contradigam ou acarretem mútua refutação, provocam revisão de conteúdo para melhor especificá-lo e, com isso, preservá-lo como solução adequada para as novas necessidades que se apresentem ao longo do tempo, capacidade de adaptação que talvez seja sua melhor qualidade e sem a qual, acrescenta-se, o constitucionalismo em si fatalmente perderia sua expressão normativa pela pouca perspectiva de efetividade; e, sob ótica de um objeto investigado, verossimilhança.

Incontestes são que, valores como a limitação do poder estadual face o reconhecimento de direitos fundamentais, além do estabelecimento de critérios de representatividade imprescindíveis para seu legítimo exercício mediante um sistema condicionado ao respeito a uma fórmula de repartição das funções soberanas que lhe competem - legislar, administrar e julgar - permanecem como dogmas irrefutáveis do constitucionalismo desde sua concepção. É, porém, a percepção de que seus elementos essenciais podem sofrer revisões periódicas que enseja uma possível explicação racional sobre os recentes eventos ocorridos na seara constitucional latino-americana sem que o aparente ineditismo de seus valores impulsionantes necessariamente corresponda a um evento igualmente inédito à história do constitucionalismo, ao ponto de sobrepujá-lo.

Com efeito, é sob essa perspectiva de preservação de marcos teóricos que a presente investigação se predispõe a perquirir uma eventual contribuição da América-Latina para a teoria do poder constituinte. Para tanto, a hipótese de pesquisa será perquirida conforme a dinâmica do

movimento constitucionalista ao longo do tempo, que de uma origem eminentemente liberal, progressivamente incorporou elementos sociais e, por fim, mais estritamente políticos, desta feita relacionados à ampliação de instrumentos democráticos capazes de propiciar maior integração dos indivíduos para a tomadas de decisões comuns com vistas fomentar a redução de desigualdes em todos os seus níveis.

O prévio estabelecimento de parâmetros teóricos, deste modo, representará o primeiro problema a ser enfrentado, pois a análise do poder constituinte a partir de paradigmas intrínsecos ao movimento constitucionalista tende a conduzir a pesquisa a um esforço circunscrito a aferir a adequação dos diversos países do continente aos seus preceitos. Sob tão restritos limites, eventuais divergências tanto poderiam tender a ser consideradas inovações, a assim se sujeitarem a logo serem interpretadas como refutação ao movimento constitucionalista e, quiçá, sua própria substituição por outro, no caso o doutrinário e regionalmente defendido neoconstitucionalismo latino-americano, ou então, em patamar mais singelo, atestar a mera não adesão de algum Estado à orientação constitucionalista clássica. Mas não apenas, pois é igualmente dificultoso encontrar um parâmetro científico para estudos constitucionais que não sucumba à tentação de ceder a uma pauta política específica, que apesar de importante para um dado segmento, não deteria expressão generalista para contribuir em favor do estabelecimento de um marco teórico universal. Trata-se, aliás, de dilema intrínseco ao constitucionalismo, que por precipuamente representar uma corrente política que restou normatizada em diversos textos constitucionais, não chegou a se desvincular do estudo do poder, sua força conceptiva, mas que também é responsável por impulsionar transformações ao longo dos anos.

Por evidência, estudar uma premissa tão abstrata através da valia de parâmetros concretos que permitam atestar resultados ao fim do trabalho investigativo não poderia dispensar recurso aos aspectos metafísicos de sua essência, inclusive à invocação dos parâmetros míticos que embasaram a fundação do Estado ao longo da história. Com efeito, o simples recurso a um *status* de vigência normativa pura, por si, seria insuficiente para estabelecer alguma confiabilidade científica aos objetivos propostos, pois a mera observação da auto-determinação soberana liberta de critérios, quando muito, apontaria a resultados alheios à esfera de atuação de outras ciências que influenciam o processo de formação do Direito, a exemplo da política, sociologia, antropologia, dentre outras. Estar-se-ia, enfim, frente a um cenário de infinitas conjecturas, a impossibilitar a redação de quaisquer conclusões providas de relevância, pois toda síntese a ser elaborada tenderia a se abrigar sob um manto

meramente descritivo, quando não acritico, a talvez, inclusive, sujeitar-se ao risco de conferir alguma legitimação às mais arbitrarias espécies de regime, como outrora ocorreu no passado<sup>9</sup>.

Por tais razões, de forma a apresentar solução para esse dilema e permitir a esmerada investigação da hipótese proposta, dividiu-se a exposição em três partes. A primeira delas será essencialmente destinada à identificação da metodologia adequada para perquirir o poder constituinte, assim como a dinâmica de seus paradigmas. Optou-se, então, por conduzir a investigação mediante um estudo de direito comparado, na medida em que esse método, ao recorrer à adoção de uma dogmática normativa, em que a norma jurídica representa o paradigma a ser utilizado para a análise do objeto a se perquirir, torna possível verificar e atestar a verossimilhança das conclusões atingidas com a imparcialidade conferida pela interpretação da norma. Afinal, o direito comparado permite estabelecer uma linguagem comum entre países, de forma que pela partilha dos elementos intrínsecos ao constitucionalismo restaria possível proceder a uma análise sobre a essência do poder constituinte que se manifestara em cada um desses países e, por fim, uma eventual contribuição à teoria constitucionalista. Já na segunda parte, por sua vez, após considerações sobre o processo de independência das antigas colônias latino-americanas e sua ascensão à soberania, cuidar-se-á da análise normativa dos comandos constitucionais em vigor, cuja apresentação seguirá a progressão do movimento de renovação constitucional iniciado nos anos 80, do século passado, através do qual sucedeu a vinculação de outros valores de ordem social que, gradual e consecutivamente, também foram galgados e afirmados enquanto princípios fundamentais por esses Estados do continente. Por fim, a terceira e última parte será destinada à síntese investigativa, com a análise dos elementos aferidos nas duas partes anteriores, de modo a constatar se há evidência que corrobore ou refute a hipótese de pesquisa quanto a alguma contribuição da América Latina para a teoria do poder constituinte.

---

<sup>9</sup> Conforme salienta Jellinek, “este conocimiento nos pone en situación de no introducir métodos de investigación extraños al campo jurídico de la doctrina del Estado y aplicables a lo social; esto último corresponde también al dominio del derecho, pero estudiado como función social. La historia, la ciencia social y la política se ocupan también del derecho en su origen, evolución, efectos económicos, éticos, de su influjo en las ideas nacionales y aun en la vida total del pueblo. Mas la forma dogmática de las normas jurídicas sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstas implican. La dogmática del derecho es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite acudir a los otras disciplinas” (JELLINEK, 2017, p. 92).

## **1.<sup>a</sup> Parte - Reflexos históricos do constitucionalismo para a construção de uma cientificidade.**

### **Capítulo I – O Direito Comparado enquanto método para o estudo da teoria do poder constituinte.**

#### **1. O estabelecimento de parâmetros comuns para a condução de uma investigação sobre a evolução da teoria do poder constituinte sem refutá-la.**

Espera-se que uma teoria seja capaz de reger o respectivo objeto com generalidade. Seus postulados, para tanto, devem dispor de inserção ampla o suficiente para se firmarem como o conjunto de regras fundamentais sobre as propriedades do fato ou fenômeno a que se reportam. Como não poderia diferir, tais expectativas também se estendem ao presente trabalho investigativo, que ao versar a respeito da teoria do poder constituinte, não questionará sua existência, mas a terá como pressuposta. Daí porque, ao especificamente perquirir sua contemporânea manifestação na América Latina, não se preocupará em lhe refutar a essência, mas em agir a seu favor, pois em razão de pressupô-la, cuidará de observar como os diversos Estados dessa região do planeta incorporaram seus princípios, para, quando de sua valia, eventualmente findarem por lhe descortinar facetas desconhecidas. A hipótese de pesquisa que motiva todo o esforço a ser empregado nas próximas linhas circunscreve-se a essa dinâmica. De seus termos, porém, não tardam a emergir problemas. Um deles consiste na aparente igenuidade de se intentar desenvolver um marco teórico presumidamente completo, que ao ser tido como consolidado em plenitude, não mais apresentaria margens livres para acréscimos. Já outro, relaciona-se a um certo apelo geracional por revisitar um paradoxo de origens<sup>10</sup>, pois tão logo se pressupunha a incorporação de uma teoria do poder constituinte por vários entes estaduais do continente, torna-se difícil evitar o retorno a algumas indagações atinentes à ordem natural dos acontecimentos. Afinal, parece desafiar a lógica simples, usualmente construída com respeito a uma cadeia sucessória de eventos, que a correspondente teoria sobre uma espécie de poder identificada pelo epíteto “constituinte”, cujo significado aparenta suficiência para evidenciar o intento dos princípios com os quais o Estado será constituído e estruturado, advenha após a formação do

---

<sup>10</sup> No constitucionalismo, esse paradoxo reporta-se, sobremaneira, à invocação de mitos fundacionais que motivaram o homem a abandonar o estado de natureza e a passar a se organizar em sociedade civil, em que Rousseau e Locke se destacaram entre os principais teóricos. Antes deles, com vistas a justificar a centralização do poder, Hobbes, em sua célebre obra o “Leviatã”, foi um dos grandes defensores do Estado Nacional centralizado como necessário para proteger o homem das ameaças da vida no estado de natureza.

mesmo ente a que deveria anteceder, sobretudo por almejar lhe representar o principal fundamento. Deve-se atentar, todavia, que essa ausência de linearidade quanto à aplicação de seus postulados, antes de representar um dilema inédito, é relativamente comum, quiçá reveladora. Seria indicativa do permanente estado de urgência por qual seus específicos preceitos teóricos passam para a manutenção da própria racionalidade, mormente em razão de serem incessantemente questionados.

Daí porque, sob esse aspecto, talvez a primeira explicação verossímil para enfrentar suposta incongruência, ou que ao menos seja minimamente capaz de conferir alguma robustez aos marcos teóricos que se propõe utilizar, tenda a ser relacionada à natureza declaratória inerente à generalidade dos processos científicos em si, que em seguida a uma série de tentativas de objeção lançadas contra o pertinente objeto, haveriam de lhes atestar ou negar a certeza, quando não, conferir-lhes algum grau de estabilidade enquanto conseguissem mantê-los resistentes até o eventual advento de um exitoso argumento de sobreposição. Com efeito, caso essa seja a perspectiva acolhida, o poder constituinte, à semelhança de tantos outros acontecimentos que, por longa data, permaneceram incompreendidos apesar de perceptíveis aos sentidos, ou por vezes restritos à sensibilidade íntima dos indivíduos, meramente se limitaria a ter sua existência declarada pela ciência em momento ulterior ao correspondente atino de sua presença no âmbito do senso comum. Como consequência, ainda de acordo com os termos desse primeiro enfoque, já não restaria motivo para se atribuir significativa relevância ao questionamento levantado no parágrafo anterior, quanto mais estranhá-lo, pois a teoria simplesmente cumpriria o esperado papel de revelar a plenitude do objeto a que se propora estudar, de modo que, quando atingido esse derradeiro momento, galgaria a tão aguardada amplitude condizente a um preceito geral.

Entregar-se de forma prematura a essa acepção, contudo, não transparece prudência. É que, na qualidade de fenômeno indissociável ao comportamento, bem como à organização social, o caráter imaterial intrínseco ao poder constituinte concede margem a expressiva diversidade de abordagens, especialmente no campo das ciências humanas, todas passíveis de apresentar conclusões autênticas. Muitas, inclusive, haja vista empregarem metodologias particulares, a exemplo da política, da sociologia, da antropologia, dentre outras, circunstancialmente podem vir a expor resultados que, apesar de incompatíveis entre si, não se refutam mutuamente, sequer impossibilitam a coexistência<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> À semelhança do fundamento de validade das normas a partir da Constituição, disciplinas como a sociologia do Direito e a antropologia jurídica investigam o processo de formação do Direito com recurso mais amplo do que a seara normativa, sem, contudo, refutar-se mutuamente.

Não ao acaso, Ferraz Jr., em abordagem inspirada nas lições sobre “Tópica e Jurisprudência” de Viehweg<sup>12</sup>, ao discorrer sobre a zetética jurídica, afirma que

(...) investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. À medida, porém, que esse espaço é aberto, elas incorporam-se ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Psicologia Forense, História do Direito etc. Existem, ademais, investigações que se valem de métodos, técnicas e resultados daquelas disciplinas gerais, compondo, com investigações dogmáticas, outros âmbitos, como é o caso da Criminologia, da Penologia, da Teoria da Legislação etc. (FERRAZ JR., 2019, p. 22).

Antes, porém, que tamanha variedade de perspectivas venha a representar um empecilho referencial, ela se mostrará instigadora, pois será denunciante de um efeito multiplicador de alternativas para o estudo da formação do Estado, usualmente a primeira tarefa relacionada ao poder constituinte. Seria, ademais, um indicativo da potencialidade de caminhos a serem seguidos para se atingir esse fim, de forma a traduzir, por conseguinte, não apenas uma cena sugestiva de equivalentes espécies de poder constituinte, mas também, por correlatas razões, terreno favorável ao assentamento de um número aproximado de teorias que o justifiquem, cada qual sistematizada de acordo com o método mais adequado para atender suas respectivas necessidades. Decerto, como o próprio Viehweg alerta,

---

<sup>12</sup> Theodor Viehweg, ao apresentar estudo sobre a investigação dos fundamentos jurídico-científicos à luz da tópica e jurisprudência, afirma que “(...) a tópica é uma meditação pré-lógica, já que concebida como tarefa, a *inventio* tem caráter primário; a *conclusio*, ao invés, tem caráter secundário. A tópica deve indicar, propriamente, de que modo se encontra a premissa. A lógica aceita a premissa mesma e, elabora-a” (VIEHWEG, 2008, p. 41). Expressa, com isso, que de cada *topos* (lugar), podem emergir diferentes formas de argumentação, dentre elas a própria dogmática, pois para a tópica os pressupostos de partidas são mais importantes que os objetivos, ou como explicita Kelly Susane Alfien da Silva no prólogo à edição brasileira de sua obra, “(...) se o consenso é o ponto de partida da argumentação jurídica, distingue-se do consenso enquanto propósito final da argumentação jurídica, pois neste último caso, seria possível a verificação da racionalidade da decisão. Ou ainda, pode-se afirmar que se trata de reconduzir todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentados, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente, ou se trata de retrotrair os argumentos a um nível tal em que tendem, a um efeito de coincidência”. (In VIEHWEG, 2008, p. 13).

(...) não se pode descurar que entre problema e sistema se sustentam implicações essenciais, que se tem como desiderato aludir com um pouco mais de detalhe.

Caso se atribua o nome de problema e, isto é suficiente aos nossos fins, a qualquer questão que consinta aparentemente mais de uma resposta e que pressuponha, necessariamente, uma compreensão provisória, conforme a qual toma o cariz da questão que se deve levar a sério, justamente se buscará, pois, uma resposta única como solução. Numa perspectiva resumida, isto se desenvolve do seguinte modo: o problema é colocado mediante uma formulação adequada num dado nexos dedutivo mais ou menos explícito e mais ou menos extenso, da qual advém deduzida a resposta. Então, se ao nexos dedutivo se dá o nome de sistema, se poderá dizer, do modo mais resumido linguisticamente, que o problema decorre ordenado num sistema a fim de se chegar à sua solução. (VIEHWEG, 2008, p. 34/35).

Como de antemão se afere, uma vez percebida sob esse enfoque, a premissa condutora da presente investigação demanda melhor esclarecimento a propósito de seus postulados, pois, logo nesses primeiros momentos, já se torna imprescindível identificar com “qual” teoria do poder constituinte o presente estudo deverá ser orientado<sup>13</sup>. Afinal, resguardadas as devidas proporções e respeitadas as pertinentes ambiências, não aparenta equívoco cogitar que a adoção de uma particular teoria do poder constituinte por um conjunto de Estados latino-americanos compartilhe a mais básica das razões que implicou sua própria formalização como parte do objeto da pesquisa que se intenta desenvolver: resultar de um ato de escolha.

Com efeito, de uma forma ou de outra, seja no que se reporta à incorporação dos termos de uma específica teoria do poder constituinte por um agrupamento de entes estaduais, ou em patamar mais singelo, corresponda ao espontâneo aceite desses mesmos postulados como marco teórico para a condução do presente processo investigativo, ambas as circunstâncias, em suas mais embrionárias

---

<sup>13</sup> Sobre a diversidade de caminhos possíveis para o desenvolvimento de uma investigação, Jellinek salienta que:

(...) Las ciencias se dividen en narrativas (descriptivas), explicativas (teretéticas) y de aplicación (prácticas). Las primeras se proponen fijar y ordenar los fenómenos, las segundas determinar las reglas de sus conexiones, las últimas, en fin, utilizar estos hechos y relaciones para los fines prácticos. Es imposible trazar una línea divisoria entre ciencias descriptivas y explicativas, especialmente cuando se trata de ciencias sociales; aun en las mismas ciencias naturales se ha considerado que la explicación de un fenómeno no es otra cosa que su descripción. (JELLINEK, 2017, p. 57/58).

raízes, não deixam de representar uma conduta voluntária, através da qual um ser cognoscente decide sobre os meios – ou métodos – com que irá se valer para atingir os objetivos a que previamente se comprometera, ou mesmo, com maior identidade, ambicionara<sup>14</sup>.

Sob esse aspecto, portanto, faz-se necessário atentar que a perspectiva de escolha, como qualquer ato decisório, acarreta implicações, pois como referido por Viehweg linhas atrás, dificilmente deixará de evidenciar algum grau de subjetividade sobre a análise do objeto investigado, sobretudo porque nem toda atitude seletiva, enquanto desejo, será exercida com rigor suficiente para, ao fim, garantir o êxito almejado em seu instante conceptivo. Não por outra razão, Schmitt, com certa ratificação à enfoque sociológico de Lassalle<sup>15</sup> acerca dos fundamentos de validade de uma Constituição, afirma que a atuação do poder constituinte, antes de ser uma regra geral, sujeita-se à vontade do seu titular<sup>16</sup>, pois, segundo discorre,

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra “voluntad” denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez. (SCHMITT, 2015, p. 124).

Sem ignorar as críticas a que o pensamento de Schmitt se sujeitou ao longo do tempo, convém considerar a denúncia implícita nessa particular passagem de seu discurso. Apesar de não ser totalmente representativa da mensagem principal que o autor almejava transmitir, é reveladora de um elemento essencial para a construção de seu argumento. Trata-se da importância que as premissas fundamentais detêm para o desenvolvimento de uma racionalidade teórica, pois ainda que represente obviedade o papel guia de quaisquer paradigmas para a condução de uma metodologia de pesquisa, é

---

<sup>14</sup> Ciente do elemento “escolha”. Ferraz Jr. ressalta a relevância de “(...) que se fixe, numa introdução ao estudo do direito, qual o enfoque teórico a ser adotado. Isso porque o direito pode ser objeto de teorias básicas e intencionalmente informativas, mas também de teorias ostensivamente diretivas. Definamos (estipulação) uma teoria como uma explicação sobre fenômenos, a qual se manifesta como um sistema de proposições. Essas proposições podem ter função informativa, ou combinar informativo com diretivo. Ora, depende do enfoque adotado o uso que se fará da língua. Assim, o direito, como objeto, pode ser estudado de diferentes ângulos”. (FERRAZ, 2019, p. 19).

<sup>15</sup> A propósito da concepção sociológica do Direito desenvolvida por Lassalle, consultar o Capítulo II, item 4, relativo à distinção entre o discurso e a ação.

<sup>16</sup> Também Morrison ressalta a importância que deve ser atribuída à escolha humana para o estabelecimento de um elemento moral que influa na composição do Direito. Em seus estudos sobre “Filosofia do Direito”, expressa que:

(...) O elemento racional permite que o homem desenvolva a capacidade moral, uma vez que, embora ele tenha uma capacidade natural para o comportamento correto, não age acertadamente por natureza: é necessário que a razão possa enfrentar com êxito o número infinito de possibilidades que a vida nos apresenta. (MORRISON, 2006, p. 55).

provável que, a depender de como eles sejam estabelecidos, todo o processo investigativo a ser desenvolvido a propósito de uma conjectura, especialmente na seara jurídica, ao invés de imparcialmente corroborar a existência do fenômeno perquirido, mais poderá vir a se preocupar em lhe apresentar uma solução verossímil à luz da própria abordagem metodológica utilizada. Diante disso, não é a esmo a advertência Ferraz Jr. de que, enquanto para “(...) as demais ciências o objeto de estudo é um dado que o cientista pressupõe como uma unidade, o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um resultado que só existe e se realiza numa prática interpretativa” (FERRAZ JR, 2019, p. 18), cuja hermenêutica e aplicação, acrescenta-se, por vezes cede ao voluntarismo. É sob esse específico prisma, aliás, que se arrisca afirmar que a verdade declarada nem sempre será única, pois o fator responsável por revelá-la, ocasionalmente, dependerá da prática ou do método utilizado<sup>17</sup>.

A consequência dessa percepção apresentada por autores como Schmitt, Ferraz Jr., dentre outros, no que especificamente condiz ao poder constituinte, é a vulnerabilidade a que uma teoria correlata encontrar-se-ia sujeita face a potencial adoção de posturas desprovidas de imparcialidade. Nessa hipótese, ao contrário do recém referido propósito declaratório que comumente se aguarda das ciências em geral, não seria errôneo afirmar que a elaboração de uma teoria própria para o poder constituinte, antes de possuir como objetivo primevo explicar como o Estado seria formado, talvez mais se ocupasse em conferir racionalidade a uma particular espécie de ente estadual já prévia e conscientemente concebido no plano abstrato conforme os desígnios de uma individualidade ou agrupamento. Poderia, deste modo, ao invés de revelar a essência de seu objeto, externar maior compromisso com a literalidade de seu epíteto “constituinte”, pois se prestaria ao serviço de materializar algum desígnio subjetivo ou, ao menos, servir como força auxiliar de um esforço intencionalmente empregado para permitir a ascensão de interesses egoísticos a esse patamar de

---

<sup>17</sup>A consequência da percepção da influência do elemento volitivo para a formação do Estado, não obstante a subjetividade intrínseca desse ente, é tornar sua existência instável, de forma a continuamente demandar controles. Não por outra razão, Jellinek expõe que:

(...) Las instituciones humanas diferéncianse de los hechos naturales en que deben principalmente su origen y desarrollo a un proceso de voluntad. La voluntad humana jamás obra meramente como una fuerza de la naturaleza. El efecto de ésta hasta tanto que no lo aniquilan otras fuerzas, no es interrumpible. Pero el efecto incesante de las acciones humanas de depende de consideraciones de índole racional. No se presentan nunca las acciones y pasiones en la vida social ante la conciencia individual, exclusivamente bajo la categoría de lo que tiene que ser (*Müssen*), sino siempre bajo la de lo que debe ser (*Sollen*).

Por esto depende de la naturaleza de nuestro pensar mismo el que presentemos la siguiente cuestión crítica frente a las instituciones sociales: ¿ por qué existen? Esta cuestión no va encaminada de ningún modo, como erróneamente se suele considerar, a conocer los Orígenes de las instituciones. La respuesta a las cuestiones críticas señaladas aquí debe suministrarnos no un conocimiento histórico, sino principios para las acciones. Las instituciones necesitan para subsistir poder ser justificadas racionalmente ante la conciencia de cada generación.

Éste es el caso del Estado: toda generación por una necesidad psicológica se formula ante el Estado estas preguntas: ¿ por qué existe el Estado con un poder coactivo? ¿ Por qué debe el individuo posponer su voluntad a la de otro? ¿ Por qué y en qué medida há de sacrificarse él por la comunidad? La respuesta a estas cuestiones há de enseñar al individuo por qué ha de reconocer al Estado. No se apoyan ellas sobre la base en que descansa el ser de las cosas, sino sobre aquella otra sobre la que gravita el deber ser; no son cuestiones de naturaliza teórica, sino de naturaliza práctica. Ellas forman un fundamento para la Concepción política del Estado en cuanto se proponen apoyar o modificar el orden existente del Estado y señalan el punto en que la doctrina de éste necesita para su perfeccionamiento del complemento de la investigación política; de otro modo sus resultados perderían sus bases firmes. (JELLINEK, 2017, p. 197/198).

autoridade superior. Se o poder constituinte for porventura assim compreendido, o Estado, em uma ótica quase utilitarista – mas certamente fenomenológica e, muitas das vezes, historicista -, pouco mais corresponderia do que ao mero desfecho de um consciente processo de seleção conduzido à semelhança de como um ser pensante usualmente vem a decidir sobre os rumos ordinários de sua própria vida, mormente quando exposto a uma diversidade de opções atinentes ao seu próprio universo cognoscível.

Ao abrigo de tais parâmetros, por conseguinte, tão difícil quanto refutar a existência do poder constituinte, seria negar que a confecção de uma teoria própria simplesmente tenderia a ocorrer mediante recurso a certas doses de livre-arbitrio, a então insinuar uma postura próxima da artificialidade, circunstância em que o objeto perquirido, ao contrário de revelado, seria efetivamente constituído por quem o busca.

Como se nota, uma linha de abordagem de aceção constitutiva, se levada ao extremo, pode vir a comprometer as conclusões de toda a investigação que se intenta promover, sobremaneira na hipótese de não se estabelecer anteparo eficiente para proteção do processo investigativo em si, pois na hipótese de a teoria se apresentar maleável o bastante para se transformar em porto seguro para indiscriminados discursos que justifiquem a atuação de seu objeto, independente de como esse se manifeste, seus postulados teóricos restariam irremediavelmente fragilizados, na medida em que o propósito de analisar o comportamento da teoria do poder constituinte na extensão do continente latino-americano pouco mais corresponderia do que a uma mera descrição a respeito de cada manifestação encenada em seus vários países. Não fosse suficiente, ainda perante essa ótica, grande parte dos resultados ocasionalmente atingidos correria o risco de carecer de confiabilidade, pois a análise jurídica desse fenômeno que antecede o advento de uma Constituição perderia serventia sem a consolidação de parâmetros claros para lhe descrever a atuação, de forma que o interesse sobre o papel do poder constituinte seria resumido à esfera de trabalho de outros ramos das ciências humanas, que não o Direito.

Haveria, ademais, o ensejo a incontáveis questionamentos, pois o discurso jurídico, ao invés de corroborar a hipótese especulada, em uma quase inversão de valores, teria seu caráter generalista esvaziado, eis que sempre estaria sujeito a se adaptar às características de seu próprio objeto. Por obviedade, esse não parece o caminho propício para a construção de uma narrativa científica, que para longe de oferecer amparo através do estabelecimento de uma regra geral, inversamente fomentaria a instabilidade, pois não somente permaneceria assentada sobre premissas presumidamente maleáveis

conforme os desígnios de cada tentativa de desconstituição, como também estaria a se manter mais próxima de se tornar um manifesto político. Por certo, essa potencial inconstância fulminaria a expectativa de ampla inserção e completude que os postulados de uma teoria devem possuir. Daí a importância de se manter fiel a um discurso estabelecido de antemão, haja vista que o poder constituinte é um fenômeno que comporta pesquisas de ordens múltiplas, sejam sociológicas, políticas, econômicas, filosóficas, históricas, dentre outras, à semelhança do alerta de Ferraz Jr., para quem há o risco de o investigador

(...) ampliar as dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. Ou seja, pode encaminhar sua investigação para os fatores reais do poder que regem uma comunidade, para as bases econômicas e sua repercussão na vida sociopolítica, para um levantamento dos valores que informam a ordem constitucional, para uma crítica ideológica, sem preocupar-se em criar condições para a decisão constitucional conflitos máximos da comunidade. Esse descompromissamento com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação. (FERRAZ JR., 2019, p. 22).

Uma vez ciente desses dilemas, como, então, averiguar uma efetiva contribuição dos países latino-americanos à teoria do poder constituinte sem incidir em um vício ideológico ou especulativo capaz de, em detrimento da razão científica, macular eventuais conclusões com doses de parcialidade?

## **2. A contribuição do positivismo para a construção de uma dogmática para o estudo do Direito e sua progressiva abertura à defesa de valores subjetivos com respeito ao método.**

### **2.1. A insuficiência da pureza de conceitos para o estudo do poder constituinte.**

Conforme aludido no tópico anterior, dilemas relacionados à origem do poder são objeto de enfrentamento há muito, embora nem todas as soluções encontradas no passado hajam conseguido

permanecer incontroversas por longo tempo, pois o subjetivismo das compreensões, antes de explicar um fenômeno, mais corria o risco de justificar uma realidade mediante sua adequação a específicos valores ou interesses pré-estabelecidos. Decerto, quando assim ocorria, dificilmente se impediria o advento de conflitos entre realidade e aspiração. Foi impulsionado por esse contexto de instabilidade, que ao fim da Idade Média, o Renascimento deflagrou o que viria a se consolidar como uma sucessão contínua de esforços empreendidos com a ambição de desvincular a produção do conhecimento da subjetividade dos valores. Doutrinas defendidas por pensadores como Copérnico e Galileu<sup>18</sup>, após séculos de perseverança caracterizados por uma intensa dinâmica de fluxo e contrafluxo, nem sempre a suceder de forma pacífica, mas que perduraria para além de suas vidas, como de muitos outros pensadores, representaram esforços precipuamente direcionados à explicação científica dos fatos e fenômenos da natureza com inspiração nos ensinamentos da antiguidade clássica, mesmo que esses não fossem lições totalmente livres de abstração. Apesar de haver assimilado alguns dos traços metafísicos advindos dessa fonte ancestral, cuja essência era expressivamente permeada por elementos mitológicos, foi a partir do período renascentista que se promoveu o gradativo abandono de uma compreensão teocêntrica do mundo em favor de um enfoque antropocêntrico, inobstante as críticas que essa percepção eventualmente viria a sofrer ao posicionar o ser humano no centro do universo cognoscível<sup>19</sup>. Esse primeiro longo processo de construção do conhecimento científico seria renovado no século XVIII por um novo e intenso ciclo de idéias. Tratava-se do Iluminismo, ocasião em que os fenômenos sociais também passariam a ser objeto de investigação metodológica própria.

Por evidência, todo esse processo de construção de um discurso cada vez mais fundado na racionalidade do que na crença acarretou reflexos para o desenvolvimento do método científico a ser aplicado pelas então emergentes ciências das humanidades. Como esperado, o aparente imediatismo desses incipientes ramos do saber certamente favoreceu tentativas de transposição dos métodos de investigação ao tempo utilizados pelas ciências naturais, especialmente porque refutavam paradigmas religiosos ou de ordem metafísica em sua aplicação<sup>20</sup>. O ápice dessa dinâmica talvez haja sido atingido

---

<sup>18</sup> Conforme salienta Popper a propósito da contribuição de Copérnico e Galileu, “um dos ingredientes mais importantes da civilização ocidental é o que poderia chamar de “tradição racionalista”, que herdamos dos gregos: a tradição do livre debate – não a discussão por si mesma, mas na busca da verdade. A ciência e a filosofia helênicas foram produtos dessa tradição do esforço para compreender o mundo em que vivemos; e a tradição estabelecida por Galileu correspondeu ao seu renascimento” (POPPER, 1981, p. 129).

<sup>19</sup> A principal crítica do teocentrismo resulta, sobretudo, das relações do homem com seu ambiente, que o posicionam como um ser a ser servido ao invés de o integrar enquanto elemento.

<sup>20</sup> Deve-se perceber, porém, que todo esse processo de busca por uma verdade racional, antes de representar um compromisso ético pela pureza dos conceitos, não deixava de traduzir uma certa ânsia pela disputa por autonomia quanto à produção do conhecimento, a revelar, desta forma, alguma faceta de manifesto político, especialmente mais perceptível na seara das ciências humanas, como eventualmente o fluxo da história veio a registrar.

com o movimento positivista, em que Auguste Comte e John Stuart Mill<sup>21</sup> foram seus principais expoentes.

Inspirado pelo ideal iluminista propagado no decorrer do século XVIII, o positivismo concentrou-se na construção de métodos investigativos universais, ambição que somente alcançaria essa amplitude caso essencialmente se desvinculasse de argumentos metafísicos, embora nisso houvesse alguma contradição<sup>22</sup>. Historicamente, o positivismo emergiu durante o período transicional da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, cujo marco temporal, por sua vez, foi simbolizado pela Revolução Francesa, iniciada em 1789. Esse evento revolucionário, como é notório, foi responsável por desencadear um importante ciclo de reformas sobre os fundamentos do poder, dinâmica essa que se propagaria até a primeira metade do século XX em uma sequência de ondas de efervescência política<sup>23</sup>. Durante esse período, os efeitos da concepção antropocêntrica sobre a natureza dos fenômenos cognoscíveis, embora já com certo tardar se consideradas que suas raízes mais remotas datavam da época renacentista, gradativa e irremediavelmente atingiram os fundamentos do poder do Estado, que até aquele momento permaneciam assentados sobre bases teocêntricas, consubstanciadas num pressuposto direito divino dos reis. Dali em diante, os espaços destinados a justificar o exercício da autoridade irreversivelmente passariam a ser preenchidos por razões temporais, ou seja, dispostas em função e a serviço dos interesses do homem, por mais subjetivo que essa pretensão atualmente soe. O positivismo, enfim, pregaria a rejeição do recurso a juízos de valor, ou como discorre Larenz, consubstanciaria um movimento que "(...), caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a "metafísica" do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos "factos" e às leis desses factos, considerados empiricamente" (LARENZ, 2014, p. 45/46).

Sob a ótica positivista, o Direito somente teria que se preocupar em perquirir fenômenos passíveis de explicação racional e comprovação empírica segundo o enfoque das normas jurídicas. Deste modo, apenas os fenômenos normativos ou os eventos por eles regidos é que lhe apresentariam

---

<sup>21</sup> John Stuart Mill auxiliou o positivismo ao defender uma visão pragmática do Estado mediante uma abordagem antropocêntrica, em que este ente político deveria servir o ser humano quando necessário, de forma a deixá-lo livre para desenvolver suas potencialidades. Considerado uma das personagens mais influentes para o liberalismo, expressou que "O valor de um Estado, a longo prazo, é o valor dos indivíduos que o compõem; e um Estado que adie os interesses do desenvolvimento e elevação mental deles, em detrimento de um pouco mais de competência administrativa, ou aquela aparência de competência nos pormenores do negócio que se adquire através da prática; um Estado que inferiorize as suas pessoas, de modo a que sejam instrumentos mais dóceis nas suas mãos, até com fins benéficos, descobrirá que com pessoas pequenas nada de grande se poderia alguma vez realmente alcançar; e que a perfeição da máquina, pela qual sacrificou tudo, no fim de contas de nada servirá, por falta do poder vital que preferiu erradicar, para que a máquina trabalhasse mais suavemente" (MILL, 2018, p. 188/189).

<sup>22</sup> Considerado o pai do positivismo, Auguste Comte intentou criar uma espécie de doutrina para a vida, quase de aceção religiosa, que almejava ser fundada em evidências e, portanto, considerava-se desprovida de elementos sacralizados. Seu lema era "Amor como princípio e ordem como base; Progresso como meta" e, conforme expressou, "(...) o verdadeiro espírito positivo consiste em ver para prever, em estudar aquilo que existe a fim de concluir o que ele se tornará, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais" (COMTE, 2016, p. 33).

<sup>23</sup> Com efeito, a repercussão dos princípios da Revolução Francesa perduraria até a primeira década do século XX, quando o Czar Nicolau II, ilustra-se, foi obrigado a instituir uma monarquia constitucional na Rússia em 1906 pela criação da Duma, o Parlamento, muito embora persistisse em defender os princípios autocráticos da dinastia Romanov.

alguma relevância enquanto objeto. Tudo o que fosse extrínseco a esse sistema hermético e, portanto, não possuísse expressão normativa, seria inadequado a qualquer método relacionado ao estudo das leis, pois a ausência de atributos como a validade ou a cogência revelaria que dado assunto tinha aptidão para ser objeto de estudo por outro ramo científico, uma vez que, por consequência, tais questões passariam a ser desprovidas de qualquer relevância para o Direito. Nesse sentido, a acepção jurídica do positivismo, ao dispensar argumentos de valor, desconsideraria questões de ordem moral, de forma que a eventual busca por um ideal de justiça restaria prontamente atendida caso as condutas a serem apreciadas, fossem públicas ou privadas, encontrassem amparo na validade formal das normas, ainda que se transparecessem boas ou ruins ao julgamento efetuado pelo senso comum. Segundo Bobbio elucida sobre o assunto, o positivismo jurídico trata

(...) o direito como um fato e não como um valor. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.

Deste comportamento deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor. (BOBBIO, 1999, p. 131).

O positivismo jurídico, ao se afastar de premissas insuscetíveis de experimentação, almejava estabelecer um discurso sólido, cujos postulados seriam estáveis justamente por se fundarem em

critérios estritamente racionais, ou seja, desprovidos de parcialidade, na medida em que a fidelidade ao método é o aspecto que permite alcançar a pureza<sup>24</sup>.

Malberg fez parte desse grupo de pensadores que, inspirado pela doutrina positivista, preocupava-se com a necessidade de se estabelecer um discurso científico liberto de juízos de valor. Como forma de se manter fiel a esse princípio, associou-se a um primado de refutação, em que haveria a impossibilidade de questões como o poder constituinte serem regidas por uma teoria própria, estranha à formalidade apresentada pela norma jurídica. Para justificar essa posição, recorria ao que considerava uma irrefutável sequência racional de acontecimentos, de maneira a estabelecer que o Direito, ao ser concebido pelo Estado, jamais poderia anteceder-lo, pois nele é que encontraria seu fundamento de validade, especialmente para se firmar enquanto força coativa. Por dedução, o Estado igualmente não poderia se originar de um ato constitutivo de natureza jurídica, mas tão somente, decorrer de um fenômeno diverso, haja vista que, por evidência, o sistema normativo necessário para firmar os eventuais requisitos para a confecção desse ato fundacional não poderia preceder a sua própria fonte de autoridade. Deste modo, ao menos segundo Malberg, o estudo poder constituinte somente atingiria a estabilidade teórica vindicada pelo positivismo se tratado como uma questão normativa. Caso contrário, deveria ser perquirido por outro ramo da ciência, mesmo porque, assim considerava, uma força constituinte somente conseguiria conceber uma ordem estadual efetiva se a fizesse perdurar por tempo suficiente para ocorrer o aceite de sua autoridade pelo corpo social a ser governado, independente de essa concordância suceder espontaneamente ou, quando não, resultar de um sentimento de resignação pela incapacidade de rejeitar ou justapor essa posição de autoridade que se apresentasse mais forte<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Conforme Bobbio continuaria a lecionar, o positivismo jurídico consistiu no:

(...) esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: "o céu é rubro", formulo um juízo de fato; se digo "este céu rubro é belo", formulo um juízo de valor; se digo "este céu rubro é belo", formulo um juízo de valor.)

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade. O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista). A mesma atitude tornou-se própria também das ciências sociais (isto é, das ciências que estudam o comportamento humano): assim, por exemplo, o linguista estuda as línguas assim como estas existem efetivamente na sociedade, sem a elas aplicar qualquer juízo de valor, sem se perguntar, por exemplo, se são perfeitas ou não, se são conformes ou não um modelo ideal de língua e assim por diante. Mesmo o historiador se esforça em ser objetivo, em reconstruir os fatos, despojando-se de suas paixões e de suas preferências políticas e ideológicas, de modo a explicar os eventos e não julgá-los (...). (BOBBIO, 1999, p. 135/136).

<sup>25</sup> De acordo com o pensamento de Malberg,

Malberg, porém, viria a estabelecer uma distinção concernente ao momento de manifestação do poder constituinte. Segundo ele, somente a sua primeira expressão, aquela responsável por criar o Estado, é que representaria um fato não alcançado pelo Direito. Sob esse aspecto, uma que vez que o ente estadual restasse concebido, qualquer posterior reestruturação de sua ordem, por mais traumática que fosse, já deteria natureza jurídica, pois passaria a ser conduzida por algum órgão que encontrasse o respectivo fundamento de autoridade e validade para suas decisões no próprio Estado, então já pré-constituído em todos os seus elementos, a exemplo do que são o território e a soberania. Como é possível perceber, para Malberg, o verdadeiro poder constituinte teria um aspecto fundacional, de forma que tudo após seria regulado pelo direito.

Ainda assim, denota-se, mesmo sob essa condição que implica menor presunção de onipotência, o poder constituinte igualmente permaneceria sem a regência de princípios próprios, capazes de explicá-lo com autonomia. Quando muito, seria elemento secundário de uma Teoria Geral

---

(...) poco importan en definitiva las condiciones de hecho en las cuales ha podido nacer un Estado. Sean las que fueren estas condiciones, siempre hemos de reacer en la observación, antes expuestas, de que el concepto de derecho presupone la organización social y que, por tanto, ni un contrato social, ni ninguna otra categoría de acto jurídico cualquiera podría concebirse anteriormente a esta organización. De esta última consideración de desprende la verdad, muy importante, de la que formación originaria de los Estados no puede ser reducida a un acto jurídico propiamente dicho. El derecho, en cuanto institución humana, es posterior al Estado, es decir, nace por la postetad del Estado ya formado, y por lo tanto no puede aplicarse a la formación misma del Estado. La ciencia jurídica no ha de buscar, pues, la fundación del Estado: el nacimiento del Estado no es para ella sino un simple hecho, no susceptible de calificación jurídica.

Desde el punto de vista jurídico, este hecho generador del Estado consiste precisamente en que un grupo nacional se halla constituido en una unidad colectiva, desde el punto que en un momento dado empieza a estar provisto de órganos que quieren y actúan por su cuenta y en su nombre. A partir del momento en que está organizada de un modo regular y estable, la comunidad se convierte en Estado. Poco importa el medio por el cual los individuos que le sirven de órgano han conseguido esta cualidad o capacidad, y han logrado establecer que su voluntad valga como voluntad unificada de la colectividad. Es posible que la organización inicial del Estado se funde en los consentimientos tácita o formalmente otorgados por sus miembros individuales. Pero es posible también que los individuos que han llegado a ser órganos del grupo nacional, se hayan impuesto como tales, bien por medios persuasivos, bien por el prestigio de su poder, o también por la fuerza. A condición, desde luego que posean una fuerza suficiente para mantener su autoridad de una manera duradora. Si esta autoridad es aceptable, reconocida o soportada por cualquiera de estas causas, por la masa de los miembros de la nación, la organización que de ello resulta para la nación basta para engendrar un Estado.

La conclusión que se desprende de estas observaciones es que es inútil pretender buscar una fundación jurídica del Estado fuera del hecho de su organización inicial. Indudablemente, el Estado debe en realidad su creación a voluntades y a actividad humanas; pero la cuestión de saber en qué condiciones y en qué forma estas voluntades y actividades se han manifestado, es jurídicamente indiferente. El jurista no debe, pues, preocuparse de las circunstancias que han precedido a la aparición de un Estado. Pues de una parte el orden jurídico, único objeto de la ciencia del derecho, no se remonta más allá de la organización estatal: los actos que han traído y fundado esta organización permanecen, pues, fuera de la esfera del derecho y escapan por lo tanto a toda denominación jurídica; y a de otra parte, aun cuando fuera posible encontrar una construcción jurídica a los actos por los cuales, de hecho, há sido creado un Estado, esta construcción sería también inútil, por el motivo de que, sean cuales fueren los acuerdos u operaciones que hayan podido preparar la formación del Estado, éste, una vez formado, extrae las causas jurídicas de su personalidad y de sus poderes esencial y exclusivamente en su estatuto orgánico, que lo hace capaz de voluntad y de acción propias. Los actos de voluntad individual anteriores a esta organización estatutaria no deben, pues, tomarse ya em consideración. A este respecto debe establecerse una diferencia capital entre la formación de la persona estatal y de las demás personas colectivas. En cuanto al Estado, como su creación procede a la aparición del derecho, no puede constituir un acto jurídico. Por el contrario, las asociaciones o agrupaciones de todas clases que se forman en el Estado una vez constituido éste, nacen en un medio jurídico y bajo el império del orden jurídico establecido en ese Estado. Los actos que las engedran son, pues, susceptibles de construcción jurídica. Pero de esto resulta también la consecuencia de que, a diferencia del Estado, que es una persona moral de hecho, todas las demás agrupaciones, al ser la formación de su personalidad más que si llenan las condiciones jurídicas impuestas por el Estado a dichos efectos. Indudablemente, la personalidad de cualquier colectividad se funda esencialmente sobre el hecho de su organización. Pero para las agrupaciones que non son el Estado, este hecho no basta ya para erigirlas en personas jurídicas: es preciso, además, que su personalidad de hecho, que resulta de su organización, haya sido reconocida por el Estado como personalidad de derecho mediante el cumplimiento de las condiciones requeridas por la ley de dicho Estado. En este sentido y por ese motivo, la formación de toda persona jurídica que no sea el Estado ha depender inevitablemente de la voluntad estatal. (MALBERG, 2013, p. 73/76).

do Estado, justamente o enfoque adotado pelo autor, em circunstância que, ao menos, impediria o estabelecimento de uma específica teoria sobre si<sup>26</sup>.

Entretanto, conforme logo restaria implícito no pensamento elaborado por alguns autores durante o transcurso do século XIX, época de emergência e consolidação doutrinária do positivismo, conferir estabilidade ao discurso jurídico pelo estabelecimento de regramentos herméticos eventualmente se revelaria um posicionamento anacrônico, sobretudo quando confrontado com a inevitável dinâmica dos fenômenos sociais. Afinal, na medida em que as relações humanas também se traduziam em um processo geracional e, conseqüentemente, incompleto por sua aparente infinitude intrínseca, essa barreira abstrata de uma pressuposta estabilidade normativa sempre permaneceria a ser testada por novos problemas, o que manteria a busca por uma solução jurídica algo incessante, em circunstância que igualmente impossibilitaria conceber o Direito como um fenômeno estático<sup>27</sup>.

Como se percebe, a solução de Malberg e outros pensadores do positivismo jurídico, no sentido de que a construção de um discurso teórico apenas atingiria estabilidade se porventura suas premissas fossem amparadas sobre a racionalidade empírica, não é suficiente para possibilitar um desfecho favorável à hipótese de pesquisa que se intenta desenvolver. Em verdade, conduziria os esforços por caminho oposto, rumo à refutação, haja vista negar autonomia teórica ao poder constituinte, que se já não fosse previamente definido conforme os regramentos de um sistema normativo pré-existente, somente portaria interesse de ser abordado como objeto de estudo para outros ramos da ciência, que não o Direito. Caso assim compreendido, não mais seria relevante, sequer tangível, dedicar-se a investigar uma possível contribuição da América Latina para essa seara do

---

<sup>26</sup> Com mas especificidade, Malberg salienta que "(...) si bien no existe derecho anterior al Estado, en sentido inverso, es esencial al Estado ya constituido poseer un orden jurídico, y especialmente un orden jurídico destinado a regular eventualmente la reforma de su organización. Ahora bien, el principio constante que domina todo este orden jurídico consiste en que, una vez estatizada, la colectividad nacional expresa su voluntad y ejerce su potestad mediante ciertas reglas, dentro de ciertas formas y sobre todo por ciertos órganos, determinados previamente por la Constitución. Las decisiones soberanas que han de tomarse por cuenta de la colectividad ya no son, en el Estado, cuestión de voluntades individuales que se conciertan a dicho efecto, sino cuestión de voluntad unilateral del Estado, al querer éste por medio de sus órganos. Esto ocurre lo mismo en materia constituyente que en cualquier otra materia que dé lugar a decisiones soberanas. Y no debe decirse que cualquier cambio de Constitución supone un nuevo pacto social, es decir, un acto que tuviera por objeto renovar el Estado, pues, por una parte, la idea de contrato social, que es falsa en lo que se refiere a la formación de la Constitución inicial del Estado, tampoco podría admitirse con respecto a sus Constituciones posteriores. Por otra parte, el cambio de Constitución, aunque sea radical e integral, no indica ni una renovación de la persona jurídica Estado, ni tampoco una modificación esencial en la colectividad que en el Estado encuentra su personificación. Mediante el cambio de Constitución no se substituye un antiguo Estado por una nueva individualidad estatal. Una nueva Constitución tampoco tiene por efecto engendrar una nueva nación; por lo que concierne a la nación francesa en particular, resulta superfluo decir que su existencia, como cuerpo estatal, aparece como un hecho consumado, cuyo origen puede remontarse a una época más o menos antigua, pero que, en todo caso, ya no depende, desde hace tiempo, de la voluntad de la autoridad constituyente. Así, pues, el poder constituyente no tiene por qué ejercerse aquí con objeto de fundar de nuevo la nación y el Estado, sino que simplemente se limita a darle a un Estado, cuya identidad no se modifica y cuya continuidad tampoco se interrumpió por ello, una nueva forma o estatutos nuevos". (MALBERG, 2013, p. 1.169/1.170).

<sup>27</sup> Segundo Luhmann, a correção do método depende da resolução de três questões de improbabilidade, que são: de alguém compreender o que o outro quer dizer; de se atingir mais pessoas do que as presentes na situação; de o resultado desejado, além de entendido, ser aceito ou lograr êxito (LUHMANN, 2006, p. 42/43). Quanto a este último, em particular, o autor discorre que "a terceira improbabilidade é a de obter o resultado desejado. Nem sequer o facto de que uma comunicação tenha sido entendida garante que tenha sido também aceita (LUHMANN, 1992, p. 43). Para Luhmann, novos sistemas ou sistemas revistos nada mais são do que a criação de uma realidade antes improvável através da alteração de um ambiente (LUHMANN, 2006, p. 73). Segundo ele, a comunicação é "(...) o processamento de informação num meio através do qual as formas são continuamente criadas e dissolvidas; através do qual o estado do meio é continuamente modificado" (LUHMANN, 2006, p. 73).

conhecimento, pois a aludida barreira inicial da maleabilidade persistiria, uma vez que haveria infinitos meios e formas com que o Estado poderia ser, respectivamente, concebido e estruturado, inclusive à margem de limites de cunho moral. O poder constituinte, sob o enfoque positivista puro, quando não fosse delimitado segundo os termos jurídicos de uma ordem estadual que o antecederesse, seria inteiramente livre, a pressupostamente atuar de maneira onipotente, pois em seu momento primevo, necessariamente expressaria os desígnios de quem o titularizasse.

Com efeito, se por um lado o positivismo jurídico era capaz de conferir estabilidade ao discurso científico, por outro, desde que suas premissas continuassem a ser estritamente seguidas, fulminaria as aspirações de quaisquer pesquisas com natureza semelhante à atual, em que o objeto, tal como exposto, consiste em identificar uma possível contribuição advinda da contemporânea manifestação da teoria do poder constituinte na América Latina. Trata-se, enfim, de um problema a ser enfrentado, com sérias implicações a questões fundamentais, a exemplo da legitimidade para o exercício do poder, pois como discorre Pinto, “o positivismo jurídico, como é sabido, arreda qualquer possibilidade de uma crítica material de constituição. Isto significa que o poder constituinte originário pode “legitimamente” verter qualquer conteúdo na forma constitucional” (PINTO, 1994, p. 37), de modo que, à semelhança dos referidos alertas de Ferraz Jr. quanto ao aspecto volitivo,

Esta constatação deixa, porém, intacto o nosso problema: não existem critérios de índole científica que confirmem objectividade à escolha de uma entre várias concepções axiológicas-jurídicas divergentes; donde resulta ter que conceder-se a todas o mesmo grau de legitimidade potencial. Nenhuma é mais verdadeira, mas qualquer uma poderá tornar-se referência exclusiva de legitimidade, bastando para isso que tal seja a decisão do legislador constituinte. (PINTO, 1994, p. 40).

Nesse toar, percebe-se, fosse compreendido como fenômeno político, sociológico ou histórico estranho ao Direito, ou mesmo regulado por esse último, certo é que, sob esses estritos parâmetros, o poder constituinte jamais atingiria a estabilidade que se espera advir de um marco teórico enquanto guia para uma investigação, pois ora haveria multiplicidade de teorias que o justificassem (zetética jurídica), ora de objetos (dogmática jurídica).

De fato, a despeito da relevância que deteve para o aperfeiçoamento do Direito enquanto ciência, a história eventualmente demonstrou que a busca pela pureza, quando levada ao extremo, conduziu a humanidade a perigosos caminhos de intolerância e autodestruição. No que pontualmente tange ao exercício do poder constituinte, um enfoque exagerado possibilitaria firmar justificativas para cada uma das mais singelas variações com que se apresentasse nos diversos países, pois não haveria o prévio estabelecimento de critérios para sua atuação, a abrir caminho para uma falsa ideia de onipotência, propícia a legitimar a ascensão de regimes autoritários, como assim ocorreu com o facismo nos anos vinte e trinta do século passado<sup>28</sup>. Haveria, assim, a necessidade de se aperfeiçoar o método, pois conforme se afirmou linhas atrás, não há dúvidas que qualquer defesa irrestrita do positivismo jurídico atualmente se demonstraria fora do tempo.

## **2.2. A necessidade da incorporação de juízos de valor para a construção de uma narrativa lógica a propósito do poder constituinte.**

O pensamento positivista não foi estanque, como sequer poderia ser. Deve-se recordar que ele ascendeu com outras concepções inspiradas no Iluminismo, cuja maior expressão, ao menos na seara política, seria o movimento constitucionalista. Enquanto correntes do pensamento, ambos detinham o objetivo de impulsionar o já longo processo de transição das fontes do conhecimento, que se antes eram de natureza teocêntrica, passariam a se sustentar na temporalidade. Não tardaria, assim, para que houvesse influência recíproca, pois de acordo com a égide constitucionalista, o homem, ao invés de temente a uma autoridade divina, transformar-se-ia na origem e destino de todo o poder. Nesse novo contexto de racionalidade, a vertente jurídica do positivismo teria um importante papel a desempenhar em prol do constitucionalismo, sobretudo pela criação de uma dogmática normativa, ainda que, como aludido, a rejeição do amparo sobre juízos de valor, em verdade, fosse aparente, pois o positivismo jurídico, paradoxalmente, era arraigado em um preceito moral fundamental constitucionalista, qual seja, a origem popular do poder estadual e a limitação que isso implica. Cuidava-se, enfim, de um posicionamento político alçado à normatividade e que, como tal, convertera-se em princípio ou bem jurídico a ser tutelado pelo Direito. Restaria ao positivismo jurídico,

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Larenz, ao discorrer sob o enfoque positivista da Teoria Pura do Direito de Kelsen, ressalta que "(...)Enquanto ciência, a única coisa a que se considera obrigada é a conceber o Direito positivo na sua essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. (...) Uma norma jurídica, acentua Kelsen, não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. "Por isso", continua ele, "pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica". (LARENZ, 2014, p. 97).

enquanto corrente metodológica, a missão de propiciar a materialização desses preceitos constitucionalistas, que à época, reitera-se, correspondiam à necessidade de impor limites ao exercício da autoridade do príncipe, antes concebida como ilimitada e irresponsável por, pressuposta e diretamente, advir da vontade de Deus.

De fato, contemporâneos e recipicamente influentes, o desenvolvimento geracional do movimento constitucionalista, a ser especificamente abordado nos Capítulos II e III, viria a condicionar os primados positivistas. Como consequência dessa dinâmica de influência mútua, a dimensão normativa da Constituição seria reforçada pela construção de uma dogmática, método através do qual, salienta Ferraz Jr., se “(...) considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente” (FERRAZ JR., 2019, p. 25).

Daí porque, anos após, consciente dessa inter-relação e a despeito de compartilhar do pensamento de Malberg concernente a uma pressuposta impossibilidade de descrever o fenômeno do poder para além de suas manifestações extrínsecas, compreendidas como as forças capazes de provocar algum estímulo ou discernimento perceptível ao senso comum, Loewenstein principiou seu trabalho sobre o tema com alguma distância aos preceitos fundamentais do positivismo, muito embora sem abandoná-los por completo, como se revelaria no decorrer de sua investigação.

Ao contrário de Malberg, que submetera a análise do poder constituinte aos postulados de uma Teoria Geral do Estado, Loewenstein aceitara sua autonomia jurídica sob a ótica de uma Teoria da Constituição. Para justificar essa abordagem, quando do início de seus estudos, recorreu a um juízo de valor, à semelhança do que sucedeu para o estabelecimento dos preceitos constitucionalistas, pois quase aleatoriamente, mediante o exercício de conduta volitiva, elegera três postulados que, ao menos para si, seriam responsáveis por guiar a vida do ser humano em sociedade. Ao lado do amor e da fé, indicou o poder, a que precipuamente se referiu em sua mais ampla acepção. Entretanto, sem pessoalmente considerá-los uma mera suposição, mas ao efetivamente concebê-los como fatores dominantes sobre o agir humano, talvez em uma tentativa de preservar a coerência de seu discurso com os indicados primados positivistas e, desse modo, simultaneamente harmonizá-los com as premissas essenciais ao constitucionalismo, Loewenstein permaneceu fiel ao dogma da impossibilidade de se atingir uma escorreita explanação sobre esses três fundamentos em razão de sua imaterialidade. Como veio a considerar,

Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas, son: el amor, la fe y el poder; de una manera misteriosa, están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueva montañas, y que el poder del amor – (...) – es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria. Sin embargo, hay algo en común en estas tres fuerzas: el hombre puede sentir las y experimentarlas, así como apreciar su efecto sobre sí mismo y su medio ambiente; pero a lo que no llega es a conocer su interna realidad. Toda preparación lógica es insuficiente para penetrar en su esencia. Por ello, el intento humano de querer comprender el amor, la fe y el poder tiene que quedar reducido a constatar y valorar sus manifestaciones, sus efectos y resultados. Se podrá conocer cómo estas fuerzas operan, pero no se podrá captar lo que ellas son realmente. Cualquier definición ontológica está abocada al fracaso, ya que la capacidad de percepción humana está confinada al resultado externo. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 23).

Os três postulados elegidos por Loewenstein, que em conjunto, compunham seu marco teórico, não obstante o forte teor axiológico que portavam, principalmente se percebidos com pormenor, simbolizavam uma barreira de racionalidade consolidada em bases mais profundas que os correspondentes limites elegidos por Malberg, que como visto, soerguiam-se a partir de um quase exercício de silogismo, segundo o qual, mediante a afirmação de que o Direito encontraria seu fundamento de validade no Estado, não haveria alternativa senão concluir que o Estado jamais poderia ser concebido pelos comandos jurídicos que o sucederiam. Sob esse aspecto, percebe-se que as restrições estabelecidas por Loewenstein quanto à atuação do Direito para a análise da essência de fenômenos como o poder, dentre outros, somente encontrariam um ponto de intercessão com os limites referidos por Malberg após seguirem por caminho diverso, cujos paradigmas, ao invés de dependentes da formalidade de uma norma jurídica e do estabelecimento de uma autoridade normativa, seriam de ordem filosófica. Denota-se, deste modo, que denunciada impossibilidade de compreensão da essência do poder constituinte não seria exclusivamente resultante das limitações de

um exercício de lógica pura, mas diretamente relacionada ao estudo do ser e do conhecimento, especificamente à abrangência de uma abordagem ontológica, sobretudo pela impossibilidade de ela ser conduzida à luz do Direito, que sob esse enfoque, seria um produto ou consequência do exercício desses três postulados de incentivo do agir humano.

Loewenstein, todavia, revelou-se cético a respeito da possibilidade de uma investigação de fenômenos como a fé, o amor e o poder, ser orientada através desse ramo da filosofia, a ontologia, pois na medida em que os considerava espécies de incentivo para o agir humano em sociedade, a essência subjetiva de cada um seria o próprio fator impeditivo para sua correta conceituação, ao menos com o grau de certeza exigido para o estabelecimento de uma teoria geral. Para ele, todo o esforço investigativo conduzido para esse fim não conseguiria acessar sua fonte primeira, que sempre repousaria na intimidade dos indivíduos, intangível por sua imaterialidade. Daí porque, sob essa específica ótica, a impossibilidade de se estabelecer uma teoria acerca do poder constituinte não esbarraria na prévia ausência de um organismo estadual que lhe concedesse validade, a exemplo do que outrora foi defendido por Malberg. Decorreria, em verdade, da própria imprecisão da fonte de sua força e autoridade, que estaria dispersa no íntimo dos indivíduos, desde que, por evidência, continuasse-se a compreender o poder constituinte como estirpe de um conceito mais generalista do poder em si.

Com base nesses motivos, de acordo com a compreensão de Loewenstein, somente os estudos especificamente direcionados ao efetivo exercício do poder, ou a sua manifestação, aqueles que não fossem restritos a sua origem, é que seriam passíveis de submissão a uma análise verossímil. Para si, em similitude aos aludidos sentimentos da fé e do amor, que corresponderiam às outras duas espécies de incentivo para o agir humano em sociedade, a essência imaterial de que comungariam com o poder sempre seria intangível, mesmo se adotada uma abordagem de cunho ontológico, eis vez que os resultados eventualmente atingidos por essa linha de estudo careceriam da falta de aferição e, portanto, confiabilidade. Como consequência, circunstanciais tentativas no sentido de lhes revelar a substância inevitavelmente sucumbiriam ao fracasso, pois a essência imaterial inerente a esses três elementos seria estritamente vinculada à inconstância da consciência e desejos íntimos de sua fonte criadora. A ótica positivista implicava que deveriam ser tratados enquanto meros fatos anteriores à expressão do agir humano e, por conseguinte, estranhos ao Direito por serem pré-jurídicos.

Nesse ponto, convém aludir que ao argumento de Loewenstein poderia ser acrescido outro, relativo à natureza coletiva imanente à fonte do poder constituinte. É que, enquanto modalidade de

poder, a despeito dos diferentes níveis de intensidade com que viesse a se apresentar nos diversos Estados, o poder constituinte dificilmente não se encontraria pulverizado em um incontável número de vontades heterogeneamente distribuídas na amplitude do corpo social. Mesmo que a maioria dos indivíduos convergisse para a construção de uma ordem estadual, por certo nem sempre externariam consenso quanto à estrutura que lhe era propriamente desejada. De fato, tanto um quanto outro, seja o ser ou sua força vital, especificamente Estado e poder constituinte, encontrar-se-iam expostos a algum nível de confusão. Afinal, para além de exprimir uma das diversas espécies de manifestações do poder humano proporcionada pelos indivíduos reunidos em coletividade, o Estado estaria mais próximo de refletir a manifestação de poder da específica parcela do agrupamento social em que se amparasse, nem sempre a coincidir com os interesses da maioria de seus integrantes, menos ainda capaz de traduzir consenso absoluto de interesses. Não por outro motivo, em última perspectiva, antes de espelhar a vontade do corpo social em plenitude, o Estado seria considerado o instrumento difusor da expressão formada pela convergência dos desejos íntimos dos específicos titulares de sua força material, algo que, por sua vez, não apenas reforçaria a sugerida diversidade de espécies e moldes com os quais um ente estadual circunstancialmente poderia vir a se apresentar, como também a ausência de homogeneidade em relação às características concernentes ao poder constituinte em que se funda e encontra vitalidade, ao menos no que condiz aos seus elementos mais intrínsecos, de forma a já assinalar a ocorrência de problemas concernentes à seara da legitimidade, a serem propriamente abordados no Capítulo IV.

De momento, importa atentar que a alegada impossibilidade de perscrutar a essência do poder à luz do Direito, mas tão somente de sua manifestação, torna-se particularmente gravosa em relação ao poder constituinte, sobretudo pelo hiato fenomenológico que ocasionaria entre a concepção e a existência do Estado. Trata-se, aliás, de uma das próprias barreiras denunciadas por Malberg e Loewenstein, ainda que com diferentes níveis de clareza, mas que impõem dificuldades para a construção jurídica de um pensamento científico. Dicultoso, portanto, defender uma postura de refutação quanto à confecção de uma análise com socorro na ontologia, ou seja, que utilize saídas extrínsecas à dogmática normativa.

Decerto, como aludido, insistir em tão sólidas premissas, inversamente implicaria um paradoxo propício ao advento de gravosas consequências, inclusive para a confecção de uma narrativa plausível, sobremaneira pelo contraditório recurso a um argumento representativo de um juízo de valor que a princípio se intentava evitar, consistente na negacionista suposição de que nada existiria antes

do “verbo” a ser expresso pelo poder constituinte no formato de uma Constituição, mesmo que não escrita.

Com efeito, na hipótese de a existência do poder constituinte ser simplesmente aceita sem recurso a qualquer embasamento de cunho ontológico, em reiteração aos estritos parâmetros positivistas absolutamente excludentes de juízos de valor, mas que, talvez por isso, contraditoriamente se assemelhassem aos dogmas religiosos de que tão arduamente lutavam para se afastar, todas as considerações acerca de suas origens poderiam ser descartadas, uma vez que se tornariam presumidamente irrelevantes. Não à toa, sob esse ângulo, a consequência inevitável e imediata seria reconhecer que o atributo de representar a gênese de uma ordem estadual, ou mesmo o viés de constituir a força vital para toda uma ordem jurídica, teria campo de atuação ilimitado<sup>29</sup>. E ao assim se admitir, semelhante incumbência conceptiva e estruturante da Constituição justificaria todos os tipos de atuação do Direito a ser subseqüentemente confeccionado, em um vicioso retorno ao calcanhar de Aquiles que assombra o positivismo jurídico desde suas origens, qual seja, o contínuo flerte com uma espécie de presunção de infalibilidade ou salvo-conduto moral, desde que respeitadas específicos princípios formais de validade, em circunstância que, por obviedade, atualmente seria intolerável ao escopo das ciências humanas.

Interessa observar, todavia, que Loewenstein não ignorava esse dilema resultante de uma compreensão pueril dos princípios positivistas. Ele era ciente de que os três postulados por si eleitos como impulsionadores da conduta humana - a fé, o amor e o poder -, uma vez que os indivíduos estivessem inseridos em sociedade, dificilmente permaneceriam estáveis e harmônicos no íntimo de cada um após longos períodos de convivência coletiva, sobretudo se não existissem limites prévios para a expressão de seus diversos desígnios. Não por outra razão, especialmente no que condiz ao poder, Loewenstein discorreu que,

Aunque puede aparecer en cualquier tipo de relaciones humanas, el poder, en esa tríada de motivaciones, tiene una importancia decisiva en el campo sociopolítico. La política no es sino la lucha por el poder. Así, la ciencia política y la filosofía política no han podido dejar de estudiar en los últimos años, cada vez de una manera más intensa, el fenómeno del poder. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 23/24).

---

<sup>29</sup> A propósito da concepção sociológica do Direito desenvolvida por Lassalle, consultar o Capítulo II, item 4, relativo à distinção entre o discurso e a ação.

A afirmação de Loewenstein serve de importante alerta sobre o risco de o poder constituinte ser analisado à margem de outras forças presentes em seu ambiente de atuação. A história demonstrou que ele jamais foi a primeira fonte de autoridade a emergir de um agrupamento humano. De fato, antes mesmo de o poder constituinte ser capaz de exercer seu compromisso fundamental de elaborar uma Constituição destinada a reger uma coletividade, outros poderes, ainda que conflitantes, antecediam-lhe enquanto fontes de persuasão. Em verdade, se porventura já não atuassem contemporaneamente ao próprio momento constituinte, dificilmente deixariam de permanecer ativos ao longo do que seria, a partir de então, uma novel ordem constitucional.

Como Loewenstein desejou assentar, caso não existissem limites jurídicos para a atuação de todas essas forças, inclusive a constituinte, sucederia irremediável perigo para a realização do principal intento propagado pelo movimento constitucionalista, que concernia à consolidação do processo de ruptura com as concepções políticas e científicas de natureza teocêntrica intrínsecas ao antigo regime.

Com efeito, a invocação de uma ótica positivista tende a refletir um gravame robusto, haja vista implicar a inevitabilidade do estabelecimento de parâmetros objetivos para a construção de uma narrativa jurídica racional, independente de seu conteúdo. Quando esse enfoque é trazido ao âmbito da presente investigação, na medida em que se busca perquirir a hipótese investigativa à luz da teoria do poder constituinte, de forma a empreender esforços no sentido de averiguar se os recentes acontecimentos ocorridos na seara constitucional latino-americana se traduziriam em algum aporte aos próprios postulados teóricos com que se guia, não é de se estranhar que o primeiro problema a ser confrontado para sua execução, paradoxalmente, detenha escopo existencial. Qual seria a valia de um trabalho de pesquisa perscrutar seu marco teórico quando, em simultâneo, obriga-se a ser hermeticamente conduzido por seus correspondentes parâmetros, já pressupostamente tidos como constituídos e delimitados em plenitude, ou seja, sem quaisquer margens desobstruídas para acréscimos ou aprimoramentos? Não seria o caso, também ao abrigo desse restrito aspecto, na hipótese de alguma conclusão divergente ser circunstancialmente apurada ao fim de todo o empenho investigativo, antes de alcunhá-la como evolução - ou até lhe atribuir o significado inverso de refutação - , presumir-se a descoberta de um novel arcabouço teórico à parte do marco guia inicialmente utilizado? Esse tentador refúgio na originalidade talvez não viesse a retratar uma solução absurda. O clássico embasamento positivista, como visto, abriga-se na certeza apurada pela experiência em concreto, que se levada à risca em relação ao objeto, todavia, favorece um indiscriminado cenário de onipotência para o agir da norma constitucional, a ser confirmado pela ampla variedade de regimes que adotam

uma constituição, seja ela escrita ou não, democrática ou autoritária. Todavia, ceder prematuramente a tamanha simplicidade também representaria um flerte com o obscurantismo, pois condiziria à defesa de uma postura obtusa, tendente ao retrocesso, além de propícia a minar o caráter generalista que toda teoria deve possuir, sobretudo ao pretensiosamente contestar anos de estudos dedicados a essa manifestação de poder doutrinariamente consolidado sob o epíteto de “constituente”. Não bastasse, igualmente se estaria a retirar significativa parcela da relevância que o presente esforço investigativo pretende atingir.

Foi munido dessa percepção, mas sem desconsiderar o importante papel de ciência auxiliar capaz de ser desempenhado pelo positivismo àquela época, que Loewenstein, como recém se aludiu, foi um dos quem transferiu o estudo do poder constituinte do âmbito da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição. E ao assim proceder, evidenciou que o aceite de primados constitucionalistas, a exemplo da limitação do poder estadual, ao serem concomitantemente compreendidos como fundamento e fim da ordem constitucional, implicavam o mandatário respeito a um juízo de valor por parte do movimento positivista na seara do Direito. Para si, o respeito a um compromisso ético de limitar o poder, independente de sua fonte ser de origem estadual ou diversa, implicava que

En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 24).

A estipulação de um parâmetro ético ao positivismo não significava que Loewenstein, ao cuidar do poder, passara a recorrer à ontologia em sua acepção mais clássica, que segundo autores como Reale “(...) refere-se à parte geral da Metafísica, à teoria do ser enquanto ser” (REALE, 2004, p. 151). De fato, para Loewenstein, persistia a impressão de que, para se estudar o poder, deve-se tratá-lo como um

(...) un concepto estrictamente neutral, funcional y libre de cualquier valoración. El poder hace exclusivamente a una situación o relación de hecho que en sí, éticamente, no es ni buena ni mala. Considerada como un todo, la

sociedad es un sistema de relaciones de poder cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo. El poder es una relación sociopsicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder – serán denominados los detentadores del poder – y aquellos a los que va dirigido – serán aquí designados como los destinatarios del poder – (...). (LOEWENSTEIN, 2018, p. 26/27).

Essa perspectiva, todavía, antes de ser contraditória, em verdade apenas reforçava a consciência de Loewenstein quanto ao papel de instrumento de controle social interpretado pelo Estado. Por isso a necessidade de limitá-lo, eis que, evidentemente, todo o poder possui um titular, que em sua irrefutável humanidade, acrescenta-se, possui as próprias paixões e interesses<sup>30</sup>. Semelhante ótica, ademais, também permite aferir o empenho do autor em harmonizar a valia de uma abordagem ontológica aos preceitos do positivismo, a despeito de negar o uso da ontologia para perquirir a essência do poder, inclusive do constituinte. Não refutava, porém, o manejo desse ramo da filosofia para identificar o que através dele considerava imprescindível examinar: a sua manifestação.

Decerto, conforme faria referência ao longo de seu trabalho, a ontologia poderia ser utilizada para a análise dos referidos fatores extrínsecos ao poder constituinte, que apesar de incapazes de lhe desvendar o âmago enquanto autoridade, serviriam para identificar se uma ordem política representaria uma ordem constitucional e, por dedução, adviria de uma fonte de poder passível de ser classificada sob tal epíteto. Suficiente constatar, apenas, se a Constituição expressaria limitação ao poder estadual, para então considerá-la como efetivamente resultante da manifestação de um poder constituinte. Tratava-se, ademais, de circunstância que já indica a simultânea existência de direitos favoráveis a quem restasse submetido à égide do Estado, a não sujeitar os indivíduos à vontade unilateral desse ente. A consequência do pressuposto elaborado por Loewenstein, como se denota, não seria outra senão a valia de um juízo de valor condicionante do Direito e da Constituição, a indicar que uma investigação sobre o poder constituinte deverá ser conduzida às vistas desse reflexo. Ciente de que “limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder (...)” e de que “(...) esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el

---

<sup>30</sup> Conforme Loewenstein discorreu, “(...) dentro del marco de la sociedad, el Estado se presenta como la forma exclusiva o preponderante, según la situación histórica, de la organización sociopolítica. En la sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios de poder. Por control social, en el estricto sentido de la ciencia política contemporánea, se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer a dicha decisión”. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 26/27).

constitucionalismo” (LOEWENSTEIN, 2018, p. 29), Loewenstein admitia uma utilidade condicionada da ontologia para que se afirmasse a existência desse primado ético fundamental ao constitucionalismo a partir da identificação de suas características no objeto analisado<sup>31</sup>. Em síntese, para Loewenstein, uma escorreita análise a respeito do poder constituinte que precede o Estado somente poderia ser elaborada com base nas respectivas normas constitucionais, fossem elas escritas ou não, pois o Estado, em si, nada mais consistiria do que a projeção materializada dessa força, supostamente responsável por concebê-lo e, em imediato, conceder-lhe vitalidade. Daí porque, como referido, ao transferir o estudo do poder constituinte do âmbito da Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, Loewenstein condicionou a existência do Estado a uma Constituição, desde que ela, enquanto tal, conseguisse expressar os primados de limitar o poder da autoridade estadual em favor de outros atores. Daí sua afirmação no sentido de que, sem uma Constituição que limitasse a autoridade estadual, não haveria Estado, quanto mais poder constituinte, mas outra espécie de força<sup>32</sup>.

Sem embargo, mesmo que a necessidade de se socorrer na ontologia não transparecesse tamanha inverossimilhança, o argumento de Loewenstein, inobstante seus cuidados e avanços, ainda não se demonstraria suficiente para solucionar os dilemas investigativos apresentados ao início deste tópico, pois permanecia firmemente vinculado a parâmetros normativos.

---

<sup>31</sup> Afinal, assim discorreu, “(...) la clave para llegar a una útil diferenciación entre los distintos sistemas políticos se encuentra en las diversas ideologías y en las típicas instituciones que a éstas se corresponden, por medio de las cuales funciona cada concreta sociedad estatal. Todos sistemas políticos están montados necesariamente sobre determinadas instituciones e ideologías. Las instituciones son el aparato a través del cual se ejerce el poder en una sociedad organizada como Estado; las instituciones son, por lo tanto, todos los elementos o componentes de la maquinaria estatal (...)” (LOEWENSTEIN, 2018, p. 30).

<sup>32</sup> Nesse sentido, consoante salienta:

(...)

De hecho, lo que precede resalta finalmente que el Estado debe su existencia, ante todo, al hecho de que posee una Constitución. Si la organización de la comunidad nacional es en el efecto al hecho primordial en virtud de la cual se encuentra erigida en Estado, hay que deducir de ello que el nacimiento del Estado coincide con el establecimiento de su primera Constitución, sea o no escrita, es decir, con la aparición del estatuto que por primera vez ha provisto a la colectividad de órganos que aseguran su voluntad y que hacen de ella una persona estatal.

(...) Allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. La totalidad de estos principios y normas fundametales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, sin formalización expresa – constitución en sentido formal -. Por ella, la Constitución de Haile Selassie, en Etiópia (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.

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. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 150/151).

### **3. O retorno pós-positivista à ontologia para a construção de uma linguagem comum ao constitucionalismo e sua implicação à teoria do poder constituinte.**

Apesar de divergentes em alguns pontos, sobretudo em relação à identificação da natureza do poder constituinte, tanto as considerações de Malberg quanto Loewenstein, se devidamente analisadas, retratavam a pretensão de conferir uma racionalidade auto-referencial ao discurso estruturante do Estado. De fato, a opção por não perquirir a essência do poder, mas apenas sua manifestação, quando especificamente conduzida sob a perspectiva do poder constituinte e da ordem estadual por si materializada, mais aparentava provir da imperatividade de se confeccionar uma teoria cientificamente capaz de justificar um fenômeno tendente a ser guiado pelas paixões, mormente no período contemporâneo à vida desses autores, pródigo na ascensão, queda, ou mesmo transmutação de Estados pelos mais diversos fenômenos, a passar pelo desmembramento, unificação e expansão. Por certo, a velocidade com que fronteiras eram desenhadas e abolidas ao longo do século XIX e primeira metade do século XX, particularmente na Europa, ao que se agrega todo o movimento independentista que se propagou no continente americano, iniciado em 1776 pela independência das treze colônias que logo viriam a formar os Estados Unidos, representaram uma barreira árdua para justificar juridicamente a lógica da autoridade estadual, quanto mais, consolidá-la no papel de fonte de comandos normativos de observância obrigatória. Entrementes, não seria de se surpreender que a simples percepção desse dever de obediência pelos indivíduos atingidos pela ação do Estado, ainda que, diversamente, ocorresse pela força, mera resignação ou passividade em aceitar a organização política como ela se apresentasse, permanecesse o terreno aceito como mais estável para se confeccionar um discurso científico racionalmente estruturado. O poder de império estadual era, em suma, um fenômeno real, e como tal, passível de estudos.

Sob esse contexto, os esforços Malberg e Loewenstein certamente representavam uma espécie de busca por uma justificativa para seu exercício, que deveria se realizar com impessoalidade, mormente através do estabelecimento de critérios aferíveis a partir do amparo na formalidade da lei. Todas essas construções, ademais, se vistas com igual pormenor, também não deixariam de representar uma certa tentativa de atribuir alguma legitimidade para essa prerrogativa de autoridade sobre os indivíduos, quiçá do *status quo*.

Entretanto, de uma forma ou de outra, uma vez que o Estado restasse constituído à luz dessa compreensão formal-normativa intrínseca ao positivismo jurídico, mesmo sem desconsiderar o primado

ético essencial de Loewenstein de condicionar sua existência a uma Constituição limitadora de seu agir, ainda assim, distanciar-se de outros juízos de valor após sua pertinente concepção implicaria um efeito colateral. É que o Estado, por obviedade, não apenas se tornaria passível de individualização, como galgaria autonomia semelhante à usufruída por um ser capaz de expressar vontade própria, inclusive para manter relações persuasivas com o respectivo ambiente de inserção. Deste modo, para além de influenciá-lo, igualmente poderia lhe infligir modificações, quando não, valer-se diretamente de sua autoridade para determinar a observância de um “dever ser” de conteúdo original.

Difícil negar, portanto, que o Estado compartilharia de muitas das propriedades inerentes a qualquer outro indivíduo racional, eis que, para além do momento de sua criação, passaria a agir de forma voluntariosa, potencialmente egoística, à semelhança de como os seres providos de racionalidade comportam-se de acordo com a consciência que detenham sobre suas pertinentes habilidades, inclusive no tocante à análise dos riscos passíveis de resultar de suas decisões, eventualmente ameaçadores da própria existência. Afinal, recorda-se, o poder, sob a condição de elemento integrante da tríade que Loewenstein elegera como representativa dos fatores impulsionantes do agir humano, continuaria a existir e provocar disputas desenfreadas mesmo após o advento do Estado, a assim causar interferência na realização dos primados éticos formalizados sob o escopo de uma Constituição, tal qual o próprio Kelsen demonstrou-se ciente, inobstante sua busca por uma percepção pura acerca do Direito<sup>33</sup>.

Como se afere, óticas predominantemente formais como as expressas por Marlberg e Loewenstein, mesmo que aprimoradas por Schmitt e Kelsen, implicariam problemas, pois as diferentes forças plurais que se encontram em uma sociedade, haja vista sua natureza humana, em um quase

---

<sup>33</sup> Para Kelsen, “(...) eliminar uma ideologia legitimadora é extremamente difícil, não apenas por motivos epistemológicos, mas também por motivos políticos; o anseio por uma fundamentação absoluta da ordem social conhecida é tão poderoso que mesmo a chamada teoria jurídica e política positivista dos séculos XIX e XX nunca renunciou completamente a ela, estando, portanto, às vezes completamente impregnada, embora de maneira não confessada, com elementos jusnaturalistas. Na época em que se pensava que o positivismo havia definitivamente derrotado a especulação jusnaturalista, na segunda década do século XX, foi deliberadamente inaugurado um movimento jusnaturalista. Ele coincidiu com um desvio da filosofia natural, da crítica kantiana para uma nova metafísica e um renascimento do sentimento religioso. O eterno movimento ondulatório do espírito humano, que o leva da auto-humilhação ou autoexaltação à eliminação do eu, do pessimismo ou otimismo ao ideal da objetividade, da metafísica à crítica do conhecimento e de volta, parece ter sido acelerado pela experiência avassaladora da Grande Guerra. Uma filosofia antimetafísica, científico-crítica, que tem a objetividade como ideal, como é o caso do positivismo jurídico, parece prosperar apenas em tempos relativamente calmos, em períodos de equilíbrio social. Os fundamentos sociais e, com eles, a autoconfiança do indivíduo foram profundamente abalados em nossa época. A maioria dos valores até então tidos como certos são questionados; o conflito entre grupos de interesses foi tremendamente intensificado e, com isso, a luta por uma nova ordem está em andamento. Em tais tempos, manifesta-se uma necessidade intensificada de uma justificação absoluta dos postulados propostos na luta. Se mesmo o indivíduo experimenta ingenuamente o seu interesse temporário como um “direito”, quão mais não irão querer os grupos de interesse invocar a justiça na concretização das suas exigências! Antes que tivéssemos motivo para esperá-la, manifestou-se a reação que profetiza um renascimento da metafísica e, desse modo, da teoria do Direito natural” (KELSEN, 2016, p. 636/637).

instinto de sobrevivência, continuariam a competir entre si por mais parcelas de participação no poder, senão por seu controle<sup>34</sup>.

Conforme será abordado no Capítulo 3, a história do constitucionalismo revelaria que a limitação do poder estadual demandaria maior integração dos governados para além da imposição de limites ao agir do Estado em privilégio de liberdades individuais. Com efeito, a passagem do tempo demonstrou que essas liberdades apenas poderiam se realizar com maior plenitude caso o Estado também assumisse o papel de propiciar meios que garantissem seu exercício através de prestações positivas, que no período pós Primeira Guerra, eventualmente viriam a ser classificadas como direitos de ordem social. Não bastasse, a esse segundo momento do constitucionalismo seguiriam outros. Conflitos como a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria acarretaram reivindicações por maior participação política para o exercício do poder. O constitucionalismo veio cada vez mais a se caracterizar como um processo do que um marco, pois novos valores eram paulatinamente agregados como fundamentos para realizar seu propósito de limitar o poder estadual. Não por acaso, mesmo que uma maioria eventual conseguisse impor limites à atuação do poder estadual, ainda que pela adoção de preceitos democráticos, se estes fossem exclusivamente firmados segundo critérios censitários de consulta de uma maioria, por exemplo, um ou mais segmentos minoritários da população ficariam à mercê da vontade - senão arbitrariedade<sup>35</sup> - desse segmento majoritário. Disso poderia resultar potencial corrupção de valores, pois os mesmos regramentos protecionistas do escopo social com melhor aptidão para a defesa da ordem jurídica vigente talvez continuassem opressores em detrimento dos segmentos mais enfraquecidos. Nessa hipótese, contraditoriamente persistiria, enfim, a intolerância que outrora se comprometera a combater.

Tal como discorrido parágrafos atrás, eleger um ato normativo como único parâmetro fundamental para fins de justificar - senão legitimar - todo o subsequente ordenamento jurídico, corresponderia à alegoria de buscar o refúgio oferecido por uma folha em branco, que ao largo de questionamentos morais, em seu âmago, tão somente continuaria a representar ambiente desimpedido para a formalização da síntese de um processo de escolha, cujo conteúdo estaria permanentemente livre para ser confeccionado consoante as circunstâncias do acaso, inclusive à mercê dos riscos de expressar um viés autodestrutivo, à semelhança do diálogo ficcional mantido entre

---

<sup>34</sup> Decerto, como recorda Schmitt em alusão a Max Weber, múltiplas "(...) tendencias pueden hacerse efectivas en la realidad política con diferente fuerza en las distintas épocas, y hacer aparecer a una nueva luz el texto de la ley constitucional sin modificar su letra. No se puede hablar de un cambio de significación, porque en la regulación constitucional están contenidas desde el comienzo, como posibilidad, las diversas significaciones" (SCHMITT, 2015, p. 437).

<sup>35</sup> Nesse sentido, consultar o Capítulo VIII, da Parte 3, relativo ao recurso a mecanismos de democracia direta.

Peer Gynt e o potentado do Cairo na conhecida peça teatral de Ibsen<sup>36</sup>, mesmo que sob o conforto de um pseudo-manto de segurança. A não existência de limites previamente definidos liberaria espaço para o assentamento de um número indeterminado de justificativas, que em igual medida, serviriam como embasamento para toda uma sorte de regimes convenientemente abrigados sob um uníssono manto de constitucionalidade, ainda que formal, à semelhança do que ocorreria no Brasil em 1967, mesmo que textualmente transparecessem os valores do constitucionalismo<sup>37</sup>.

Todos esses fatores, se por um lado, indiretamente findam por robustecer as posições positivistas de Malberg e Loewenstein quanto à impossibilidade de se recorrer à ontologia para descortinar a essência do poder, por outro reforçam a advertência do último, no sentido de que rejeitar integralmente valia à ontologia para o estudo do poder também seria atitude desprovida de congruência, sobretudo para a análise de sua espécie constituinte, ainda que restrita a identificá-lo de acordo com os parâmetros de sua manifestação. O Constitucionalismo, por certo, apesar de intrinsecamente democrático, é circunscrito a parâmetros abstratos, de índole moral, de forma que não pode ser restrito a se apresentar como o movimento exclusivo de um grupo que se mantém como maioria duradoura.

Assevera-se, no entanto, que apesar dos excessos em que veio a incidir durante sua busca por uma autonomia e identidade científica, o positivismo jurídico continuou a preservar serventias importantes. Entre elas, sobressai a manutenção de um certo distanciamento, mesmo que não absoluto, de juízos de valor para justificar o exercício da autoridade estadual. No que condiz com a investigação em curso, a valia desenfreada da ontologia poderia implicar o ingresso em um labirinto filosófico de dimensões ignoradas, a quase impossibilitar o encontro de saída científica para a hipótese que se propõe investigar, que pressupõe a aplicação de uma teoria do poder constituinte em todos os seus elementos. De fato, a própria existência do poder constituinte poderia restar questionada com recurso à ontologia, a acarretar a transformação de todo o processo investigativo numa abordagem autofágica, sobretudo quando confrontada com os dilemas que sempre acompanharam a metafísica, em especial, a aparente impossibilidade de sofrer experimentações que compravassem ou refutassem

---

<sup>36</sup> Na distópica peça Peer Gynt, ao desafiar a autoridade do potentado do Cairo mediante a afirmação de que seria uma folha em branco incapaz de ser escrita por outrem, o protagonista aproveita-se da vaidade dessa autoridade para influenciá-la a se autodeclarar uma pena de pato que em tudo poderia escrever. Uma vez convencido de sua onipotência, o potentado ordena que seus servos o afiem à semelhança de uma faca, momento de loucura que findaria por conduzi-lo à morte.

<sup>37</sup> Ainda que promulgada sob a égide do regime militar que se instaurara no Brasil após o golpe de 31 de Março de 1964, a Constituição de 1967, embora não contivesse previsão para eleição direta à presidência da república, garantia o processo eleitoral para Governadores dos Estados, Prefeitos das Capitais e demais integrantes dos Poderes Legislativos nas esferas da União, Estados e Municípios, assim como a assegurava a tripartição dos poderes e previa a proteção dos direitos fundamentais. Sua vigência, contudo, foi restringida pela promulgação de Atos Institucionais, estatutos normativos não previstos em seu texto, mas que se sobrepujaram à hierarquia constitucional.

a veracidade das conclusões porventura atingidas, circunstância, aliás, sempre repudiada pelo movimento positivista. Essa, inclusive, foi uma advertência efetuada por autores mais contemporâneos, a exemplo de Popper, que após mencionar o dogma de que “(...) a verdade de uma teoria pode ser inferida da sua irrefutabilidade”. (POPPER, 1981, p. 221), recordou que significativo grupo de pensadores, em função dessa dificuldade para comprovar e refutar hipóteses abstratas, consideravam a metafísica em patamar próximo a uma pseudociência. Conforme expõe,

Trata-se de problema tratado por muitos filósofos desde a época de Bacon – embora nunca o tivesse encontrado formulado explicitamente. A explicação mais aceita era a de que a ciência se caracterizava pela sua base na observação e pelo método indutivo, enquanto a pseudociência e a metafísica se caracterizam pelo método especulativo ou, como disse Bacon, pelo fato de funcionar com “antecipações mentais” – algo muito semelhante às hipóteses. (POPPER, 1981, p. 283).

Como se percebe, porém, resignar-se a essa circunstância implicaria considerar que a hipótese de pesquisa ora proposta seria natimorta. Afinal, como justificar que os atuais textos constitucionais da maior parte dos países latino americanos, com todas as suas especificidades, seriam equivocados apesar de vigentes? Condená-los imediatamente ao erro quanto à aplicação da teoria do poder constituinte conforme os primados positivistas não somente seria equivalente a lhes questionar a própria vigência, como talvez negar a própria natureza de Estado soberano de que desfrutam, obviamente a depender da interpretação que lhes fossem conferidas caso adotado o primado ético de Loewenstein. Decerto, ao se assumir postura tão arraigada, de pronto corresponderia a sentenciá-los à impropriedade, além de, circunstancialmente, possibilitar a confecção de um discurso insurgente, propício a abrir margem à desobediência civil sob uma justificada reivindicação conservadora pelo restauro de uma ordem formal passada. Como não é difícil constatar, esta também não parece ser a explicação mais correta, sequer a que mais se aproxima da realidade, sobretudo porque esses Estados, em sua maioria, são regulamentados por uma ordem constitucional internacionalmente reconhecida<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> A ascensão de um regime autocrático na Venezuela ilustra o comentário, pois a despeito de sua natureza autocrática, a Constituição em vigor é harmônica aos preceitos constitucionalistas.

Não se ignora, outrossim, que argumentos relativos a uma pseudo efetividade dessas mesmas ordens podem emergir, sobretudo sob a alegação de que, muitas delas, em realidade, apenas instituíram uma democracia formal, não exercida em plenitude. Por evidência, adotar postura contrária à realidade cotidiana dos indivíduos seria quase o mesmo que admitir a regência por uma fantasia. Ainda assim, não parece correto lhes negar a vigência. Talvez essas peculiaridades mais se refiram a um dilema de efetividade. O desrespeito nem sempre significa que o agir em desacordo represente a inadequação do sistema, mas o erro em si, quando não, uma tentativa de confronto, revolução, ou mesmo golpe que esteja em curso. Por certo, foi munido com essa consciência que Popper sustentou argumento perspicaz. Segundo expôs, a lógica da ausência de experimentação pode conduzir a uma dubiedade, pois,

Tanto a irrefutabilidade lógica de uma assertiva quanto sua irrefutabilidade empírica podem ser conciliadas facilmente com sua falsidade. No caso da irrefutabilidade lógica, isso fica claro porque todas as afirmativas empíricas devem ser tão logicamente irrefutáveis quanto a sua negativa. Por exemplo: as duas proposições “hoje é segunda-feira” e “hoje não é segunda-feira” são logicamente irrefutáveis; de onde se pode ver que há afirmativas falsas que são logicamente irrefutáveis” (POPPER, 1981, p. 222).

Disposto a encontrar solução para esse dilema, que contemporaneamente poderia levar ao extremo de suggestionar a condenação de significativa parcela de Estados soberanos a um erro jurídico, Popper, ainda que a seu tempo, mas movido por razões semelhantes a Loewenstein, seguiu por caminho oposto. Aberto a uma orientação guiada pela metafísica, reconheceu uma saída à aparente impossibilidade do reconhecimento da compreensão da veracidade de fenômenos imateriais ligados ao ser cognoscente, inobstante não descartasse a importância da testabilidade<sup>39</sup>. Afinal, conquanto haja

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, conforme leciona Popper,

(...) um sistema só deve ser considerado científico se faz afirmativas que podem chocar-se com observações; de fato, as teorias são testadas pelas tentativas de provocar esses choques – isto é, pelos esforços para refutá-las. Portanto, testabilidade vem a ser o mesmo que refutabilidade, e pode ser adotada como critério de demarcação.

Esta é uma concepção da ciência que considera a abordagem crítica sua característica mais importante. Para avaliar uma teoria o cientista deve indagar se pode ser criticada – se se expõe a críticas de todos os tipos e, em caso afirmativo, se resiste a essas críticas. A teoria de Newton, por exemplo, previu desvios das leis de Kepler (devidos à interação dos planetas) que ainda não tinham sido observados. Expôs-se assim à possibilidade de refutação empírica, cujo insucesso representaria o sucesso da teoria. A teoria de Einstein foi testada da mesma forma. Na verdade, todos os testes reais são tentativas de refutação. Só quando uma teoria resiste exitosamente à pressão dessas tentativas de refutação podemos dizer que foi confirmada ou corroborada pela experiência.

Existem, contudo – como verifiquei mais tarde – diferentes graus de testabilidade: algumas teorias estão mais sujeitas a possíveis refutações do que outras. Por exemplo: uma teoria da qual podemos deduzir previsões numéricas precisas sobre a divisão das linhas espectrais da luz emitida por átomos

teorias não testáveis, estas igualmente não poderiam ser descartadas de imediato pela ciência face a simples ausência de comprovação. Muitas das vezes, tão somente haveria impossibilidade experimental, que no campo das ciências humanas, é passível de ser exemplificada através da própria dificuldade em se atestar a origem de costumes, crenças, ou mesmo o exercício de autoridade por instituições, como é o Estado, sem que essa circunstância signifique refutar-lhes a existência e influência sobre os indivíduos<sup>40</sup>.

Em posicionamento que viria a ser classificado como de índole pós-positivista, Popper indicou uma solução possível para a problemática de uma aplicação rija dos preceitos clássicos do positivismo, que apesar de haver representado um dos principais alicéres constitucionalistas em um passado próximo, sobretudo ao longo do século XIX, mesmo a sua época, revelou-se insuficiente para manter uma explicação racionalmente lógica à evolução dos primados do constitucionalismo, então já percebido como um processo ainda não concluído. Segundo defendeu, a manutenção de algum amparo para aferição – fosse empírico ou ligado ao realismo ontológico<sup>41</sup> – poderia ocorrer caso adotado uma narrativa estável, “(...) segundo a qual uma proposição tem sentido numa certa linguagem (artificial) somente quando respeita as regras de formação aplicáveis às fórmulas ou proposições naquela língua” (POPPER, 1981, p. 287). Por conseguinte, quaisquer tentativas de corroborar, refutar, sobrepor ou aprimorar uma hipótese de investigação, mesmo que pertinente a um fenômeno abstrato, apenas teria valia científica para esses fins desde que fosse preservada a coerência com os parâmetros de linguagem utilizados para sua anterior concepção enquanto objeto.

No que especificamente condiz ao poder constituinte, a afirmação de Popper é importante porque possibilita o recurso à ontologia sem renúncia a critérios universais relativos a uma veracidade pressuposta, de forma a permitir o avanço do estudo científico sobre assuntos abstratos e, enfim, apresentar solução para o dilema invocado ao início deste capítulo, que em relação ao poder

---

em campos magnéticos de força variável estará mais exposta à refutação experimental do que uma outra que prevê simplesmente a influência dos campos magnéticos na emissão da luz. A teoria mais precisa e mais facilmente refutável será também mais interessante: como é mais ousada, será menos provável. Mas é também melhor testável, pois podemos preparar testes mais precisos e rigorosos. Se resistir a “esses testes será melhor confirmada. Por conseguinte, a possibilidade de confirmação (ou corroborabilidade) aumenta com a testabilidade.

Isso indica que o critério de demarcação não pode deixar de ter graus: haverá teorias perfeitamente testáveis, outras ainda não testáveis; estas últimas não têm interesse para os cientistas empíricos – podem ser qualificadas como metafísicas. (POPPER, 1981, p. 284).

<sup>40</sup> Segundo ainda expressa Popper,

(...) A verdade é que não sabemos como testar uma afirmativa puramente existencial e isolada.

Não posso argumentar aqui em defesa da adequação do ponto de vista de que afirmativas puramente existenciais e isoladas deveriam ser classificadas como não-testáveis, recaindo portanto fora do campo de interesse do cientista. Desejo apenas deixar claro que, caso esse ponto de vista fosse aceito, seria estranho dizer que as afirmativas metafísicas não têm sentido, ou excluí-las da nossa linguagem. Se aceitamos que a negativa de uma proposição existencial tem significação, devemos aceitar também significativa a própria afirmativa existencial.

Fui forçado a salientar este ponto porque minha posição tem sido descrita com frequência como uma simples proposta para adotar a refutabilidade como critério de significação (em vez de demarcação), ou para excluir as afirmativas existenciais da nossa linguagem – pelo menos, da linguagem científica. Mesmo Carnap, que examinou meu pensamento em considerável grau de detalhe, e o relata corretamente, se sente compelido a interpretá-lo como uma proposta para excluir os elementos metafísicos (POPPER, 1981, p. 285/286).

<sup>41</sup> O realismo ontológico é o ramo da filosofia cujo objeto restringe-se aos fenômenos perceptíveis aos sentidos.

constituente, consistiria em reconhecer a existência de uma respectiva teoria regente com premissas fundamentais consolidadas no passado. Deste modo, à semelhança do que foi defendido por Loewenstein, percebe-se que a narrativa de Popper autoriza que, a partir de um marco teórico pré-estabelecido, continue-se a análise dos elementos essenciais do poder constituente mediante a observação do que sucedeu em diversos países da América Latina nas últimas décadas, desde que, para tanto, seja utilizada uma linguagem comum e fiel ao método.

Deve-se ressaltar, porém, que Popper, ao contrário de Loewenstein, não limitava o trato de fenômenos abstratos à mera análise de uma evidência perceptível, como um objeto arqueológico vem a se mostrar potencialmente revelador de um passado. Em verdade, do que se afere de sua exposição, a aludida falta de testabilidade de fenômenos dessa natureza finda por torná-los completamente dependentes da própria linguagem com que se expressam, que também teria força conceptiva para o correlato discurso científico. No que tange ao poder constituente, já não parece inverossímil crer que sua expressão através da norma constitucional permita análise de cunho ontológico a respeito de seus elementos essenciais, ou seja, com recurso à ontologia ou à metafísica, sobretudo para o estabelecimento de um ponto inicial para o desenvolvimento do correspondente método científico adequado para abordá-lo frente a um problema, que abarcaria, inclusive, a visitação de argumentos de índole mitológica. Afinal, conforme salientou,

(...) a maior parte das teorias científicas tiveram sua origem em mitos. O sistema Copérnico, por exemplo, inspirou-se na adoração neoplatônica da luz solar, que precisava ocupar o “centro” do universo devido à sua nobreza. Isso mostra como os mitos podem desenvolver componentes testáveis, tornando-se, no curso da sua discussão, importantes e fecundos para a ciência. Em *Logic of Scientific Discovery* dei vários exemplos de mitos que adquiriram a maior importância científica, entre eles o atomismo e a teoria corpuscular da luz. Não seria muito elucidativo explicar numa certa fase essas teorias não passavam de especulação sem sentido e depois subitamente se tornaram afirmativas razoáveis. (POPPER, 1981, p. 285).

Deste modo, conclui-se, se um específico discurso investigativo sobre o poder constituente for conduzido com respeito à linguagem expressa pelas normas constitucionais, para além das

metodologias mais tradicionais do positivismo jurídico, até então limitadas a declarar a existência dos elementos essenciais do objeto circunstancialmente investigado, será possível reconhecer alguma evolução dessa espécie de poder a partir de uma abordagem de cunho ontológico, ou seja, relativa à expressão de seu ser acaso exposta por novas manifestações de sua linguagem, a norma constitucional em si.

Para tanto, faz-se necessário, tão somente, respeitar os princípios fundamentais que embasaram o discurso constitucionalista que lhe serviram como parâmetro. E, de acordo com a ótica positivista, a linguagem e o método para se atingir esse objetivo seguiriam racionais se fiéis aos traços perceptíveis da expressão do poder constituinte, fossem eles materializados em regras formalizadas no corpo de uma Constituição escrita, ou simplesmente reconhecidos com esse *status* na hipótese de serem albergados em outras espécies de diplomas normativos de natureza constitucional reconhecida<sup>42</sup>, quando não, em última circunstância, sob a condição de normas não escritas, a exemplo do que ocorre com preceitos de índole consuetudinária.

Sob esse contexto, recorrer a uma análise de direito comparado parece harmonizar a linguagem comum construída pela dogmática positivista à necessidade de encontrar soluções para os novéis problemas que se apresentem, pois como Ferraz Jr. sintetizou,

(...) percebemos que o conhecimento dogmático dos juristas, embora dependa de pontos de partida inegáveis, os dogmas, não trabalha com certezas, mas com incertezas. Essas incertezas são justamente aquelas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas (ou inicialmente delimitadas) pelos dogmas. (...) queremos significar que a dogmática aumenta as incertezas (a questão incerta do justo e do equitativo torna-se mais complexa, pois tem de se haver com a norma proibitiva), mas de modo que elas sejam compatíveis com duas exigências centrais da disciplina jurídica: a vinculação a normas, que não podem ser ignoradas, e a pressão para decidir os conflitos, pois para eles tem-se de achar uma saída. (...) não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma

---

<sup>42</sup> O art. 5.º, §3.º, da Constituição do Brasil, ilustra-se, firma que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

argumentação conforme aos padrões dogmáticos. (FERRAZ JR, 2019, p. 27/28).

E ao assim suceder, caberia ao direito comparado investigar se as manifestações do poder constituinte ocorridas na América Latina respeitariam os primados fundamentais do constitucionalismo, para enfim, a partir daí, aferir se houve algum contributo à teoria que o rege. Essa é a delimitação metodológica da presente investigação: estudar a teoria do poder constituinte nos países da América Latina de acordo com os princípios do constitucionalismo mediante recurso a uma dogmática normativa relacionada ao direito comparado.

#### **4. O Direito Comparado enquanto uma linguagem possível para a investigação da teoria do poder constituinte na contemporaneidade.**

O direito comparado, à semelhança do que sucede ao movimento constitucionalista, embora representativo de um processo ainda em construção, já há muito detém elementos suficientes para lhe permitir alguma autonomia e identidade. Segundo Vicente, corresponde ao “(...) ramo da Ciência Jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas” (VICENTE, 2018, p. 18). Entretanto, conforme adverte, a despeito de ser compreendido enquanto ciência<sup>43</sup>, o direito comparado estaria mais próximo de cumprir função auxiliar, pois apesar de analisar normas jurídicas de diversos ordenamentos do planeta, jamais conseguiria, ao menos isoladamente, revelar ou estabelecer quaisquer comandos cogentes a propósito de um específico agrupamento humano<sup>44</sup>. Daí porque sua valia frente a sistemas que compartilhem características seria especialmente elucidativa, posto que sua missão primeva consistiria, sobremaneira, em (...) identificar um ‘núcleo comum’ (*common core*) dos sistemas jurídicos nacionais ou as melhores soluções dentre as que estes consagram (...)” (VICENTE, 2018, p. 28). Sob esse último aspecto, porém, Vicente seria confrontado por suas próprias considerações, pois o direito comparado, em verdade, estaria mais próximo de ser um método do que uma ciência genuína, eis que suas limitações para analisar o objeto proposto impossibilitariam atingir os resultados comumente

---

<sup>43</sup> Conforme Vicente expõe com mais pormenor, “(...) na verdade, não se trata de um ramo da ordem jurídica, mas antes de uma disciplina científica: um conjunto de conhecimento relativos a certo objeto, obtidos segundo determinado método ou métodos. Esse objeto é, no caso vertente, o próprio Direito na sua variedade de manifestações; e o método utilizado no estudo dele o que se baseia no confronto sistemático das suas diferentes expressões quanto a certo ou certos problemas concretos e na indagação dos fatores causais das semelhanças e diferenças assim detectadas. (VICENTE, 2018, p. 18/19).

<sup>44</sup> Não se refuta, porém, a teoria das interconstitucionalidades, referida no Capítulo IX, da parte 3.

esperados pelos processos científicos, a exemplo da verificação, quando não, a própria refutação da hipótese perquerida, eis que exerceria função meramente descritiva.

Não obstante, de uma forma ou de outra, seja compreendido como ciência autônoma, ou mesmo método científico auxiliar, ainda assim o Direito Comparado encontraria harmonia com os argumentos teóricos feitos por autores como Popper, Larenz e Ferraz Jr. acerca da metodologia apropriada para perquirir objetos de natureza abstrata, em específico, aqueles cuja existência dependa do estrito exercício da vontade criativa humana, como são as normas jurídicas. Nessas específicas circunstâncias, os pertinentes estudos de direito comparado poderiam ser empregados com confiabilidade, desde que, como ressaltam esses autores no que toca a quaisquer objetos abstratos, tratem-no com respeito a uma linguagem comum, ou seja, inteligível a partir da fidelidade aos seus paradigmas fundamentais, que em relação às normas jurídicas, corresponde à dogmática normativa, as próprias normas jurídicas em vigência<sup>45-46</sup>. Com efeito, tal qual leciona Luhmann,

(...) as estruturas e processos de um sistema só são possíveis em relação a um ambiente, e só podem ser entendidos se estudadas nesta relação. Assim é, pois só por referência a um ambiente é possível distinguir (num sistema dado) algumas funções como um elemento e outras funções como uma relação entre elementos. (LUHMANN, 2006, p. 99).

Não se ignora, porém, que a condução de um estudo de direito comparado com respeito a uma dogmática normativa não seja o único método possível. A gradual inserção de conceitos jurídicos

---

<sup>45</sup> Não obstante, salienta Vicente em sentido contrário,

(...) A dogmática dificilmente pode aspirar a conclusões universalmente válidas, pois toda a teorização dos fenômenos jurídicos tem como limite de validade a ordem ou as ordens jurídicas em que esses fenômenos se inserem. A dogmática não se basta, por isso, a si mesma nem dispensa a comparação jurídica. Só na base desta última se pode, com efeito, precisar o exato alcance das fórmulas abstratas a que conduz o labor construtivo do jurista.

Depois, porque o próprio Direito Comparado se serve das conclusões da dogmática em ordem a desempenhar as suas funções. Assim sucede, nomeadamente, quando o comparatista procura definir tipos de solução para certos problemas concretos. O Direito Comparado não pode, com efeito, prescindir da referência aos conceitos e institutos jurídicos que constituem como que a síntese dos comandos normativos vigentes nos ordenamentos a comparar. Nesta medida, é a dogmática que se revela instrumental relativamente à comparação jurídica.

Finalmente, porque as preocupações com a reconstrução e a sistematização do material jurídico, que dominam a dogmática, não são alheias ao próprio Direito Comparado: também este se ocupa, como vimos, da ordenação dos dados normativos singulares em grandes categorias, que melhor permitem captar o que neles há de essencial: as famílias, tradições ou culturas jurídicas, no caso da *macrocomparação*, e os tipos de soluções jurídicas para problemas concretos, na *microcomparação*. O Direito Comparado tem, *hoc sensu*, a sua própria dogmática.

O que, note-se, não importa adesão à tese segundo a qual existiria um *Direito Comparado dogmático*, ao qual caberia a formulação de novas regras jurídicas, mormente de Direito *comum* aos países ditos civilizados: o Direito Comparado auxilia decerto o jurista, como dissemos, na descoberta de soluções, mas estão fora do seu alcance os juízos de valor exigidos pela formulação de novas regras jurídicas, os quais apenas competem às disciplinas normativas.

Comparação de Direitos e dogmática jurídica podem, à luz do exposto, dizer-se atividades mutuamente complementares. (VICENTE, 2018, p. 31/32).

<sup>46</sup> Já em harmonia ao exposto, segundo Siems, "(...) a researcher that applies the traditional method needs to justify why this approach is seen as the most suitable for her topic" (SIEMS, 2014, p. 40).

indeterminados no textos legais, a assim exigir atuação mais ativa dos intérpretes e órgãos de jurisdição, conecta o Direito a outros ramos científicos e deles o torna dependente pela troca de elementos para manter seu sentido regulatório. Decerto, conforme igualmente é mencionado por Vicente ao tecer mais considerações sobre o assunto,

Não será por certo viável definir um método único a que deva obedecer a atividade comparativa: há hoje, ao invés, uma pluralidade de métodos utilizados na comparação de Direitos. Entre estes sobressaem: o que consiste na análise funcional das regras e institutos jurídicos; o que privilegia a investigação das suas causas e origens históricas; o que coloca em primeiro plano análise econômica dessas regras e institutos (o que, vendo bem, não é senão uma nova modalidade de funcionalismo, centrada na eficiência econômica das regras e institutos jurídicos em causa); e o que procura integrá-los no seu contexto cultural em ordem a compreendê-los devidamente.

Tais métodos não são mutuamente excludentes: a metodologia a observar na comparação de Direitos depende do objeto e das finalidades que esta concretamente prossiga. Podem por isso comparações relativas ao mesmo objeto ser validamente efetuadas segundo métodos diferentes, que assim se revelarão equivalentes ou complementares entre si. (VICENTE, 2018, p. 38/39).

Nesse ponto, aliás, autores como Siems também advertem sobre a existência de mais de um método de abordagem possível em direito comparado, inclusive apto para a elaboração de estudos entre países que, a princípio, não compartilham de uma matriz comum. Segundo aduz,

In terms of method, a comparison of very different countries often makes interdisciplinary research necessary. Whereas comparison between Western legal systems can take certain cultural similarities as given, a comparison of inheritance law across Western, Eastern and Southern legal systems (as in the Stanford course) has to consider more closely the extent to which these

legal rules are shaped by different value systems, family traditions, religious beliefs etc. Applying the traditional framework, it is possible for the researcher to address these points in the comparative stage of the research, i. e. after the having described and juxtaposed the legal systems in questions. However, such a structural separation of law and context may not always be advisable: [T]here is no one method of comparative law but a large variety of methods to compare laws, fitting the different objects of a given comparative project. For example, if we wish to compare the land law of Mali with the land law of Afghanistan, two legal cultures which a thick component of the legal system is neither written nor dominated by a formalized legal profession as in Germany or the US, we might find useful or even unavoidable to an ethnographic or anthropological method in the study of comparative law(...).

To conclude, non-Western legal systems can be part of a comparative analysis, and they should not be marginalised into area studies. Of course, the precise choice of countries depends on the topic of the analysis. For instance, if someone is interested in a specific technical detail of capital markets law, it can make sense to focus on Western countries, whereas a more general analysis of how businesses are financed may well analyse legal from different parts of the world. (SIEMS, 2014, p. 36/37).

Trata-se de circunstância que resulta do reconhecimento das alteridades entre as diversas culturas humanas, naturalmente detentoras de demandas e valores específicos<sup>47</sup>, pois como complementa Samuel, ao compartilhar a perspectiva de Legrand,

---

<sup>47</sup> Em sentido contrário, Vicente, apesar de se mostrar ciente sobre a diferença entre culturas, bem como da possibilidade da valia de métodos distintos para perquiri-las, mormente a propósito de suas respectivas necessidades, não admite a possibilidade de comparação entre sistemas não conexos. Para si: (...)

O estudo comparativo dos sistemas jurídicos tradicionais, ou de base religiosa, pelos quais se regem certos povos africanos e asiáticos pertence também ao Direito Comparado. Enquanto manifestações da pluralidade e diversidade de formas e conteúdos de que o Direito é suscetível, a sua relevância para o desempenho das funções cometidas à nossa disciplina não é menor do que a dos sistemas jurídicos europeus e norte-americanos. Pelo contrário: a compreensão da essência destes é grandemente facilitada pelo confronto com aqueles. A sua omissão no estudo comparativo dos Direitos daria, pois, uma visão redutora do objeto desta disciplina. Como nota Mário Losano, “o direito europeu não é superior aos outros, mas apenas diferente”.

(...)

Afigura-se-nos, por outro lado, altamente duvidosa a possibilidade de formulação de leis gerais sobre a evolução dos sistemas jurídicos, ainda que vigentes em sociedades sem quaisquer conexões entre si.

(...)

(...) ao Direito Comparado interessam os fenômenos jurídicos sobretudo como *realidades normativas*. Compete-lhe proceder, de acordo com os cânones metodológicos que adiante se referirão, ao confronto sistemático dessas realidades, em ordem a determinar os tipos fundamentais de soluções que o Direito positivo consagra para os problemas sociais que toma como objeto de regulação e classificar os sistemas jurídicos em categorias mais vastas, como as famílias jurídicas. (VICENTE, 2018, p. 33/34).

The key element, then, for Legrand is the notion of a legal *mentalité*. This is the object of the deep hermeneutical exercise – the signified – and positive rules of law are signifiers of these deep ‘cognitive structures’. These structures support and anchor the positive law, and it is the job of the comparatist to expose them. Accordingly the mere juxtaposition of two sets of positive rules, a juxtaposition which ignores the social, economic, historical and other aspects, cannot in any honesty amount to comparative legal studies. This cultural perspective aims ‘to make itself the instrument of a new global paradigm capable of registering an epistemological break with the old paradigm’ (...). (SAMUEL, 2014, p. 118/119).

Entretanto, como exposto nas linhas anteriores, não se deve perder a percepção de que aqui se intenta conduzir uma pesquisa guiada pelos paradigmas do constitucionalismo, não obstante a igual amplitude a que essa classificação se sujeita quando busca estabelecer uma identidade para o movimento constitucionalista em si<sup>48</sup>. Imprescindível, portanto, que seus elementos intrínsecos, como são a soberania de um corpo coletivo amplo - seja ele o povo ou a nação -, a garantia de direitos fundamentais e o exercício do poder em um regime que respeite a repartição de suas funções em diferentes órgãos sejam critérios respeitados ao longo de todo o processo. É nesse sentido, aliás, que Vicente estipula os seguintes requisitos para o regular desenvolvimento de um estudo de direito comparado, que para si,

Em todo o caso, qualquer comparação metodicamente empreendida deve a nosso ver incluir pelo menos três operações intelectuais distintas: a) A delimitação do objeto da comparação a realizar; b) A análise dos termos a comparar; e c) A identificação, numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respectivas causas.(...) (VICENTE, 2018, p. 38/39).

---

<sup>48</sup> Para Canotilho, “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo* mas *vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Por essas razões, de forma a manter coerência e confiabilidade, é necessário observar que a presente investigação inicialmente exerça análise comparativa a partir de sistemas jurídicos comuns, de forma a se optar por um dos troncos presentes, como são exemplos, dentre outros, a vertente romano-germânico ou *Civil Law*, além da *Common Law*. Somente a partir daí, desde que encontradas correspondências quanto à aplicação e fidelidade aos primados do constitucionalismo após a aferição de sua compatibilidade enquanto linguagem jurídica comum, é que se tornará possível, tal como anteriormente se reportou a Luhmann, aferir se emergiu alguma aprimoração ou releitura de seus primados. Afinal, de acordo com os dizeres de Siems, “(...) a researcher that applies the traditional method needs to justify why this approach is seen as the most suitable for her topic” (SIEMS, 2014, p. 40).

## **Capítulo II – Uma Teoria do Poder Constituinte a serviço do constitucionalismo.**

### **1. Considerações iniciais. A teoria do poder constituinte a serviço de um preceito ético.**

Ao discorrer sobre a teoria poder constituinte, Bonavides não exita em lhe atribuir um conceito subjetivo, cujo conteúdo, à semelhança do exposto no Capítulo I, é associado ao exercício da vontade, especificamente à vontade política, seja ela individual ou coletiva. Segundo afirma, “a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder” (BONAVIDES, 2002, p. 120). Trata-se de uma assertiva relevante, pois explicita a vinculação do poder constituinte a um preceito de ordem ética, sobretudo porque a percepção do que é legítimo condiz à esfera íntima, algo que sempre dependerá das impressões de quem seja atingido pelas ações de outrem. Sob essa perspectiva, a ideia de legitimidade para o exercício do poder constituinte derivará do êxito circunstancialmente atingido pela corrente de pensamento que a sustente para transmitir e materializar suas respectivas mensagens, de forma que, em não raras ocasiões, múltiplos desígnios de poder relativamente homogêneos venham a coexistir enquanto fonte da autoridade constituinte, ainda que em meio a um delicado jogo de equilíbrio de forças<sup>49</sup>, cuja manutenção será permanentemente ameaçada pela instabilidade intrínseca a quaisquer relações políticas.

Talvez ciente dessa circunstância, Bonavides não tarda em se valer do próprio aspecto subjetivo do conceito que apresentou para lhe impor uma restrição. Com clara referência à época das Revoluções Americana e Francesa, harmoniza seu pensamento à contemporânea doutrina constitucional para relacionar a teoria do poder constituinte às aspirações de reforma para o exercício da autoridade estadual semeadas ao longo do período Iluminista. Mediante a afirmação de que “surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII” (BONAVIDES, 2002, p. 120), atribui ao conceito de poder constituinte o elemento da legitimidade democrática popular, sobremaneira ao relacioná-lo ao movimento constitucionalista. É sob esse aspecto, aliás, tal como Canotilho também viria a discorrer, que se deve perceber o constitucionalismo ora abordado como representante de uma

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, consultar os argumentos de Ihering e Sen a propósito do processo de formação do Direito, mencionados no Capítulo III, item 3.1.

(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Daí porque, como logo sintetizaria, “o conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, 2003, p. 51). A importância dessas considerações, as quais relacionam o poder constituinte aos preceitos éticos característicos ao movimento constitucionalista, é revelar que uma investigação sobre ambos não pode ignorar a existência de circunstâncias históricas e motivações políticas, cujas necessidades, por obviedade, tendem a variar de acordo com as urgências impostas pelos problemas à tona em cada época e ambiência<sup>50</sup>.

No que especificamente tange ao presente esforço investigativo, que como exposto, será conduzido como um estudo de Direito Comparado em respeito às premissas de uma dogmática normativa, deve-se ressaltar que a norma constitucional somente terá valia para a hipótese de pesquisa que se propõe perquirir caso não se distancie dos primados éticos intrínsecos à doutrina constitucionalista contemporânea, os quais, como visto, condizem às aspirações limitadoras do poder estadual ao reconhecimento de sua origem popular. Com efeito, tal como aludido no Capítulo anterior, quando se reportou a Loewenstein, Popper, dentre outros<sup>51</sup>, apenas se esses parâmetros de ordem

---

<sup>50</sup> Decerto, como adverte Canotilho, (...)

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna entende-se 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 limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada 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. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de se ter já chamado “conceito ocidental de constituição” (Rogério Soares). Trata-se, porém, de um conceito ideal que não corresponde sequer – como a seguir se demonstrará – a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito”. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com “freios” e “contrapesos” feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um “vintista exaltado” português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a “ordem histórico-nacional das coisas” que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o *poder constituinte* –, teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.

As considerações anteriores justificarão ainda hoje a indispensabilidade de um conceito histórico de Constituição. Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídica-política num determinado sistema político-social. (...). (CANOTILHO, 2003, p. 52/53).

<sup>51</sup> Outrossim, à luz da ótica de Popper sobre a evolução do processo científico, deve-se atentar que a teoria do poder constituinte elaborada à época do Iluminismo, enquanto auxiliar ao movimento constitucionalista, terá parcela de seu conteúdo periodicamente revisto na medida em que os valores

subjetiva forem respeitados e formalizados pela norma constitucional, de forma a permitir a manutenção da coerência do discurso a ser desenvolvido, é que o caráter científico da investigação em curso será preservado. Deste modo, uma vez identificados os Estados latino-americanos que compartilhem os valores fundamentais ao consitucionalismo, sejam eles relativos à mais básica de suas premissas, pertinente à limitação do exercício do poder estadual, ou mesmo ao inevitável desdobramento daí decorrente a propósito de questões relacionadas à legitimidade, é que não apenas se tornará possível ratificar o posicionamento da teoria do poder constituinte enquanto marco teórico da presente investigação, mas também sua suficiência como teoria para lidar com os problemas contemporâneos, mesmo que de repercussão regional, de modo a assim corroborar ou refutar a hipótese ora investigada, correspondente a uma eventual contribuição dos países da América Latina para seu aprimoramento.

É precipuamente necessário, portanto, à semelhança do que Popper discorreu, demarcar os parâmetros para o desenvolvimento do processo investigativo. Afinal, é a contínua testabilidade da teoria do poder constituinte que corroborará sua confiabilidade e aptidão para explicar os fenômenos constitucionais contemporâneos, especialmente para lidar com problemas que sequer existiam<sup>52</sup>.

Esse entendimento dinâmico da realidade, acrescenta-se, converge com a descrição de Luhmann a propósito da contínua transformação sistêmica da realidade pela promoção de processos cujos êxitos, ao tempo de suas concepções, eram tidos como improváveis, posto que meras conjecturas<sup>53</sup>. Trata-se, ademais, de outro recém referido ensinamento de Popper<sup>54</sup>, no sentido de que à ciência, em síntese, corresponde um protagonismo transformador, pois o exercício de seu permanente encargo de tentar resolver problemas influi na dinâmica das relações entre objeto e ambiente, até que este último seja alterado ao ponto de revelar que dada solução, se antes era suficiente, já não mais se demonstrará adequada caso mantenha seus desígnios de origem. Ainda

---

intrínsecos ao constitucionalismo adaptem-se para lidar com os questionamentos que venham a desafiar a manutenção de sua materialidade enquanto paradigma ao longo de tempo.

<sup>52</sup> Conforme salienta Popper, uma vez que "(...) a ciência deve ser vista como o desenvolvimento de um problema para outro – problemas cada vez mais profundos.

A teoria científica – ou explicativa – é, de fato, uma tentativa de resolver um problema científico, ou seja, um problema relacionado à descoberta de uma explicação.

Admite-se que as expectativas (portanto, as teorias), podem preceder, historicamente, até mesmo os problemas. A ciência, contudo, origina-se unicamente em problemas. Os problemas só aparecem quando as expectativas malogram, ou quando as teorias nos trazem dificuldades e contradições – que podem surgir dentro de uma teoria, entre duas teorias diferentes, ou como resultado de um conflito entre elas e nossas observações. Além disso, só nos tornamos conscientes de que sustentamos uma teoria a partir do momento em que enfrentamos um problema. O problema suscita o desafio de aprender, avançar o nosso conhecimento, experimentar e observar" (POPPER, 1994, p. 247).

<sup>53</sup> Consultar nota n.º 27.

<sup>54</sup> Com efeito, à semelhança de Luhmann, Popper expressa que "os problemas só aparecem quando as expectativas malogram, ou quando as teorias nos trazem dificuldades e contradições – que podem surgir dentro de uma teoria, entre duas teorias diferentes, ou como resultado de um conflito entre elas e nossas observações. Além disso, só nos tornamos conscientes de que sustentamos uma teoria a partir do momento em que enfrentamos um problema. O problema suscita o desafio de aprender, avançar o nosso reconhecimento, experimentar e observar" (POPPER, 1981, p. 246).

assim, certo é que o conhecimento não deixará de ser incessantemente confeccionado, pois a necessidade de se encontrar saídas para os novéis dilemas resultantes da alteração do ambiente por soluções passadas permanecerá.

Sob tais parâmetros, é imperioso atentar que o constitucionalismo pressupõe o respeito a princípios que lhe são fundamentais, especialmente a limitação do poder, a propiciar a submissão voluntária e sem resistência dos indivíduos a uma ordem jurídica superior que lhes pareça legítima ou, ao menos, não lhes provoque o ímpeto de resistência. Constatar essa circunstância requer análises mais profundas do que o simples reconhecimento formal de uma Constituição, pois à semelhança do que foi exposto por Loewenstein, somente se a Constituição, enquanto norma fundamental, garantir voz aos que almeja reger, é que então refletirá a origem democrática de sua autoridade. Não por acaso, discorre Barroso,

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários. (BARROSO, 2016, p. 29).

A presente investigação, como já aludido, versará sobre a teoria do poder constituinte relacionada ao movimento constitucionalista, de forma a aferir sua manutenção enquanto marco teórico geral e, com isso, tentar fornecer explicação para as contemporâneas manifestações constitucionais ocorridas na América Latina, sem, contudo, descaracterizar a essência de seus preceitos. Daí porque, precipuamente, devem ser traçadas considerações sobre o Estado, a despeito de autores como Loewenstein defenderem que ele somente exista após o advento de uma ordem

constitucional, ou até mesmo Bourdeau, que com uma aceção mais política que jurídica, em sentido inverso, afirma que a ordem constitucional dependa dele, o Estado, para existir<sup>55</sup>.

## **2. A irrefutabilidade do Estado enquanto expressão de um valor mitológico necessário para a construção de uma racionalidade.**

Em 1946, ainda sob a sombra dos movimentos nacionalistas de natureza totalitária que, apenas poucos anos antes, haviam propagado a idéia de supremacia racial, cuja repercussão foi suficiente para contribuir como parte dos fatores determinantes para a deflagração da 2.ª Guerra Mundial, publicou-se a obra intitulada “The Myth of the State”, de autoria do filósofo alemão Ernest Cassirer, então recentemente falecido. Seu trabalho investigativo discorreu sobre o aceite do Estado enquanto uma idéia pré-concebida, fruto da razão humana, sobremaneira da razão que se escolheu aceitar, sem desconsiderar, todavia, que ele, o Estado, já há muito se fazia presente como um dos componentes irrefutáveis do ambiente social comum à vida cotidiana da quase totalidade dos agrupamentos humanos.

Apesar de a obra de Cassirer certamente haver sido influenciada pelo contexto da época em que escrita, um período no qual a geopolítica era caracterizada por forte representação colonial, em que a idéia de soberania territorial era um discurso mais difundido do que efetivamente exercido por grande número de atores políticos da ordem internacional, não parece incorreto compartilhar o cerne de seu pensamento, no sentido de que cada indivíduo, sem exclusão daqueles nascidos em territórios coloniais, desde sempre cresceria e formaria sua percepção e crítica sobre a pertinente realidade a partir dos parâmetros organizacionais regulamentados com maior ou menor complexidade por alguma ordem estadual no exercício do poder de império<sup>56</sup>, ainda que, a propósito dessa mesma ordem, viesse-se a discordar e, circunstancialmente, contrapor-se. Mas não somente. Como também é possível assimilar de sua exposição, para além do senso comum, um específico grupo de indivíduos, os primeiros teóricos do Estado<sup>57</sup>, destacar-se-ia por atribuir um discurso racional a esse ente.

---

<sup>55</sup> De acordo com Bourdeau, “(...) l’Etat doivent se prendre alors seulement que commence à exister un organisme qui, aux hommes du XVI siècle, apparut comme assez neuf pour qu’ils sentissent le besoin de le doter d’un nom: un nom que les peuples, à la même époque, se repassèrent aussitôt l’un à l’autre” (BURDEAU, 1970, p. 32).

<sup>56</sup> O termo poder de império, ora utilizado, reporta-se à capacidade de o Estado impor soberanamente sua vontade com vistas a atender ao interesse público

<sup>57</sup> Reporta-se, aqui, às diversas eras em que diferentes sociedades poderiam se encontrar em um mesmo período histórico, a exemplo das Idades da Pedra, Metais etc.

Deve ressaltar, no entanto, que a diversidade dos parâmetros de observação proporcionada por um ambiente social complexo, variasse da intuição ordinária à racionalidade científica, sempre haveria de figurar como fator potencialmente sugestivo das percepções sobre o Estado. Consoante Cassirer manteria implícito em seu discurso, o ente estadual sempre viria a transparecer existência que se reportava a tempos imemoriais, sobretudo porque, também em momento indeterminado da história, espontaneamente passara a ser identificado pelos indivíduos como um elemento indispensável ao ambiente perceptível. Sensações antes unicamente restritas ao campo dos instintos, como são o temor, o abrigo, dentre outras, pouco a pouco, deixaram de ser comum e unicamente impulsionadas pelo confronto do ser humano com as manifestações da natureza. A humanidade, ocasionalmente, foi surpreendida pelas deficiências para preservar sua memória e, ao assim suceder, a despeito de uma intrínseca imaterialidade e conseqüente precípua inaptidão para provocar estímulos sensoriais, o Estado eventualmente se tornaria capaz de despertar grande diversidade de reações no campo do comportamento. Ocorressem em agrupamentos, clãs ou sociedades, elas emergiriam espontânea e progressivamente ao longo do período necessário para que a pertinente sugestão da existência de uma autoridade governante fosse sedimentada no inconsciente dos indivíduos, os quais, como dito, eventualmente se esqueceram de sua responsabilidade histórica fundamental para com o a criação desse ente. Haveria, em suma, um novo agente estimulador, mas desta feita, ao invés de um fenômeno físico, seria uma entidade dotada de feições imateriais, apesar de nem sempre vir a se consolidar em concomitância ou de forma sequencial entre os povos<sup>58</sup>.

Não ao acaso, como Cassirer igualmente deixaria transparecer ao longo de sua investigação, parcela das narrativas historicamente confeccionadas a respeito do ente estadual, incluídas análises científicas elaboradas por teóricos específicos, não raras vezes demonstrariam certa inclinação em benefício do correspondente discurso legitimador mais adequado ao modo de agir do Estado nos diferentes períodos da história. Com efeito, ao assim discorrer, Cassirer provavelmente não apenas almejasse demonstrar consciência acerca de uma vasta gama de perspectivas suscetíveis de orientar abordagens sobre o ente estadual, como também revelar que seu trabalho, caso buscasse atingir alguma conclusão fidedigna, não deveria desconsiderar o latente antagonismo potencializado por exposições construídas a partir de tamanha diversidade de fontes, que a despeito de original e potencialmente autônomas, nem sempre poderiam ser consideradas incorretas ou incompatíveis entre

---

<sup>58</sup> Reporta-se, aqui, às diversas eras em que diferentes sociedades poderiam se encontrar em um mesmo período histórico, a exemplo das Idades da Pedra, Metais etc.

si. Foi então que, tal qual já transparece obviedade, às vistas dessa expressiva diversidade de alternativas e como qualquer indivíduo se comportaria frente à diversidade, Cassirer exerceu um ato de escolha. Decidiu por elaborar seu discurso científico a partir de um dos parâmetros que se faziam presentes em seu ambiente cognoscível.

Através da percepção de que o Estado apenas se tornou objeto de estudos metodológicos posteriormente à generalizada consciência de que o exercício do poder de governo por alguma entidade imaterial já constituía uma realidade incontestada, que não apenas acompanhava o cotidiano de todo o ser humano a contar do nascimento, como também passara a ser percebida pelos indivíduos de maneira semelhante a como os sentidos são ordinariamente estimulados pelos fatos e fenômenos da natureza, Cassirer deliberadamente optou por perquirir o Estado como resultado de uma abstração. Essa foi a hipótese de pesquisa a que se propôs investigar, a assim rememorar as referências de Viehweg a propósito de Aristóteles e a Tópica, no sentido de que essa prática cognitiva “(...) tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável (VIEHWEG, 2008, p. 2008), que no caso em exame, reporta-se ao Estado, acaso entendido como evidência do ambiente social.

Com efeito, a consciência de Cassirer sobre a irrefutabilidade da presença do ente estadual no ambiente cognoscível, que como exposto, viria a acompanhar sua narrativa enquanto fator determinante, é especialmente aferida quando o autor restou compelido a enfrentar um dos principais dilemas relacionados ao objeto de sua investigação. Tratava-se da tensão resultante da tentativa de explicar ou justificar o aceite do Estado ao longo da história, sobremaneira, o aparente reconhecimento de que ele - ou alguma outra ordem de igual natureza, mesmo se não classificada sob essa nomenclatura -, restaria autorizado a exercitar referido poder de império sobre os indivíduos, bem como, em reflexo, sobre esses impor mandatória contrapartida, a ser expressa por conduta de um inferido dever de obediência.

A solução para esse problema, segundo Cassirer, inevitavelmente passaria pela própria recém indicada abstração elevada por si à condição de pressuposto, em que o Estado, inobstante presumida e essencialmente apresentasse origens no consciente exercício de construção pelo pensamento, em momento hoje ignorado, passara a ser considerado como um dos elementos indissociáveis do ambiente cognoscível. Como resultado, sobretudo por não haver espontaneamente advindo da universalidade dos fatos da natureza – senão motivado pela dinâmica das interações sociais -, a partir de dado instantâneo da história, o ente estadual já não mais poderia ser desconstituído

ou negado pelo próprio pensamento criador. Atingiria, em suma, a essência de verdadeiro dogma, pois ocasionalmente, não mais se manteria vulnerável a sofrer sobreposições ou desvencilhamentos.

Decerto, ante um ângulo de percepção quase sensorial, assim como integra o conhecimento vulgar que os objetos são irremediavelmente atraídos ao solo por força da lei da gravidade, aos agrupamentos humanos e seus indivíduos, de igual maneira, não restaria alternativa que fosse diversa à necessidade de aprender a conviver com a existência do Estado, cuja percepção, conforme mencionado, paulatinamente transformar-se-ia em um misto de imperativo social e premência para a manutenção da vida, ou talvez da vida sob ordem. Esse seria o mais simples fundamento das explicações de Cassirer a respeito da subentendida necessidade de aceite de um comando generalista de caráter mandatário, bem como do respectivo dever de acato.

Todavia, dinâmicas e problemas outros não deixariam de emergir dessa pressuposta ausência de questionamentos acerca da necessidade – ou mesmo imperatividade - de um comando a ser exercido por uma entidade imaterial. Sem espaço para dúvidas, como ricamente restaria demonstrado ao longo da história da humanidade, indagações sobre legitimidade e concordância com o *status quo* não tardariam a sobressaltar enquanto dilemas a demandar enfrentamento.

Entretanto, a despeito de uma aparente simplicidade, dispensar especial atenção à primeira das consequências acarretadas pela propagação de narrativas sobre o Estado revelar-se-ia grave equívoco. Isso porque, durante o progressivo aceite de sua inevitável interferência no fluxo ordinário da vida humana, a difusão de narrativas foi fundamental para o futuro assentamento da organização sistêmica do ente estadual propriamente dito, pois essas lhe proporcionavam desfrutar de maior estabilidade, mesmo que, para tanto, nem sempre houvesse plena convergência com os discursos que se faziam contemporâneos entre si. Por certo, como sutilmente aludido ao início deste tópico, desde o momento em que a concepção do Estado atingira grau de regularidade suficiente para torná-lo objeto de abordagens metodológicas de caráter científico, as quais, por sua vez, ainda que de tempos em tempos, possibilitassem a materialização de pontuais aprimoramentos em benefício da humanidade, notar-se-ia que, nem sempre todas as teorizações viriam a ser executadas de forma imparcial, muito menos com vistas a promover o bem comum. Afinal, consoante Cassirer também deixaria exposto em reiteradas passagens ao longo de seu trabalho investigativo, a depender da pluralidade de parâmetros circunstancialmente propiciada pelo ambiente em que o agente observador se encontrasse inserido, haveria certa margem de discricionariedade para que os subsequentes discursos sobre o Estado fossem

conduzidos com vistas a se atingir um fim previamente estabelecido pelo próprio investigador, que não necessariamente atuaria de forma imparcial a todo instante <sup>59</sup>.

De fato, em inúmeras oportunidades que se abriram ao longo da história, muitos teóricos do Estado propositalmente viriam a optar por seguir caminhos mais favoráveis à defesa política de uma determinada classe ou segmento, mesmo que, para atingir esse almejado objetivo, viessem a se valer de um discurso pseudocientífico, geralmente conduzido em conformidade com os fins egoísticos precípua e prematuramente elevados por si à contraditória condição de pressupostos. Por essa mesma razão, não raras vezes, esses mesmos pressupostos também se demonstrariam organicamente incompatíveis, na medida em que a coexistência somente se revelaria possível após um esforço deliberado para assentar bases pela inversão da ordem natural dos acontecimentos, sobretudo mediante a valia de métodos teratológicos, ou seja, desprovidos de quaisquer respaldos em critérios objetivos, a dar ensejo a uma pseudo-cientificação de desejos íntimos, quando não, razões sacras ou políticas, com alguma frequência arbitrarias. Certo é que, de tempos em tempos, haveria o evidente prevailecimento de uma discricionária seleção de argumentos difundidos por quem não demonstrasse comprometimento para adaptá-los - quiçá deturpá-los - em benefício de suas egoísticas convicções pessoais<sup>60</sup>. Não seria por outro motivo, aliás, que Cassirer, mediante afirmação que se revelaria importante não apenas para sua investigação, mas proveitosa para quaisquer outras com objetos relacionados ao comportamento humano, expressou que

---

<sup>59</sup> Consultar nota n.º 10.

<sup>60</sup> Como Burdeau expressaria, "(...) Personne n'a jamais vu l'Etat. Qui pourrait nier cependant qu'il soit réalité? La place qu'il occupe dans notre vie quotidienne est telle qu'il ne pourrait en être retiré sans que, du même coup, soient compromises nos possibilités de vivre. Nous lui prêtons toutes les passions humaines: il est généreux ou lade, ingénieux ou stupide, cruel ou débonnaire, discret ou envahissant. Et, parce que nous le tenons pour sujet à ces mouvements de l'intelligence ou du coeur qui sont le propre de l'homme, nous dirigeons vers lui les sentiments que, d'ordinaire nous inspirent des personnes humaines: la confiance ou la crainte, l'admiration ou le mépris, la haine souvent, mais parfois aussi un respect timoré où une atavique et inconsciente adoration de la puissance se mêle au besoin que nous avons de croire que notre destin, pour mystérieux qu'il soit, n'est pas abandonné au hasard. De même que l'histoire de l'Etat résume notre passé, son existence dans le présent nous paraît préfigurer notre avenir. Cet Etat, il nous arrive de le maudire, mais nous sentons bien que, pour le meilleur comme pour le pire, nous sommes liés à lui.

Et cependant l'observation des phénomènes concrets ne nous révèle rien qui permette d'appréhender sa réalité. Nous voyons des gouvernants, des services, des territoires; nous voyons des règles et il nous suffit de les enfreindre pour connaître de la façon la plus tangible, sous les traits du gendarme et du juge, l'autorité dont elles sont investies. Nous voyons aussi sur les cartes, le pointillé des frontières, et, quand bien même les douaniers seraient débonnaires, nous constatons, dès que nous les avons franchies, que nous ne sommes plus "chez nous". Ce sentiment nous fait sentir notre allégeance, mais il ne nous en indique pas directement l'origine et la portée. Dans tous ces faits, il y a sans doute des signes qui sont autant d'approches conduisant à l'Etat. Mais aucun d'eux isolément, ni leur addition ou leur synthèse, ne constitue l'Etat.

Il n'est ni territoire, ni population, ni corps de règles obligatoires. Certes, toutes ces données sensibles ne lui sont pas étrangères, mais il les transcende. Son existence n'appartient pas à la phénoménologie tangible; elle est de l'ordre de l'esprit. L'Etat est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé.

Cette affirmation doit être entendue au pied de la lettre. En effet, il ne s'agit pas d'un de ces concepts dont abonde notre outillage mental et qui n'ont d'autre raison d'être que de fournir à la réflexion une idéalisation synthétique du réel. Ainsi en est-il, par exemple, chez les juristes, du concept de patrimoine qui systématise, pour faciliter le raisonnement, un ensemble de données (biens, obligations, droits réels, etc...) qui ont une existence objective. Il en va autrement pour l'idée de l'Etat. Ce n'est pas une construction de l'esprit destinée à rendre compte d'une réalité préexistante. Il est, lui-même, toute la réalité qu'il exprime car cette réalité réside entièrement dans l'esprit des hommes qui la conçoivent" (BURDEAU, 1970, p. 13/14).

(...) no biological principle can guide us in our investigation. There is no real analogy between natural and cultural phenomena. Human culture must be studied according to specific methods and principles. And where could we find a better guide for this study than in human speech – the element in which man lives, moves and has his being? (CASSIRER, 2018, p. 16)

Decerto, ao contrário do que sucedeu nos primórdios do Iluminismo, é imprudente aplicar às ciências naturais metodologias intrínsecas às ciências humanas. Muitas das vezes, o elevado coeficiente de subjetividade característico aos objetos de estudo das humanidades sujeitavam as conclusões alcançadas por esses esforços investigativos à imprevisibilidade dos comportamentos, a assim mais aproximá-las a um exercício de probabilidade do que a uma aferição de certeza inexorável. Não é por outra razão, salienta-se, que um mesmo objeto cultural, a exemplo do Estado, é suscetível de ser abordado de forma independente por diversos ramos das ciências humanas, como são a filosofia, a política, a sociológica, a antropologia, o direito, dentre outras, a caracterizar, de tal modo, circunstância incomum ao ordinário universo das ciências naturais. Daí porque, deve-se atentar, como aliás já dedutível da compilada passagem antecedente, Cassirer não somente era ciente a respeito da profícua diversidade de caminhos – ou os “parâmetros possíveis de percepção” a que se fez alusão nos parágrafos iniciais deste tópico -, como também conscientemente decidira por perquirir o ente estadual enquanto expressão da linguagem, ou seja, sob a condição de objeto de estudo de um específico ramo do saber, a ciência da comunicação<sup>61</sup>.

Não se pode ignorar, entretantes, que mesmo ao assim proceder, Cassirer não deixou de se salvaguardar, pois não desconsiderou que da irrefutável percepção da presença do Estado e, conseqüentemente, do seu respectivo dever de obediência, derivaria o risco de sua manipulação pelo discurso. Alertou, para tanto, que “we must learn how to obey the laws of the social world before we can undertake to rule it” (CASSIRER, 2018, p. 295).

Com efeito, Cassirer dificilmente poderia conduzir-se de modo diverso. Como ocorre em relação a qualquer objeto de pesquisa, um fenômeno perceptível mas incompreendido, por mais

---

<sup>61</sup> Cassirer, com isso, aproximou-se, à teoria fenomenológica do Direito, ou mesmo da tópica de Viehweg, segundo a qual, sintetizou Larenz com referências a Adolf Reinach, “(...) O Direito positivo “não produz em nada” os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles. Esses conceitos têm uma estrutura própria, sobre a qual podemos enunciar proposições apriorísticas; e se o Direito positivo é livre de “os acolher na sua esfera ou deles divergir”, todavia não consegue “afectar a sua existência específica”. Pelo contrário, a “estrutura do Direito positivo só se torna inteligível através da estrutura da esfera exterior ao Direito positivo”. Encontramos nessa esfera objectos específicos, que “não pertencem à natureza em sentido próprio, que não são físicos nem psíquicos, e que igualmente se distinguem, pela sua temporalidade, de todos os objectos ideais”. Com efeito, “as pretensões e as obrigações nascem, duram algum tempo e depois desaparecem de novo” (LARENZ, 2014, p. 153).

simples que seja, somente galgará alguma finalidade utilitarista, seja ela boa ou ruim, a partir do momento em que as barreiras contrárias ao seu pleno conhecimento comecem a ser sobrepujadas. No que especificamente se reporta ao Estado, de igual modo, apenas em seguida a sua respectiva organização sistêmica através de uma série de regramentos, ainda que incipientes, mas estabelecidos pela ciência e seus diversos ramos das humanidades, sejam o social, o político ou o jurídico, quando não pelo conjunto de alguns deles ou mesmo em decorrência da absoluta comunhão de todos, é que o ente estadual restaria sedimentado no seio de algum agrupamento humano enquanto fenômeno apto a exercer autoridade vinculante sobre seus integrantes. O Estado, nesse cenário, igualmente passaria a constituir uma das ferramentas a ser utilizada por esse mesmo grupo para o exercício de seus múltiplos interesses, interações e, sob a ótica de Cassirer, comunicar-se.

Não por outra razão, sensível de que a própria natureza subjetiva do Estado implicava que fosse constituído e investigado à luz do discurso humano, Cassirer optou por estudá-lo enquanto um fenômeno da linguagem, ou seja, à luz da ciência da comunicação. Decidiu, portanto, por especificamente classificar o Estado como um mito, aos menos quanto a suas origens, mormente porque sua estrutura, durante o transcurso da história, sempre se demonstrou vulnerável à influência das crenças de cada período, bem como às particularidades das distintas regiões em que se soerguesse, dinâmica que não tardaria a se revelar constante, talvez a trazer à baila a imagem de que o Estado seria um ente em processo de construção, cuja narrativa, por ser incompleta, ora fundava-se em valores de cunho religioso, ora morais, ou mesmo científico/rationais.

### **3. A maleabilidade dos preceitos teóricos conforme os problemas de cada época e o inevitável reconhecimento da regência por uma autoridade abstrata.**

A regência dos agrupamentos humanos pela crença em uma entidade imaterial de natureza abstrata<sup>62</sup> demonstrará maior ou menor capacidade de persuasão perante os indivíduos a depender do tempo histórico em que ocorra, aliada às peculiaridades de cada espaço territorial. Como consequência, o respectivo grau de autoridade de que o Estado disponha para agir corresponderá ao reflexo definido, precipuamente, pela amplitude entre o alcance e o aceite de sua influência sobre os indivíduos. A estabilidade do ente estadual, sob esse aspecto, variará de acordo com o

---

<sup>62</sup> Aqui se refere ao Estado em sentido lato, simbolizado pelo exercício de uma autoridade, fosse singular ou coletiva, com poder para ditar normas imperativas de conduta, ainda que de forma consuetudinária pelo consenso, cumpri-las ou fazê-las cumprir mediante a aplicação de sanções.

desenvolvimento da dinâmica que consiga manter com seu ambiente de inserção, cuja essência, por sua vez, transformar-se-á ao passo que seu respectivo discurso estruturante seja aprimorado, fragilizado, ou mesmo desconstituído. Ainda assim, uma vez estabelecida no consciente da generalidade dos indivíduos, tornar-se-ia difícil assumir que a crença em alguma entidade imaterial detentora de certo poder de governança eventualmente poderia deixar de acompanhar o cotidiano da humanidade, ao menos no que condiz à mais simples de suas características fundamentais, que é a essência abstrata<sup>63</sup>.

Com efeito, não parece adequado refutar que o processo civilizatório se estruturou politicamente com alguma semelhança em todos os cantos do globo, mesmo que em diferentes épocas e com velocidades distintas, mormente em razão de obstáculos naturais e tecnológicos que dificultavam o contato entre comunidades, quando não, a própria ausência de conhecimento sobre a existência de agrupamentos análogos. Fatores ligados ao distanciamento geográfico, acidentes de relevo etc., além da precariedade dos meios utilizados para sobrepujá-los<sup>64</sup>, por longo período constituíram barreiras que mantiveram a comunicação circunscrita à respectiva região de seus interlocutores. Em verdade, foram essas dificuldades para o intercâmbio de informações que, por vezes, conduziram determinadas sociedades a diferir quanto às eras históricas em que se encontravam<sup>65</sup>. Apenas quando os primeiros contatos interculturais finalmente se estabeleceram com alguma constância<sup>66</sup>, é que o discurso justificador de uma ordem estadual galgou homogeneidade, sobretudo no que concerne a seus elementos estruturais.

Decerto, tal qual singelamente abordado linhas atrás, é necessário recordar que sempre houve uma evidência responsável por suggestionar autores como Cassirer a interpretar o Estado como uma abstração ou, mais especificamente, enquanto a síntese de um processo complexo fundado sobre argumentos imateriais, senão folclóricos. Com pouca margem para dúvidas, no que especificamente tange a si, é mais do que provável que as ondas de autoritarismo político e de intolerância racial que varreram a maior parte do planeta há cerca de um século, cujo fluxo, aliás, em dado momento, também vitimara o próprio Cassirer<sup>67</sup>, hajam se constituído como um fator catalisador para sua investigação.

---

<sup>63</sup> Com efeito, o desaparecimento de um Estado daria margem a outro, que assumira seu lugar, de forma a, caso não impossibilitasse vácuos de poder, tornaria a ausência da regência de uma autoridade um fenômeno meramente circunstancial.

<sup>64</sup> Os acidentes geográficos foram elementos decisivos para a ascensão de diferentes entes estaduais na América Latina, conforme exposto no Capítulo VI.

<sup>65</sup> Consultar nota n.º 53.

<sup>66</sup> Aqui se reporta a uma embrionária concepção do fenômeno da globalização.

<sup>67</sup> De origem judaica, Cassirer foi compelido a deixar a Alemanha, após a ascensão de Hitler ao poder. Emigrou para a Suécia e, após, aos Estados Unidos, onde se tornou professor na Universidade Yale e, depois, na Universidade da Columbia.

Ocorre que essa evidência, por si elevada à condição de razão justificante, muito embora presente à época em que veio a conduzir seu estudo, curiosa e reversamente destacava-se pela remissão a supostos fatos do passado. Isso porque, não obstante perceptivelmente se reportasse aos movimentos políticos de seu tempo, em especial, aos regimes detentores de natureza totalitária que ganharam protagonismo durante a primeira metade do século XX, os quais se destacavam pelo comprometimento de vincular o Estado ao serviço de um ideal de supremacia racial fincado em raízes supostamente ancestrais, sobretudo de índole mitológica, por semelhante maneira, provavelmente foram eles que lhe descortinaram o viés mítico com que viria a analisar o Estado, ao ponto de o motivar a revisar grande parte das narrativas historicamente contadas pela filosofia política a propósito da construção dessa entidade. De uma forma ou de outra, foi esse enfoque de uma concepção mitológica sobre os fundamentos do Estado, mormente quanto a suas origens, que permitiu a Cassirer delinear uma sequência de ciclos que intentaram justificar o exercício do poder estadual ao passar do tempo, ainda que, ocasionalmente, da imperfeição que lhes era característica, resultassem desdobramentos virtuosos. Não por outro motivo, ilustra-se, logo ao início de seu trabalho, veio a expressar que “the preponderance of mythical thought over rational thought in some of our modern political systems is obvious” (CASSIRER, 2018, p. 03).

A fim de sustentar essa abordagem, especialmente distinguível por revelar os vícios de seu objeto, Cassirer se manteve atento para não permitir o distanciamento de sua narrativa em relação ao atributo mais básico da linguagem, que é propiciar a comunicação. Ao se deixar reger pela concepção de que o ato comunicativo, em sua mais simples acepção, consiste na conduta de transmitir uma mensagem, percebeu que, independente do meio pelo qual ela fosse difundida, desde que houvesse certa convergência de conteúdo, bem como regularidade no tocante à transmissão em si, restaria formado cenário favorável para que, gradualmente, alguma idéia sobre o ente estadual fosse melhor assimilada entre os indivíduos e, com isso, galgasse robustez. De fato, ao ser escrita pela dinâmica entre os diversos agrupamentos humanos, a história ajudaria a justificar seu ponto de vista. O discurso a respeito da presença de uma entidade estadual se desenvolveria de maneira ampla, emergindo autônoma e espontaneamente em distintas culturas, embora sem simultaneidade.

Contudo, esse nem sempre seria um diálogo caracterizado por respeito e compreensão mútuas, ou mesmo conduzido pacificamente. Por certo, no momento em que fracassasse a formação de laços espontâneos de identidade ou consenso, a homogeneização de um dos discursos estruturantes da ordem estadual não decorreria pelo mérito ou justiça da narrativa, por mais subjetivo

que esses critérios fossem, mas adviria pelo prevailecimento daquele que houvesse demonstrado maior habilidade para persuadir os demais interlocutores, mesmo que a mensagem fosse imposta pelo uso da força. Essa última hipótese, porém, não se restringiria necessariamente ao emprego da força física. Ela poderia ocorrer de forma subliminar, sob o disfarce de outra medida de persuasão, consubstanciada em meios como a robustez econômica, expressões culturais, linguísticas etc., desde que capazes de angariar êxito, isoladamente ou em conjunto.

Percebe-se, sob esse contexto, que para ambas as situações, fosse pelo estabelecimento do consenso entre os indivíduos de um ou mais agrupamentos ou, em hipótese menos espontânea, pela mútua interferência, senão submissão face a valia da força, ocorreria um conjunto de assimilações, adaptações, privações ou mesmo renúncias, cujos graus de prevalência, ao fim, variariam conforme a pertinente dinâmica de reciprocidade e, em circunstâncias marcadas pelo extremo, pela completa sobreposição de um discurso estruturante da ordem estadual por outro. Do que se expõe, torna-se cada vez mais evidente que não tardou para se estabelecer um consenso sobre a necessidade de existência de alguma ordem estadual que centralizasse a governança e a organização da sociedade. Não ao acaso, Cassirer veementemente afirmou que

We must, once for all, make an end to this isolation. Man's thought admits of no radical heterogeneity. From the beginning to the end, from the first rudimentary steps to the highest attainments, it remains always the same; it is homogeneous and uniform. (CASSIRER, 2018, p. 08).

Como se vislumbra, a observação de Cassirer relacionava-se às origens do Estado enquanto ente nos diversos agrupamentos humanos, mas não a sua posterior organização. Este último *status* seria fruto exclusivo da diversidade entre os indivíduos e da relação subjetiva que mantivessem com o respectivo ambiente. Sob essa ótica, apesar de cada agrupamento compartilhar a premissa de se organizar sob alguma espécie de ordem estadual, quando em contato, todos eles passaram por um processo subjetivo de auto-afirmação de valores. Não por outra razão, Cassirer chegou a traçar alegoria com a teoria da evolução de Darwin, a sugerir que a concepção de Estado detentora de maiores chances de prevalecer nem sempre corresponderia à que se apresentasse mais forte, mas sim a que apresentasse melhor aptidão para difundir e adaptar sua mensagem em dado ambiente.

Todos esses argumentos apenas reforçam a essência abstrata de que o Estado dispõe por ser uma entidade intrinsecamente vinculada ao exercício do pensamento. E em razão de ser constituído por ocasião de um posicionamento político ao invés de relacionado a uma necessidade imposta por algum fenômeno da natureza, sobretudo porque cada grupo de indivíduos, naturalmente, padeceria de suas próprias necessidades conforme os valores que seus membros comungassem, o Estado, enquanto manifestação da linguagem, quase sempre estaria sujeito a circunstanciais corrupções pela tradição oral, muitas das vezes deliberadamente conduzidas em prol dos interesses egoísticos de uma específica parcela de interlocutores.

Essa maleabilidade sobre sua narrativa é que lhe revelaria seu mais básico fundamento, a origem comum do ente estadual, que sob a ótica adotada, seria sintetizada através da figura da linguagem do mito, que por obviedade, em sua essência, nada mais representaria do que uma mera abstração, cuja natureza é claramente metafísica.

Outrossim, ao se manter fiel a essa classificação, que em seu âmago, consoante exposto, evocaria explicações comuns às figuras de linguagem, ter-se-ia que o Estado, principalmente em seus primórdios, uma vez associado à simbologia do mito, seria estruturado à semelhança desse, ou seja, segundo a lógica de um discurso subjetivo, ocasionalmente desprovida de experiência e, portanto, sujeito à carência de conhecimento empírico, quando não, à mercê de parâmetros fantasiados, interpretados, ou mesmo criados com base em valores íntimos, às vezes preconceituosos. Não por outra razão, Cassirer chega a classificar o mito como uma forma de patologia, pois constituído pela junção de ideias ficcionais tratadas como verdades e, por isso mesmo, eventualmene aceitas como legítimas segundo os parâmetros de certa época. Segundo aduz,

Mythology is thus represented as pathological both in its origin and in its essence. It is a disease that begins in the field of language and, by a dangerous infection, spreads over the whole body of human civilization. But though it be madness, there is method in it. In Greek mythology, as in many other mythologies, we find, for instance, the story of a great flood by which the human race was destroyed. Only one couple, Deucalion and his wife Pyrrha, were saved from the deluge sent by Zeus over Hellas. They landed on Mount Parnassus and here they were advised by an oracle to cast behind themselves the "bones of their mother". Deucalion found the true

interpretation of the oracle; he picked up stones from the field and cast them behind his back. From these stones there arose the new race of men and women. What is more ridiculous, asks Max Muller, than this mythological account of the creation of the human race? And yet it becomes easily understandable with the key given us by the science of comparative etymology (CASSIRER, 2018, p. 19).

Nesse ínterim, quando as interações finalmente deixaram de suceder intragrupos para não mais permanecerem circunscritas a indivíduos de uma mesma coletividade, a então serem abarcadas de maneira intercultural ao tempo em que se firmaram os primeiros contatos entre coletividades distintas, de modo a rememorar a sugerida analogia à teoria darwiniana feita linhas atrás, foi que teve início a evolução das figuras mitológicas rumo à constituição de uma racionalidade comum a propósito do Estado. Essa não se expressaria, todavia, como fruto de uma racionalidade investigativa, resultado da observância fenomenológica, mas sim da racionalidade almejada, aquela necessária para o advento de uma metodologia deliberadamente selecionada, imprescindível para a manutenção do mito em si, cuja origem, conforme exposto, justamente pela incapacidade de encontrar verossimilhança com elementos do mundo natural, resultaria da abstração construída por meio de um discurso elaborado com carência de experimentação, mas que se tornara comum. Daí porque, conclui, “if language is recognized as the source of myth – then even the incongruities and contradictions of mythological thought are reduced to a universal and objective and thus to a thoroughly rational power” (CASSIRER, 2018, p. 21). Afinal, como veio a discorrer, não foi por outra razão que “even science had to pass through a mythical age before it could reach its logical age: alchemy preceded chemistry, astrology preceded astronomy” (CASSIRER, 2018, p. 22). Não seria diferente em relação à Ciência do Direito, em que o ponto de partida permissivo de uma investigação racional seria a desconstituição de um valor – quiçá mitológico - previamente escolhido como a fonte do poder responsável pela regência dos diversos agrupamentos humanos. Daí a importância de se conhecer com quais valores se permitiu a transição do pensamento mitológico para a racionalidade científica no desenvolvimento do discurso sobre o Estado<sup>68-69</sup>.

---

<sup>68</sup> De fato, como ressalta Barnes ao discorrer sobre os filósofos pré-socráticos, dentre eles Tales de Mileto, considerado o fundador da filosofia grega, “(...) os pré-socráticos não eram dogmáticos – o que equivale a dizer que não se contentavam com o mero enunciado. Determinados a explicar, tanto quanto a descrever, o mundo da natureza, eram profundamente cômicos de que as explicações exigiam a apresentação das razões. Isso é evidente mesmo nos mais antigos pensadores pré-socráticos e mesmo quando suas afirmações parecem mais estranhas e menos justificadas. Presume-se que Tales sustentasse que todas as coisas “possuem” ou são dotadas de vida. Não se limitou meramente a enunciar essa insólita doutrina: argumentou em favor

#### 4. O potencial distanciamento entre o discurso e a ação.

Conforme já é possível aferir, à semelhança de como Popper discorreu sobre o desenvolvimento do processo científico, o estudo conduzido por Cassirer, a fim de justificar seu enfoque mitológico a propósito do Estado, mesmo que haja recorrido às ciências como a comunicação e a política, não abdicou de se socorrer na ontologia. Por obviedade, a análise dos elementos essenciais ao ente estadual segundo essa ótica, a exemplo do poder constituinte, restaria afetada. A percepção dessa abordagem, em verdade, talvez represente uma das principais virtudes a ser assimilada de seu trabalho, pois antes de representar uma particularidade, serve de alerta sobre a necessidade de o investigador permanecer atento quanto à potencial vulnerabilidade a que uma narrativa estruturante da ordem estadual sempre se encontrará sujeita, mesmo quando confeccionada em conformidade com os preceitos de uma específica metodologia científica. Decerto, não somente a partir das considerações de Popper e Cassirer, mas também de outros autores que, como Loewenstein, desde antes, eram arraigados ao rigor de um método de estudo mais estrito, já se tornava difícil refutar que determinados fenômenos sociais, sobretudo aqueles primordialmente concebidos de acordo com a discricionária expressão do pensamento humano, poderiam subsistir sem máculas ao incessante assédio de condutas potencialmente corruptíveis de parcela de seus próprios argumentos constitutivos que emergissem ao longo do tempo. Trata-se de evidência especialmente perceptível quando utilizada a metodologia do direito comparado, cujos termos, tal como mencionado, por se relacionarem a uma abordagem dogmática do Direito, vinculam seu objeto de estudo à análise de emanações normativas formais vigentes, ou seja, que decorram do devido processo legislativo instituído nas diversas ordens constitucionais soberanas. No entanto, por igual se deve ter em mente que, da condução de uma pesquisa sobre a teoria do poder constituinte à luz desse específico enfoque

---

dela apelando para o caso do ímã. Eis aqui uma pedra – o que poderia parecer mais desprovido de vida? Todavia, o ímã tem o poder de *mover* outras coisas: atrai limalhas de ferro, que se deslocam em direção a ele sem a intervenção de nenhum puxão ou empurrão externos. Ora, é um traço perceptível das coisas vivas serem capazes de produzir movimento. (Posteriormente, Aristóteles admitiria como uma das características que definem as coisas dotadas de “almas”, ou vivas, o fato de possuírem tal força motora.) Com base nisso, Tales conclui que ímã, a despeito das aparências, tem uma alma. O argumento pode não parecer muito convincente: por certo não acreditamos que os ímãs tenham vida e tampouco considerariamos os poderes de atração de uma pedra como indicio de vida. Todavia, o ponto que me parece relevante não é que os pré-socráticos apresentavam *bons* argumentos, mas simplesmente que apresentavam *argumentos*. Nos pensadores da segunda fase pré-socrática, esse amor pela argumentação é mais evidente e mais pronunciado. Neles, com efeito, a argumentação ganha o lugar de único veículo da verdade, enquanto a percepção é tida como fundamentalmente ilusória. Os escritos de Parmênides, Melisso e Zenão nada mais são do que argumentos encadeados” (BARNES, 2003, p. 24/25).

<sup>69</sup> Afinal, como Jellinek expressou, “(...) el Estado há cambiado esencialmente en algunos de sus caracteres, en el curso de su vida, lo cual no ocurre con las cosas de la naturaleza que, o permanecen inalterables, o sus modificaciones se hacen según leyes fijas, bien porque de un modo rítmico se reproduzcan sus fases de vida siempre del mismo modo, ya porque se sucedan según un principio de formación progresiva o de regresión. Las observaciones apuntadas son de un valor fundamental para la investigación del método en las ciencias sociales, y habremos de volver sobre ellas, así como de igual suerte nos será preciso una aclaración para saber las limitaciones que tiene el conocimiento causal en este orden de ciencias” (JELLINEK, 2017, p. 58).

sobre o método, ao menos resultarão duas consequências negativas, pois o discurso científico estruturante do Estado será permanente fragilizado pelo advento de novos fatores de pressão.

A primeira dessas consequências, como já referido, relaciona-se com a própria diretriz metodológica natural a uma pesquisa de direito comparado, que ao seguir a formalidade dos parâmetros definidos pelas normas – no caso as normas constitucionais –, para além de demonstrar que alguma ordem estadual não adotou os preceitos da teoria invocada como paradigma, igualmente implicaria que não seria capaz de integrar o objeto da presente pesquisa. Nessa hipótese, todo o esforço investigativo em si restaria com pouca relevância, pois seria reduzido a, tão somente, descrever unidades plúrimas, porém incompatíveis entre si, posto incapazes de desenvolver a teoria guia sem lhe descaracterizar a essência mediante a incorporação de valores regionais.

Já a segunda condiz com um dilema não raro à Ciência do Direito. É que, mesmo quando eventuais conclusões forem racionalmente estabelecidas sem o assédio de influências desvirtualizadoras atuantes ao longo de seus correlatos processos de desenvolvimento, ainda assim, ocasionalmente, poderia ocorrer algum distanciamento da solução normativa instituída para com a realidade (FERRAZ JR, 2019, p. 27), a então continuar a expor o aparentemente eterno problema entre vigência e efetividade, tão característico a diversas ordens constitucionais, mas que continua a despertar intensos debates<sup>70</sup>. Afinal, Estado e poder constituinte, enquanto abstrações que são, eis que organizados e estruturados mediante o esforço criativo do pensamento humano, mesmo quando exercidos coletivamente, viriam a portar uma expressiva carga de subjetividade, mormente por representarem, sob a mais simples das análises, um mero processo de escolha, que como qualquer outro, sujeitar-se-ia a um mau julgamento e, por fim, posterior execução, risco a que também seria exposto o preceito ético de limitação do poder propagado pelo constitucionalismo no transcurso da história.

Daí porque Cassirer, como mencionado, ao invés de tradicionalmente abordar o Estado por meio de ciências como o direito, a sociologia ou a política, não ignorou a existência de outros ramos das humanidades com valia para analisá-lo, a exemplo da comunicação. Foi essa opção consciente, aliás, que o permitiu a precipuamente considerar o Estado como um fenômeno da linguagem constituído sob a figura de um “mito”, cuja natureza, por evidência, é imaterial desde as origens. Do

---

<sup>70</sup>Nesse sentido, a título ilustrativo, consultar “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. Revista dos Tribunais. Vol. 15. São Paulo: Editora Parma Ltda., Abril-Junho de 2016, pp. 07/17”, artigo de Canotilho que questiona a efetividade das Constituições dirigentes e que é referido no Capítulo IX, da 3.ª Parte, situação que na Colômbia conduziu à elaboração da teoria do “estado de coisas inconstitucionais”.

que se percebe, uma vez adotados esses específicos fundamentos, ainda que permitam o estabelecimento de uma definição objetiva para o ente estadual, ele, o Estado, embora em um aspecto formal, seja dependente da confecção ritualística de normas constitucionais via processo legislativo, não apenas essencialmente comungaria da natureza abstrata de uma figura de linguagem, mas, como tal, sujeitar-se-ia às clássicas corrupções dessas, inclusive pela tradição oral. São por esses motivos que não se deve ignorar o papel fundamental exercido pelos fatores reais de poder, cujos discursos podem vir a se traduzir em acontecimentos que impliquem uma concorrência de manifestações constituintes advindas de fontes diversas àquelas comumente atribuídas ao constitucionalismo, em ilustração do fenômeno a que Lassalle não apenas nomeou de Constituição real, como também chegou a ressaltar sua circunstancial prevalência sobre a Constituição formal na hipótese de conflitos. Conforme leciona,

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. (LASSALLE, 2009, p. 51)

O dilema concernente a se algum poder sem correspondência com os elementos do constitucionalismo, mas forte o bastante para atribuir força normativa de natureza constitucional a um dado diploma normativo, também poderia receber a classificação de poder constituinte, é assunto ainda a ser tratado. Certo, porém, é que a simples existência formal de uma Constituição, por si só, é insuficiente para garantir a realização dos preceitos albergados em seu próprio texto, mesmo quando harmônicos ao constitucionalismo e à teoria do poder constituinte redigida de acordo com esse movimento. De igual modo, a discrepância entre a vigência formal da norma e sua efetividade não significa a refutação dos primados teóricos que a sustentem, pois essa é uma questão diversa, haja vista que ligada à política real, aquela expressa no cotidiano. Como exemplificam Levistky e Ziblat, em comentário direcionado à América Latina, deve-se considerar que

(...) Many of the region's newly independent republics modeled themselves directly on the United States, adopting U.S.-style presidentialism, bicameral legislatures, supreme courts, and in some cases, electoral colleges and federal systems. Some wrote constitutions that were near-replicas of the U.S. Constitution. Yet almost all the region's embryonic republics plunged into civil war and dictatorship. For example, Argentina's 1853 constitution closely resembled ours: Two-thirds of its text was taken directly from the U.S. Constitution. But these constitutional arrangements did little to prevent fraudulent elections in the late nineteenth century, military coups in 1930 and 1943, and Peron's populist autocracy.

Likewise, the Philippines' 1935 constitution has been described as a "faithful copy of the U.S. Constitution". Drafted under U.S. colonial tutelage and approved by the U.S. Congress, the charter "provided a textbook example of liberal democracy", with a separation of powers, a bill of rights, and a two-term limit in the presidency. But President Ferdinand Marcos, who was loath to step down when his second term ended, dispensed with it rather easily after declaring martial law in 1972.

If constitutional rules were enough, then figures such as Perón, Marcos or Brazil's Vargas – all of whom took office under U.S. – style constitutions that, on paper, contained an impressive array of checks and balances – would have been one – or two-term presidents rather than notorious autocrats.

Even well-designed constitutions cannot, by themselves, guarantee democracy. For one, constitutions are always incomplete. Like any set of rules, they have countless gaps and ambiguities. No operating manual, no matter how detailed, can anticipate all possible contingencies or prescribe how to behave under all possible circumstances. (LEVISTKY e ZIBLATT, 2018, p. 98/99).

O constitucionalismo, enquanto movimento, terá sua juridicidade refletida conforme os valores de quem detenha o poder para instituir e garantir a autoridade do Estado. Nesse cenário, como não poderia diferir, a compreensão da natureza política do poder constituinte será necessariamente

afetada por sua coexistência com outras fontes de poder, sobretudo a passar pela consciência de que ele representa o intento de limitar o exercício do poder estadual segundo o controle de específicos padrões predominantes em uma época. Quer-se, com isso, alertar que o poder constituinte não pode ser estritamente analisado sob uma abordagem purista atribuída às ciências jurídicas, mesmo porque, em muitos aspectos, ele condiz com a própria formação da ordem jurídica, ou seja, ao momento pré-constituição.

Entretanto, o reconhecimento das fontes reais de poder, sem o qual haveria inclinação - ou mesmo recaída - a uma concepção purista do direito, algo indubitavelmente extemporâneo, quiçá anacrônico para a realidade plural contemporânea, é imprescindível para não se esquecer que o constitucionalismo e, por conseguinte, seus elementos essenciais, não deixam de portar o valor subjetivo de uma escolha realizada por um grupo, segmento ou sociedade, ainda que nem todos os seus agentes atuem com protagonismo.

A análise jurídica pura, por sua vez, mesmo assim não pode ser completamente descartada, pois, como aludido, ela possibilita a construção de um raciocínio lógico, não somente apto para revelar a realidade que se intenta construir - a conjectura almejada ou o dever ser -, como também, enquanto expressão, a identificar as origens do poder coativo da norma e seus específicos parâmetros de legitimidade.

É dessa dinâmica contínua, adianta-se, que decorrerão as intermitentes crises do constitucionalismo, sem que suas premissas, enquanto teoria político-jurídica, desapareçam ou percam valia<sup>71</sup>. Decerto, como igualmente será discorrido, desde o século XVIII, o movimento constitucionalista, sem perder seu axioma fundamental de limitação do exercício do poder, teve que enfrentar demandas ameaçadoras de sua própria existência. E não por acaso, com o passar dos anos e por questão de sobrevivência, necessitou ampliar sua seara de proteção de uma índole individual para outras, primeiro de cunho social e, por fim, fraternal. Essa necessidade de adaptação, todavia, não foi original a si. Ela, desde sempre, é intrínseca ao exercício da autoridade e ao valor fundamental a que sempre recorreu para se justificar, qual seja, o bem comum.

---

<sup>71</sup> Afinal, Ferraz Jr. ressalta,

(...) em outras palavras, o direito reconstruído racionalmente não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre a teoria e a práxis.

Esse impasse vai ter consequências importantes para o pensamento jurídico, o que irá tornar-se decisivo no século XIX. Na realidade, essa tentativa de conceder pela primeira vez à teoria jurídica dogmática o estatuto de uma ciência em sentido estrito abre uma perspectiva para sua recolocação, enfrentando-se, então, o problema de se determinar se o saber jurídico constitui ou não uma teoria científica. (FERRAZ JR, 2019, p. 47).

## **5. As transformações do bem comum enquanto valor pré-movimento constitucionalista.**

### **5.1. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da cidade.**

#### **5.1.1. A Grécia antiga.**

Como transparece obviedade, constitucionalismo e Constituição são termos associados, apesar de o segundo nem sempre necessitar coexistir com o primeiro. A antítese, todavia, não persiste, pois não é possível conceber o constitucionalismo sem uma Constituição, muito menos dos elementos que lhe são essenciais, a exemplo do poder constituinte<sup>72</sup>. Entretanto, a despeito de o termo “constitucionalismo” ser de recente adoção histórica, que como visto, remonta ao início da Idade Contemporânea, alguns de seus elementos já seriam passíveis de identificação ao tempo da antiguidade clássica, ainda que sob a descrição de outros signos linguísticos, a exigir, conseqüentemente, análise com auxílio da semiótica. Decerto, como Canotilho viria a elucidar com semelhança de sentido ao tecer comentários a respeito da obra de Aristóteles, seria

(...) o caso, precisamente, do conceito de grego de *politeia* que só nos fins do séc. XVIII e no séc. XIX passou a entender-se como “constituição” (*constitutio*) enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como “police”, “government” e “Commonwealth”, (também como “commonwealhts” or “government” ou “policy or governmente”). Por sua vez, *governo* (“governmente”) significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes. (CANOTILHO, 1994, p. 54).

Com efeito, não apenas objetos, fatos e fenômenos da natureza, mas também eventos e bens imateriais cuja existência dependesse única e exclusivamente da força criativa do pensamento

---

<sup>72</sup> Canotilho, em proximidade, expressa que “o Estado é, sem dúvida, hoje, um Estado constitucional. A Constituição não se compreende, porém, sem o Estado, pois este é o seu objecto e o seu pressuposto e só nele ela alcança vigência e realidade. Se a Constituição conforme o Estado, é também conformada por ele. (CANOTILHO, 2012, p. 167/168).

humano, tal como ocorre em relação à generalidade dos valores sócio-culturais, ou mesmo quanto às instituições políticas, embora há muito perceptíveis, circunstancialmente teriam suas respectivas essências descritas no transcurso do tempo por diferentes signos linguísticos, por vezes deliberadamente empregados com o intuito de lhes provocar alguma mudança de conteúdo. Essa abordagem crítica, capaz de propiciar novo entendimento das coisas a partir da modificação dos seus correlatos símbolos de identidade idiomática, foi recorrentemente utilizada por alguns teóricos do Estado e da Constituição, a exemplo de Loewenstein, que através da manipulação dos signos, conseguiu identificar sinais passíveis de ser classificados como intrínsecos ao constitucionalismo já em sociedades milenares, algumas das quais, inclusive, mesmo que precipuamente desprovidas desse específico propósito, foram exitosas em preservar uma aparente tradição constitucionalista até o momento em que esse pensador alemão redigia sua análise<sup>73</sup>. De fato, conforme discorreu sobre o assunto,

El primer pueblo que practicó el constitucionalismo fueron los hebreos. Flavio Josefo acuñó para la forma de su sociedad el término de “teocracia”. Desde entonces este concepto há sido aplicado a aquellos sistemas políticos en los cuales los súbditos viven o pretenden vive bajo el dominio de una autoridad divina. En este sistema, los detentadores del poder en esta tierra – seglares o sacerdotes – son meramente agentes o representantes del poder divino. Esta ideología del dominio fue común en los imperios orientales de la Antigüedad, donde los valores religiosos y seculares estaban fusionados, aunque en ciertas épocas sólo subconscientemente, en un marco ideológico coherente que engendró a su vez las instituciones adecuadas para dichos valores. La teocracia apareció bajo diferentes nombres y formas en el mundo islámico, en el budismo y en sintoísmo. El ejemplo europeo más importante se dio en la Ginebra de Calvino. Este tipo de gobierno se mantiene todavía en el Tibet. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 154).

É através dessa perspectiva relacionada à semiótica que se atribui a Platão o mérito de ser o primeiro a escrever uma teoria a propósito do Estado, cujos termos consideram-se como

---

<sup>73</sup> A “Teoria da Constituição” foi publicada no ano de 1957.

originariamente expressos por si em “A República”<sup>74</sup>, obra célebre por descrever os diálogos que mantivera com Sócrates. Imputar-lhe tal sistematização teórica, todavia, não significa que coube a ele, ou ao próprio Sócrates, o papel de criador do ente estadual no ambiente cognoscível. Por evidência histórica, antes mesmo de ambos os filósofos dialogarem sobre a existência de um organismo próximo ao que atualmente se identifica pelo signo “Estado” a partir de ponderações sobre as pólis gregas, diversas coletividades, para além das várias espécies de assentamentos conhecidos na Grécia antiga, já se distinguiam um dos outros por sua autonomia para exercer alguma espécie de competência normativa, característica esta que seria atribuída aos entes soberanos contemporâneos<sup>75</sup>. Desde sempre, à proporção que quaisquer núcleos urbanos se consolidavam como sítios perenes para o convívio entre os indivíduos e à manutenção de suas várias relações, inevitavelmente também se tornavam ambiências propícias para a propositura de questões de interesse comum, circunstância que implicava, por sua vez, a divisão dos pertinentes assuntos cotidianos em, ao menos, duas ordens. Não foi ao acaso, portanto, que Sócrates e Platão, mediante a valia de uma lógica quase silogista, à medida que consideraram como de interesse privado os assuntos sem potencial ou efetiva influência para a vida na cidade e, por conseguinte, desprovidos de relevância geral, deduziram que todos os demais, desde que, evidentemente, portassem alguma repercussão para o coletivo de integrantes da pólis, deveriam ser discutidos como se de interesse público fossem, independente das eventuais motivações íntimas com que houvessem sido deflagrados em suas origens. Deste modo, a despeito de semelhante construção racional ser um desdobramento previsível ao regular desenvolvimento de quaisquer coletividades, certo é que a percepção de uma comunhão de desígnios, para além de acarretar o reconhecimento da existência de interesses comuns, foi o fator crucial para o estabelecimento de uma autoridade de governo incumbida de lhes tratar. No caso da Grécia, essa autoridade restou

---

<sup>74</sup> Ao atribuir uma finalidade para exercício do poder de governo e condicioná-lo a agir de acordo, mesmo que de forma embrionária, “A República” tornou-se a primeira obra responsável por sistematizar o ente estadual, pois como discorre Cassirer, em Platão,

(...) The state has no order and no higher aim than to be the administrator of justice. But in Plato’s language the term justice does not mean the same as in common speech. It has a much deeper and more comprehensive meaning. Justice is not on the same level with other virtues of man. It is not, like courage or temperance, a special quality or property. It is a general principle of order, regularity, unity, and lawfulness. Within the individual life this lawfulness appears in the harmony of all the different powers of the human soul; within the state it appears in the “geometrical proportion” between the different classes, according to which each part of the social body receives its due and cooperative in maintaining the general order. With this conception Plato became the founder and the first defender of the Idea of the Legal State.

Plato was the first to introduce “theory” of the state, not as a knowledge of many and multifarious facts, but as a coherent system of thought. Political problems in the fifth century were in the center of the intellectual interest. More and more “wisdom” (*sophia*) tended to become political wisdom. All the famous sophists regarded their doctrine as the best, and indeed, as an indispensable introduction into political life. “Who will listen to me,” says Protagoras in the Platonic dialogue which bears his name, “will learn to order his own house and he will be best able to speak and act in the affairs of the state. That makes a fundamental difference. It is one of the first principles of Plato’s theory of knowledge to insist upon the radical distinction between empirical and ideal truth. What experience give is, at the best, a right opinion about things; it is not real knowledge. The difference between these two types, between *doxa* and *episteme*, is ineffaceable. Facts are variable and accidental; truth is necessary and immutable. A man may be a statesman in the sense that he has formed a right opinion about political things and that he has a natural talent which, in Plato’s language, is described as gift of the gods [...]. Yet that does not enable him to give a firm judgment, because he has no “understanding of the cause. (CASSIRER, 2018, p. 68/69).

<sup>75</sup> Exemplo seria o Código de Hamurabi, da Mesopotâmia, escrito aproximadamente em 1.772 a.c., que já estabelecia normas imperativas de conduta com o propósito de organizar a sociedade.

materializada pelas cidades-estados, que a exemplo de Atenas, Esparta, dentre outras, seriam singularmente distinguíveis entre si por sua capacidade de emanar comandos vinculantes sobre os respectivos corpos sociais em que se sustentavam, bem como se predispunham a exercer influência. Consoante ressalta Pisier, apesar do caráter determinista, essa consciência ou sentimento de coletividade adveio de razões relacionadas à ocupação territorial e certo equilíbrio de forças entre seus membros. A principal herança jurídica da Grécia antiga consistiria, pois, em propiciar o aceite da

(...) Lei como princípio da organização política e social concebida como texto público, elaborado por um ou mais homens guiados pela reflexão, aceita por aqueles que serão a ela sujeitos, objeto de um respeito que não exclui modificações minuciosamente controladas, tal é provavelmente a invenção política mais conhecida da Grécia clássica; é ela que dá sua alma à Cidade, seja ela democrática, oligárquica ou “real”. (PISIER, 2004, p. 04).

Era de se esperar, portanto, que “A República”, de Platão, ao almejar delinear quais seriam as virtudes fundamentais para a identificação de um organismo de índole estadual a partir da observação das diversas espécies de governança então vivenciadas pela sociedade grega, assim como pela interpretação dos pertinentes relatos históricos transmitidos ao longo das gerações, viesse a respeitar os paradigmas estabelecidos por essa dualidade de interesses que dividia os assuntos da pólis em públicos e privados. Ao menos sob esse contexto, embora nenhum dos diálogos socráticos ali transcritos negasse que a cidade fosse uma criação resultante do esforço humano, reconheciam que sua função de palco para o desenvolvimento das relações sociais foi o fator responsável por conduzi-la a assumir o papel de ente munido de força suficiente para concentrar o poder de autoridade de governo sobre dados limites territoriais, cujo exercício, por sua vez, a suceder através de uma linguagem comum expressa no corpo de leis, necessariamente deveria ser associado a um primado ético que comungasse da generalidade intrínseca aos assuntos relativos à esfera pública. Deste modo, apesar de a pólis haver adquirido certa personificação que lhe permitia afirmar identidade e linguagens próprias, a manutenção de sua existência, ainda que abstrata, posto circunscrita à seara do pensamento humano, permaneceria dependente de sua capacidade de refletir a melhor percepção do que fosse o interesse comum de seus subordinados, pois como Platão transcreveu, “(...) necessário que estejamos de acordo em que todo o governo, enquanto governo, nada tenha em vista senão o

melhor para o subordinado e para o que está sob seus cuidados, tanto como cidadão quanto como simples particular” (PLATÃO, 2014, p. 30). Por tais razões, ainda que hajam procedido à semelhança de como se realiza um ato de escolha, percebe-se que Sócrates e Platão não abdicaram totalmente da racionalidade para relacionar o poder advindo da constituição das cidades a um valor detentor de aceção generalista que servisse para justificar a autoridade da pólis. Tratava-se do bem comum, que apesar de não ser expressamente mencionado em “A República”, dificilmente poderá ter negada sua simetria com o ideal de felicidade geral expresso nessa obra, pois conforme mais uma vez Platão expressaria com clarividência ao lembrar Sócrates, “(...) ao fundar nossa cidade, nossa meta não era que uma única classe fosse muito feliz. É que, na medida do possível, toda a cidade fosse feliz” (PLATÃO, 2014, p. 136).

Importa observar, porém, que ao indicar uma razão fundamental para o exercício da autoridade, o pensamento socrático reproduzido por Platão, ao menos indiretamente, também traçava o que poderia ser compreendido como a primeira diretriz para o estabelecimento de um conceito de exercício legítimo do poder estadual. É que, ao se reportar a um ideal de garantia da felicidade e, com isso, vincular o poder a uma ética dirigente, não deixava de assentar limites para sua realização, pois sujeitava a autoridade a perseguir a realização desse valor de índole subjetiva. Estipulava, com isso, uma espécie de fórmula de equilíbrio necessária para se atingir “A República”, ainda que suas razões, como se denota, houvessem sido confeccionadas à luz de valores abstraídos de uma ancestralidade pressuposta. “A República”, deste modo, condiziria a um compromisso de retorno a um passado idealizado, posto que estabelecido à época da fundação das cidades, a traduzir o desejo de materialização de um sentimento metafísico, eis que estruturado conforme um discurso já não mais passível de aferição empírica, ou como sintetizaria Morrison, acobertado pelo manto da “(...) nostalgia intelectual da suposta pureza de uma época de ouro mítica, em que todas as coisas ocupam uma “posição natural” (MORRISON, 2006, p. 41). Cuidava-se, em suma, do desejo de se (re)viver uma abstração, pois pressupunha que o estado primevo das cidades, ao natural e espontaneamente emergir à época da criação, simbolizasse a escoreta expressão do que fosse justo. A cidade dos tempos presentes, portanto, deveria refletir um ambiente constituído segundo os termos dessa abstração fundacional, em circunstância que reforça as considerações de Cassirer, especialmente seus argumentos acerca da raiz mitológica do Estado.

Há, porém, uma constatação relacionada a esse atributo finalístico que não passaria despercebida ao longo da história constitucional. Ela se reporta à consciência desses filósofos da

antiguidade sobre a atuação de fontes reais de poder, pois a busca por um retorno a uma época idealizada impunha o reconhecimento da existência de outras forças atuantes nas cidades, as quais, circunstancialmente, foram exitosas em corromper as virtudes originais. Por evidência, em dado momento, a volta a algo que se acreditou existir dependeria da tomada de decisões que respeitassem a certos parâmetros pré-estabelecidos, a assim igualmente pressupor o emprego de esforços para atingir tão importante desígnio fundamental, ainda que, como Morrison chegou a advertir em tom quase maquiavélico, Platão se demonstrasse “(...) bastante prediposto a defender a coerção e a manipulação para chegar a tais fins” (MORRISON, 2006, p. 41). Não ao acaso, o filósofo grego invocou que uma adequada Administração da Justiça se fazia imprescindível enquanto meio para tanto preservar a pressuposta ordem natural das coisas, quanto o primado da felicidade que lhe seria inerente, pois como ele, o próprio Platão, relatou com mais evidência no decorrer de sua transcrição dos diálogos com Sócrates, perseguir essa virtude é “(...) a razão de toda a nossa pesquisa, a justiça” (PLATÃO, 2014, p. 150). De acordo os diálogos socráticos, somente pela justiça seria possível mitigar o abuso e arbítrio de regimes como a timocracia, um sistema que, ao ser identificado como fruto da descaracterização provocada pela oligarquia, levou ambos os filósofos a indagar, em antecedência a Lassalle, se “(...) necessariamente há tantas espécies de homens quantas há de constituições?” (PLATÃO, 2014, p. 309). Com efeito, face a constatação de que “(...) tudo que nasce sofre corrupção (...)” (PLATÃO, 2014, p. 310), Sócrates e Platão perceberam a urgência de se encontrar na Justiça a solução limitadora para esse potencial agir excludente, a despeito das críticas a que a descrição dessa elegida virtude se encontrasse sujeita nos dias atuais<sup>76</sup>, pois a pretensão de “A República” simbolizar uma escoreita distribuição do justo resumia-se, em verdade, à preservação de uma rígida e pouco igualitária divisão de classes<sup>77</sup>, porém moralmente aceita por ser uma narrativa da natural organização do mundo. Correspondia, enfim, a uma realidade intuída do propósito de garantir o retorno a um estado de coisas que, pela circunstância de anteceder a ação humana e todas as suas

---

<sup>76</sup> Para Pisier, “o erro de Platão é querer reduzir à igualdade aritmética seres diferentes, e aplicar autoritariamente à ordem social uma proporcionalidade geométrica, quando nesse campo age uma contingência que torna impossível a aplicação estrita do raciocínio científico” (PISIER, 2004, p. 12).

<sup>77</sup> Nesse sentido, discorre Morrison, “na República ideal, cada pessoa pertence a uma de três ordens ou classes sociais legitimadas pelo sistema de educação e criação. Na base está a aceitação da verdade da posição natural e do papel das pessoas. Os que concluíram com êxito sua educação como “Guardiães” irão tornar-se governantes (*phylakes*) ou guerreiros (chamados de auxiliares, *epikouroi*). Platão também enfatizava o imperativo de se manter a unidade o tempo todo, uma necessidade que o leva a sugerir a exigência de um mito de fundação; uma narrativa grandiosa que transmitisse convicções à comunidade toda e legitimasse a divisão por classes e as diversas instituições. Primeiro, os governantes e os soldados são convencidos de que a formação e a educação que receberam foi algo que aconteceu em um sonho; na verdade, eles foram forjados nas profundezas da terra, e sua mãe, a própria terra, foi quem os trouxe à luz quando eles já estavam prontos. Portanto, devem ver a terra em que vivem como sua mãe e protegê-la quando for atacada, enquanto seus concidadãos devem ser considerados como irmãos nascidos da mesma terra. Os Guardiães deveriam então contar a todos os demais outra “nobre mentira”: enquanto todos os cidadãos (os membros daquela comunidade) são irmãos e irmãs, nascidos da mesma mãe, eles são de composição diferente; alguns têm ouro em sua natureza, outros prata, outros ferro ou bronze. Além disso, é importante que os metais, que diferenciam as classes, não se misturem ou confundam. Assim, enquanto os pais que reconhecem que seu filho tem ouro em sua composição devem garantir que ele seja promovido à classe dos Guardiães potenciais, os pais da criança com ferro ou bronze em sua constituição devem endurecer seu coração e rebaixá-la às categorias dos operários ou agricultores” (MORRISON, 2006, p. 44/45).

vicissitudes, um dia foi pressupostamente incorrupto. Deste modo, enquanto reflexo primevo do justo, a cidades deveriam refleti-lo tal qual concebido, ou seja, à parte de julgamentos éticos baseados em parâmetros sobre o certo e o errado ocasionalmente estabelecidos nos tempos seguintes. Como acentua,

O esquema da Cidade perfeita é: uma classe de cidadãos deve prover as necessidades materiais da coletividade; sua virtude é trabalhar e obedecer; pertencem a essa classe todos os que o cosmos teria feito nascer com uma alma na qual predominam os apetites; uma outra tem como missão rechaçar os inimigos e garantir a segurança interna; suas virtudes são a impetuosidade e a disciplina; ela é composta pelos indivíduos cuja alma é orgulhosa e corajosa; e, finalmente, uma outra garante a autoridade soberana e gere a coletividade; constituem-na as naturezas filosóficas, “os filhos das Idéais” que provaram, pelo exercício e pelo estudo, sua capacidade para saber e, portanto, para comandar. Estrutura trifuncional: produtores, guerreiros, reis-filósofos. Tal organização supõe que homens e mulheres sejam igualmente cidadãos e que os bens e os filhos sejam comuns – supondo, portanto, o aniquilamento da família; que o filósofo-rei proceda, graças a seu saber, às melhores combinações eugênicas e à seleção, permitindo a classificação de cada cidadão na classe conveniente à sua natureza. (PISIER, 2004, p. 10/11).

Essas seriam as razões pelas quais “A República” se tornaria a primeira obra representativa de uma sistematização do Estado, pois não somente apresentou um fundamento metafísico - senão mítico – para justificar a ascensão da autoridade normativa desse ente político, como também estabeleceu um parâmetro de legitimidade para que assuntos relacionados à vida pública pudessem ser regrados. Corresponhia, em última análise, ao consciente comprometimento teórico da autoridade com um dogma abstrato, de cuja imaterialidade os próprios filósofos eram cientes, conforme assim se denunciaram ao expressar que “A República” seria “(...) uma cidade que só existe em nossas discussões, pois não creio que exista em algum lugar” (PLATÃO, 2014, p. 379). Em síntese, todas as ações futuras deveriam traduzir o emprego de esforços para perseguir esse desígnio, a assim retirar a

legitimidade dos indivíduos que conduzissem atitudes contrárias a esse bem maior originariamente convencionado para pólis<sup>78</sup>.

A teorização feita em “A República” sobre a origem natural das cidades e sua relação com uma premissa ética foi posteriormente aprimorada por Aristóteles em “A Política”. Através dessa obra, mediante descrição de índole mais empírica que mitológica<sup>79</sup> acerca das estruturas de governança em que se organizava a Grécia de seu tempo, unidades por si nomeadas de *politeia*, termo que, tal como exposto, séculos depois viria a ser correlacionado às idéias de constituição e governo, Aristóteles reforçou a ideia sobre a inevitabilidade de a vida humana conduzir os indivíduos a conviver nas cidades, ambiente que considerou naturalmente constituído, porquanto resultar do desenvolvimento linear das relações entre distintos grupos familiares. É o que se percebe com clarividência ao início de sua exposição, pois mesmo sem se desconsiderar a provável influência que recebera de Platão, de quem fora aluno, Aristóteles apresentou argumentos que, se analisados com pormenor, atualmente seriam interpretados como alusivos a problemas decorrentes do crescimento populacional e outros dilemas correlatos, a exemplo da produção dos insumos necessários à manutenção da vida. Com efeito, ao afirmar que, se “(...) naturalmente, a sociedade constituída para prover as necessidades cotidianas é a família (...) a primeira sociedade formada por muitas famílias tendo em vista a utilidade comum, mas não cotidiana, é o pequeno burgo (...)” (ARISTÓTELES, 1988, p. 13). Como se percebe, ao assim introduzir seu discurso, Aristóteles compartilhou de alguma parcela da concepção determinista de Platão, já que presumiu como verdade irrefutável o dogma de que “(...) toda cidade se integra na natureza, pois foi a própria natureza que formou as primeiras sociedades (...)” (ARISTÓTELES, 1988, p. 13). Desse contexto de construção teórica a propósito da inevitabilidade da vida nas cidades, aliás, é que viria a formular uma de suas mais célebres premissas, no sentido de, ao ser “(...) evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade (...)” (ARISTÓTELES, 1988, p. 13). Ratificaria, enfim, não apenas o credo na acepção mitológica a propósito da origem do poder das cidades, mas também o protagonismo do ser humano em influenciar seu ambiente, sobretudo ao estabelecer uma mútua correlação de necessidade e provimento entre criatura e *habitat*. Afinal, não obstante as cidades fossem, *prima facie*, resultantes da ordem natural das coisas, dinâmica que conduzira os homens a

---

<sup>78</sup> Como salienta Morrison a propósito de percepção de Platão e Aristóteles sobre o homem, “não estamos predestinados, por alguma força inevitável, à prática do bem; para o homem, o bem é uma potencialidade, mas não irá concretizar-se sem o concurso de nossa própria deliberação e de nossa consequente ação em praticá-lo” (MORRISON, 2006, p. 55).

<sup>79</sup> É também a opinião de Morrison, para quem, “ainda que Aristóteles (384-212 a. C.) seja em geral apresentado como o criador de uma abordagem mais empírica, em contraste com o idealismo de Platão, ele também compartilha a crença em que há uma certa estrutura ontológica na base da natureza humana e do cosmo” (MORRISON, 2006, p. 48).

soerguer suas estruturas para nelas se estabelecer e manter relações uns com os outros, ainda assim, em uma cadeia causal, as cidades decorreriam da vontade conceptiva dos deuses, os verdadeiros titulares da força fundamental que deflagrara a criação da natureza e dos objetos.

Aliás, esse postulado dogmático, cuja natureza fundacional é evidente, igualmente reforça a lógica silogista indicada quando da análise de “A República”, no sentido de que foi o credo na inevitabilidade da vida em sociedade que acarretou o reconhecimento da existência de assuntos que, em dada ocasião, extravassaram a esfera familiar – ou segundo os termos utilizados pelo filósofo, deixaram de ser uma “necessidade cotidiana” - para se generalizar no ambiente da cidade como questões de interesse comum. Um deles, evidentemente, portaria maior relevância, uma vez que se confundia com o próprio mito fundacional, principalmente quando as cidades presumidamente se firmaram no inconsciente como o ambiente essencial à vida humana por ocasião da dinâmica natural das coisas e, assim, também se tornaram os entes a que se deveria proteger, pois sua preservação representava a salvaguarda do próprio meio vital para a existência. Não é difícil inferir, desse modo, que não haveria interesse de maior relevância para o indivíduo senão o zelo para com a cidade, o interesse público por excelência. A cidade, desse modo, representaria o principal fundamento para garantir o bem de todos os seres que nela habitassem, ou seja, da sociedade em si. Essas considerações de Aristóteles, se vistas com pormenor, em verdade poderiam ser interpretadas como uma sutil leitura a propósito do estabelecimento de um sistema hierárquico de valores, a assim portar algum paralelo com as contemporâneas teorizações sobre a superioridade normativa que a Constituição assume no ordenamento jurídico, apesar de, como aconselhado linhas atrás, o intérprete sempre deva se manter atento que os conceitos de “constituição” e “poder constituinte” eventualmente utilizados para a tradução hodierna dos escritos aristotélicos sejam atemporais ao período de sua concepção.

Certo é que, contudo, ao declarar a existência de assuntos de interesse comum necessários à sobrevivência do homem em um contexto social que jamais poderia evitar, Aristóteles compartilhava a preocupação de seus pares<sup>80</sup> quanto à necessidade do estabelecimento de um primado moral para justificar o exercício legítimo da autoridade. Por lógica inversa, tratava de reconhecer a natureza política do ser humano, ao igualmente expor a potencialidade do indivíduo para a prática de condutas nem sempre virtuosas e, portanto, circunstancialmente contrárias aos interesses da cidade. Essa consciência do agir egoístico, como aludido linhas atrás, advinha da observação das diversas estruturas

---

<sup>80</sup> Aristóteles, recorda-se, era discípulo de Platão.

de poder então existentes na Grécia, mormente no que tange aos diferentes graus de estabilidade e prosperidade obtidos por cada uma delas. Com efeito, semelhante perspectiva empírica, em que se analisava uma evidência, foi o fator responsável por fazer o filósofo conferir especial atenção à dinâmica das forças locais, sobretudo à potencialidade de conflitos e à pouca estabilidade que o individualismo humano ocasionalmente proporcionava para o próprio êxito e longevidade da *politeia*. Não era uma concepção distante daquela deduzida em “A República”, cuja pureza conceitual, quiçá uma metáfora do crescimento humano, sujeitava o ser à exposição do tempo. De uma forma ou de outra, essa percepção de que parâmetros éticos fundacionais do Estado são essencialmente políticos e, por conseguinte, vulneráveis à corrupção pelo agir volitivo de outras forças, revelam uma espécie de prenúncio a algumas das características concernentes à recém aludida classificação de Lassalle a respeito de uma constituição real, cuja autoridade, em muitas das vezes, conseguiria prevalecer em detrimento a valores universalmente benéficos, haja vista sua capacidade de se impor enquanto força e, com isso, dar ensejo a circunstanciais antagonismos relacionados ao exercício da autoridade estadual e seu aceite, algo que pode ser percebido como dilemas de legitimidade.

Daí porque, através dessas razões, ciente de que cada indivíduo, antes de compatilhar um desejo comum, possuía aspirações políticas íntimas, Aristóteles, à semelhança do que sucedeu em “A República”, convergiu com Platão para indicar o bem comum como a premissa fundamental a residir na cidade<sup>81</sup>, pois a exemplo do que ali se tentou representar pela felicidade, trata-se de um valor com generalidade suficiente para ser mais facilmente comungado por todos e, portanto, detentor da expressão necessária para se estabelecer como limite às aspirações individuais. Ratificaria, com isso, a concepção da primazia do Estado sobre o indivíduo, de modo que o bem comum, não seria motivado no servir do Estado ao indivíduo, mas do indivíduo em benefício desse ente, cuja manutenção, como visto, revelava-se imprescindível para o prosseguimento da vida, pois as cidades eram o ambiente natural do animal político, o homem. De fato, como assentou

---

<sup>81</sup> O termo “bem comum”, não obstante subtendido pela expressão “felicidade”, apenas é expressamente referido pelo autor em outra de suas obras, “Ética a Nicômaco”. Com efeito, à passagem 2, do Livro I, dessa obra o filósofo expressa que “se existe, então, para as coisas que fazemos, algum fim que desejamos por si mesmo e tudo o mais é desejado por causa dele; e se nem toda coisa escolhemos visando à outra (porque se fosse assim, o processo se repetiria até o infinito, e inútil e vazio seria o nosso desejar), evidentemente tal fim deve ser o bem, ou melhor, o sumo bem”. Já à passagem 1, do Livro V, associa a justiça ao cumprimento da lei. Para si, “(...) como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei, e dizemos que cada um deles é justo. Nas disposições sobre todos os assuntos, as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política”. Daí concluir, à passagem 8, do Livro IX, que, “desse modo, todos os homens aprovam e louvam os que se dedicam com empenho excepcional em ações nobres; e se todos ambicionassem o que é nobre e destinassem o melhor de seus esforços à prática das mais nobres ações, tudo concorreria para o bem comum e cada um asseguraria para si os maiores bens, uma vez que a virtude é o bem maior que existe. (ARISTÓTELES, 2002).

Na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte. Erguei o todo; dele não ficará mais nem pé nem mão, a não ser no nome, como se poderá dizer, por exemplo, uma mão separada do corpo não mais será mão além do nome. (ARISTÓTELES, 1988, p. 13).

Sob esse aspecto, afere-se, não seria imprescindível firmar compromisso com uma forma específica de governo, pois bastaria, tão somente, a realização do bem comum, o verdadeiro propósito fundacional de todas as *politéias*, mesmo que de distintas identidades naturalmente formadas a partir de específicos fatores geográficos e demográficos. Não seria exagero afirmar, aliás, que sua obra apresentou uma embrionária concepção contratualista, a ratificar sua consciência acerca da autonomia do agir humano, pois embora a cidade fosse compreendida como um desdobramento natural do processo evolutivo, ainda assim simbolizaria uma relação política de reciprocidade – senão mútua dependência -, em que a iniciativa humana para sua defesa se faria presente na escolha do melhor método para os seres humanos se organizarem, eis que “(...) o Estado significa uma associação de homens que possuem o meio de suprir a sua existência” (ARISTÓTELES, 1988, p. 29). Como se denota, apesar do determinismo atribuído à ambiência, Aristóteles não refutava a influência de parcela de autonomia das decisões humanas para moldá-la, pois como resume Pisier, em sua obra,

A própria lei não é nem uma construção artificial, nem um dado da pura Razão: ela é a expressão política da ordem natural, levando em consideração a situação da Cidade e de sua história, bem como a composição do corpo social. É por isso que a questão das constituições e de sua hierarquia é secundária, seja monarquia, oligarquia ou democracia, o regime moderado é preferível ao excessivo; e uma combinação equilibrada de democracia e oligarquia permite, certamente, a melhor existência. Mas o importante é que a lei seja o princípio. (PISIER, 2004, p. 13).

Esse elo entre abstração e vontade, respectivamente simbolizado por um primado ético generalizado no senso comum e o livre arbítrio para estabelecer um governo em seu favor, por

evidência, deveria ser forte o bastante para resistir contra condutas que lhe fossem atentatórias<sup>82-83</sup>. Não ao acaso, em atitude de auto preservação, Aristóteles reproduziu mais uma das fórmulas de “A República”, para então permitir que esforços fossem conduzidos pelo emprego de uma escorreita administração da justiça. Como Sócrates e Platão, ao igualmente considerar que “a justiça é a base da sociedade” (ARISTÓTELES, 1988, p. 14) e com recurso a um conceito fundado na igualdade, este revelado mediante a assertiva de que “chama-se julgamento a aplicação do que é justo (ARISTÓTELES, 1988, p. 14)”, expôs sua opinião sobre qual papel o poder deveria ser exercido para se justificar e, por evidência, agir dentro de limites que não desvirtuassem a cidade. Morrison, em síntese a respeito do pensamento aristotélico, aduz que, segundo esse filósofo, “devemos buscar as concepções do bem e do correto que nos forneçam orientação prática para o bem viver” (MORRISON, 2006, p. 51), algo que pode ser interpretado como uma razão programática para o agir, o estabelecimento de um sistema de conduta.

Cuidados, porém, são necessários. Não se deve esquecer que, de acordo com o pensamento desses filósofos da Grécia Antiga, a justiça nas cidades, enquanto meio propício para garantir o bem comum, mantinha-se relacionada a uma postura de salvaguarda determinista, haja vista a crença de que seu estabelecimento sucedera conforme a ordem natural das coisas. Desse modo, a igualdade a ser preservada entre seus membros correspondia à manutenção da harmonia da estrutura de classes que, pressupostamente, era-lhes inerente. Esse posicionamento, diga-se, é mais um elemento<sup>84</sup> revelador da consciência de Aristóteles quanto à existência de fontes reais de poder, também perceptível em outros de seus comentários sobre as instituições que lhe eram contemporâneas, que à revelia de considerações morais atualmente inevitáveis em relação a algumas delas, a exemplo da escravidão, ou mesmo sobre os limites que a propriedade privada deveria sofrer - críticas que, como visto, também incidiram sobre os argumentos éticos formulados por Sócrates e Platão -, enquanto realidade consolidada, mesmo que no passado chegassem a ser circunstancialmente combatidas à luz dos valores íntimos de alguns indivíduos, deveriam passar a ser regulamentadas em favor da construção e manutenção do bem comum, na medida em que seria mais verossímil controlá-las do

---

<sup>82</sup> Quer-se, com isso, fazer alusão aos atos normativos inconstitucionais, que a despeito de padecerem de alguma nulidade formal ou material, decorrem do exercício do processo legislativo pelos órgãos legitimamente estabelecidos.

<sup>83</sup> Para Aristóteles, “(...) visto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, visto que o governo é autoridade suprema nos Estados e que forçosamente esta autoridade suprema deve repousar nas mãos de um só, ou de vários, ou de uma multidão, segue-se que desde um só, ou vários, ou a multidão, usem da autoridade com vistas ao interesse geral, a constituição é pura e sã forçosamente; ou o contrário se se governa com vistas ao interesse particular, isto é, ao interesse de um só, ou de vários, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida; porque de duas coisas uma: é preciso declarar que os cidadãos não participam do interesse geral, ou dele participam” (ARISTÓTELES, 1988, p. 59).

<sup>84</sup> De acordo com Aristóteles, uma vez que “evidentemente o Estado na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também será com as partes em relação ao todo. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que da nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus” (ARISTÓTELES, 1988, p. 14).

que revertê-las, sobremaneira porque se formaram naturalmente. Este argumento, acrescenta-se, de certo modo seria reproduzido por Rousseau em relação à propriedade privada séculos após, em sua obra “A Origem das Desigualdades entre os Homens”, ou mesmo por Hamilton, Madison e Jay, em “O Federalista”<sup>85</sup>, quando cuidaram das ameaças de facções ao igualmente relacionarem essa mazela à injusta distribuição da propriedade.

Em meio a isso, como fórmula de equilíbrio entre o papel político do homem e seu *habitat*, Aristóteles discorreu sobre a necessidade da participação popular, por si considerada como imprescindível para evitar conflitos insuflados pelo descontentamento face tratamentos desiguais, ou que ao menos assim fossem percebidos segundo os desígnios íntimos de cada um<sup>86</sup>. Essa saída para um dilema da vida real tornava-se indispensável para permitir o estabelecimento de um governo minimamente legítimo, ou que ao menos gozasse de condições básicas para exercer sua autoridade sobre os indivíduos de forma pacífica, ou com a menor restrição possível<sup>87</sup>.

Esse sentimento nostálgico de respeito às origens, que como visto, era fortemente arraigado nos diálogos de Platão e Sócrates, invocativos de uma presumida era de ouro, mas sem ignorar o papel influenciador do homem, adquiriu maior clarividência com a criação do império macedônico e, logo após, com a ascensão de Roma.

---

<sup>85</sup> Sob o contexto dos interesses egoísticos e sua propensão para a ascensão de facções egoísticas, Madison, no artigo 10, de “O Federalista”, expõe que “So strong is this propensity of mankind to fall into mutual animosities that where no substantial occasion presents itself the most frivolous and fanciful distinctions have been sufficient to kindle their unfriendly passions and excite their most violent conflicts. But the most common and durable source of factions has been the various and unequal distribution of property. Those who hold and those who are without property have ever formed distinct interests in society. Those who are creditors, and those who are debtors, fall under a like discrimination. A landed interest, a manufacturing interest, a mercantile interest, a moneyed interest, with many lesser interests, grow up of necessity in civilized nations, and divide them into different classes, actuated by different sentiments and views. The regulation of these various and interfering interests forms the principal task of modern legislation and involves the spirit of perty and factions in the necessary and ordinary operations, of government. (HAMILTON; MADISON; e JAY, 2003, p. 73/74).

<sup>86</sup> Essa situação em potencial foi ilustrada por Aristóteles em relação ao exercício do direito de propriedade, ao discorrer: (...) devemos primeiramente estabelecer um princípio que sirva de base a esse estudo. É preciso que todos os cidadãos participem em comum de tudo ou de nada, de certas coisas e não de outras. De nada participar é impossível, sem dúvida; porque a sociedade política é uma espécie de comunidade. O solo pelo menos deve ser comum a todos, a unidade de lugar formando a unidade de cidade, e a cidade pertencendo em comum a todos os cidadãos. (...)

A ordem natural das idéias traz a questão da propriedade. Qual será a lei sobre as propriedades no projeto de consideração da melhor constituição? Serão elas comuns ou individuais? Esta questão é independente da legislação sobre as mulheres e os filhos. Aqui só considero os bens de raiz. Dividindo-se as terras em propriedades particulares, como hoje o são, trata-se de saber se será melhor que a comunidade participe das terras ou somente da colheita. (...)

Se as terras são cultivadas por outros que não sejam os cidadãos, a questão será outra e mais fácil; mas se aqueles que cultivam o fazem por conta própria a razão do interesse trará maiores dificuldades. A desigualdade dos trabalhos e dos prazeres virá a despertar, naturalmente, o descontentamento por parte dos que trabalham muito e recebem pouco, contra aqueles que mal trabalham e recebem muito. Em geral, todas as relações que a vida comum e as sociedades trazem para os homens são difíceis, principalmente as que têm o interesse por objeto. (ARISTÓTELES, 1988, p. 28/31).

<sup>87</sup> Foi a partir dessas premissas que esse filósofo grego teceu suas considerações sobre a democracia, que inobstante de vanguarda, tal como exposto, atualmente seriam passíveis de ser consideradas inacuradas se fiéis a sua literalidade. Decerto, como Barroso adverte ao analisar a acepção de Aristóteles, “a denominada *democracia* ateniense mais se aproxima de uma *república*. Pelos padrões atuais, tratava-se de uma organização política excludente: um terço da população era escrava, os estrangeiros, mesmo que livres, bem como as mulheres, não tinham o direito de participação. De uma população estimada em 300 mil pessoas, cerca de 40 mil tinham *status* de cidadão, como tal compreendidos os maiores de 20 anos nascidos de pais atenienses. Esses números parecem remeter antes ao folclore do que à realidade histórica a crença de que as políticas públicas e as decisões administrativas e de caráter militar fossem tomadas em praça pública ou qualquer outro fórum aberto a todos” (BARROSO, 2015, p. 31).

### **5.1.2. A Roma antiga.**

A acepção jurídica do pensamento grego, suas práticas de assembléia, mas, sobretudo, o aceite de um primado ético capaz de justificar o estabelecimento de uma autoridade de governo a partir da cidade por supostamente simbolizar o interesse comum, ecoariam ao longo de todo o período de dominação romana, mesmo com práticas e graus de intensidade a variar conforme os diferentes momentos históricos. O declínio das cidades-estado gregas, aliado à expansão territorial de Roma e o fortalecimento de seu protagonismo político centralizador, ampliou o poder da cidade para além dos limites circunscricionais da urbe, de forma a difundir uma nova concepção de cidadania, desta vez forjada pela universalização de um sentimento de interesse comum sob as vestes de uma embrionária identidade nacional. Com efeito, o prevaecimento do domínio de Roma provocou a ascensão do universalismo de certos valores, entre eles, a concepção de um ideal de cidadania, que embora não houvesse se refletido em igual universalização de privilégios, pois seu acesso continuava restrito a uma rígida lógica estrutural de classes e domínio imperial, expandiu-se enquanto valor, verdadeiro objeto de desejo a ser perseguido e protegido, a assim provocar alterações no próprio entendimento da natureza humana e de seu potencial enquanto um ser capaz de expandir suas ambições e, com isso, influenciar o ambiente. Afinal, como salienta Morrison,

Depois de Alexandre, falar sobre o homem como um animal político não podia mais significar “em suas relações com a pólis”, mas sim como um indivíduo. Em contrapartida, falar sobre um indivíduo implicava afirmar que o homem era também universal; o que quer que dissesse respeito ao indivíduo devia estar associado à humanidade enquanto espécie geral. (MORRISON, 2006, p. 60).

À semelhança de outras civilizações, como os gregos, seus mais próximos inspiradores, a abstração e a materialidade continuavam a se confundir com a percepção sobre o que deveria ser a verdade dos fenômenos da vida e da natureza. Ontologicamente, Roma sustentava-se sobre o mito de sua fundação por Rômulo, irmão de Remo, ambos filhos do deus da guerra Marte, cuja sobrevivência e crescimento haveria dependido da amamentação por uma loba na tenra idade. O bem comum, nesse novo contexto acerca da origem da vida na *pólis* - agora a urbe -, somente poderia ser atingido com

respeito a esse desejo divino, o interesse comum por essência, ou seja, a preservação da obra de seus ascendentes, que no caso de Roma, correspondia à manutenção de sua própria autoridade<sup>88</sup> ao reproduzir esse evento simbólico por que seus fundadores passaram. Ferraz Jr., ao discorrer sobre a aproximação entre os conceitos de autoridade normativa utilizados pelos gregos e romanos em relação ao bem da cidade, mas sem deixar de reconhecer o papel autoral dos gregos para a sistematização da autoridade, atribui aos romanos a responsabilidade por generalizar o Direito a partir de uma ótica expansionista<sup>89</sup>, pois

Na Antiguidade Clássica, o direito (*jus*) era um fenômeno de ordem sagrada. Em Roma, foi uma ocorrência imanente a sua fundação, ato considerado miticamente como decisivo e marcante na configuração de sua cultura, por tornar-se uma espécie de projeto a ser aumentado e engrandecido no tempo e no espaço. Foi essa ideia, transmitida de geração em geração, por meio da tradição, que delineou sua expansão na forma de um império, único em suas características em toda a Antiguidade. Assim, o direito, forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar. Nesse quadro, a prudência ganhou uma relevância especial, recebendo a qualificação particular de *Jurisprudência*.

---

<sup>88</sup> Como leciona Miranda, com referência a Arendt, "(...) aquilo a que os Romanos aspiravam não era tanto um *Imperium Romanum*, um domínio sobre povos e terras, quanto uma *Societas Romana*, um sistema de alianças infinitamente dilatado, no qual povos e terras estivessem ligados a Roma por vínculos eternos" (MIRANDA, 2019, p. 17).

<sup>89</sup> Para Ferraz Jr., também com referência a Arendt,

(...) a autoridade, como fundamento legitimante da relação de obediência, é uma descoberta tipicamente romana (cf. Arendt, 1972: 162). Participar da política era, para o romano, preservar a fundação da cidade de Roma. Os Romanos fundaram somente uma única cidade, que foi sendo ampliada. A fundação de Roma é o fato originário de sua cultura, motivo pelo qual a religião romana tem um sentido que a própria palavra revela: religião vem de *religare*, ou seja, estar ligado ao passado, estar a ele obrigado no sentido de não conservá-lo estaticamente, mas de mantê-lo sempre presente, isto é, de aumentá-lo. Nesse contexto, aparece a palavra *auctoritas*, a qual, provém de *augere*, que significa aumentar: *aumentar a fundação*. Nesse sentido, a autoridade dos vivos decorria daqueles que haviam fundado a cidade e que transmitiam aos dirigentes esse domínio por intermédio da tradição. Daí o culto dos antepassados, chamados de *maiores*, e vistos como base legitimante do domínio político.

Os romanos perceberam, assim, a diferença entre *potestas* e *auctoritas*, sendo a *potestas* ligada a fazer, o que tinha uma prospecção futura, enquanto a *auctoritas* estava ligada ao passado, uma espécie de engrandecer para o passado. Ora, a força coerciva da autoridade, diz-nos Arendt, citando Mommsen, estava ligada à força religiosa dos *auspices*, os quais, ao contrário dos oráculos gregos, não surgiam o curso objetivo dos eventos futuros, mas revelavam apenas a confirmação ou desaprovação dos deuses para as decisões dos homens. Os deuses romanos não determinavam o que os homens fariam, mas apenas aumentavam, isto é, engrandeciam as ações humanas. Assim, tinham autoridade aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação. Daí a importante noção romana de *gravitas*, traço proeminente de seus juristas (cf. Arendt, 1972: 165).

O desenvolvimento da jurisprudência romana, a nosso ver, está ligado a esse quadro. Afinal, o jurista mais do que por seu saber (saber, aqui, tomado num sentido grego de conhecimento), era respeitado por sua *gravitas*, o que indicava estar ele mais perto dos antepassados. Entendemos, por isso, que a teoria jurídica romana não era exatamente uma contemplação no sentido grego (*theoria*), mas, antes, a *manifestação autoritária dos exemplos e dos feitos dos antepassados e dos costumes daí derivados*. Os próprios gregos e sua sabedoria só se tornaram *autoridade* por meio dos romanos, que os fizeram seus antepassados em questões de filosofia, poesia, em matéria de pensamento e ideias. (FERRAZ JR, 2019, p. 33/37).

(...) graças à tríade religião/autoridade/tradição, a jurisprudência efetivamente deu ao direito uma generalização que a filosofia prática dos gregos não conseguiu” (FERRAZ JR, 2019, p. 38).

Já sob o ponto de vista teórico, enquanto a pertinente sistematização da autoridade nas cidades gregas coube a Platão, Aristóteles, dentre outros, no que tange a Roma e a sua vocação expansionista, como ressalta Pisier, incumbiu “(...) a Cícero (106-43 a.C.) o privilégio de definir os princípios que são o fundamento dessa Cidade ecumênica (= universal) na qual Roma conquistadora está em vias de se transformar” (PISIER, 2004, p. 17). Segundo Pisier, Cícero, à semelhança dos gregos, também reconheceu em Roma a existência de um caráter determinista pela ambiência, ou seja,

(...) uma *lei natural*, um direito natural universal válido para todos os homens, que está inscrita na própria ordem do cosmos, a qual podemos conhecer servindo-nos da reta razão, que é imutável e eterna e deve ser tomada como regra absoluta de toda constituição e de toda legislação. (PISIER, 2004, p. 17).

De fato, em incontestável proximidade a Platão, Cícero, em seu *De Legibus*, igualmente recorreu à presunção de que a feitura das leis adveio do propósito fundacional de possibilitar a manutenção da segurança dos cidadãos e a preservação de seu ambiente, o Estado, mormente pelo reconhecimento de assuntos de interesse comum, ainda que, para galgar esse patamar, circunstancialmente fossem suggestionados pela iniciativa de um grupo mais restrito de indivíduos. Não obstante, desde que os comandos normativos fossem presumidamente elaborados para a defesa e preservação da obra dos antepassados e, ademais, libertos de desejos egoísticos que corrompessem o propósito fundacional, seriam legítimos e, portanto, de acordo com a ordem natural. Conforme discorreu,

Admite-se que as leis foram feitas para a segurança dos cidadãos, a preservação dos Estados e a tranquilidade e felicidade da vida humana, e que os que primeiro promulgaram as leis desse tipo convenceram seus povos de que sua intenção era redigi-las e promulgá-las de tal modo que,

uma vez aceitas e adotadas, tornassem suas vidas honradas e virtuosas; e, quando essas regras foram redigidas e passaram a vigorar, sabem todos que os homens passaram a chamá-las de “leis”. A partir desse ponto de vista, pode-se entender facilmente que os que formularam leis iníquas e injustas para as nações, violando desse modo seus acordos e promessas, puseram em vigor qualquer coisa, menos leis. (CÍCERO, apud MORRISON, 2006, p. 65)

Como se afere do compilado segmento de seu discurso sobre as leis, Cícero, tal como exposto, não apenas reconheceu e reproduziu a divisão grega dos interesses humanos em públicos e privados, em que os primeiros permitiam a potencial regência pela lei, mas também admitiu o protagonismo do ser humano para efetuar escolhas segundo suas potencialidades e arbítrio, inclusive aquelas que, às vistas de um primado de bem comum, a princípio pudessem ser reputadas como más, especialmente quando se tornavam responsáveis pela imposição de interesses pela força ao invés da *lex* para reger os indivíduos em detrimento da honra e da ancestralidade<sup>90</sup>. Sob essa perspectiva, em verdade, denota-se que Cícero, ainda com alguma proximidade aos pensadores gregos, indiretamente traçou suas percepções sobre um conceito de legitimidade para o exercício do poder, pois findara por reconhecer a existência de outras fontes de poder ou forças desvinculadas do mito fundacional, cuja manifestação poderia representar uma ameaça real para a preservação de Roma. Essa constatação, por evidência, era compartilhada e acarretou a necessidade de se estipular mecanismos para preservar a virtude original.

Não por outra razão, ao comentar o embate entre o empenho em se estabelecer um objetivo comum e as forças que lhes eram contrárias durante os três grandes momentos da civilização romana clássica, a Monarquia (753 a.C. à 509 a.C.), a República (509 a.C. à 27 a.C.) e o Império (27 a.C. à 476 d.C.), Barroso vale-se de viés semiótico para considerar que o “(...) ideal constitucionalista de limitação do poder foi largamente compartilhado por Roma, onde a República se implantou em 529 a.c., ao fim da monarquia etrusca, com a Lei das Doze Tábuas” (BARROSO, 2015, p. 31). Conforme logo destaca, em que pese a circunstância de que “somente alguns fragmentos dessa Lei ficaram conhecidos (...)”, sobressai-lhe a natureza finalística, eis que em “(...) um deles lê-se “*salus populi*

---

<sup>90</sup> Nesse sentido, é célebre o segmento poético de Horácio: Não pode um homem ter melhor morte que: Lutando contra o desconhecido, pelas cinzas de seus pais e pelos templos de seus deuses!

*suprema lex esto*” (o bem-estar do povo é o bem supremo)” (BARROSO, 2015, p. 31). Entrementes, como a passagem do próprio Cícero alertava, a despeito de comandos como esse revelarem harmonia com a recém aludida concepção de natureza programática da *urbe*, inclusive com raízes influenciadas pelo pensamento grego e, em especial, da lição aristotélica acerca das razões do Estado e das funções da justiça, Roma também era simetricamente vulnerável às imperfeições que, no passado, acometeram-se sobre a Grécia. Com efeito, muito embora existissem incipientes mecanismos de limitação e distribuição de poder, ou mesmo de alguma estrutura de representatividade, a exemplo dos tribunos da plebe, a rígida divisão da população em classes de pouca mobilidade social, sobretudo pela estrita defesa do direito de propriedade, geraria insatisfações como outrora sucedera entre os gregos<sup>91</sup>.

A história viria a revelar que a rigidez social de Roma, aliada a outros problemas que lhe eram estruturais, da corrupção à distribuição não criteriosa de privilégios, a também passar por um modelo econômico essencialmente dependente da incessante expansão territorial com recurso a campanhas militares que, como exposto, eram imprescindíveis para a manutenção da força vital de sua autoridade e, com isso, do propósito civilizatório a que se dispunha, constantemente acarretavam tensões das mais diversas ordens. Essas pressões, acescenta-se, ainda eram gradualmente agravadas pela maior frequência e duração de momentos de crise resultantes da agregação de novos territórios e povos, uma vez que cada conquista não somente era acompanhada pelo aumento da estrutura burocrática e de igual número de indivíduos investidos de autoridade para manifestar os desígnios imperiais, a assim simultaneamente multiplicar e pulverizar os focos de poder, mas, sobretudo, pelo inevitável conflito entre os valores que dariam significado à percepção do que seria o interesse comum dos povos dominados frente à expressão cultural romana. Daí porque, não raras vezes, outras fontes de poder paralelas irremediavelmente fadigavam a já frágil distribuição das forças políticas, cuja dinâmica não era unicamente restrita às relações mantidas entre as instituições oficiais, mas com outros corpos que detinham expressão econômica e, por vezes, bélica. Como não seria de se estranhar, portanto, nesse cenário, com alguma frequência, houve episódios de rompimento do tênue equilíbrio de forças, que embora espontâneo sob muitos prismas, era

---

<sup>91</sup> Miranda apresenta resumo sobre os estamentos romanos, ao expor que

(...)em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é *hostis*; o que se encontra no raio menor do imperio, mas fora da *res publica* é *hostis* submetido – *servus*, *dediticius*, súbdito ou cliente; o que se encontra no raio maior, mais próximo da *res publica*, embora, ainda assim, fora dela, é o aliado – *socius*, *amicus*; o que se acha na sociedade de *res publica*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembleia do *populus*, mas fora do governo, é o *civis*, o qual toma parte na assembleia do *populus*; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o *nobilis* da aristocracia; e este, na medida em que tem o direito o poder executivo, é o *magistratus* e, na medida em que tem o direito de controlar, é o *pater*, membro do Senado.

À *res publica* corresponde a *libertas*, quer a *libertas* que o *civis* plebeu considera *aequa*, quer a que o patricio reclama como liberdade de governar e de ser governado e que, em face do plebeu, representa a *dignitas*. E é assim que a *res publica* se contrapõe ao *regnum*, domínio de um só, porque no *regnum* a igualdade é só no estado de sujeição (todos iguais, porque todos igualmente subordinados à vontade de um só). (MIRANDA, 2019, p. 16).

relativamente exitoso em funcionar como uma espécie de sistema semi-oficial de freios e contrapesos, um esboço informal do que viria a ser um regime constitucional segundo os moldes contemporâneos, em que o exercício do poder não era absoluto, mas limitado em decorrência da distribuição de competências entre diversas autoridades e instituições, algumas delas, inclusive, de expressão regional, fossem de ordem civil ou religiosa<sup>92</sup>.

Com efeito, foi no transcurso dessa dinâmica que a eventual necessidade de se recorrer a mecanismos de defesa, a exemplo da nomeação de um ditador, função caracterizada pela temporária concentração de poderes em uma autoridade para lidar com os momentos de grave crise política ou social – ou a defesa do que era maior, a própria Roma -, não apenas conduziria ao fim da república e à assunção do império<sup>93</sup>, mas, sobremaneira, à interrupção dessa que se considera uma experiência constitucionalista embrionária ocorrida na antiguidade clássica<sup>94</sup>. Loewenstein, que tal como Barroso, vislumbrava a presença de valores constitucionais no passado ancestral, salienta que a gradual derrocada dos traços constitucionalistas em Roma, apesar de discreta, iniciou-se durante o período monárquico, pois após haver passado ao longo da República com sua substância relativamente preservada, seria encerrada com o estabelecimento do Império, que para si, foi o verdadeiro momento de ascensão de um regramento absoluto, antes mesmo dos eventos políticos que caracterizaram a Idade Moderna e o surgimento dos Estados nacionais. Segundo, expõe

El constitucionalismo republicano, arquetipo clásico para todos los tiempos del Estado constitucional, no estructurado necesariamente como democracia plena, se desintegró en las guerras civiles de los primeros siglos antes de Cristo y acabó en el dominio de César, que fue una monarquía en todo salvo en el hombre. Este cambio se llevó a cabo a través de la acumulación sin limitación temporal de los principales cargos republicanos en su persona, así

---

<sup>92</sup> Nesse aspecto, ressalta-se, haja vista a impossibilidade de subjugar os povos conquistados em completude face a insuficiência numérica de seus contingentes militares para impor sua vontade com onipotência, Roma usualmente tolerava preservar alguma autonomia dos governos regionais, que poderiam exercê-la enquanto se mantivessem fiéis a sua autoridade central

<sup>93</sup> A ascensão do período imperial aconteceu com a tomada do poder pela ação de Júlio César.

<sup>94</sup> Como Barroso continua a discorrer acerca das falhas do sistema romano e das consequências daí resultantes, “a despeito de seu caráter aristocrático, o poder da República era repartido por instituições que se controlavam e temiam reciprocamente. Nada obstante, um conjunto de causas conduziram ao ocaso do modelo republicano, dentre as quais o sistema de privilégios da aristocracia patricia e a insatisfação das tropas, do povo e das outras aristocracias excluídas dos cargos consulares e do Senado. Do ponto de vista institucional, o fim veio pela via previsível, que destruiu inúmeros outros sistemas pluralistas ao longo da história: os comandantes militares tornaram-se excessivamente poderosos e escaparam ao controle efetivo dos órgãos políticos. Quando a República ruiu e deu-se a coroação do imperador, não foi o fim de Roma, cujo domínio duraria ainda mais meio milênio. O que terminou, na véspera do início da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média” (BARROSO, 2015, p. 31).

como a través de su hábil manipulación y corrupción del Senado. El cesarismo republicano quedó establecido y legitimado con el principado de Augusto. Finalmente, todos los residuos de la Constitución republicana quedaron eliminados en el Imperio. Posteriormente, el régimen político romano se abrió a las influencias de las técnicas gubernamentales orientales, particularmente sasánidas, así como a ideologías teocráticas. En su forma final, el Imperio se constituyó en el prototipo del absolutismo monárquico con fuertes elementos teocráticos, fundado en la fusión de autoridad religiosa y secular en la persona del emperador. En el Imperio bizantino ese sistema político se prolongó durante un milenio como casaropapismo. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 157).

A divisão do império romano entre ocidente e oriente, com a posterior fragmentação do primeiro em 476 d.C., marco inicial da Idade Média e do advento do regime feudal, fortaleceu – senão gerou – o hiato milenar a que Barroso se referiu linhas atrás a respeito dos institutos que viriam a ser caracterizados enquanto elementares ao constitucionalismo, a exemplo da limitação do poder de autoridade, ou mesmo a adoção de critérios objetivos de legitimidade para o exercício do poder<sup>95</sup>. Certo é que, no decorrer da antiguidade clássica, o bem comum eventualmente se transformou no próprio fundamento ético para o exercício da autoridade estadual em algumas sociedades, a talvez ascender à posição de primeiro princípio jurídico de natureza programática a que se teve notícias. A partir de então, a centralização universal de Roma foi transferida para a centralização em Deus, de forma que o bem comum assumiria outra acepção, mas dessa vez pela transmutação de sua essência.

## **5.2. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da vontade de Deus.**

Durante a Idade Média, período caracterizado pela quase ausência de autoridades estaduais constituídas na Europa, houve a ascensão de outra espécie de autoridade sistematizada, mas desta

---

<sup>95</sup> Nesse sentido, salienta Pisier, “(...) mais o império se expande, mais se multiplicam os fluxos que o atravessa, mais a *pax romana* torna-se frágil. As ameaças pesam sobre as fronteiras longínquas, os povos recém-conquistados ameaçam constantemente se rebelarem. Se permanecer em Roma, o imperador abandona suas legiões; se lutar nos confins, perde o controle da rede administrativa. Além disso, a gestão desse imenso conjunto exige elaborações cada vez maiores. Os fatores de dispersão tornam-se cada vez mais fortes. O édito de Caracala, que em 212 confere cidadania a todos os habitantes do Império, não será suficiente para conjurar seus efeitos desintegradores” (PISIER, 2004, p. 20).

feita de cunho espiritual, que se não viesse a ocupar o lugar de fonte exclusiva do Direito, deteria força bastante para abarcar o conceito de bem comum e, deste modo, condicionar seus elementos para que legitimassem a imposição de seus próprios valores sacralizados na posição de premissas normativas a serem respeitadas e materializadas. Tratava-se da autoridade emanada pela Igreja, que ao ser institucionalizada com a conversão do imperador Constantino ao cristianismo, inevitavelmente foi influenciada pelos dogmas relativos ao mito fundacional de Roma, bem como ao seu propósito expansionista, que passaram a ser incorporados e adaptados para a preservação da obra de Deus, que segundo o pensamento teológico-dogmático, é o criador de todas as coisas e a fonte de todo o poder. Foi sob esse aspecto e por razões semelhantes às tecidas em “A República”, de Platão, que a ética cristã abarcou a aspiração de regresso a uma pressuposta ordem natural existente ao tempo da criação, mas que também se perdera na história pela corrupção dos homens, que de acordo com sua específica ótica transcendente, sucedeu partir do pecado original de Adão e Eva, o acontecimento que desencadearia a expulsão de ambos do paraíso e a consequente condenação de seus descendentes, no que hoje é considerado uma metáfora religiosa para a constituição da humanidade. Nesse sentido, como Ferraz Jr. expõe com alusão a Arendt,

Após o declínio do Império Romano, a herança espiritual e política de Roma passou para a Igreja Cristã. Nesse sentido, a Igreja romaniza-se ao fazer do nascimento, morte e ressurreição de Cristo a pedra angular de uma nova fundação, da qual os Apóstolos tornam-se pais fundadores, transmitindo de geração a geração a tarefa de aumentar a fundação.

(...)

Como, ao contrário do romano, a autoridade de Cristo era transcendente ao mundo político, para justificá-la o cristianismo teve de amalgamá-la com os padrões e as medidas transcendentais da tradição platônica com seu mundo das ideias. Juntam-se em seu pensamento, num só, os conceitos de início e de fundação com a ideia grega de medida transcendente da razão, de verdade (cf. Arendt, 1972: 170; Fikentscher, 1975:365).

A Igreja reintroduz, assim, vários mitos gregos, como o mito do inferno, que agora se transformam em dogmas de fé – e os dogmas que produzem a Teologia influenciarão o pensamento jurídico que vai, então, assumir o

caráter de pensamento dogmático. Tal pensamento nasce, pois, dessa amálgama entre a ideia de autoridade romana e a idéia de verdade bíblica. (FERRAZ JR, 2019, p. 34/37).

Com efeito, sem refutar a autoridade temporal dos césares, mas sob o alerta de que o indivíduo deveria respeitar uma verdade transcendente ao invés de natural, Santo Agostinho, nos últimos anos do Império Romano do Ocidente, expressou que a vontade humana, antes de ser conduzida para salvaguardar os interesses das cidades, obra decorrente do exercício do livre-arbítrio mundano, deveria ser empregada para respeitar a vontade de Deus, pois apenas Ele, enquanto fonte da criação originária do universo e, portanto, da única verdade, é quem poderia conceder a salvação e, com isso, prover o bem comum, ainda que no plano metafísico. Essa irrefutabilidade do sagrado, em que a interpretação do universo e de seus estímulos seria conduzida a partir dos desígnios de Deus, representa a essência do pensamento teológico, que como exposto por Ferraz Jr., influenciou o início da dogmática jurídica, em especial, a instituição de uma hierarquia normativa de caráter absoluto – daí dogmática -, pois Ele, Deus, enquanto origem inquestionável de todas as coisas, naturalmente também era a primeira fonte de validade do Direito. Decerto, embora todas as acepções anteriores ao período medieval acarretassem a busca do equilíbrio através do respeito a preceitos éticos que honrassem entidades imateriais, fossem elas naturais ou divinas, pagãs ou cristãs, certo é que, ao longo da Idade Média, houve uma tênue alteração de cunho ontológico a propósito da essência do poder, porém suficiente para subordinar todas as autoridades temporais e religiosas da época<sup>96</sup> e, com isso, dar ensejo a novas leituras a propósito da instituição de possíveis limites para suas respectivas atuações.

A obra de Santo Agostinho, nesse sentido, apresentou um fundamento para o exercício da autoridade pela Igreja, inclusive com alguns aspectos temporais que justificariam a hierarquia dos membros do clero, pois o bem comum já não mais seria essencialmente encontrado mediante a preservação da cidade dos homens, a *pólis* ou a *urbe*, mas, tão somente, dentro dessa nova ambiência revelada através dos ensinamentos cristãos, que em sua totalidade, fundariam a Cidade de Deus. Sob esse aspecto, era imprescindível despender esforços para se retornar a essa verdade fundamental. Daí a universalidade que a Igreja deveria assumir, pois a Cidade de Deus, ao ser erguida pelo conjunto de

---

<sup>96</sup> Formalizado durante o Concílio Vaticano I, em 1870, no pontificado de Pio IX, mediante a Constituição “*Dei Filius*”, o princípio da infalibilidade papal expressa a impossibilidade de se questionar o Papa em relação a assuntos de fé. Trata-se de dogma que rege a Igreja Apostólica Romana até a atualidade.

todas as práticas cristãs, necessariamente dependeria de uma condução pastoral que permitisse à humanidade atingir esse fim uníssono. Afinal, segundo expôs,

Dois amores fundaram, pois, duas cidades, a saber: o amor-próprio, levado ao desprezo a Deus, a terrena; o amor a Deus, levado ao desprezo de si próprio, a celestial. Gloriosa-se a primeira em si mesma e a segunda em Deus, porque aquela busca a glória dos homens e tem esta por máxima glória a Deus, testemunha de sua consciência. Aquela ensoberbece-se em sua glória e esta diz a seu Deus: Sois minha glória e quem me exalta a cabeça. Naquela, seus príncipes e as nações avassaladas veem-se sob o jugo da concupiscência de domínio; nesta, servem em mútua caridade, os governantes, aconselhando, e os súditos, obedecendo. Aquela ama sua própria força em seus potentados; esta diz a seu Deus: A ti hei de amar-te, Senhor, que és minha fortaleza. Por isso, naquela, seus sábios, que vivem segundo o homem, não buscaram senão os bens do corpo, os da alma ou os de ambos e os que chegaram a conhecer Deus não o honraram nem lhe deram graças como a Deus, mas desvaneceram-se em seus pensamentos e obscureceu-se-lhes o néscio coração. Crendo-se sábios, quer dizer, orgulhosos de sua própria sabedoria, a instância de sua soberba, tornaram-se néscios e mudaram a glória do Deus incorruptível em semelhança de imagem de homem corruptível, de aves, de quadrúpedes e de serpentes. Porque levaram tais ídolos aos povos, para que os adorassem, indo eles à frente, ou os seguiram e adoraram e serviram a criatura e não o Criador, para sempre bendito. Nesta, pelo contrário, não há sabedoria humana, mas piedade que funda o culto legítimo ao verdadeiro Deus, à espera de prêmio na sociedade dos santos, de homens e de anjos, com o fim de que Deus seja tudo em todas as coisas. (AGOSTINHO, 2019, p. 204).

Observa-se, assim, que se na antiguidade clássica o “bem comum” era um preceito relacionado à manutenção de uma ordem natural das coisas, ainda que associado a origens múltiplas, ora relativas à espontaneidade com que o cosmos e a existência se organizaram, ora condizente a uma

imperiosa intuição de satisfazer a vontade dos deuses pela preservação de suas criações, concessões ou permissibilidades, a exemplo da organização social conforme precipuamente estruturada por seus designios, sobretudo as cidades - que como exposto, eram o ambiente natural do homem enquanto animal superior distinto dos demais seres -, durante a Idade Média, o bem comum, corresponderia a um valor de salvação pelo encontro com o intento de uma vontade única, aquela emanada por Deus.

Com Santo Agostinho, expandiu-se o conceito de legitimidade para o exercício do poder, que não obstante já fosse territorialmente restrito pela fragmentação política ulterior a Roma, passou a depender do reconhecimento de mais uma personagem. Emerge, assim, a chamada doutrina das duas espadas, também conhecida como doutrina dos dois poderes, segundo a qual, sintetiza Pisier, “(...) Deus detém a *plenitudo potestatis*, a potência suprema; entretanto, neste mundo, composto de espiritualidade e de materialidade, a onipotência delega a dois poderes distintos o cuidado de fazer triunfar a ordem divina (...)” (PISIER, 2004, p. 26)<sup>97</sup>.

O aceite de um dogma de fé – ou a irrefutabilidade do divino – no campo da política, por sua vez, implica o aceite de valores de hierarquia, subordinação e legitimidade, em que o último, como não poderia diferir, seria aferido de acordo com a harmonia com que dada autoridade se relacionasse com os dois primeiros, pois qualquer poder somente seria justo e capaz de exarar emanações válidas se fosse exercido conforme a diretriz dessa fonte fundamental, Deus, a quem deveria se subordinar pela incapacidade de Lhe negar o *status* de ser a única verdade. É sob esse aspecto, ressalta-se, que se torna difícil ignorar a similitude do pensamento de Santo Agostinho com o discurso de autores contemporâneos, a exemplo de Loewenstein, no sentido de que não haveria Estado sem uma Constituição, ou seja, de autoridade sem dogma fundante, eis que, como ressalta Morrison ao comentar a obra daquele teólogo medieval,

A lei eterna é a razão de Deus no comando da regularidade, e a apreensão intelectual humana dos princípios eternos é chamada de direito natural. Para que as leis criadas pelo Estado sejam totalmente justas, dizia Santo Agostinho, as leis temporais devem estar de acordo com o princípio do direito natural, que, por sua vez, deriva do direito eterno.

---

<sup>97</sup> Com semelhança de sentido, apesar de se valer de uma precípua referência a uma concepção de sagrado não cristão, Ferraz Jr., em análise acerca desse período, ressalta que “o direito, assim, não perdeu seu caráter sagrado. Adquiriu, porém, uma dimensão de *sacralidade transcendente*, pois de origem externa à vida humana na Terra, diferente da dos romanos, que era a imanente (caráter sagrado – mítico – da fundação). Surgira, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar, pois enquanto para os romanos o direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação” (FERRAZ JR, 2019, p. 38/39).

O universo político assim concebido tornou-se dramaticamente diverso da pólis grega. Santo Agostinho não vê o Estado político como um sistema autônomo, mas como parte de um todo maior. Portanto, o Estado não apenas expressa seu poder de legislar ao criar leis; ao contrário, o Estado também deve observar as exigências de uma justiça de maior amplitude. Essa idéia de justiça, além do mais, é um critério que precede o Estado e é eterno. Portanto, Santo Agostinho tomava por base o pressuposto platônico das essências primeiras para argumentar que a justiça é anterior às ordenações sociais vigentes.

(...)

Santo Agostinho achava que a realidade da justiça devia ser encontrada na estrutura da natureza humana em relação com Deus. (...).

(...) se as leis do Estado não estiverem em harmonia com o direito e a justiça naturais, não terão o caráter de verdadeiras leis nem haverá, no caso, um Estado verdadeiro. Uma vez que ele definia uma comunidade como um Estado do povo, “não haverá povo se este não estiver unido por um consenso do direito; tampouco haverá direito que não esteja fundamentado na justiça. Segue-se daí que, onde não houver justiça, não haverá comunidade”. Desse modo, Santo Agostinho parece ter encontrado sua resposta para a questão de um conceito crítico e investigativo para investigar a ordem jurídica convencional. A ordem jurídica deve ter uma base, e essa base não pode ser o processo em si; a mera criação do direito através dos órgãos do Estado não pode significar que eles sejam justos. Essa qualidade de justa deve vir de algum outro ato: aqui, está em conformidade com a origem última da verdade, a vontade de Deus. (MORRISON, 2006, p. 72/73).

O processo histórico, porém, não é linear, sequer homogêneo. A ascensão do cristianismo como poder político capaz de ocupar os espaços de autoridade deixados pela decorrência do Império Romano jamais seria absoluta. Muito embora a Igreja haja promovido alterações na concepção sobre a estrutura do poder, outras fontes reais de autoridade permaneceriam presentes, assim como os valores com que se valiam para justificar sua própria força cogente, a exemplo de critérios de

hereditariedade<sup>98</sup>. Com efeito, para além da Igreja, Roma permaneceria no imaginário como referência para o exercício do poder político em grande parte do continente europeu durante esse período, independente da circunstancial proliferação de interregnos em diversas localidades, ou de outras concepções patrimoniais e metafísicas cristãs sobre os fundamentos do poder, nesse último caso, especialmente após a Reforma Protestante<sup>99</sup>.

A tribo germânica dos francos, ilustra-se, relativamente preservada do avanço das hordas bárbaras contemporâneas à queda do Império Romano do ocidente em fins do século V, teve êxito em manter certa autoridade sobre o que hoje corresponderia a grande parte dos territórios da França e Alemanha. Foi do então Reino Franco, outrora caracterizado pela descentralização política tão comum aos tempos medievais, inobstante contasse com um monarca ao longo de sua existência, que passados cerca de três séculos, viria a se originar a mais notória tentativa de restauro da antiga ordem e costumes, a qual restou simbolizada em uma espécie de sincretismo entre a autoridade fundada em valores de hereditariedade temporal e aqueles com que se justificou a religiosidade cristã. Sem ignorar que alguns historiadores atribuem a formação do Sacro Império Romano Germânico ao reinado de Oto I, foi através da coroação de Carlos Magno que o título de imperador fora efetivamente revivido, a então simbolizar a ascensão política do que viria a se tornar a nacionalidade francesa, mas, sobretudo, o retorno a uma ordem natural idealizada<sup>100</sup>. Esse simbólico restauro da antiga ordem, no entanto, logo traria consigo as intrigas e instabilidades que sempre se fizeram presentes na antiguidade clássica, pois conforme recorda Hawes,

(...) things after Charlemagne 's death turned into a 30-year-long episode of *A Game of Thrones*: a wild dance of uprisings, alliances, usurpations, restaurations, family feuds, solemn vows and blatant oath-breakings, in which

---

<sup>98</sup> Nesse sentido, Jellinek destaca, "(...) la concepción germánica da vigor al sistema feudal al considerar que el rey es el propietario supremo de todas las tierras, con lo cual hace creer al mundo medieval que los Estados particulares se justifican basándose en la propiedad territorial. En Alemania esta idea subrayó la gran significación que tenía la posesión de la tierra para alcanzar y ejercer el derecho de autoridad, con lo cual aparece la posesión de la tierra como un anejo de la soberanía territorial" (JELLINEK; 2017; p. 209).

<sup>99</sup> Como mais uma vez destacado por Miranda, "o renascimento do Direito romano, a partir de fins do século XI e sobretudo do século XIII, é um dos mais importantes eventos da história cultural europeia. Direito do Sacro Império, os *reges* vão também favorecer a sua receção na medida em que se afirmam nos seus reinos iguais ao *imperator* e constroem o seu poder à semelhança do Imperador e as categorias jurídicas romanas vão largamente enformar todas as novas construções políticas" (MIRANDA, 2019, p. 29).

<sup>100</sup> Conforme destaca Hawes, "on Christmas day, 800 AD, Charlemagne was crowned Roman Emperor, publicly adored and acclaimed by Pope Leo III as *imperator* and *augustus*. All over the continent, the coronation was seen as a restoration, and Charlemagne 's capital, Aachen, was called the new Rome. His official seal said it plainly: *Renovatio Romani Imperii* (*Renewal of the Roman Empire*). The coins struck in the name of *Karolus Imp Aug* were consciously modelled on the long-gone days of Rome 's true greatness: he doesn 't stare out at us like some coroneted Late Roman emperor, ut is shown laurel-wreathed and clean shaven, in classical profile (...)" (HAWES, 2017, p. 33).

the great empire broke up into the national outlines of modern Europe.  
(HAWES, 2017, p. 36).

Muito embora o então novel império não haja sido dissolvido por ocasião dessa crise, certo é que somente permaneceria unido pelo restante da Idade Média através de um frágil e complexo jogo de alianças, cuja renovação periódica seria necessária para permitir o equilíbrio de poder entre as múltiplas autoridades nobiliárquicas à passagem dos anos. Percebe-se, desse modo, que apesar de o Sacro Império representar uma tentativa de resgate de um modelo de autoridade ancestral nos moldes romanos, não abandonou por completo a originária tradição de sua ascendência franca – também comum a muitos outros povos bárbaros ou além fronteiras de Roma –, correspondente à repartição da propriedade das terras e da respectiva autoridade entre os descendentes do clã.

Foi quando, sobretudo em razão da multiplicação dos bolsões de poder decorrentes de tais práticas, aliada à necessidade de manter a união desses emergentes principados - senão reinos -, às vezes de efêmera duração, sob a égide relativamente soberana de uma coroa imperial, que seus respectivos apoiadores, em atitude de autopreservação e manutenção de alguma estabilidade política e de domínio territorial, viram-se obrigados a resgatar antigas práticas dos romanos e dos povos bárbaros para a escolha de líderes sem, porém, desvencilhar-se da concepção de legitimidade cristã, o paradigma para o exercício do poder em voga. Deste modo, ao invés da esperada adoção de critérios de hereditariedade para sucessão do trono imperial, houve o restauro da ancestral tradição de escolha do *earl* - ou do título que lhe fizesse as vezes -, à semelhança do que acontecia para a função de Cônsul durante o período da República romana, a suceder mediante a condução de um processo de sufrágio entre membros de um corpo eleitoral, que apesar de muito permanecer restrito, já contava com a participação de uma nova personagem, a Igreja. De fato, conforme mais uma vez é recordado por Hawes, ao tratar do Sacro-Império,

(...) only the seven most powerful lords and archbishops would have a vote. These seven became known as the *Prince-Electors*, and they remained central to German history for the next half-millennium. Three were high Churchmen – the Archbishops of Mainz, Trier and Cologne – who all also held the imperial rank of Arch-Chancellor. The other four were lay powers: the King of Bohemia (the Arch-Cupbearer), the Count Palatine of the Rhine (the

Arch-Steward) the Duke of Saxony (the Arch-Marshall) and the Margrave of Brandenburg (the Arch-Chamberlain). (HAWES, 2017, p. 51/52).

Quer-se, com isso, chamar a atenção que, mesmo na Idade Média, havia uma recorrente busca pelo equilíbrio das relações de poder. O Sacro Império Romano-Germânico traduziu com maior amplitude esse intento de se atingir alguma espécie de legitimidade para o exercício do governo em um ambiente permeado pela pluralidade de forças e que, por isso, apresentava-se instável. Essa dinâmica, por obviedade, também sucedia em outras regiões do continente, inobstante se tratasse de uma aspiração ou ideal restrito, como antes fora a ancestral democracia grega, porquanto sua condução era circunscrita à ação de classes e grupos específicos, que a despeito de minoritários, revelaram-se capazes de atuar com protagonismo para impor suas decisões sobre amplo número de indivíduos, os servos. Esses, porém, praticamente seguiam à margem desse processo, pois eram quase que permanentemente reduzidos a um corpo passivo em função da reverência a privilégios, quando não por força do temor ou da superstição, ou mesmo à própria incapacidade de compreender o acontecia ao redor. Entrementes, foi dessa incipiente construção de critérios de legitimidade durante a Idade Média que eventualmente favoreceu o estabelecimento de limites para a atuação de poder autoridade de maior centralização, que contraditoriamente, a fim de se sustentar em uma posição de primazia, fosse ela assentada sobre bases temporais – os senhores feudais - ou religiosas – a Igreja -, gradualmente dependeria, mais e mais, do apoio de forças menores que a reconhecessem.

Dos inevitáveis confrontos que caracterizaram esses tempos, por vezes a suceder de maneira espontânea enquanto reação ao excesso, mas em outras, a decorrer como deliberada insurgência com fins de sobrepujar a ordem, resultaram questionamentos a propósito da concepção agostiniana de submissão irrestrita a uma autoridade sacra, que a despeito de característica à Alta Idade Média, foi tensionada ao extremo de sofrer a reanálise de sua natureza de discurso fundante. A dinâmica social mais uma vez serviu como fator de pressão para enfraquecer a relação de subordinação existente entre o poder do Imperador e sua representação da cidade dos homens face a cidade de Deus, cujos desígnios, até então, dependiam da revelação pelo Bispo de Roma. Sobre o assunto, em retrospectiva aos acontecimentos históricos posteriores à consagração do Sacro Império Romano-Germânico, mas com ênfase ao robustecimento autoritário da Igreja e às consequências que daí resultariam, Pisier ressalta que

O coroamento de Carlos Magno em Roma, em 800, pelo papa Leão, realiza essa segunda eventualidade: um monarca piedoso, justo e forte encarrega-se do destino da comunidade cristã, que lhe deve obediência, já que esta lhe foi garantida pelo pontífice romano. No entanto, nos séculos seguintes, com as rivalidades enfraquecendo os poderes temporais e com a Igreja fortalecendo sua autoridade administrativa e espiritual, a segunda interpretação se impõe. Durante a “querela das investiduras”, o papa Gregório VII humilha o rei e futuro imperador da Alemanha, Henrique IV, em Canossa (1077). Inocêncio III e Inocêncio IV inflectem a teoria das duas espadas em um sentido que confere a *potestas* ao papado que designa, com toda autoridade, os executores temporais que lhe convém. Na realidade, a resistência a Roma virá não do Imperio e dos imperadores, mas dos *reinos*. É na qualidade de representantes de uma comunidade territorial que os chefes temporais vão opor-se à autoridade do poder da Igreja Romana. Esses reis se valem ao mesmo tempo dos direitos costumeiros, de origem germânica, e do direito romano para fazer valer sua autoridade sobre seus súditos. E eles o conseguem com tanto mais êxito por se afirmarem, eles próprios, como servidores da comunidade.

Esse esboço de formação de poderes “nacionais” a partir do século XI, mais marcado na Inglaterra e, posteriormente, na França, cedo encontrará legitimações e vias tanto teóricas quanto empíricas. Entre as primeiras, a reflexão política de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) é significativa. (PISIER, 2004, p. 27).

A formalização de um organismo imperial representou uma espécie de resistência à atividade eclesiástica centralizada. Sob esse aspecto, consoante destaca Barroso em harmonia à compilada análise de Pisier, “o Sacro Imperio Romano-Germânico constituiu um esboço de concentração de poder político, embora ainda sem os atributos e a intensidade que viriam a identificar os Estados nacionais” (BARROSO, 2015, p. 32). Por evidência, o restauro de um poder imperial no centro da Europa, enquanto manifestação embrionária de um poder de autoridade temporal, foi um evento propício para o surgimento de elementos fundamentais ao movimento constitucionalista; e que não tardaria a gerar

reflexos sobre a compreensão de atributos como a legitimidade e os limites da autoridade para perseguir o bem comum, seu valor fundante. Decerto, esses paradigmas se expandiriam, sobretudo quando foram relativamente incorporados pela Carta Magna inglesa de 1215, documento que findou por ser classificado como um dos primeiros marcos do constitucionalismo, a despeito de ainda distar do caráter universal atribuído a uma Constituição moderna, pois, como mais uma vez explicita Barroso, “(...) resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa”, mas cuja “(...) amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas” (BARROSO, 2015, p. 34) e, com isso, de limitação do poder.

O comentário de Barroso, em verdade, se observado com pormenor, parece evidenciar o que talvez fora uma das primeiras manifestações do fenômeno que futuramente viria a ser classificado de mutação constitucional<sup>101</sup>. Isso porque, ao se reportar a esse particular momento da história inglesa, terminou por explicitar como um movimento político, a exemplo do que antes ocorrera na antiguidade clássica e ao longo da ascensão e estabelecimento do Sacro-Império Romano-Germânico, enquanto força, eventualmente poderia acarretar a necessidade de equilibrar múltiplas fontes de poder, que embora permanecessem atuantes, isoladamente não conseguiam prevalecer com hegemonia uma sobre as outras. Explicitou, enfim, desenlace capaz de preservar os interesses comuns e, portanto, necessário para a sobrevivência das concepções políticas atuantes, pois permitia uma solução de convívio relativamente harmoniosa, ainda que sob um novo manto, à semelhança de como a disposição dos átomos de dado elemento altera as propriedades de uma substância sem mudar as próprias características.

Decerto, o que começava a ocorrer na Inglaterra do século XIII era o início de fenômeno que logo iria se alastrar com maior celeridade - ou mesmo sobreposição – em outros países, a exemplo de Portugal, para em breve se expandir em Espanha e, em seguida, pelo restante do continente europeu. Trata-se do início do período de formação dos Estados nacionais, quiçá um processo ininterrupto que sempre acompanhou a era feudal desde a desfragmentação do Império Romano, mas que fluiu de

---

<sup>101</sup> Por mutação constitucional, compreende-se a alteração de uma Constituição por uma via informal, ou consoante leciona Bernal, “(...) por vía interpretativa. Intérpretes autorizados – los jueces son los intérpretes más importantes – les asignan un significado a las disposiciones constitucionales. El significado de estas depende del vínculo que los intérpretes crean entre los enunciados de la Constitución, por un lado, y por outro, sus referencias, es decir, los objetos a los que hacen referencia. Las referencias de las disposiciones constitucionales son normas constitucionales. Aquellas normas se refieren a ideas políticas, tales como libertad e igualdad, y a la estructura de instituciones jurídicas. El significado de las disposiciones constitucionales puede cambiar con el tiempo. La manera en que se entienden las ideas políticas y las instituciones jurídicas según nuestros intérpretes constitucionales puede transformarse. Por otro lado, nuestros intérpretes constitucionales pueden ser sustituidos por otros intérpretes apoyados por nuevas generaciones. El remplazo de intérpretes constitucionales puede implicar un cambio en el significado asignado a las disposiciones constitucionales. (BERNAL, 2016, p. 12/13).

maneira heterogênea, a suceder de acordo com o impulso desordenado das circunstâncias, como assim se pode ilustrar pela reconquista da península Ibérica pela expulsão dos mouros em relação àqueles dois últimos, ou mesmo o anterior reestabelecimento de rotas comerciais no Mediterrâneo a partir das intervenções conduzidas pelas Repúblicas de Gênova e Veneza, acontecimento com repercussão direta para a ascensão econômica da burguesia à condição de importante classe política atuante no continente, cujo crescimento e consolidação, em sentido inverso, influenciou o progressivo enfraquecimento das relações de servidão<sup>102</sup> e, com isso, o esmorecimento das autoridades feudais, a então abrir espaço para o estabelecimento de uma ordem de regimes de poder mais centralizada. Como sintetiza Barroso a propósito desse período,

A atomização do mando político marcou o período feudal, no qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus vassallos, restando autoridade mínima para o rei, duques e condes. Já pela alta Idade Média e por conta de fatores diversos – que incluem a reação à anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio -, começa a esboçar-se o processo de concentração do poder que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e

---

<sup>102</sup> Há, entretanto, uma segunda percepção que deve acompanhar o leitor para além da aludida existência de fatores reais de poder. Decerto, o constitucionalismo nem sempre seria conscientemente influenciado pelo comportamento político de segmentos sociais. Por vezes, muito embora não deixem de representar efeitos colaterais da ação humana, alguns fenômenos da natureza se projetariam sobre a organização política, a implicar situações de crise, a exemplo do que veio a resultar do período em que a Peste Negra assolou o continente europeu, cuja amplitude foi suficiente para auxiliar o declínio da ordem feudal e alterar os fundamentos da estrutura de poder presentes à época. Consoante lecionam Acemoglu e Robinson sobre essa circunstância,

(...) At the turn of the fourteenth century, Europe had a feudal order, an organization of society that first emerged in Western Europe after the collapse of the Roman Empire. It was based on a hierarchical relationship between the king and the lords beneath him, with the peasants at the bottom. The king owned the land and he granted it to the lords in exchange for military services. The lords then allocated land to peasants, in exchange for which peasants had to perform extensive unpaid labor and were subject to many fines and taxes. Peasants, who because of their "servile" status were thus called serfs, were tied to the land, unable to move elsewhere without the permission of their lord, who was not just the landlord, but also the judge, jury, and police force. It was a highly extractive system, with wealth flowing upward from the many peasants to the few lords.

The massive scarcity of labor created by the plague shook the foundations of the feudal order. It encouraged peasants to demand that things change. At Eynsham Abbey, for example, the peasants demanded that many of the fines and unpaid labor be reduced. They got what they wanted, and their new contact began with the assertion "At the time of the mortality or pestilence, which occurred in 1349, scarcely two tenants remained in the manor, and the expressed their intention of leaving unless Brother Nicholas of Upton, then abbot and lord of the manor, made a new agreement with them." He did.

What happened at Eynsham happened everywhere. Peasants started to free themselves from compulsory labor services and many obligations to their lords. Wages started to rise. The government tried to put a stop to this and, in 1351, passed the Statute of Laborers (...).

The statute in effect tried to fix wages at the levels paid before the Black death. Particularly concerning for the English elite was "enticement," the attempt by one lord to attract the scarce peasants of another. The solution was to make prison the punishment for leaving employment without permission of the employer (...).

The attempt by the English state to stop the changes of institutions and wages that came in the wake of the Black Death didn't work. In 1381 the Peasant's Revolt broke out, and the rebels, under the leadership of Wat Tyler, even captured most of London. Though they were ultimately defeated, and Tyler was executed, there were no more attempts to enforce the Statute of Laborers. Feudal labor services dwindled away, an inclusive labor market began to emerge in England, and wages rose.

The plague seems to have hit most of the world, and everywhere a similar fraction of the population perished. Thus the demographic impact in Eastern Europe was the same as in England and Western Europe. The social and economic forces at play were also the same. Labor force was scarce and people demanded greater freedoms. (...). (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 98/100).

difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos etc.). (BARROSO, 2015, p. 32/33).

Os novos estímulos provocados pelo crescimento dessas forças econômicas e políticas infligiu alterações quanto à percepção da generalidade dos indivíduos a respeito do ambiente em que viviam, em especial, seu protagonismo para influenciá-lo e, por evidência, afastar-se do dogma determinista da época. Não ao acaso, para se defender de ameaças de refutação por sua eventual incapacidade de fornecer uma explicação crível sobre a maneira como a dinâmica do mundo se manifestava, a Igreja, em exemplificação das idéias de Luhmann, ou da alegoria darwiniana de Popper referida no Capítulo II, viu-se obrigada a adequar o discurso legitimador de sua autoridade, já fortemente ameaçado desde o grande cisma de 1.054, que a dividiu em duas, a Igreja Católica Ortodoxa, regida por um patriarca, e a Igreja Católica Apóstolica Romana, que permaneceu conduzida pelo Papa; circunstância essa, aliás, que contraditoriamente impunha limites territoriais ao universalismo dos seus ensinamentos cristãos.

Foi desse contexto por reformas e releitura de sua essência que emergiu a escolástica, corrente de pensamento responsável por aproximar a fé cristã à filosofia grega, mormente à filosofia aristotélica, de forma a possibilitar maior reconhecimento da autonomia dos poderes temporais, muito embora continuasse a sustentar que o dogma da verdade fundante permanecia a residir em Deus. Dentre diversos autores, São Tomás de Aquino, intuído pelo sentimento de preservar a primazia da Igreja sem ignorar a ascensão dessas novas fontes de autoridade, revisaria os ensinamentos de Santo Agostinho para tentar apresentar resposta a esses tensionamentos e embates. Admitiu, com isso, certo protagonismo à força criadora do livre-arbítrio humano. Se agora o homem detinha capacidade de influenciar o ambiente, por evidência, nem toda a verdade sobre os fatos decorreria diretamente de Deus. Haveria, em verdade, dois planos de existência a serem governados a caminho do bem, inobstante um deles estivesse permanentemente vulnerável à corrupção, pois como lecionou,

(...) além da verdade primeira, não há somente a verdade do signo ou do intelecto, mas também a verdade da coisa; se pois esta proposição não for de Deus enquanto se refere à coisa, esta verdade da coisa não será de Deus, e assim chega-se a que nem toda a verdade provém de Deus.

Se este tal comete adultério, então é verdadeiro o fato de que há este adultério, de modo que há descenso da verdade da proposição à verdade do

que foi enunciado: a verdade da coisa; portanto, a verdade do adultério consiste em que este determinado ato compõe-se com este determinado sujeito (o adultério); mas a verdade do enunciado não se seguiria da composição de tal ato com tal sujeito, a não ser que se entendesse a composição do ato sob a deformidade existente; portanto a verdade da coisa tem-se não só quanto à própria essência do ato mas também quanto à sua deformidade. Ora, o ato considerado em sua deformidade não é absolutamente de Deus; portanto nem toda verdade da coisa é de Deus. (AQUINO, 2013, p. 237/239).

Como se denota, para São Tomás de Aquino, a manutenção da autoridade da Igreja era imprescindível, pois apenas através de sua orientação é que se tornaria possível encontrar a virtude divina, haja vista a incapacidade de a racionalidade humana compreender a plenitude dos desígnios de Deus, sempre direcionados à salvação. Tratava-se, enfim, da confirmação de um dogma de fé, em que a interpretação do universo e de seus estímulos era conduzida a partir da irrefutabilidade do divino, algo que simbolizava, justamente, a essência do pensamento teológico, que como referido linhas atrás, influenciou o início da dogmática jurídica, em especial, o estabelecimento de uma hierarquia normativa, pois na medida em que Deus persistiria no papel de fonte primeira de validade do Direito e, portanto, da verdade infalível<sup>103</sup>, ao ser humano caberia propiciar a verdade temporal.

Atesta-se, deste modo, que se a autoridade, fosse ela temporal ou religiosa, fosse exercida sob essa perspectiva de onipresença divina acerca de suas origens, além de respeitar os preceitos sagrados, é que se conseguiria estabelecer o bem comum. O pensamento tomista, em suma, não somente ratificava parâmetros transcendentais de validade para o Direito, como rosbustecia o estabelecimento de critérios de legitimidade para o exercício de uma autoridade temporal<sup>104</sup>. Sob esse

---

<sup>103</sup> Afinal, expôs, “(...) como o intelecto divino primordialmente entende a realidade que é a sua própria Essência, pela qual entende todas as coisas, assim também à verdade em Deus importa antes de tudo a igualdade do intelecto divino com aquela realidade que é a sua própria Essência, e consequentemente do intelecto divino com as coisas criadas. Mas adequação entre o intelecto divino e a Essência divina não se dá como entre o mensurante e o mensurado, pois um não é princípio do outro, mas são somente idênticos. Daí que à verdade resultante de tal igualdade não importa nenhum caráter de princípio, quer considerada por parte da essência quer por parte do intelecto, já que há total identidade: como pois em Deus há identidade entre aquele que entende e a realidade entendida, assim há identidade entre a verdade da coisa e a verdade do intelecto, sem nenhuma conotação de princípio” (AQUINO, 2013, p. 233/235).

<sup>104</sup> Com efeito, esses elementos apenas poderiam ser deduzidos do discurso de São Tomás de Aquino mediante algum esforço interpretativo. Como elucida Morrison,

(...) A partir da definição aristotélica do homem como animal social nascido para a sociedade política, Santo Tomás concorda que o Estado é uma instituição natural derivada da natureza humana, mas postula que o Estado também tem um dever que lhe é imposto no sentido de ajudar o homem a cumprir seu fim natural. Uma vez que o Estado não está equipado para lidar com esse fim último do homem, deve reconhecer a limitação de suas funções; é papel da Igreja conduzir o homem a esse fim. São Tomás não dividiu simplesmente a autoridade nessas duas esferas da preocupação humana,

ponto de vista, em suma, na medida em que, para São Tomás de Aquino, a autoridade da Igreja coexistiria com uma autoridade leiga, em que cada uma atuaria com autonomia para regulamentar os assuntos pertinentes a sua respectiva natureza, possibilitar-se-ia que o bem comum fosse potencialmente atingido em duas esferas, a temporal e a espiritual, ainda que não em concomitância, pois, para se beneficiar da segunda, permanecia indispensável que, ao longo da vida, continuasse-se a respeitar as orientações dessa instituição com aspirações à universalidade, a Igreja. Enfim, alguma sugestão de subordinação persistia.

### **5.3. O bem comum como valor que se confunde com a preservação da vontade do representante de Deus e o início da delegação para o exercício da soberania.**

Curiosa e inesperadamente, o esforço empreendido por São Tomás de Aquino transformar-se-ia no vetor fragilizante dos propósitos de seu discurso em estabelecer maior harmonia conceitual entre a dogmática religiosa e a dinâmica do mundo laico. Com efeito, nem a escolástica nem a influência do pensamento tomista bastaram para salvaguardar a posição de hegemonia da Igreja frente a ascensão de novas forças de poder temporal. Inversamente, o aspecto racional que o pensamento aquiniano detinha serviu para impulsionar o fortalecimento da temporalidade, sobretudo pela sistematização de um novo conceito que passaria a ser adotado pelos Estados nacionais em formação à época, justamente o embasamento teórico necessário para legitimar o exercício de sua autoridade laica. Tratava-se da soberania, que a despeito de pré-existente enquanto força atuante<sup>105</sup>, apenas em meados

---

conferindo a autoridade ao Estado em uma área e à Igreja na outra; ao contrário, atentou para o Estado e explicou sua origem em termos de criação divina.

Para esse ponto de vista, o Estado é desejado por Deus e tem, como função atribuída por Deus, o dever de servir de instrumento à expressão da natureza social do homem. Ao contrário de Santo Agostinho, São Tomás não vê o Estado como produto da pecaminosidade do homem: mesmo “no estado de inocência o homem teria vivido em sociedade”. Mas mesmo então “uma vida comum não poderia existir, a menos que houvesse alguém que detivesse o controle, encarregando-se do bem comum”. A função do Estado consiste em assegurar o bem comum ao manter a paz, organizar harmoniosamente as atividades dos cidadãos, prover os recursos necessários à manutenção da vida e impedir, na medida do possível, que obstáculos venham a se interpor ao bem viver. Este último item, que remete às ameaças ao bem viver, atribui ao Estado não apenas uma função ligada ao fim último do homem, mas também dá conta da posição do Estado em relação à Igreja.

O Estado é subordinado à Igreja. Isso não quer dizer que a Igreja seja um superestado, mas apenas que o Estado tem sua própria esfera de funções legítimas, como acontece com a Igreja. Dentro dessa esfera, o Estado é autônomo. Contudo, na medida em que existem aspectos da vida humana que dizem respeito ao fim sobrenatural do homem, o Estado não deve colocar obstáculos arbitrários que frustrem a vida espiritual humana. (MORRISON, 2006, p. 82/83).

<sup>105</sup>Como ressalta Miranda,

(...) as concepções germânicas colocam o príncipe (e as relações diretas e pessoais dos súbditos com ele), não a Cidade, como centro da vida política (e daí que, em contraste com a maior parte da Antiguidade clássica, os senhorios e depois os novos Estados europeus venham quase todos a adotar a forma monárquica). Afirmam também o dualismo da posição do príncipe (ou rei)/povo, mais tarde rei/reino.

Finalmente, na Baixa Idade Média, alguns setores intelectuais viriam a sustentar que o poder vinha de Deus *per populum* (S. Tomás) ou até que o *pactum subjectionis* não punha em causa o poder de raiz do povo (Marsílio de Pádua).

Com o feudalismo dissolve-se, todavia, a ideia de Estado. A ordem hierárquica da sociedade traduz-se numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassallos, ligados por vínculos contratuais. A realeza, muito longínqua, fica reduzida a uma dignidade ou prerrogativa no cimo da ordem feudal, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio.

da Idade Média restaria doutrinariamente reconhecida e sistematizada com alguma classificação de natureza político-jurídica.

É sob esse contexto, ressalta-se, que à semelhança dos conceitos de constituição abstraídos da obra de Aristóteles, a soberania, a despeito de não ser identificada sob esse específico signo linguístico, já no século XIV haveria sido precipuamente sistematizada por Marsílio de Pádua, que em seus escritos, ao se valer da concepção tomista para ressaltar a ausência de subordinação do poder temporal face o poder sacro, não o fazia em relação ao sagrado, pois defendia a submissão diante a Deus. Sem negar a realidade de seu tempo, defendia a coexistência de autoridades religiosas e temporais com finalidades distintas, a assim possibilitar a busca da felicidade em diferentes planos, porém harmônicos. Como assentou, tais parâmetros,

(...) considerados ativamente não são iguais, diferem em si, em razão de todas as modalidades causais, embora sejam bastante parecidos. Primeiramente, devido à causa eficiente. Deus é a causa eficiente imediata dos preceitos da Lei Divina, enquanto ao contrário, o espírito humano ou sua decisão e vontade é a causa eficiente da lei humana.

Em segundo lugar, a causa final dos preceitos da Lei Divina é a obtenção pelos homens da felicidade eterna no outro mundo. A da lei humana é a consecução da tranquilidade neste mundo e uma beatitude finita. (PÁDUA, 2019, p. 129).

O pensamento combativo de Marsílio de Pádua acumularia força ao longo dos anos, especialmente por sintetizar a comunhão de interesses convergentes que buscavam distanciar-se do jugo da autoridade eclesiástica. Não tardaria, pois, a ser impulsionado por outros pensadores contemporâneos a si, como Dante Alighieri, que através do resgate a uma tratativa de demonstrar uma fórmula que simbolizasse a ordem natural das coisas, ratificou as afirmações de Pádua a propósito da autonomia do poder temporal sem, contudo, refutar a importância do aspecto divino para a existência. Como expressou sobre o assunto,

---

Nestas circunstâncias, o poder privatiza-se. Em vez do conceito de *imperium* vem o de *dominium*, em conexão com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. Mais que em “forma de Estado” *patrimonial*, deve falar-se em ordenamento jurídico sob regime *patrimonial*. É a concessão patrimonial do poder, a qual, transformada, acabaria por subsistir quase até ao constitucionalismo. (MIRANDA, 2019, p. 20/21).

(...) Quanto à existência, a lua não depende de modo algum do sol, nem quanto a seu poder, e outro tanto deve-se dizer em sentido próprio em relação a sua atuação, porquanto seu movimento deriva de próprio motor e a influência que exerce provém de seus próprios raios. Com efeito, é dotada de certa luz própria, como se pode notar em seus eclipses. Entretanto, para poder operar melhor e com mais força, ela recebe alguma coisa do sol, ou seja, luz em abundância.

Afirmo, portanto, que o poder temporal não recebe do poder espiritual sua existência, nem o poder, que é sua autoridade, nem mesmo sua atuação pura e simples. Recebe, sim, do poder espiritual influência para poder agir com maior eficácia mediante a luz da graça que Deus, no céu, e a bênção do sumo pontífice, na terra, lhe infundem. (ALIGHIERI, 2017, p. 97).

Com efeito, o reforço à temporalidade robusteceu-se ao ponto de, eventualmente, desconstituir a exclusividade da autoridade da Igreja no exercício do papel revelador da verdade divina. Eventos como a Reforma Protestante, cujo marco histórico restou simbolizado pela afixação das noventa e cinco teses de Martinho Lutero na porta da Catedral de Wittenberg, em 31 de Outubro de 1517, ao qual se seguiu o rompimento de Henrique VIII com o papado, que mesmo se motivado por razões pessoais, subordinou a sacralidade cristã mediante a invocação do papel de representante direto de Deus na Terra através de sua auto-proclamação de líder da novel Igreja Anglicana Inglesa, são exemplos da materialização em ações do que antes eram expressões teóricas a propósito da autonomia do poder temporal contra a Igreja Católica.

Em meio a esse ambiente de contestação, coube a Bodin consolidar o discurso teórico sobre a autonomia conceitual de um poder soberano a ser temporalmente exercido, não obstante ainda preservasse o aceite de sua sacralizada origem metafísica ao considerar que toda autoridade permaneceria como diretamente concedida por Deus, inclusive aquela que coubesse ao príncipe. Tratou, enfim, de consolidar uma nova leitura sobre as teorias das duas espadas e do direito divino dos reis, que ao invés de respeitarem dogmas eclesiásticos e, portanto, prescindirem da orientação e reconhecimento da Igreja para se consolidar e fazer exercer, deveriam, tão somente observar o preceitos divinos, apesar da difícil distinção conceitual entre as fontes sacras e temporais, eis que aferíveis a partir das mesmas escrituras. De acordo com Bobin, "(...) the main point of sovereign

majesty and absolute power consists of giving the law to subjects in general without their consent” (BODIN, 2004, p. 23), desde que, naturalmente, perceba-se que “(...) the prince, then, does not have power to overstep the bounds of natural law, which has been established by God, of whom he is the image (...)” (BODIN, 2004, p. 39).

Do que se abstrai deste último comentário, porém, é que a sistematização do conceito de soberania não se desvincula de um contraponto que emerge simultaneamente consigo. O “tudo poder” da soberania temporal, tal como sucede em relação à onipotência de Deus, esbarra em sua natureza metafísica de dogma irrefutável, pois a impossibilidade de contestar sua autoridade igualmente impede a adoção de condutas contrárias a sua própria essência, em circunstância que, futuramente, serviria de inspiração para justificar a impossibilidade de violar preceitos que atentassem contra os primados originários da Constituição – as contemporâneas declarações de inconstitucionalidade -, em ratificação a um primado hierárquico de norma fundamental enquanto dogma jurídico. De fato, consoante o próprio Bodin reconhece, mesmo que o faça com influência ainda arraigada no sagrado, a soberania tudo poderia, menos negar sua própria existência, pois,

For the notion of a sovereign (that is to say, of someone who is above all subjects) cannot apply to somenone who has made a subject his companion. Just as God, the great sovereign, cannot make a God equal to Himself because He is infinite and by logical necessity (*par demonstration necessaire*) two infinities cannot exist, so we can say that the prince, whom we have taken as the image of God, cannot make a subject equal to himself without annihilation of his power. (BODIN, 2004, p. 50).

A história demonstraria que o trabalho desses filósofos do renascimento ajudou a legitimar certa autonomia do poder temporal em relação a suas raízes sacras, a então permitir a ascensão de um conceito de soberania com traços de temporalidade, que não obstante permanecesse vinculado à sacralidade, ainda assim possibilitaria a unificação da autoridade do príncipe, que tal qual exposto, arbarcaria para si o direito-divino de governar sem a intermediação do papado, haja vista ser incumbido da tarefa de pressuposta e diretamente representar a Deus frente os assuntos mundanos. Conforme ressalta Barroso, a partir dali, a

Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional. (BARROSO, 2015, p. 33).

Por evidência, um caminho robusto em direção ao absolutismo foi seguido pela quase totalidade dos Estados nacionais em formação na Europa continental. Não se pode afirmar, todavia, que esse percurso necessariamente fora inadequado ao momento histórico por que passavam, sobretudo ao contraditoriamente justificar a autonomia do poder temporal sem, contudo, garantir o exercício do livre-arbítrio humano. Tratava-se, porém, da saída possivelmente mais suscetível ao êxito para o estabelecimento de segurança e equilíbrio aos interesses políticos então ascendentes, fossem eles advindos da novel classe burguesa, representada, sobremaneira, pelas corporações de ofícios, ou daqueles decorrentes das aspirações aristocráticas pela manutenção de um *status quo* nobiliárquico, cujo poder, ligado a tradições ancestrais de hereditariedade e propriedade feudal da terra<sup>106</sup>, pontualmente representavam razões legitimadoras para a reivindicação do trono, ou ao menos influência sobre ele.

Sob essa perspectiva, a centralização do poder não somente findou por se tornar imprescindível para o florescimento do comércio, como também para atender a perpétua necessidade de mútuo equilíbrio entre poderes, desta feita com a nobreza feudal, que circunstancialmente, a fim de garantir a eternização de sua própria influência - ou ao menos de parcela dela -, viu-se obrigada a renunciar a dadas prerrogativas históricas relacionadas ao domínio em prol da afirmação de uma autoridade central, no que viria a ser uma espécie de contrato social redigido segundo os moldes delineados por Hobbes, pacto supostamente necessário para preservar um primado ético que, embora por si nomeado como a paz, ao menos indiretamente continuava ligado à acepção do bem comum, este entendido em um viés darwiniano de adaptação à realidade para fins de proteção e perpetuação. Segundo defendeu,

---

<sup>106</sup> Nesse sentido, como Marsílio da Pádua acentuou, "(...) neste ou no outro mundo ou em ambos, estão obrigados à observância dos referidos preceitos e proibições divinos e humanos, desde que estes não contrariem a Lei Divina. Com efeito a Lei Divina prescreve a obediência aos príncipes e às leis humanas quando não estejam em contradição com a Lei Divina, conforme demonstramos anteriormente de acordo com o testemunho que Cristo e os Apóstolos nos legaram" (PÁDUA, 2019, p. 72/73).

É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos. (HOBBS, 2000, p. 144).

Decerto, como Ferraz Jr. explicita, a essa época, a despeito de a fonte da autoridade para o exercício do poder permanecer divina, nos termos explicitados por Bodin, o valor do bem comum que lhe legitimava o exercício mais uma vez começou a sofrer alterações em sua essência, a deixar de unicamente corresponder ao bem a ser atingido pelo respeito às premissas emanadas pela Igreja. A partir dali, o bem comum também passaria pelo dever de honrar os desígnios da emergente autoridade atribuída ao príncipe, cujo poder, além de derivar de uma hereditariedade de origem divina, parcialmente também decorreria do reconhecimento das forças locais e, por conseguinte, do suporte a seus anseios. Tratava-se, enfim, de um fluxo recíproco, anteriormente pouco evidente, uma vez que o bem comum, enquanto valor a ser atingido, para se concretizar através de condutas respeitadas aos dogmas divinos, igualmente deveria ser atingido pela satisfação dos desejos temporais, desde que, reitera-se, harmônicos à vontade de Deus. Por certo, como Ferraz Jr. discorreria sobre o tema ao interpretá-lo como uma espécie de demanda por legitimidade,

Desde a Idade Média, pode-se, pois, dizer, o pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do *poder real*. E a recuperação do direito romano serviu-lhe como instrumento de organização. No continente europeu, o poder real tendeu a um centralismo crescente, tendo sido o Direito Romano, absorvido pelas universidades, o instrumento apropriado para a centralização.

Ao se colocar o rei como personagem central de todo o edifício jurídico, aparece nessa época, um conceito-chave, que irá dominar a organização jurídica do poder: a noção de *soberania*. As disputas em torno desse poder

mais alto, o poder soberano, bipartem-se na questão do *fundamento* do direito de se exigir obediência e na dos *limites* desse direito. A soberania, encarada como direito do soberano, expõe o problema jurídico da legitimidade.

A noção de soberania propicia uma forma de conceber o direito a partir de um princípio centralizador. Dessa forma, todos os seres tinham sua unidade de convergência em Deus; assim como a verdade só podia ser uma, assim também o direito só podia ser um, dentro de determinado território, de determinada esfera de poder.

O sistema do direito centrado no soberano vê o poder como relação direta soberano/súdito, num sentido bastante concreto, baseado no mecanismo de apossamento da terra. É verdade que soberania, enquanto direito fundante da ordem jurídica, era limitada pela ideia de soberania divina, ou seja, de um poder político que encontrara sua fonte e seu limite em Deus. *A potestas* deriva-se dessa suprema *auctoritas*, interpretada conforme o ensinamento da Igreja que, por isso mesmo, atuou, na prática, como uma limitadora do poder político. De qualquer modo, porém, a concepção jurídica do poder, ensaiada pelos juristas medievais por meio de suas técnicas dogmáticas e fundada na noção de soberania, foi uma visão circular e eminentemente ética, no sentido de que o respeito à lei devia ser algo primário nas relações de governo: os objetivos do poder são o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder prescreve. (FERRAZ JR, 2019, p. 41).

Não tardou, todavia, para que se firmasse nova dinâmica propiciada a partir da centralização do poder político em uma autoridade de amplitude nacional, aliada à decorrente relativa estabilidade jurídica dessa nova ordem, em que as relações privadas eram cada vez menos afetadas pela severa fragmentação do poder político em uma multiplicidade de unidades territoriais<sup>107</sup>, tempo em que o direito canônico era a única materialização de uma autoridade jurídica dotada de linguagem comum e unicidade de preceitos sobre ampla circunscrição. Como Ferraz Jr. retornaria a explicitar,

---

<sup>107</sup> Como exemplo das mazelas acarretadas pela multiplicidade de fronteiras, divisas ou circunscrições territoriais, cita-se a tributação.

A partir do renascimento, o direito irá perder progressivamente seu caráter sagrado. E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnicização do saber jurídico e a equivalente perda de seu caráter ético, que a Era Medieval cultuara e conservara.

A era seguinte, chamada do Direito Racional, vai de 1600 a 1800, aproximadamente, e caracteriza-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica (cf. Wieacker, 1967:249). *Auctoritas* e *ratio* haviam dominado o pensamento jurídico medieval cujo, caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados, tomados como pontos de partida das séries argumentativas.

(...)

Os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim de suas condições efetivas e racionais de sobrevivência (cf. Habermas, 1972:56). Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. (FERRAZ JR, 2019, p. 42).

A centralização de um poder temporal, ainda que relativamente dependente do reconhecimento de uma autoridade divina, possibilitou a expansão das atividades ligadas ao comércio e, conseqüentemente, do poder econômico da então novel classe burguesa, ainda profundamente restrita às corporações de ofício medievais<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Tratava-se, como Jellinek viria a discorrer, de uma concepção do (...) *El Estado como dominador o autoridad ("Herrscher")*. Esta doutrina radica también en una representación ingenua que identifica el Estado con el gobierno. Las personas que ejercen la autoridad han sido consideradas en todos los tiempos por muchos como la encarnación del Estado y, por tanto, como su verdadera realidad. En el mundo cristiano encontró esta concepción un apoyo de gran importancia en las exposiciones, tan comunes en el Nuevo Testamento, que sólo afirman del Estado la autoridad. Esta teoría penetra en la ciencia mediante la doctrina absolutista, para la cual pueblo y tierra aparecen puramente como objetos de la actividad del príncipe en cuya acción se encuentra contenida toda la realidad del Estado. La exposición de esta teoría la ha hecho principalmente Hobbes, según el cual, el pueblo unido por el contrato que es el fundamento del Estado se somete al príncipe o a la asamblea dominante. De este modo se transmite al señor la voluntad de la comunidad. A pesar de que Hobbes explica el Estado como una persona colectiva, esta persona sólo es objeto exterior sobre el que se afirma el poder del Señor. Todo o poder del Estado y todo derecho público inciden exclusivamente en la autoridad.

La teoría francesa del absolutismo, tal como fue formulada por Bosuet, declara sin vacilar que todo el Estado se encuentra contenido en el príncipe; así pues, todo el pueblo queda absorbido en éste, a quien eleva a un ser supraterráneo. (...).

No son precisas hondas reflexiones para comprender los errores fundamentales de esta doctrina. Un soberano o un dominador con una apariencia tan empírica y realista no es, en rigor, sino una abstracción jurídica, pues sólo considerando al soberano como institución independiente del cambio que es

Nesse cenário de possibilidades, a ambição econômica da burguesia logo se transmutaria em ambição política, de forma que essa novel classe passaria a almejar o *status* de nobreza, circunstância que logo favoreceria o exercício de influência ainda maior sobre o poder estadual, sobretudo para a própria manutenção - ou até expansão - dos monopólios de suas corporações. De fato, paulatinamente, fosse pelo financiamento de projetos do Estado, inclusos os bélicos, ou mesmo para atender aos desejos pessoais dos monarcas, quando não seus próprios, usualmente satisfeitos pela compra direta de títulos nobiliárquicos, a antiga burguesia, ao menos em parte, migraria para a classe aristocrática. Esse movimento, por sua vez, apesar de expressivamente restrito se comparado à representação numérica absoluta que a burguesia portava frente aos demais segmentos populacionais, findaria por gerar novo estaqueamento em prejuízo da mobilidade social, sobremaneira em detrimento da subsequente novel geração emergente da classe burguesa, composta, principalmente, por profissionais liberais e pequenos comerciantes. Mas não apenas. Novo contingente populacional também se expandia pela decadência dos laços de servidão e, dentro em breve, começaria a representar mais um contrapeso na balança de equilíbrio do poder, mormente pela reivindicação de melhores condições de vida e inserção social.

Contudo, ainda que não se considere essa novel circunstância a refutação de uma solução para a concentração do poder em uma autoridade central, fosse ela o monarca ou o próprio Estado, mesmo porque decorrente da própria dinâmica por si produzida, foi dela que igualmente resultou a necessidade de se elaborar novas conjecturas para justificar a autoridade em si. Como sintetiza Barroso a respeito da evolução dos Estados nacionais a partir do fim da Idade Média, em comentário que aborda sua progressão ao longo da Idade Moderna até o advento da Idade Contemporânea, em 1789,

Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se. (BARROSO, 2015, p. 33).

---

propio a los individuos, se puede evitar la consecuencia que se desprende de esta concepción, a saber: que con la muerte del soberano cese también de existir el Estado. Así pues, concebido el soberano como una persona física, queda destruida la continuidad de la vida del Estado. (JELLINEK, 2017, p. 166/168).

Antes do encerramento desse ciclo, porém, deve-se atentar que, à idéia de legitimação para o exercício do poder, ainda que manifesta em diferentes graus e, muitas das vezes, com hiatos, o conceito de soberania simultaneamente se firmou enquanto unidade e limitação para o exercício da autoridade. Não tardaria, por conseguinte, para que a percepção conjunta desse fenômeno propiciasse o florescimento da contemporânea concepção do que deveria ser um Estado, como também das primeiras ordenações orgânicas especificamente voltadas para esse fim, o que se daria com o florescimento do movimento constitucionalista e a inerente formalização das primeiras constituições.

Nesse ponto, recorda-se, a já referida Carta Magna inglesa de 1215, parâmetro para o constitucionalismo, uma espécie de constituição em estado bruto, posto resultante de específico momento histórico inglês, inaugurou a tentativa de harmonizar um poder central com autoridades regionais a fim de formar um governo conjunto entre rei e parlamento, tentativa que, nesse ínterim, viria a incentivar a elaboração do modelo responsável por influenciar a doutrina política da época, a despeito de esse, no futuro, jamais haver sido sintetizada sob o formato de uma constituição escrita. Seus princípios estruturais, porém, firmaram-se com tamanha robustez que logo se revelariam campo fértil para a análise e formulação de avanços teóricos por parte daqueles que viriam a ser consagrados como os filósofos do iluminismo, a exemplo de Locke, Montesquieu e Rousseau, ainda que este último haja sido potencialmente inspirado pela experiência do regime de cantões de sua terra natal, a Suíça<sup>109</sup>.

Sobressaiu-se, assim, a adoção de estatutos legais detentores de amplitude nacional que, mesmo quando não eram reduzidos à escrita, foram editados para atender as demandas políticas de

---

<sup>109</sup> Como destacado por Loewenstein, com referência ao ataque patrocinado pelo fervoroso católico monarca espanhol Filipe II contra sua par protestante, a anglicana Isabel I, da Inglaterra, (...) La coincidencia excepcional de una serie de circunstancias favoreció la transformación de monarquía absoluta en monarquía constitucional. Con la destrucción de la Armada desapareció el estado de excepción que había obligado al Parlamento a someterse al liderazgo de Isabel. La dinastía extranjera de los Estuardo subió al trono. Los distritos de las ciudades (*boroughs*), que soportaban la principal carga fiscal, habían enviado a hombres de prestigio a la Cámara de los Comunes para exigir su participación en la legislación financiera. Disidentes religiosos clamaron por su derecho de autodeterminarse espiritualmente frente al férreo clericalismo de la Iglesia estatal. La nueva clase media en el Parlamento resucitó sus *ancient and indubitable rights and privileges*, que si bien se habían apagado durante los largos años de despotismo de los Tudor, no habían sido olvidados completamente. La nueva Cámara de los Comunes no quiso por más tiempo darse por contenta con un simbólico orden constitucional que los Estuardo, ya de por sí, tenían tendencia a ignorar; la Cámara insistió en implantar las limitaciones tradicionales a la corona, y exigió su participación en el proceso político. La cruel guerra acabó con la victoria del Parlamento sobre la monarquía absoluta, liberada de limitaciones constitucionales, alcanzaba su cenit en toda Europa. En este período hizo su aparición la primera constitución escrita. Si se dejan aparte los estatutos coloniales que fueron otorgados por la corona, el lugar de honor entre los documentos constitucionales creados por propio impulso lo ocupa el Fundamental Orders of Connecticut (1639). El Agreement of the People (1647), teóricamente el documento más influyente nació en la misma Inglaterra. Pese a que no se trata de un acto legislativo formal, sino del plan de un grupo privado, este documento debe ser considerado como el primer proyecto de una constitución moderna totalmente articulada. El Instrument of Government (1654) de Cromwell es, finalmente, la primera constitución escrita válida del Estado moderno, a no ser que se quiera reconocer la prioridad a la Regeringsform de 1634, en Suecia, que estableció los principios de gobierno en caso de imposibilidad o ausencia en el extranjero del rey. Los ingleses abandonaron, en último caso, la concepción de una ley fundamental escrita. Empezando con la legislación anterior y posterior a la *Glorious Revolution* – Habeas Corpus Act (31 Car. II, c. 2/1679), Bill of Rights (1. Will & Mary, sess. 2, c. 2/1688 y Act of Settlement 12 & 13 Will. III, c. 2/1700) – los ingleses se contentaron con la regulación en leyes individuales de su orden fundamental, y la convicción popular les otorgó tanta solemnidad constitucional como si hubieran estado condicadas en un documentos constitucional formal. Desde entonces, persiste en Inglaterra la orgullosa tradición de un Estado constitucional sin constitución escrita; Inglaterra y Nueva Zelândia son hoy los únicos Estados, dignos de este nombre, que pueden prescindir de ella. (LOEWENSTEIN, 2018, p. 158/159).

seu tempo, ainda que proporcionalmente estabelecidas segundo a força do protagonismo de cada uma das classes envolvidas. Não é por outra razão, aliás, Canotilho compartilha das teses de Popper e Luhmann expostas linhas atrás, no sentido de que

A teoria da constituição tem de sujeitar-se ao processo de *conjecturas e refutações*, não sendo possível afirmar-se, aprioristicamente, que uma compreensão constitucional é *falsa* e outra é *verdadeira*. Sendo a opção por um determinado modelo constitucional uma opção *concretamente histórica e historicamente concreta, a verdade ou falibilidade* de uma lei fundamental tem de equacionar-se e discutir-se na respectiva *situação histórica*. (CANOTILHO, 1994, p. 165).

Percebe-se, em síntese, que desde a antiguidade clássica, o exercício da autoridade por um organismo maior é fundamentalmente vinculado à garantia de um valor metafísico geral<sup>110</sup>, usualmente correspondente ao bem comum. No entanto, essa pressuposta justificativa para o exercício da autoridade, ao longo da história, pressionada pela necessidade de se adaptar para não perecer, passou por transformações, as quais iam da sacralização à temporalidade, pois como resumiu Ferraz Jr,

(...) observamos que, na Antiguidade Clássica, o direito (*jus*) era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência. Desde a Idade Média, nota-se que, continuando a ter um caráter sagrado, o direito, no entanto, adquire uma dimensão sagrada transcendente com sua cristianização, o que possibilita o aparecimento de um saber prudencial já com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica.

---

<sup>110</sup> Jellinek, contudo, recordava que

(...) En la Antigüedad, Platón concibió el Estado como un hombre en grande, en el que existían los mismos elementos psicológicos que en el individuo. En la Edad Media, la analogía del Estado con el organismo humano se generaliza, a partir de J. Salisbury, tanto más cuanto que el *pendant* del Estado, la Iglesia, aparece, según la expresión paulina de que todos somos miembros de un cuerpo, como la unidad de todos los creyentes en el Cuerpo.

(...) A la doctrina del estado primitivo de naturaleza, se opone la aristotélica de la prioridad del Estado, al que explica como una institución originaria e independiente, por tanto, de la conciencia reflexiva de los individuos. Y es más, el propio desarrollo, florecimiento y desaparición de los Estados, consideráanse efectos de fuerzas independientes del arbitrio humano; esta concepción es una exigencia primordial para la escuela histórica del derecho, cuyos fundadores han explicado el proceso de formación del mismo, atribuyéndolo a la acción instintiva del espíritu popular. (JELLINEK, 2017, p. 169).

Desde o Renascimento, ocorre, porém, um processo de dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras da convivência. Essa razão, sistemática, é pouco a pouco assimilada ao fenômeno do estado moderno, aparecendo o direito como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias. A crise dessa racionalidade, no entanto, irá conduzir-nos, como dizíamos, a um impasse que se observará, no início do século XIX, pelo aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo. (FERRAZ JR, 2019, p. 47).

A partir dali, o poder estadual seria cada vez mais justificado por razões temporais, cuja disposição ocorreria em função e a serviço dos interesses do homem. O exercício do poder, deste modo, passaria a adquirir uma finalidade a ser garantida por um conceito de legitimidade teleológica ao invés de teológica e, como se veria, da imprescindibilidade da democracia<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Como salienta Miranda ao recordar Benjamin Constant, a

(...) distinção entre *liberdade dos antigos e liberdade dos modernos*, na distinção entre maneira de encarar a pessoa na Antiguidade e a maneira de a encarar a partir do Cristianismo. Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal.

A segunda refere-se à *tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental* e à *tutela dos direitos própria do Estado moderno*, mais particularmente do Estado constitucional. Ali, direitos (ou melhor, privilégios, imunidades, regalias) de grupos, de corporações, de ordens, de categorias; aqui direitos comuns, ou universais, ligados a uma relação imediata com o Estado, direitos do homem e do cidadão (ainda que sem excluir alguns direitos de categorias particulares). (MIRANDA, 2019, p. 20/21).

## Capítulo III – O Constitucionalismo.

### 1. O contributo da Revolução Americana.

Conforme exposto, a Revolução Francesa de 1789 simbolizou a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, que no campo político, a exemplo de outros ramos do saber, simbolizou o distanciamento da adoção de fundamentos religiosos para explicar o estabelecimento do poder de autoridade do Estado, que passaria a se assentar sobre bases de índole temporal. O processo transaccional, porém, não foi pontual, tampouco linear, pois como de igual modo se aludiu, alguns Estados não vivenciaram um regime absolutista tão vigoroso quanto ocorrera na maior parte do continente europeu. De fato, o progressivo abandono das matrizes medievais de cunho religioso por uma concepção temporal para o exercício da autoridade, a despeito de sutilmente iniciado pela ascensão da doutrina absolutista e de seu fundamento em um pressuposto direito divino dos reis, segundo o qual se reconhecia a soberania como força autônoma perante à sacralidade revelada pela Igreja cristã, foi antecipado em alguns países. Um deles, tal qual prenunciado ao fim do Capítulo II, foi justamente a Inglaterra, que ainda durante o período medieval, séculos antes da deflagração do processo revolucionário francês, assim como de toda a repercussão que viria a causar, limitou os poderes centralizados pelo rei<sup>112</sup>. Decerto, conforme discorre Canotilho em referência ao que doutrinariamente veio a se caracterizar como modelo historicista, ao passo em que,

(...) desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à

---

<sup>112</sup> De fato, ao contrário da quase totalidade da Europa continental à época, a Inglaterra não se enveredou pela concentração da soberania estritamente sob a égide da coroa, uma vez que seu processo de consolidação como Estado nacional também a fez encontrar bases no Parlamento, cujo progressivo fortalecimento eventualmente conduziu essa casa legislativa a uma posição de preponderância política. Consoante leciona BARROSO,

(...) Em meados do século X, os diversos regionas anglo-saxões dispersos pelas ilhas britânicas já estavam unificados sob o reino da Inglaterra. Com a invasão normanda, em 1066, foram introduzidas as instituições feudais, cujo desenvolvimento consolidou a força política dos barões, que impuseram ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Carta. Pouco à frente, ainda no século XIII, começou a ganhar forma o Parlamento, convocado e controlado pelo rei, integrado por aristocratas e clérigos, bem como por representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana. Ao final do século XVI, a Inglaterra já havia se firmado como uma monarquia estável, um Estado protestante e uma potência naval. Ali seriam lançadas, ao longo do século XVII, as bases do constitucionalismo moderno, em meio à turbulência institucional resultante da disputa de poder entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar.

Os conflitos entre o rei e o Parlamento começaram com James I, em 1603, e exacerbaram-se após a subida de Charles I ao trono, em 1625. O absolutismo inglês era frágil, comparado ao dos países do continente (França, Espanha, Portugal), não contando com exército permanente, burocracia organizada e sustentação financeira própria. Em 1628, o Parlamento submeteu ao rei a *Petition of Rights*, com substanciais limitações ao seu poder. Tem início um longo período de tensão política e religiosa (entre anglicanos e católicos, puritanos moderados e radicais), que vai desaguar na guerra civil (1642-1648), na execução de Charles I (1649) e na implantação da República (1649-1658), sob o comando de Cromwell. A república não sobreviveu à morte de seu fundador, dando-se a restauração monárquica com Charles II, em 1660. Seu filho e sucessor, James II, pretendeu retomar práticas absolutistas e reverter a Inglaterra à Igreja Católica, tendo sido derrubado em 1688, na denominada Revolução Gloriosa. Guilherme (William) de Orange, invasor vindo da Holanda, casado com Mary, irmã do rei deposto, torna-se o novo monarca, já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela *Bill of Rights* (1689). (BARROSO, 2015, p. 34/35).

sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como *liberdade pessoal* de *todos* os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo art. 39.º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as *leis do país* (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a idéia de *representação e soberania parlamentar* indispensável à estruturação de um *governo moderado*. O rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Common and Lords*) formavam uma espécie de “soberania colegial” ainda não desvinculada de idéias medievais. De qualquer modo, o balanceamento de forças políticas e sociais permite agora inventar a categoria política de representação e soberania parlamentar. Um corpo social dotado de indetidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento (*Members of Parliament*) passa a exigir *respeito e capacidade de agir*. Numa palavra: passa a estar *representado*. Acrescenta-se ainda: a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, pois uma constituição mista é aquela em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento). A “soberania do parlamento” exprimirá também a idéia de que o “poder supremo” deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta idéia estará na génese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*. (CANOTILHO, 2003, p. 55/56).

Com efeito, a gradual concentração da autoridade para o exercício do poder em uma instituição plural, a exemplo do parlamento, ou ao menos sua repartição com o monarca, dele retirando-lhe a exclusividade, seria o início do reconhecimento de limites generalistas para a atuação do poder estadual, pois na medida em que sua autoridade emanasse de uma fonte colegiada, ele, o Estado, no exercício de sua soberania, sempre deveria agir de forma a preservar essa fonte que lhe justificava a existência. Deste modo, se antes os indivíduos restavam comprometidos a preservar a criação da vontade de um corpo metafísico diverso, fosse ela materializada pelo modelo de urbes característico à antiguidade clássica, mais especificamente na Grécia e Roma, ou mesmo servisse a quem fosse diretamente investido de autoridade por desígnios sagrados, a exemplo da Igreja cristã e seus líderes, fossem o Papa ou o Patriarca Ortodoxo, assim como os príncipes por ela reconhecidos, cujo respeito era essencial para o encontro da honra e redenção, certo é que, com a transmutação da concepção metafísica do poder para reconhecer a origem de sua formação no homem ao invés do divino, o Estado, se até então era uma entidade a ser servida, também passaria a servir, a assim ocasionar uma confusão entre as origens e o destino do poder no próprio ser humano. Foi esse novo entendimento sobre o posicionamento dos indivíduos e sua relação com o Estado que propiciou o desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais, nada mais que bens jurídicos que se tornaram indissociáveis ao movimento constitucionalista, pois, como mais uma vez exposto por Canotilho em alusão a um conceito moderno do constitucionalismo, correspondia ao

(...) movimento político, social e cultural que, sobretudo a 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 político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII. (CANOTILHO, 2003, 52).

Como era de se esperar, tais idéias para a limitação do poder real consolidadas na Inglaterra ecoaram em suas treze colônias situadas no continente americano<sup>113</sup>. Elas logo serviriam para motivar a pertinente declaração de independência desses territórios e sua subsequente união no que viria a se consolidar como os Estados Unidos da América, Estado cuja afirmação enquanto primeiro empreendimento colonial a galgar a independência no continente americano em breve ressonaria nos acontecimentos que constituíram a Revolução Francesa.

A independência dos Estados Unidos resultou do acúmulo de tensões e reivindicações relacionadas a políticas coloniais específicas, que por seu turno, propiciaram a criação de um cenário amplamente receptivo para o aceite e materialização dos ideais iluministas da época, muito embora com certas restrições, senão corrupção de alguns de seus preceitos. Em termos regionais, porém, importa observar que essas políticas resultaram de um certo elemento causal, pois foram circunstâncias imprevistas que obrigaram os ingleses a seguir por caminho diverso ao adotado no restante do continente, sobremaneira nas Américas espanhola e portuguesa. Conforme relatam Acemoglu e Robinson, quando a Companhia da Virgínia, fundada por James I, encaminhou o primeiro grupo de indivíduos nas embarcações capitaneadas por Christopher Newport para estabelecer uma colônia em solo americano aos moldes do que já acontecia nas terras sob a égide das nações ibéricas, este não tardou a reportar ao então governador colonial, John Smith, que o eventual sucesso econômico de um assentamento permanente na região dependeria da adoção de uma política fundada no trabalho dos próprios colonos, haja vista a ausência de riquezas minerais a serem exploradas, aliada à forte resistência dos indígenas locais em se submeter a um regime de trabalho forçado<sup>114</sup>. As recomendações de Newport, todavia, inicialmente não foram aceitas em integralidade, de modo que, à fracassada tentativa de exploração dos povos indígenas, seguiram-se alterações sobre o modelo de trabalho a ser exigido dos colonos. Conforme Acemoglu e Robinson expõem,

---

<sup>113</sup> Decerto, tal qual sintetiza Barroso a respeito dessa primeira limitação jurídica ao exercício da autoridade do príncipe, “fruto de longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido o tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através do Estados Unidos)” (BARROSO, 2015, p. 34/35).

<sup>114</sup> Tal como ainda expõem sobre o assunto, “Newport set sail once more for England, in December 1608. He took with him a letter written by Smith pleading with the directors of the Virginia Company to change the way thought about the colony. There was no possibility of a get-rich-quick exploitation of Virginia along the lines of Mexico and Peru. There were no gold or precious metals, and the indigenous people could not be forced to work or provide food. Smith realized that if there were going to be a viable colony, it was the colonists who would have to work. He therefore pleaded with the directors to send the right sort of people: “When you send again I entreat you rather to send some thirty carpenters, husbandmen, gardeners, fishermen, blacksmiths, masons, and diggers up of trees, roots, well provided, then a thousand of such as we have” (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 23).

If the indigenous peoples could not be exploited, reasoned the Virginia Company, perhaps the colonists could. The new model of colonial development entailed the Virginia Company owning all the land. Men were housed in barracks, and given company-determined rations. Works gangs were chosen, each one overseen by an agent of the company. It was close to martial law, with execution as the punishment of first resort. As part of the new institutions for the colony, the first clause just given is significant. The company threatened with death those who ran away. Given the new work regime, running away to live with locals became more and more of an attractive option for the colonists who had to do the work. Also available, given the low density of even indigenous populations in Virginia at that time, was the prospect of going it alone on the frontier beyond the control of the Virginia Company. The power of the company in the face of these options was limited. It could not coerce the English settlers into hard work at subsistence rations. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 25).

Essa segunda tentativa, consoante exposto, também não atingiu o êxito esperado. A grande extensão das terras, aliada ao diminuto número de colonos, dificultava o controle da metrópole e o estabelecimento de sanções. Foi quando, a partir de um certo pragmatismo, percebeu-se que a adoção de um sistema colonial sobre as treze colônias deveria começar a se aproximar à organização política em prática na sede do reino. Com efeito, entre fins do século XVII e início do século XVIII, proliferaram algumas instituições de governança local organizadas pelos próprios colonos, a exemplo de câmaras de comércio, assembleias e mesmo a função de governador, que quando não expressamente autorizadas, ao menos passaram a ser gradualmente toleradas. Essas condutas, em verdade, tornaram-se o incipiente ensaio do que viria a ser a formação da democracia americana.

A insurreição que em breve se manifestaria contra a coroa em prol da independência radicaria nessas novéis instituições coloniais, mesmo que não representassem a adoção de um sistema democrático amplo, quanto mais se aproximassem do que se espera de uma democracia, mormente se adotados os parâmetros modernos. Afinal, como há pouco sugerido, já em seu tempo, os ideais revolucionários apresentavam corrupções das próprias premissas iluministas em que se inspiravam, uma vez que apenas os detentores de direitos de natureza patrimonial poderiam exercer

direitos políticos. Não fosse suficiente, instituições já extintas no continente europeu, como a escravidão, continuavam a ser praticadas em larga escala, a representar deturpação do próprio do conceito de ser humano<sup>115</sup>. Entrementes, foi através de sua existência que não só se possibilitou o firmamento de novos parâmetros para o exercício da autoridade estadual, como de outra percepção acerca das fontes das quais a soberania emanaria, a também passar pelo estabelecimento de delimitações em relação à atuação dos poderes de governo constituídos. Decerto, como Acemoglu e Robinson voltam a salientar,

By the 1720s, all the thirteen colonies of what was to become the United States had similar structures of government. In all cases there was governor, and an assembly based on a franchise of male property holders. They were not democracies; women, slaves, and the propertyless could not vote. But political rights were very broad compared with contemporary societies elsewhere. It was these assemblies and their leaders that coalesced to form the First Continental Congress in 1774, the prelude to the independence of the United States. The membership and the right to taxation. This, as we know, created problems for the English colonial government. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 28).

O estopim da revolução americana foi o recrudescimento das relações com a coroa inglesa, sobretudo pela restrição às práticas econômicas e comerciais, no que se considerou um abusivo acréscimo de taxações. Conforme salienta Barroso, em complemento à lição supra, foi essa mudança de atitude sobre uma realidade colonial institucionalmente estabelecida há anos e, por conseguinte, já culturalmente arraigada em uma sociedade estruturada para reagir de forma organizada, que possibilitou a declaração de independência das treze colônias, as quais não tardaram a se reunir em

---

<sup>115</sup> Em escrito de 03 de Fevereiro de 1789 direcionado aos eleitores que se preparavam para escolher os representantes para os estados-gerais, Condorcet expõe essas contradições ao expor que a França deveria assumir postura firme contra o tráfico negreiro e a escravidão. Intitulado "Ao corpo eleitoral contra a escravidão dos negros (1789), assim inicia: "No mesmo instante em que a América terminava de romper seus grilhões, os amigos generosos da liberdade sentiram que eles aviltariam sua causa se autorizassem pelas leis a servidão dos negros. Um homem livre que tem escravos, ou que aprova que seus concidadãos os tenham, confessa-se culpado por uma injustiça ou é forçado a erigir em princípio que a liberdade é uma vantagem adquirida pela força e não um direito dado pela natureza. Assim, a abolição da escravidão dos negros foi considerada pelos diferentes Estados Unidos, e pelo Senado comum que os representa, não somente como uma operação que sã política aconselhava, mas como um ato de justiça, prescrito tanto pela honra quanto pela humanidade. Na verdade, como ousar, sem ruborizar-se, reclamar essas declarações de direitos, esse baluarte inviolável da liberdade, da segurança dos cidadãos, se cada dia se permitisse a si mesmo violar os seus artigos mais sagrados? Como ousar pronunciar o nome de direitos se, provando por sua conduta que não se os considera como iguais para todos os homens, se os rebaixa a não serem mais do que as condições arbitrárias de convenção mútua?" (CONDORCET, 2013, p. 51).

assembleia, no que passaria à história como os congressos continentais, bem como em se predispor a criar um exército unificado, o que de fato aconteceu<sup>116</sup>.

Por evidência, o aspecto fundacional da independência norte-americana levou esse evento a se firmar enquanto marco do constitucionalismo, pois, a partir de então, pela primeira vez a limitação do poder de governo relacionava-se ao reconhecimento formal de que certos direitos fundamentais, por serem comuns aos próprios fundadores do Estado, não podiam ser atingidos depreciativamente pela ação estadual<sup>117</sup>. De igual modo, a revolução americana também foi o movimento que mais se aproximou das teses contratualistas da época, pois foi através de uma de suas assembleias, o Segundo Congresso Continental reunido na Filadélfia, que expressa e conscientemente se decidira pela fundação de um novo Estado soberano, a ocorrer por intermédio de um contrato político. Quando vistos em conjunto, ditos posicionamentos simbolizaram o reconhecimento de que a soberania também poderia ter como fonte mais próxima uma deliberação cívica ao invés de uma posição de hegemonia preservada pela força e tradição, como em regra era característico aos sistemas monárquicos da época. Percebe-se, outrossim, que os critérios de aferição de legitimidade foram igualmente alterados,

---

<sup>116</sup> Como discorre Barroso ainda discorre,

(...) A partir do século XVII, a costa leste da América do Norte começou a ser povoada por colonos ingleses, que migraram para o novo continente por motivos variados. Até meados do século XVIII, quando tiveram início os conflitos, as colônias eram leais à Coroa britânica e gozavam de razoável autonomia. Ao lado disso, beneficiavam-se da tradição inglesa do poder contido e institucionalizado: o governador era designado por Londres, mas havia um corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais (que preenchessem os requisitos de propriedade), bem como um Judiciário independente. Todavia, imposições tributárias e restrições às atividades econômicas e ao comércio romperam a harmonia com a metrópole. As relações tornaram-se tensas ao longo da década de 1760, agravando-se drasticamente após episódios como o *Stamp Act*, de 1765, o Massacre de Boston, em 1770, e o *Boston Tea Party*, em 1773.

As sanções inglesas contra Massachusetts e a transferência para o Canadá das terras ao norte do rio Ohio – medidas que ficaram conhecidas como *atos intoléráveis* – motivaram a convocação do Primeiro Congresso Continental, em 1774, que marcou o início da reação organizada das colônias à Coroa britânica. No ano seguinte, já em estado de guerra, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, que funcionou de 1775 a 1778 e foi palco das principais decisões que selariam o futuro da revolução americana. Ali deliberou-se a constituição de um exército organizado, cujo comando foi entregue a George Washington; as ex-colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas; e designou-se uma comissão para elaborar a *Declaração de Independência*, cujo principal redator foi Thomas Jefferson. Assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso, esse documento é considerado um marco na história das idéias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos. (BARROSO, 2015, p. 39/40).

<sup>117</sup> Poucos antes da Declaração de Independência, a Declaração da Virgínia expunha:

Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

Section 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants and at all times amenable to them.

Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.

Section 4. None of mankind is entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services; which, not being descendible, neither ought the offices of magistrate, legislator, or judge to be hereditary.

Section 5. That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judiciary; and that the members of the two first may be restrained from oppression, by feeling and participating the burdens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and regular elections, in which all, or any part, of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct.

Section 6. That elections of members to serve as representatives of the people, in assembly ought to be free; and that all men, having sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to, the community, have the right of suffrage and cannot be taxed or deprived of their property for public uses without their own consent or that of their representatives so elected, nor bound by any law to which they have not, in like manner, assented for the public good.

pois ainda que a mobilidade social padecesse de considerável restrição para aquisição de direitos políticos com suficiência para que os indivíduos influenciassem a formação e exercício do governo, ela era potencialmente muito mais ampla do que nas rígidas sociedades européias, as quais se distinguíam por serem estruturadas em um complexo sistema nobiliárquico, mesmo em monarquias eletivas, como foi o caso do Sacro Império Romano Germânico, cuja escolha do imperador circunscrevia-se a um corpo eleitoral severamente limitado, inclusive com alguns critérios de hereditariedade. Certo, porém, é que a declaração de independência americana foi o primeiro documento a expressa e formalmente estabelecer que o limite da autoridade do Governo deveria ser a sua própria fonte, o povo, que mesmo ao ser mencionado em seu texto, sofreu releituras sobre seu alcance, ao ponto de sofrer interpretação fluida de seu conceito<sup>118</sup>, inclusive para tolerar a manutenção da escravidão, evidente mácula ao ideal de legitimidade a que se almejava preservar. Apenas alguns anos após, durante a Convenção da Filadélfia realizada no ano de 1787, foi quando os Estados Unidos se estabeleceram como um Estado soberano sob a égide de uma Constituição escrita, a primeira do mundo com essa natureza<sup>119</sup>, em que também se regulamentara a separação dos poderes à semelhança do que era a prática inglesa.

## **2. O contributo da Revolução Francesa.**

A França mergulharia em severa comoção passados poucos anos da Revolução Americana, movimento do qual ela mesma participou com o envio de tropas em auxílio à luta dos colonos rebeldes por sua autodeterminação em face da Inglaterra. A estratégia de tentar enfraquecer o rival ancestral através do suporte direto ao movimento de independência das 13 colônias da América do Norte, no entanto, colateralmente contribuiria para os eventos dramáticos por que passaria entre os anos de 1780 e 1800. Por certo, de forma antagônica e involuntária, a intervenção da França na política colonial inglesa não apenas ajudou a consolidar entre seus nacionais valores opostos aos que utilizava para justificar sua própria estrutura de poder, como também agravou a já severa crise econômica e social que a assolava desde a Guerra dos Sete Anos, ainda a ser encrudecida pela generalização da

---

<sup>118</sup> Conforme expunha em seu texto, “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”.

<sup>119</sup> Há discussão a propósito da anterioridade da Constituição de San Marino, que em verdade, corresponde à compilação de diversos Estatutos Legais do século XVII, além de preceitos advindos do direito consuetudinário.

fome após as fracas colheitas que se seguiram aos rigorosos invernos ocorridos na década de 80, do século XVIII<sup>120</sup>.

O movimento revolucionário iniciado em 1789 incorporou muitas das aspirações liberais propagadas pelos filósofos do Iluminismo. Valores como a liberdade, a igualdade e a propriedade, então recentemente formalizados em um texto escrito através da Declaração de Direitos da Virgínia, embora só viessem a adquirir força normativa com as emendas que se seguiram à promulgação da Constituição americana de 1787, não apenas inspirariam a luta pelo estabelecimento de parâmetros limitadores para o exercício dos poderes monárquicos na França, como também da parcela de autoridade detida por segmentos restritos da sociedade, especialmente o clero e a nobreza, que para justificar a manutenção de privilégios a exemplo da servidão, monopólios de comércio e de produção ligados à titularidade de corporações de ofício ou, quando não, uma posição de primazia para a composição dos Estados Gerais, continuavam a se valer de preceitos medievais. Não por outra razão, o abade Sieyès, um dos protagonistas do movimento revolucionário francês e considerado o autor da teoria do poder constituinte, claramente expressou em sua obra “O que é o terceiro Estado?” que não se deveria combater a instituição monárquica propriamente, mas a organização do poder estadual em si, que segundo denunciava, em verdade seria centralizado pela classe nobiliárquica ao invés do rei. De acordo consigo,

Se lemos a história com a intenção de examinar se os fatos são conforme ou contrários a esta afirmação, vemos – e eu fiz esta experiência – que é um grande erro acreditar que a França está submetida a um regime monárquico. Se suprimirmos de nossos anais alguns anos de Luís XI, de Richelieu, e alguns momentos de Luís XVI, em que se vê o despotismo puro e simples, vamos pensar estar lendo a história de uma aristocracia “áulica”. Foi a corte que reinou, e não o monarca. É a corte que faz e desfaz, que chama e despede os ministros, que cria e distribui os cargos etc. E o que é a corte, se não a cabeça dessa imensa aristocracia que cobre todas as partes da França

---

<sup>120</sup> Conforme discorre Barroso a respeito dessa comunhão de fatores, “a crise financeira do Estado francês, agravada por seu apoio à guerra de independência americana, foi a causa direta dos eventos que culminaram com a Revolução. A recusa da nobreza proprietária em admitir a redução de seus privilégios fiscais levou à convocação dos Estados Gerais, antiga assembleia parlamentar que não se reunia desde 1614, integrada por representantes da nobreza, do clero e do terceiro estado, que compreendia as camadas remanescentes da população. Embora a regra fosse a votação por estado – o que asseguraria sempre a vitória da aliança nobreza/clero – o terceiro estado rebelou-se contra esse critério e autoproclamou-se, inicialmente, Assembleia Nacional e, logo em seguida, Assembleia Constituinte. Em suas causas mais profundas, o processo era impulsionado pela busca do poder pela burguesia e pela opressão que o sistema feudal impunha aos camponeses” (BARROSO, 2015, p. 50).

e que, por meio de seus membros, atinge tudo, e exerce por toda a parte o que há de essencial em todos os aspectos da coisa pública? Além disso, o povo se habituou a separar em suas conversas o monarca dos mentores do poder. Sempre viu o rei como um homem tão seguramente enganado e indefeso no meio de uma corte ativa e todo-poderosa que nunca pensou em atribuir-lhe todo o mal que é feito em seu nome. Não seria suficiente abrir os olhos para o que acontece neste momento, a nossa volta? O que vemos? A aristocracia, sozinha, combatendo ao mesmo tempo a razão, a justiça, o povo, o ministro e o rei. O resultado dessa terrível batalha ainda não é certo. (SIEYÈS, 2014, p. 09).

Sem ignorar o caráter de manifesto do trabalho de Sieyès<sup>121</sup>, parece difícil negar que a Revolução Francesa, ao menos em seus primeiros anos, foi primordialmente uma luta pela legitimidade para o exercício do poder. Ela não se opôs ao absolutismo monárquico, tão somente. Combateu, sobretudo, a ausência de representatividade para o exercício de quaisquer dos poderes de autoridade.

A influência dos acontecimentos ocorridos nas 13 colônias britânicas, porém, não sucedia no campo das idéias, cuja base filosófica era, em verdade, de matriz europeia<sup>122</sup>. A Revolução Francesa foi inspirada, sim, pelo êxito da sublevação contra o *status quo*, ou seja, a derrocada imposta ao próprio absolutismo em todas as suas ramificações. A repercussão foi tão expressiva que, a exemplo do que ocorrera nos Estados Unidos, não tardou para que tais valores fossem incorporados em sua pertinente Declaração de princípios éticos emanada pela Assembléia Nacional Constituinte no mesmo ano de 1789, cujos preceitos, em poucos anos, seriam direta ou indiretamente elevados à seara normativa por

---

<sup>121</sup> Ness sentido, ao destacar o caráter panfletário do manuscrito, Colón-Ríos expõe que, “despite its undeniable theoretical value, *Who tis the Third Estate?* was a political pamphlet written with a determinate political objective: proving that the Third Estate, as the only legitimate representative of the French nation, had the power to adopt a constitution for France” (COLÓN-RÍOS, 2013, p. 84)

<sup>122</sup> Consoante discorre SILVA, costuma-se “(...) ressaltar a influência que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 27.8.1789, sofreu da Revolução Americana, especialmente da Declaração de Virgínia, já que ela precedeu a Carta dos Direitos, contida nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, que foi apresentada em setembro de 1789. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como a francesa são europeias, como bem assinalou Mirkine-Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, “mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humana cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. E porque essa corrente era geral, comum a todas as Nações, aos pensadores de todos os países, a discussão sobre as origens intelectuais das Declarações de Direitos americanas e francesas não tem, a bem da verdade, objeto. Não se trata de demonstrar que as primeiras Declarações “provêm” de Locke ou de Rousseau. Elas provêm de Rousseau, e de Locke, e de Montesquieu, de todos os teóricos e todos os filósofos. As Declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII” (SILVA, 2002, p. 157).

meio de sua positivação no primeiro documento jurídico identificado como uma Constituição francesa<sup>123</sup>.

Com efeito, em um curto período de aproximados dois anos, cujo início remonta à convocação dos Estados Gerais pelo Rei Luís XVI no ano de 1789, mas que, em acelerada dinâmica, logo após sua instalação, converter-se-ia na aludida Assembléia Nacional que, pouco depois, auto-declarar-se-ia na igualmente mencionada Assembléia Nacional Constituinte, órgão responsável por promulgar a Constituição de 1791, não apenas houve a limitação dos poderes monárquicos através de sua mandatária sujeição à vontade das leis emandas por outro corpo, mas, sobretudo, a transferência formal do papel do príncipe como fonte de toda autoridade soberana do Estado para a Nação<sup>124</sup>, a acarretar, senão a extinção, a expressiva mitigação dos privilégios que se fundavam na tradição e no credo.

Talvez por isso, ao não se valer de um ineditismo conceutivo em relação ao Estado, mas, em razão de sua inegável originalidade conceitual, que os acontecimentos encenados na França adquiriram caráter universal, ao ponto de fazer a Revolução ser considerada o marco de transição da Idade Moderna para a Contemporânea. Afinal, diferentemente do que houve nos Estados Unidos, cuja Constituição, ao declarar o reconhecimento da soberania do povo, criou um novo Estado sem alterar os fundamentos da autoridade vigentes na ordem jurídica a que se sujeitava, no caso a Inglaterra, a Revolução Francesa veio a promover uma transformação orgânica, de cunho ontológico, que atingiria tanto os fundamentos quanto a essência do poder em um Estado previamente existente<sup>125</sup>.

A Revolução Francesa, ademais, distingue-se em relação ao movimento revolucionário americano por sua pretensão conceitual. Embora ambas as insurreições apresentassem uma

---

<sup>123</sup> Como salienta Barroso, “a revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se inquestionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais no campo. Sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, promoveu-se um conjunto amplo de reformas antiaristocráticas, que incluíram: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero. Essa primeira fase da revolução, que foi de 1789 a 1792, consumou o fim do Antigo Regime e pretendeu criar uma monarquia constitucional e parlamentar, em que o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação” (BARROSO, 2015, p. 51).

<sup>124</sup> Constituição Francesa de 1791:

TÍTULO III

Dos Poderes Públicos

Artigo 1. A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício.

Artigo 2. A Nação é a única da qual emanam todos os poderes, mas não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são os Corpos legislativos e o Rei.

<sup>125</sup> Decerto, como Barroso salientaria, foi em razão dessa mudança basilar e finalística do poder que, “mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIII. Coube a ela – e não à Revolução Inglesa ou à Americana – dar o sentido moderno do termo “revolução”, significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois. Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade, foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história. Não ainda como protagonista, já que a hora era da burguesia” (BARROSO, 2015, p. 49).

declaração de direitos antecedente ao rompimento institucional que provocaram, as quais, por sua vez, culminariam na promulgação de textos constitucionais em cada um desses países, nota-se que a Declaração de Direitos de Virgínia, como expresso em seu prelúdio, foi dirigida a sua própria população<sup>126</sup>, enquanto a Assembleia Nacional Constituinte, para mais, proclamou uma Declaração de caráter universal, pois ao fazer distinção entre homens e cidadãos, sugeriu sua aplicação indiscriminada a todos os indivíduos, ou seja, para além do franceses<sup>127</sup>. Com efeito, a reestruturação dos elementos estaduais foi o aspecto original do movimento francês.

Contudo, não é totalmente adequado concordar com a afirmação de que os preceitos éticos nomeados como direitos imprescritíveis pelas Declarações americana e francesa fossem exclusivamente resultado de uma operação de cunho intelectual. Assim como todos os direitos fundamentais, conforme, aliás, será discutido no tópico seguinte, eles emergiram de um contexto de histórico-cultural que, em dado momento, permitiu-lhes a assunção ao *status* de preceitos jurídicos. De fato, muitos deles seriam positivados nas Constituições logo promulgadas pelos dois países. Uma alcunha de “intelectualismo”, todavia, preserva pertinência para o momento histórico de sua afirmação, em que a tensão entre a ordem sublevada e aquela a ser sobreposta, muito embora não negasse a existência do Estado em si - e, como visto, para o caso francês, em um primeiro momento, inclusive preservava a autoridade do rei -, ensejou embates sobre a essência do poder, em especial, de quais seriam suas origens. Expressavam, sobretudo, que esses preceitos éticos não eram onipresentes, compartilhados de forma irrestrita, ou mesmo livre da pressão de outros interesses, mas vulneráveis a forças que, eventualmente, poderiam alterar ou adequar a essência do *status quo*, em episódio que, mais uma vez, rememora a tópica, em que uma premissa é elegida como verdade inconteste, conforme já se fez alusão a Viehweg, linhas atrás.

Com efeito, enquanto Sieyès defendia a ascensão do Terceiro Estado por percebê-lo como o legítimo detentor do poder de autoridade para o exercício da soberania francesa, contemporaneamente

---

<sup>126</sup> De acordo com a Declaração de Direitos de Virgínia “A Declaration of Rights is made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government”.

<sup>127</sup> Dai porque, ao discorrer sobre as nuances entre as Declarações de Direitos de Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Silva, com referência a Jacques Robert, expõe que “a Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais “universalizante”, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) *intelectualismo*, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) *mundialismo*, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar *valor universal*; c) *individualismo*, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se com defender o indivíduo contra o Estado. É, por isso, o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos séculos XIX e XX, com evoluções que assinalaremos a seu tempo” (SILVA, 2002, p. 157/158).

a si, ainda que sob a condição de observador externo, mas munido de semelhante parcialidade e expressão quase panfletária, Burke refutava os valores liberais com veemência, quando não, explícita hostilidade, pois considerava os preceitos éticos condutores da Revolução Francesa mera criações metafísicas, unicamente existentes em sua própria lógica, na medida em que foram racionalmente organizados de acordo as ambições egoísticas de uma classe de indivíduos e, por essas mesmas razões, desconexos da real natureza do mundo, a despeito de ele próprio, em sua defesa conservadora das instituições do Antigo Regime, igualmente recorrer aos valores metafísicos em que elas se assentavam. Como expressou,

Os pretensos direitos desses teóricos são todos extremos; e na proporção em que eles são metafisicamente verdadeiros, são moralmente e politicamente falsos. Os direitos dos homens estão em uma espécie de meio termo, incapazes de definir, mas não impossíveis de discernir. Os direitos dos homens nos governos são as suas vantagens; e estes estão freqüentemente divididos entre diferentes tipos de bens, algumas vezes num equilíbrio entre o bem e o mal, e às vezes entre o mal e o mal. A razão política é um princípio calculista: adiciona, subtrai, multiplica e divide moralmente – e não metafisicamente ou matematicamente – verdadeiros valores morais. (BURKE, 2017, p. 106).

O pensamento de Burke motivou-se, outrossim, por sua observação da grande turbulência em o que processo revolucionário francês mergulharia, mormente pela divergência de idéias entre as formas de condução da Revolução, discordâncias caracterizadas por disputas políticas entre grupos motivados pelo intento de ocupar os espaços de poder que, gradualmente, surgiam por ocasião do enfraquecimento das instituições do Antigo Regime, a exemplo do que sucedia com os girondinos, jacobinos, dentre outros, cujo agir, embora comungasse de preceitos éticos fundamentais, era divergente a respeito da pertinente extensão e aplicação. Daí sua crítica ao que considerava a substituição irracional, quando não temerária, de instituições construídas com a acumulação do esforço de séculos, bem como o desprezo à certeza de seus sucessos e mesmo fracassos, tudo

apenas para se mergulhar em uma aventura teórica de valores que considerava uma abstração, posto que, até então, sequer haviam deixado a seara do pensamento<sup>128</sup>.

Colateralmente, os momentos de contrafluxo do processo revolucionário francês, historicamente evidenciados com o advento do período ditatorial conhecido como o “Terror”, poucos anos após seguido pela ascensão imperial de Napoleão e a restauração da monarquia, serviriam, sobretudo, para de algum modo corroborar o alerta que sempre viria a assombrar o já não tão longínquo movimento positivista, que como exposto, até hoje continua a representar um dos principais dilemas da normatividade jurídica. Trata-se, pois, da eterna questão da efetividade, sobretudo em relação às normas programáticas, aí inclusas as detentoras de natureza constitucional, além de alguns métodos investigativos próprios à Ciência do Direito, a exemplo do que ora se adota, a dogmática normativa. De fato, em crítica que ainda permanece atual, Benjamin Constant, contemporâneo à Revolução Francesa, à época expressou sua preocupação quanto ao risco da corrupção de seus preceitos guias por ação dos ditos bem intencionados no calor do momento<sup>129</sup>, à semelhança dos comentários atualmente tecidos por Levitsky e Ziblat em relação às contraditórias tentativas de limitação desses mesmos valores encenadas nos Estados Unidos logo após a abolição da escravidão e do fim da Guerra Civil, em que, como visto, regras de participação no sufrágio foram encrudescidas, assim como restrições ao uso do *habeas corpus*.

Todavia, o aparente fracasso da Revolução Francesa para a geração de seus protagonistas não tardaria em revelar um legado exitoso ao deflagrar a propagação do constitucionalismo enquanto movimento universal<sup>130</sup>. Embora inicialmente hajam sido caracterizados por avanços e recuos, os

---

<sup>128</sup> Como expôs Burke com veemência, dos sucessos e fracassos patrocinados ao longo dos séculos, “nós estamos muito propensos a considerar as coisas no estado em que a encontramos, sem prestar suficiente atenção às causas pelas quais elas foram produzidas e por quem são possivelmente mantidas. Nada é mais certo de que o fato de que nossos costumes, nossa civilização e todas as coisas boas que estejam relacionadas com os costumes e com a civilização neste nosso mundo europeu dependeram por eras de dois princípios e foram, na verdade, o resultado e ambos combinados: refiro-me ao espírito de cavalheirismo e ao espírito da religião. A nobreza e o clero, um por profissão, o outro pelo patronato, preservaram a existência da ciência, mesmo em meio às armas e confusões, e enquanto os governos mal se tinham formado. A ciência pagou de volta o que recebeu que recebeu à nobreza e ao sacerdócio, e o fez com usura, ampliando suas idéias e equiparando suas mentes. Felizes seriam se tivessem continuado a conhecer a sua união indissolúvel e seu devido lugar! Felizes seriam se a ciência, não corrompida pela ambição, tivesse ficado satisfeita em continuar a ser a instrutora, e não aspirado a ser a mestra! Junto com seus protetores e guardiães naturais, a ciência será lançada na lama e pisoteada sob os cascos de uma multidão de suínos” (BURKE, 2017, p. 128/129).

<sup>129</sup> Para Constant, “o erro dos que de boa fé, movidos por seu amor à liberdade, conceberam a soberania do povo como um poder sem limites advém da maneira como formaram suas ideias políticas. A observação da história mostrou aos defensores da soberania ilimitada como que um pequeno número de homens, ou, inclusive, somente um, detinham um poder imenso, causando muitos males. Suas ações dirigiram-se contra os detentores do poder, não contra o próprio poder. Em vez de destruí-lo, somente pensaram em deslocá-lo. Era uma farsa e foi considerado como uma conquista. A soberania foi conferida à sociedade inteira. Desta, passou obrigatoriamente à maioria; da maioria às mãos de alguns homens, às vezes às de um só homem; causou tanto mal como antigamente. Multiplicaram-se, como resultado, os exemplos, as objeções, os argumentos e os fatos contra todas as instituições políticas” (CONSTANT, 2014, p. 30).

<sup>130</sup> Consoante ressalta Bonavides, “as invasões napoleônicas, estendendo-se por toda a Europa, se tornaram, depois, deveras significativas a esse respeito. A ditadura imperial, tomando a forma do passado, conduzia, porém, as sementes que germinavam o futuro. O presente se consagrava mediante o Código e o porvir mediante a Constituição. O braço dos granadeiros de Napoleão levava oculto, a cada país conquistado, o pensamento constitucional da liberdade. Era o paradoxo da passagem de um extremo a outro, contido e incubado na fereza do antigo general da Convenção que fez as campanhas da Revolução e, com suas armas, decretou o fim das sociedades feudais. O seu Código era a base jusprivatista de organização da sociedade civil,

acontecimentos ocorridos na França incutiram nova percepção nos indivíduos sobre como deveriam ser suas relações com o poder<sup>131</sup>. Se antes o exercício de uma autoridade de governo era percebida como um fenômeno construído em tempos imemoriais e, por conseguinte, algo a ser passivamente aceito como elemento integrante do ambiente a que o ser humano, em seu íntimo, deveria se sentir obrigado a se adaptar e preservar a fim de garantir a própria existência, o poder, desde então, passou a ser percebido como instrumento para a construção da realidade ao seu redor. Denota-se, com isso, que a revolução provocou uma alteração de caráter ontológico, responsável por reformular a essência de como o poder era – ou ao menos deveria ser - culturalmente concebido, de modo a tornar todos os indivíduos potenciais protagonistas para a organização de seu próprio ambiente, que passaria a servir o homem ao invés de ser uma abstração a ser servida por ele<sup>132</sup>.

O livre-arbítrio e os valores individuais, porém, ainda que sob o manto ético da fraternidade, libertaram o pensamento humano para exigir a afirmação de novas aspirações, algumas vezes, contrárias a si. Com efeito, a derrocada do Antigo Regime, ao ser seguida pela generalização do protagonismo humano como agente transformador em uma época de efervescência, também possibilitou que indivíduos distorcessem o primado da liberdade para dele se valer a fim de que seus interesses egoísticos, fossem ou não legítimos, levassem-nos a se afirmar sobre os espaços de poder liberados, embora nem sempre por conduta de um viés democrático. A Revolução, assim, colateralmente revelou a necessidade de que ferramentas de proteção fossem confeccionadas para a afirmação e preservação de seus próprios valores contra ações reacionárias ou contraditórias que lhe mitigassem a essência. Sob esse prisma, têm-se que as ferramentas de combate erguidas pelo constitucionalismo seriam, em verdade, seus mesmos elementos, a exemplo de um poder constituinte de matriz popular que respeitasse a tripartição dos poderes de governo e, em igual medida, protegesse a positivação constitucional de direitos considerados fundamentais<sup>133</sup>. Como Barroso resumiu,

---

estabelecida segundo o método novo e revolucionário, que enfraquecia, de maneira definitiva, o poder da nobreza e dos reis do absolutismo” (BONAVIDES, 2008, p. 29).

<sup>131</sup> Nesse sentido, Acemoglu e Robinson ressaltam que “Gradual change also prevented ventures into uncharted territories. A violent overthrow of the system means that something entirely new has to be built in place of what has been removed. This was the case with the French Revolution, when the first experiment with democracy led to the Terror and then back to a monarchy twice before finally leading to the French Republic in 1870. It was the case in the Russian Revolution, where the desires of many for a more equal system than that of the Russian Empire led to a one-party dictatorship that was much more violent, bloody, and vicious than what it had replaced. Gradual reform was difficult in these societies precisely because they lacked pluralism and were highly extractive. It was the pluralism emerging from the Glorious Revolution, and the rule of law that it introduced, that made gradual change feasible, and desirable, in Britain” (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p.318).

<sup>132</sup> Como salienta Silva, (...) o que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante. Sua visão universal dos direitos homem constituiu uma de suas características marcantes, que já assinalamos com o significado de seu *mundialismo*” (SILVA, 2002, p. 161).

<sup>133</sup> Opinião semelhante possui Loewenstein, não obstante considere que a Revolução Americana haja possuído igual papel de protagonismo universal como a Revolução Francesa. Segundo expõe, “el triunfo definitivo del documento constitucional escrito, como sanción solemne del constitucionalismo democrático, empezó en el Nuevo Mundo, primero con las Constituciones de las colonias americanas que se transformaron en Estados soberanos al rebelarse contra la corona inglesa, y después con la Constitución de la Unión en 1787. Durante largo tiempo los teóricos políticos franceses, imbuidos por

A revolução passaria ainda por fases diversas, marcadas pelo radicalismo das facções políticas, no plano interno, e pela hostilidade das monarquias europeias, que estiveram em guerra com a França entre 1792 e 1800. A instabilidade política e institucional levou à execução do rei, acusado de traição, e à instauração da República, dando início ao período conhecido como o do governo da *Convenção* (1792-1795). Após a derrocada do *Terror* e de Robespierre, sobreveio o período historicamente conhecido como o do *Diretório* (1795-1799), no qual se procurou, sem sucesso, edificar um republicanismo moderado. A fragilidade política desse governo colegiado e o sucesso militar nas campanhas externas deram ensejo à ascensão do exército e de seus generais. Coube a um deles, Napoleão Bonaparte, deflagrar, em novembro de 1799, o golpe de Estado conhecido como 18 Brumário, marco inicial de uma fase decisiva da história francesa e europeia – a era napoleônica -, na qual ele exerceu o poder como cônsul, ditador e imperador, sucessivamente, até que a sorte viesse a faltar-lhe no campo de batalha, em 1814, levando à sua abdicação.

A restauração monárquica de 1814-1815 parecia encarnar o fim do processo revolucionário francês. Mas só na aparência. A Revolução, na verdade, vencera. A França, a Europa e o mundo já não eram os mesmos e jamais voltariam a ser. O Antigo Regime estava morto: não havia mais absolutismo real, nobreza, estamentos privilegiados, corporativismo ou o poder incontestável da Igreja Católica. A Revolução e, sobretudo, a era napoleônica mudaram os sentimentos e a geografia da Europa, contribuindo indiretamente para a unificação da Itália e da Alemanha. A exacerbação dos diversos nacionalismos foi o prenúncio do drama bélico que seria encenado ao longo dos séculos XIX e XX. Quanto às instituições políticas e ao constitucionalismo, consolidaram-se valores como o sufrágio universal, a soberania popular, a separação de Poderes, a proteção dos direitos

---

las ideas del contrato social y de la soberanía popular, habían abogado también por una constitución escrita. Esta exigencia surgió con plena fuerza en la Revolución francesa. El espíritu inventivo de Sieyès, ampliando el dogma rousseauniano, expuso la teoría del *pouvoir constituant*: el poder constituyente le pertenece por derecho al pueblo. Sieyès supo aplicar hábilmente esta teoría a las tareas del momento, y asignó al Tercer Estado, como verdadero representante de la nación, el poder normativo sobre el orden social” (LOEWENSTEIN, 2018, p. 159).

individuais, com ênfase nas liberdades públicas, na igualdade formal e na propriedade privada. Consumava-se a conquista do Estado pela burguesia, que conduzia o processo revolucionário do primeiro ao último ato, salvo durante o breve intervalo jacobino. Como o Estado liberal burguês, o poder econômico e o poder político celebravam sua aliança definitiva, até aqui inabalada.

A estabilidade institucional jamais seria a marca do constitucionalismo francês. (...). (BARROSO, 2015, p. 51/52).

É incontestado, contudo, que as novas concepções sobre os fundamentos do poder aceleraram o processo de transformação civilizatória, primeiro no continente europeu, depois pelo mundo. Os preceitos de liberdade, igualdade perante a lei, resistência à opressão e busca pela felicidade se propagaram pelos braços de dominação colonial e de influência político-econômica que o continente europeu exercia. Ajudariam, deste modo, a impulsionar a atividade econômica ao propiciar a progressiva substituição dos modos de produção servil/feudal e escravocrata pelo assalariado/capitalista. Já no que tange à religião, iniciaram a separação entre Igreja e Estado e, com isso, a laicidade no trato dos assuntos públicos. Mas foi especialmente no campo político e cultural, como exposto, em que incidiriam seus principais reflexos e legados, todos relacionados à soberania e legitimidade para o exercício do poder do Estado. Como salienta Loewenstein,

(...) Esto es la consecuencia lógica de las conquistas de las revoluciones americanas y francesas. Por toda la tierra surgen constituciones como comitiva de victoriosa bandera tricolor. Tras el paréntesis de la autocracia napoleónica, que se había adaptado cuidadosamente a la nueva moda, la técnica de la constitución escrita se extendió a la monarquía continental. Cediendo a la presión irresistible de la opinión pública, la monarquía continental otorgó a sus pueblos, bien voluntariamente (constitución "otorgada"), bien obligatoriamente, una constitución. Todas estas constituciones establecían instituciones representativas que limitaban la prerrogativa real. En algunos casos los documentos constitucionales fueron injertados en el dualismo tradicional entre la corona y los estamentos. El más

influyente entre estos instrumentos constitucionales fue la Carta “legitimista” de 1814 en Francia. Las constituciones de principios del siglo XIX son como un compromiso pragmático entre la tradición y revolución, como una solución transitoria y, por lo tanto, como el puente entre el absolutismo monárquico y el constitucionalismo democrático. El punto de viraje que condujo a la versión actual de la monarquía, equivalente al constitucionalismo democrático, fue la Carta belga de 1831, que llevó a cabo la cuadratura del círculo entre la prerrogativa real y la soberanía del pueblo por la fórmula, tomada de la Revolución francesa y desde entonces sagrada: “Todo el poder emana del pueblo” (art. 25). (LOEWESNTEIN, 2018, p. 159/160).

É por tais razões que o constitucionalismo deve ser compreendido como um processo incompleto, em permanente construção, tal como será reforçado pela exposição do tópico seguinte, destinado aos direitos fundamentais.

### **3. Direitos Fundamentais.**

#### **3.1. O processo de formação dos direitos fundamentais.**

Consoante ressalta Pinto, “(...) no momento actual, as pesquisas acerca de uma ordem constitucional legítima (digna de reconhecimento) não podem dissociar-se da temática dos direitos fundamentais” (PINTO, 1994, p. 141). A assertiva, como se denota, harmoniza-se com as referências às origens e funções do poder feitas linhas atrás, pois, como logo resumiria,

*(...) o poder constituinte, ao estabelecer o estatuto de governantes e governados, isto é, o domínio de homens sobre homens, não pode divorciar-se da idéia de que a legitimidade do poder assenta nos “direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política”;* ou seja, uma estrutura de domínio justificar-se-á quando o poder se institua pela vontade dos cidadãos e tenha por *telos* a emancipação humana. (PINTO, 1994, p. 142).

Por evidência, é com o advento do constitucionalismo, sobretudo através das primeiras constituições escritas, que o epíteto “fundamental” será atribuído a alguns direitos. Posteriormente, com o reconhecimento da existência de normas constitucionais não escritas, perceber-se-á que os direitos fundamentais, para adquirir essa identidade, vão prescindir de um específico diploma ou instituto jurídico de base, pois sua natureza constitucional dependerá, mais e mais, de um esforço hermenêutico adequado à dogmática de cada sistema normativo. É o que ocorre, ilustra-se, em relação a preceitos albergados na constituição inglesa, tão somente assim reconhecida através da abstração de um conjunto de fontes, como são a tradição consuetudinária, o processo legislativo e a construção jurisprudencial. Ademais, há direitos que se assentam sobre materialidade diversa, ou seja, não expressamente constitucional, como sucede em relação à Lei Fundamental da Alemanha, ou mesmo quanto a tratados internacionais e outras espécies normativas eventualmente incorporadas ou reconhecidas pela ordem constitucional vigente como normas dessa hierarquia.

No entanto, à semelhança de qualquer valor ou interesse que venha a adquirir o *status* jurídico de direito, a ascensão normativa a uma condição de direito fundamental igualmente dependerá de um prévio processo de elaboração capaz de lhe garantir os elementos basilares intrínsecos para se impor enquanto um imperativo de conduta, a exemplo da generalidade, da abstração, da obrigatoriedade e, conforme o marco teórico adotado, da sanção. Afere-se, sob esse aspecto, que independente de o correlato processo para a aquisição da normatividade ser conduzido com recurso a matrizes diversas, sejam elas consuetudinária, jurisprudencial ou, mais ordinariamente, legislativa, quando não pela comunhão de todas ou de algumas delas, certo é que o reconhecimento de um direito, seja de natureza ordinária ou constitucional, em última análise, representará o prevalecimento da específica aspiração expressa por uma fonte, sem importar se legítima ou arbitrária, ou mesmo se alimentada pela capacidade de persuasão ou imposição de um indivíduo, agrupamento humano ou, com maior amplitude, de um corpo social, mas que ao fim de um processo de escolha, restou exitosa em conduzir uma pretensão que, se antes era subjetiva, converteu-se sob a forma de um signo linguístico dotado de força cogente para regulamentar a conduta dos demais indivíduos.

Daí porque, como ocorre em relação a toda norma jurídica que institua alguma garantia, os direitos fundamentais não deixam de representar a elevação de aspirações específicas à normatividade, circunstância que implicará o dever de proteção por parte de quem detenha o exercício da autoridade de governo contra eventuais ameaças, sejam elas decorrentes de um agir privado ou público. Entretanto, a característica especial que distinguirá os direitos fundamentais de outros preceitos de

garantia de natureza ordinária é sua harmonia a um paradigma essencial do constitucionalismo relativo à limitação do poder do Estado pelo respeito e salvaguarda de liberdades. Trata-se, ademais, de garantias que deverão perdurar no tempo, sem possibilidade de desconstituição, ao contrário de direitos que não desfrutem dessa classificação, os quais, por evidência, encontram-se sujeitos à eventual revogação. Desse modo, por serem firmados conforme o dogma da essencialidade à natureza humana segundo a perspectiva do constitucionalismo, os direitos fundamentais não podem ser objeto de refutação<sup>134</sup>.

Percebe-se, com isso, que o processo responsável por elevar específicos interesses e valores a esse especial nível de generalidade normativa que é característico - senão exclusivo - dos direitos fundamentais não se encerra com sua positivação. De fato, em razão de serem intrinsecamente salvaguardados por princípios como a vedação ao retrocesso, o qual lhe impede a revogação, necessitam perdurar no tempo para preservar esse *status* hierárquico superior, necessariamente constitucional. Por consequência, dependem da manutenção do preconcebido grau de legitimidade de que se valeram para atingir esse patamar normativo. Afinal, como sucede em relação as quaisquer valores que eventualmente ascendam à normatividade, a primazia hierárquica não implica a ausência - ou completa anulação - de outras forças e interesses que se faziam presentes durante o pertinente processo de construção normativa. A própria condição de garantia que os direitos fundamentais comportam denuncia a permanência de forças que lhe são contrárias no corpo social, mesmo que estejam difusas e enfraquecidas. Daí porque, ao menos sob essa ótica, os direitos fundamentais podem ser percebidos como vigília das circunstâncias, barreiras necessárias para impedir a ascensão de outras forças a semelhante grau de normatividade, mormente porque poderiam almejar desconstituí-las do papel de expressão da ordem em vigor, quiçá munidas do intento revolucionário de sobrepujá-la. Não ao acaso, adverte Habermas, ainda que o faça sob o enfoque pertinente aos direitos humanos,

A idéia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Não devemos entender esse idealismo, ancorado na estrutura da constituição,

---

<sup>134</sup> Daí a vinculação que Habermas procede entre direitos subjetivos e a moderna concepção sobre o direito, esta ambientada sob a égide constitucionalista, pois, segundo expõe, "(...) o conceito de direito subjetivo desempenha um papel central na moderna compreensão do direito. Ele corresponde ao conceito de liberdade de ação subjetiva: direitos subjetivos (*rights*) estabelecem os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade. No artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, podemos ler o seguinte: "A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis" (HABERMAS, 1997, p. 113/114).

apenas como uma fase superada na história das idéias políticas. Ao invés disso, a história da teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. Essa tensão não pode ser trivializada nem ignorada, porque a racionalização do mundo da vida impede cada vez mais que se cubra a necessidade de legitimação do direito estabelecido – apoiado nas decisões modificáveis de um legislador político – lançando mão da tradição e da eticidade consuetudinária. (HABERMAS, 1997, p. 128).

Como se denota, a lição de Habermas se adequa ao presente argumento, pois, para além de remeter à consideração de que a prevalência normativa de um direito fundamental nem sempre decorre de maneira pacífica, aceita que, pelas mesmas razões, há outros direitos cuja essência, em tese, seria perfeitamente correspondente, apesar de ainda desprovidos dessa classificação. Em suma, de acordo com Habermas, quaisquer valores, sem importar suas origens, podem ascender a uma condição normativa superior, desde que, precipuamente, sejam compartilhados no âmago de uma classe, grupo sectário, ou mesmo por reduzido número indivíduos. Nesse último caso, porém, ao invés de consensualmente vincularem a todo um corpo social através de instrumentos legítimos de persuasão, mais provável que venham a se impor de maneira menos espontânea, inclusive com o ocasional recurso a mecanismos de força, a então garantir a esfinge de direito a algo que, contemporaneamente, estaria sujeito a ser classificado como um privilégio, sobretudo pela carência de um suporte de legitimidade democrática, a exemplo do que outrora se justificava no período anterior às revoluções americana e francesa, quando os direitos eram arraigados em dogmas religiosos, bases que, por sua vez, revelavam a essência metafísica do poder, quase sempre determinista. Não obstante, como Habermas volta a argumentar com evidente enfoque às simultâneas potencialidades virtuosas e egoísticas que o exercício do livre-arbítrio acarreta, inclusive quando orientado por postulados de liberdade individual, os quais seriam variáveis conforme o gosto das percepções, interpretações e consequentes desejos de cada um a propósito do ambiente em que se insere,

As idéias modernas da auto-realização e da autodeterminação não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discurso, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos éticos e/ou morais. A

lógica própria de cada um desses questionamentos transparece em desenvolvimentos filosóficos que têm início na segunda metade do século XVIII.

A partir de então, aquilo que desde os tempos de Aristóteles era conhecido como “ética”, recebe um novo sentido subjetivista. Isso vale tanto para histórias de vida individuais como para tradições e formas de vida compartilhadas intersubjetivamente. Forma-se, nesse contexto, uma espécie de reflexão que modifica os enfoques de cada um com relação à própria vida, como reação a uma crescente literatura autobiográfica confessional e de autopesquisa; tal reflexão tem início em Rousseau, passa por Kierkegaard e chega até Sartre. Em síntese, a exigência abstrata de uma apropriação consciente e autocrítica, de aceitação responsável da própria história de vida individual, insubstituível e contingente, substitui cada vez mais as instruções exemplares para uma vida virtuosa e os modelos bem-sucedidos de conduta de vida, recomendados para a intuição. (HABERMAS, 1997, p. 129/130).

Nesse ponto, mais uma vez se alerta, não se ignora, contudo, que o processo de elaboração de preceitos normativos, como outrora se referiu em relação ao Estado e ao exercício de seu poder de autoridade, é passível de sofrer análises através de diversas espécies de abordagem, a atrair, por sua vez, a aplicação de ciências autônomas, como são a filosofia, a política, a antropologia, a sociologia etc<sup>135</sup>. O compromisso com o método investigativo adotado, entretanto, que como visto, reporta-se a uma dogmática normativa conduzida à luz do direito comparado, aconselha cautela no eventual recurso a esses ramos científicos, sobretudo pelo potencial risco de sua irrestrita valia conduzir a premissa investigada à inconclusão. Não por outra razão, à semelhança do alerta de Canotilho quanto ao constitucionalismo, no que especificamente condiz aos direitos fundamentais, Alexy, ao introduzir sua abordagem teórica a propósito dessa classe de direitos, advertiu que ela própria não deveria ser considerada absoluta, pois na seara dos estudos dos direitos fundamentais, assim continua, é

---

<sup>135</sup> Como sintetiza de Roque ao discorrer sobre a legitimidade para o exercício do poder constituinte, “as pretensões de validade ético-jurídica das instituições políticas fundam-se implícita ou explicitamente em cosmovisões ou ideologias, dependendo, de acordo com Habermas, a eficácia das legitimações do nível de justificação alcançado pela comunidade, entendendo-se por *níveis de justificação* “as condições formais de aceitabilidade das razões que prestam às legitimações eficácia, força consensual e força motivadora”. Ainda segundo o mesmo autor, haverá uma evolução (irreversível) da consciência moral individual” (DE ROQUE, 2011, p. 18).

(...) possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 31)

Trata-se, pois, da dinâmica que acompanha a afirmação da generalidade dos direitos, usualmente permeada<sup>136</sup> pela tensão entre os diversos interesses presentes no meio social. Essa circunstância, acrescenta-se, é um dilema há muito percebido por autores como Ihering, para quem, ao recorrer à alegoria da deusa da Justiça Témis, a seu tempo já pronunciava a eficácia como elemento que condiz ao processo de construção do Direito em si, fosse para sua ascensão ou também manutenção. Segundo expressou,

Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar os ataques daqueles a que eles se opunham; todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma por uma disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. (IHERING, 2001, p. 27).

---

<sup>136</sup> De acordo com Ihering, “a suscetibilidade do sentimento de justiça não é igual em todos os indivíduos. Costuma debilitar-se ou robustecer-se na medida em que determinado indivíduo, classe ou povo sinta a importância do direito como condição moral de sua existência, e não apenas do direito como um todo, mas também de determinado instituto jurídico” (IHERING, 2001, p. 56). Já adiante, complementa, “a realização das normas de direito público depende da noção do dever de que se achem imbuídos os funcionários estatais; a do direito privado, da eficácia das motivações que levam o titular a defender seu direito: o interesse e o sentimento de justiça. Quando essas motivações falham, quando o sentimento de justiça é frouxo e embotado, e o interesse não se revela bastante poderoso para superar a comodidade, a aversão à luta e o receio causado pelo processo, a consequência só poderá ser uma: a falta de aplicação da norma jurídica” (IHERING, 2001, p. 59).

Ihering, no entanto, apesar de ciente da existência de forças reais de poder que não poderiam ser desconsideradas para o estudo do Direito, não divergiu de outros autores do passado no que tange à escolha de um valor subjetivo para justificar suas considerações sobre a normatividade. Segundo também acreditava, o Direito seria guiado por um fim metafísico. Tratava-se da paz, que ao ser percebida por si como um ideal abstrato a ser atingido, aproximava-se da acepção atribuída ao bem comum, a implicar que o Estado atuasse no sentido de lhe proporcionar a tutela jurídica, mas que quaisquer outros valores circunstancialmente elevados à juridicidade sob o abrigo de uma norma também se submetessem ao compromisso de salvuardá-lo. Para esse autor, “A Luta pelo Direito” (*Der Kampf ums Recht*) consistia em todo o esforço empregado para garantir a imperatividade normativa em prol da paz, algo que somente seria realizável caso houvesse a comunhão de desígnios entre as esferas públicas e privadas. Sob esse aspecto, ao menos para si, apenas com a garantia da paz é que se tornaria propício o estabelecimento de condições mínimas para o desfrute duradouro de outros valores, como a liberdade.

Deste modo, longe de idealizada, referia-se à paz dos vencedores, passível de ser compreendida de maneira irrestrita, inclusive com proximidade à conceitos ancestrais, a exemplo da aludida *pax romana*, cuja generalização entre as camadas sociais, para além do consenso, ocorria pelo uso da força, quando não, do temor reverencial a tão onipotente autoridade. Percebe-se, enfim, que Ihering, a despeito de invocar conceitos como a paz, ou mesmo a justiça, não se arriscou a tecer considerações sobre às respectivas essências, já que apenas as abordou de maneira generalista. Assemelhou-se, nesse ponto, ao trato de Malberg e Loewenestein em relação ao poder fundamental do Estado, para, quando muito, recorrer a uma limitada abordagem de cunho metafísico, que a despeito de ligada à ontologia, unicamente se interessava em afirmar a existência de um valor ou fenômeno abstrato tangível ao conhecimento a partir de suas expressões, mas jamais pela substância.

Ihering também não ignorava que a ascensão de direitos decorria, sobretudo, da tensão pelo desenvolvimento de um processo dinâmico permeado pela interação de múltiplas forças, a passar pela reivindicação, resistência e manutenção<sup>137</sup>. Não por outra razão, expressou “(...) que ao gozo e à paz desfrutados por um indivíduo correspondem o trabalho e a luta de outro” (IHERING, 2001, p. 28), assertiva provavelmente decorrente de seu conhecimento histórico a propósito dos processos revolucionários que se desenvolveram nos Estados Unidos e na França, ou mesmo de sua própria

---

<sup>137</sup> Ao discorrer sobre as origens do direito, tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo, Ihering expôs que “num sentindo como no outro, o direito encontra resistência, e ambos têm de vencê-las, isto é, deve conquistar ou defender a sua existência por meio da luta” (IHERING, 2001, p. 29).

experiência ao vivenciar como observador a unificação da Alemanha, formalizada em 1871, justamente um ano antes da publicação de a “A Luta pelo Direito”<sup>138</sup>. Deve-se ressaltar, no entanto, que a paz aludida por Ihering, a despeito de subjetivamente escolhida por si como valor a ser perseguido pelo Direito, não era a paz idílica.

Com efeito, enquanto o Estado era definido de acordo com o que restasse expresso em sua Constituição, a paz deveria ser compreendida conforme a definição apresentada pelo Direito. Haveria, em suma, clara harmonia do pensamento de Ihering com os preceitos positivistas de sua época, pois conforme deixou transparecer, desde que garantida pelo Direito, aparentemente haveria oportunidade para toda a sorte de expressões de paz, mesmo porque, acrescenta-se, o conceito de legitimidade relacionado a esse valor inerentemente variaria conforme o paradigma estabelecido ou escolhido, sobretudo por depender do subjetivismo da percepção de quem atingisse a vitória ao fim do pertinente processo de luta para lhe garantir a autoridade normativa.

Esse posicionamento de Ihering, ademais, igualmente expunha sua discordância quanto a embrionária - mas ainda forte - concepção hierárquica das normas elaborada por Savigny<sup>139</sup>, cujos moldes foram formulados segundo uma compreensão historicista a propósito do Direito, em que se sugeria reconhecer os preceitos normativos do passado como a fonte de validade para as normas jurídicas que lhe sucedessem. Para Ihering, essa quase espontaneidade normativa expressa por Savigny careceria de verossimilhança e, portanto, era irracional, pois acreditar na “(...) idéia de que a formação do direito segue um processo indolor e espontâneo, independente de qualquer esforço, tal qual o crescimento de uma planta, tem feição nitidamente romântica (...)” (IHERING, 2001, p. 33).

Do que se expõe, tem-se que a importância do pensamento de Ihering consiste, dentre outros aspectos, não apenas na circunstância de inserir a efetividade como elemento integrante da norma jurídica, mas, sobretudo, em reconhecer que a norma, a despeito de originária do pensamento humano, poderia deixar o ambiente cognitivo e passar a existir enquanto força presente no ambiente social, se porventura passasse a ser permanentemente reiterada em condutas<sup>140</sup>. Conforme assentou,

---

<sup>138</sup> Como expôs, “sempre que o direito existente esteja defendido pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos tenham corporificado em forma de direitos adquiridos. Sempre que isso acontece, cada uma das partes que defrontam ostenta em seus estandartes a divisa da majestade do direito. Uma invoca o direito histórico, o direito do passado, e a outra, o direito sempre em formação e constantemente rejuvenescido, o direito inato da humanidade à contínua renovação” (IHERING, 2001, p. 31).

<sup>139</sup> Consultar a obra “Metodologia Jurídica” (Juristische Methodenlehre”).

<sup>140</sup> Desuetudo é a perda de efetividade de uma norma jurídica pela sua não recepção cultural, em processo semelhante à ascensão de normas consuetudinárias, mas nesse caso, para seu dissenso.

Não basta a concessão abstrata dessas condições de existência por parte do direito objetivo: necessário se torna que o sujeito do direito as defenda em cada caso concreto. E a oportunidade dessa defesa surge, com o ato de arbítrio que pretenda investir contra as condições de existência do direito. (IHERING, 2001, p. 42).

Apesar de formuladas no transcurso do século XIX, as considerações de Ihering, empenhadas em estabelecer uma percepção generalista de como valores ascenderiam ao patamar normativo, ainda que sem compromisso com a espécie de direito que viessem a consagrar, continuam a encontrar alguma ressonância na contemporaneidade, inclusive no que se reporta à dinâmica necessária para o pertinente reconhecimento de algum valor sob a esfinge natureza de direito fundamental, como outrora se aludiu ao se reportar a Habermas.

Outro pensador que cuidou da temática da luta dos valores para conseguir galgar o patamar de direitos fundamentais foi Sen, muito embora não haja feito valia da expressão “direitos fundamentais”, mas sim recorrido ao epíteto “humanos”. Explicitou, com isso, alguma convergência com o pensamento de Ihering e Habermas, em especial, quanto à imprescindibilidade de uma prévia identidade ética que lhes sirvisse de motriz para que esse *status* fosse atingido, pois consoante expôs,

As proclamações dos direitos humanos, ainda que enunciadas sob a forma de um reconhecimento da *existência* de umas coisas a que se dá o nome de direitos humanos, na realidade, são proclamações éticas fortes que apontam para o que deveria ser feito. Elas vêm-nos exigir o reconhecimento de imperativos e indicam que há alguma coisa que deverá ser feita para que se possa chegar à realização das liberdades que assim são reconhecidas e que vemos serem identificadas através de tais direitos. E uma coisa elas não são: a afirmação de que estes direitos humanos são direitos *legais* já estabelecidos, consagrados por meio da redoma proporcionada por actos legislativos ou pela *common law* (...). (SEN, 2010, p. 472/473).

As proclamações de direitos humanos referidas por Sen, que à época de Ihering, resumiam-se à Declaração de Direitos da Virgínia e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão,

respectivamente editadas no transcorrer das revoluções Americana e Francesa, as quais, rememora-se, pouco após, foram consagradas nos primeiros textos constitucionais desses países, acaso vistas com pormenor, são expressões representativas do processo de luta travado para conferir normatividade a específicos postulados éticos. Por certo, tanto a concepção de Ihering quanto as colocações de Sen convergem<sup>141</sup> no que toca à primazia do elemento humano para a concretização jurídica de um direito. Daí porque Sen, à semelhança de Ihering, para além da mera previsão legal ou de uma prévia construção cognitiva – esta última, recorda-se, tão duramente criticada por autores do passado, como Burke, que as considerava um exercício metafísico quase utópico, senão fantasioso -, também considera que os fatores predominantes para a ascensão, existência e reconhecimento de um direito sob o epíteto de “humano” necessitam do contínuo exercício de condutas de salvaguarda, aí incluída a pertinente posituação em um corpo normativo, que se de natureza constitucional, possibilitar-lhes-ia o reconhecimento sob o epíteto de “fundamental”. Decerto, como expõe ao defender a ocorrência de conexões motivacionais entre preceitos éticos e jurídicos,

Na perspectiva aqui prosseguida, os direitos humanos são pretensões éticas ligadas constitutivamente à importância da liberdade humana, e a robustez do argumento que vê numa particular pretensão um possível direito humano tem de ser apreciada à luz do escrutínio da argumentação pública, envolvendo esta **um** imparcialidade de tipo aberto. Os direitos humanos podem ser a motivação de muitos cursos de acção diferente, desde a criação e aplicação de leis adequadas até à ajuda vinda de outras pessoas e à agitação pública, ambas suscitadas contra as violações de direitos humanos. Estes diferentes tipos de actividades podem ajudar – separadamente ou em

---

<sup>141</sup> Decerto, para Ihering “um direito concreto só pode constituir-se quando se achem presentes os pressupostos de que o direito abstrato deriva sua existência. Segundo a doutrina dominante, esse vínculo encerra todas as relações entre os dois tipos de direito. Mas essa concepção é inteiramente unilateral, pois realça tão-somente a dependência do direito concreto em relação ao abstrato; omite o fato de que essa relação de dependência se estabelece com igual intensidade em sentido inverso. O direito concreto não só recebe vida e energia do direito abstrato, mas também a ele as devolve. A essência do direito consiste em sua realização prática. Uma norma jurídica que nunca tenha alcançado essa realização, ou que a tenha perdido, já não faz jus a esse nome. Transformou-se numa mola entrevada do mecanismo do direito, numa mola que não contribui para o funcionamento do conjunto e por isso mesmo pode ser eliminada sem que disso resulte a menor alteração” (IHERING, 2001, p. 58). Já segundo Sen (...) as proclamações éticas, com distintos conteúdos políticos, que encontramos numa declaração de existência de direitos humanos podem provir de pessoas ou de instituições, além de poderem ser apresentados como observações de caráter individual ou como proclamações sociais. Mas pode também acontecer que sejam solenemente proferidos por particulares grupos de pessoas que tenham a incumbência de examinar estas questões, tal o caso dos redactores de Declaração Americana de Independência e da Declaração Francesa sobre Direitos do Homem, ou ainda, o caso do comité das Nações Unidas que foi autor da Declaração Universal (dirigido por Eleanor Roosevelt). As declarações articuladas por obra de tais grupos podem ainda receber um qualquer tipo de ratificação institucional, como aconteceu, por exemplo, com a votação ocorrida, em 1948, no seio da recém-fundada Organização das Nações Unidas. Mas o que, nesses casos, está a ser articulado ou ratificado é uma asserção ética – não uma proposição acerca de algo que já seja legalmente garantido.

De facto, frequentemente, estas articulações públicas de direitos humanos são convites para que se comece a elaborar legislação nova, em vez de se insistir na aplicação da que esteja legalmente em vigor. (SEN, 2010, p. 474).

conjunto – a fazer avançar a realização de importantes liberdades humanas. Talvez seja importante sublinhar que, para além de haver várias maneiras de salvaguardar e promover-se os direitos humanos para lá da recepção legislativa, há também uma considerável complementaridade entre estas diferentes estradas. Assim, por exemplo, a pressão e monitorização públicas podem fazer grande diferença no que toca a uma eficaz vigência de novas leis sobre direitos humanos. A ética correspondente aos direitos humanos pode tornar-se mais eficaz se optar por recorrer a uma variedade de instrumentos inter-relacionados e a meios dotados de versatilidade. Esta é uma das razões pelas quais é tão importante que se dê ao estatuto ético geral dos direitos humanos o que lhe é devido, ao invés de aferrolhar prematuramente o conceito de direitos humanos na estreita gaveta da legislação – real ou ideal. (SEN, 2010, p. 482/483).

A necessidade de manutenção de esforços para preservação desse *status* especial a alguns direitos seria corroborada no transcurso da história, que demonstraria a indissociável vinculação do movimento constitucionalista à ascensão e desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, mormente a partir da Revolução Francesa, que como exposto, apesar de alguns momentos de avanço e retrocesso, foi responsável por consolidar a universalização desse fluxo irreversível de ideias em prol da positivação de preceitos de matriz liberal, através dos quais, completa-se, aspirava-se, sobretudo, a limitação da autoridade do Estado pelo respeito a valores individuais, a exemplo da liberdade, igualdade perante a lei, resistência à opressão e, por fim, como consequência da reunião desses valores, a permissividade da busca pessoal pela felicidade, que se garantida e possível a todos, permitiria atingir-se o bem comum.

### **3.2. A evolução geracional dos direitos fundamentais.**

Consoante afirma Cambi, “(...) a história do constitucionalismo é a de uma progressiva expansão das esferas dos direitos (...)” (CAMBI, 2016, p. 39), em especial, daqueles que eventualmente seriam classificados pela doutrina com o epíteto de “fundamentais”, mormente em razão de seu conteúdo e hierarquia normativa, uma vez que, por evidência, apenas galgariam esse

*status* superior acaso albergados em normas de natureza constitucional. Sob o ponto de vista político, a história também revelaria que os direitos fundamentais, em suas origens, representavam postulados éticos intrínsecos à uma classe específica. Tratava-se da burguesia, que como exposto, a partir da França, precipuamente conseguiu fomentar a generalização de seus interesses perante os demais integrantes do Terceiro Estado e, em dada ocasião, dali para o mundo, ao ponto de que os indivíduos gradativamente viessem a incorporá-los enquanto valores próprios e, desde então, passassem a reivindicá-los em moldes semelhantes ao processo de luta a que Ihering se referia. Daí porque, afere-se, enquanto em um primeiro momento foi necessário empregar esforços para formalmente garantir esses preceitos éticos no corpo de leis, após as pertinentes posituação e inserção no ordenamento jurídico, esses mesmos esforços necessitariam continuar a ser dispostos para lhes exigir a concretização, pois a abstratividade normativa, por si só, seria insuficiente para garantir a materialização de seus comandos, quanto mais romper as barreiras estabelecidas pela própria carência de condições econômicas e sociais que lhes haviam motivado a ascensão. Afinal, ainda que combatidas, essas dificuldades não somente permaneceriam presentes, como também exerceriam o papel de forças contrárias, a assim lhes dificultar o exercício.

A revolução francesa, sob esse aspecto, sobressai-se como a expressão mais evidente dos primórdios desse processo de luta, cujo respectivo desfecho seria a concessão de efeitos jurídicos a postulados éticos através de sua inserção no texto que se tornaria a primeira Constituição da França, promulgada no ano de 1791. Com esse documento normativo, legitimou-se a exigência jurídica de um dogma fundado em um argumento pressuposto, evidente conjectura de natureza ontológica, pois se considerou que direitos fundamentais nunca antes reconhecidos integravam a própria condição humana. Representavam, deste modo, um objetivo a ser atingido.

Nesse contexto revolucionário, os primeiros valores historicamente consagrados enquanto direitos fundamentais pelo movimento constitucionalista reportavam-se a limitações normativas para o exercício da autoridade estadual. Tratava-se, como ressaltou Bonavides, de direitos que “entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre Sociedade e o Estado” (BONAVIDES, 2002, p. 517)<sup>142</sup>. Ou

---

<sup>142</sup> Ou como Alexy também discorreu com referência a Jellinek, embora com certa harmonia à imprescindibilidade da convergência de interesses advindos do corpo social e do Estado, a assim rememorar as compiladas lições de Ihering e Sen, inobstante a eventual generalização desses preceitos éticos entre os indivíduos, em *ultima ratio*, seria “(...) tarefa do legislador decidir sobre essa questão: “todas essas liberdades [são] reconhecidas apenas dentro dos limites legais. Nesse sentido, o conteúdo do status negativo está à disposição do legislador. De forma coerente, Jellinek protege o status negativo somente por meio do direito do cidadão, em face do Estado, a não ser “obrigado a realizar nenhuma atividade *ilegal*”: “Toda liberdade é simplesmente liberdade em relação a coações ilegais”.

como Alexy sintetizaria, somente por meio delas “(...) o cidadão é inserido em status com determinados conteúdos, dentre eles o status negativo fundamental” (ALEXY, 2008, p. 273).

Com efeito, a ascensão dos direitos fundamentais foi o evento responsável por modificar os paradigmas para o exercício do poder, pois na medida em que os indivíduos passaram a impor limites para o agir do Estado, a soberania já não mais encontraria abrigo na vontade metafísica de entidades divinas, ou mesmo na ordem natural das coisas. Passaria, sim, a residir no próprio ser humano, de modo que o poder soberano, enquanto único, dada sua presumida onipotência, somente preservaria essa condição caso emanasse e fosse exercido para salvaguardar sua fonte existencial. Afinal, recorda-se, à semelhança do que se abordou a propósito do dogma divino que embasava a concentração da autoridade nas mãos do príncipe, a consciência abstrata dos indivíduos reunidos em sociedade - o povo - sob essa condição de criador, não poderia causar mal a si próprio, muito menos negar sua existência, ou sequer compartilhar sua força com outrem. A declaração de direitos era, em última análise, um ato de escolha, mas de cunho civilizatório, que justamente por anteceder o Estado, impedi-lo-ia de adotar condutas autodestrutivas em relação a sua fonte de autoridade, uma vez que sua existência deveria ser dedicada ao servir, pois como ressaltaria Schmitt,

(...) Para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores y superiores* al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa. Esto se ve con toda claridad en los derechos de libertad, que históricamente significan el comienzo de los derechos fundamentales: la libertad de religión, la libertad personal, propiedad, derecho a la libre manifestación de opiniones, existen según esta

---

(...) A partir dessa base é possível construir o conceito de status negativo *fundamental*. O conteúdo do status negativo de *a* é constituído pela totalidade daquilo que lhe é facultado em virtude de uma norma constitucional permissiva. O status negativo fundamental pode ser violado também pelo legislador, como, por exemplo, por meio do estabelecimento de normas proibitivas que contradigam uma norma de direito fundamental permissiva. O problema do conteúdo do status negativo é solucionável, portanto, por meio da introdução do conceito de status negativo fundamental” (ALEXY, 2008, p. 270/271).

concepción, *antes* que el Estado; no reciben su contenido de ningunas leyes, no con arreglo a las leyes o dentro de los límites de las leyes; describen el ámbito, incontrolable en principio, de la libertad individual; el Estado sirve para su protección, y encuentra en ella la justificación de su existencia. El *derecho de resistencia* del individuo es el medio más extremado de defensa, y un derecho inalienable, pero también inorganizable. Pertenece de modo esencial a los derechos fundamentales. (SCHMITT, 2015, p. 224).

As considerações de Schmitt a propósito de direitos pré-existentes ao Estado, ao menos para a valia de uma específica abordagem científica, a exemplo do que a presente investigação recorre ao adotar como metodologia a dogmática normativa, igualmente implicam o reconhecimento da deusas mencionada existência de fontes reais de poder, que não deixariam de existir e de continuar a exercitar influência independente da consagração normativa de seus objetivos. As considerações de Schmitt, em verdade, possibilitam reconhecer a presença de forças antagônicas, que se eventualmente não chegarem ao extremo de legitimar o exercício do direito de resistir face um ataque arbitrário, permitem deduzir a coexistência com outras forças reivindicatórias contrárias a essa nova ordem de fontes, que permanecerão ativas até que, em dado instante, consigam positivar seus anseios, ou de maneira inversa, restem anuladas. Evidencia-se, assim, que tensões entre fontes de poder, mesmo após a ascensão do movimento constitucionalista, continuariam a expressar demandas e a reivindicar soluções, de modo que o movimento constitucionalista, face a pressão advinda da dinâmica social, caso almejasse preservar seu *status* de paradigma para o exercício do poder<sup>143</sup>, permaneceria

---

<sup>143</sup> Como Bonavides expõe a propósito da necessidade de prestar respostas às questões resultantes de sua própria influência no ambiente, os direitos fundamentais traduziriam evolução geracional, pois,

(...) Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimi em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

(...)

Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, de igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas. Haja vista a esse respeito a lição de Karal Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

Vejamos agora de que maneira esses direitos se trasladaram para a esfera normativa e em que fase nos achamos.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.

impulsionado a incorporar valores antes não relacionados pela precípua concepção de direitos fundamentais. Em última análise, tratava-se de um imperativo de sobrevivência, a qual dependia de sua capacidade de adaptação às modificações do ambiente.

Nesse aspecto, como é notório, houve uma primeira leva de matriz individualista e de cunho liberal que motivou alterações sobre a concepção a respeito da essência do poder. Com ela, acrescenta-se, senão ocasionou a transmutação, propiciou a substituição de um dos mitos justificadores da fonte da autoridade estadual e de sua legitimidade, que se até aquele momento resultava de uma vontade divina, fosse ela conceptiva ou concessiva, passaria a decorrer de outra abstração, mas desta feita de natureza antropocêntrica, qual seja, baseada na presunção de que o consenso político entre os indivíduos é que os conduzira a firmar um contrato legitimador em favor da autoridade do Estado. Deve-se atentar, contudo, que não obstante essa concepção correspondesse a conjecturas precipuamente conduzidas à generalização pelo esforço empregado por uma classe específica, a burguesia, o reconhecimento de direitos limitadores da autoridade estadual permaneceria justificada em bases metafísicas. Afinal, antes de espelharem a realidade, partiam de um primado ético, uma diretriz a ser respeitada, cuja concepção antropocêntrica, ao considerar que o ser humano deveria ser servido por tudo aquilo existente em seu ambiente, incluso o poder, implicaria o reconhecimento da pré-existência de direitos em relação ao Estado.

A igualdade perante a lei, sob esse aspecto, seria garantida por um contrato simbólico, usualmente representado sob o formato de uma Constituição, que ao ser redigida segundo os termos expressos por essa classe econômica, por evidência, deixaria seus integrantes mais próximos de desfrutar de seus efeitos quando comparados com os demais indivíduos, que tão somente compartilhariam desses valores como aspiração, ou seja, algo possível de se atingir, mas ainda incerto<sup>144</sup>. Essa disparidade seria agravada nas hipóteses de reduzido acesso a bens materiais e oportunidades para exercer esses novéis direitos em plenitude. Não por acaso, em advertência à

---

Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2002, p. 516/517).

<sup>144</sup> Sobre o assunto, Loewenstein expõe que “por espacio de más de un siglo, los teóricos políticos habían exigido la racionalización del proceso del poder político, limitando el absolutismo de la corona y trasladando el centro del poder de la corona al pueblo y a sus representantes. Esta petición quedó concentrada en el establecimiento de un documento constitucional formal que se convirtió en el sello del nuevo orden social, siendo considerado como la garantía de que, de una vez para siempre, el gobierno constitucional no podía ser otra cosa que constitucionalismo democrático sancionado a través de una constitución escrita” (LOEWENSTEIN, 2018, p. 159).

relação da dependência desses preceitos para com a disposição de mínimas condições condições de exercício, Barroso adverte que

(...) nem todos os Estados percorreram os mesmos caminhos ou se encontram no mesmo estágio institucional. Aliás, bem ao contrário, em muitas partes do mundo – talvez na maior parte – o ideal constitucional e a luta pela liberdade ainda são uma aventura em curso. (BARROSO, 2016, p. 30).

A restrição do exercício da autoridade estadual pelo reconhecimento de direitos intrínsecos aos indivíduos, todavia, apresentaria mais de uma faceta, especialmente porque, enquanto abstração, revelaria que a ascensão dos textos constitucionais continuaria dependente do agir humano, seu titular, sob ameaça de não perdurar, ao menos nos moldes das ideias de Ihering e Sen<sup>145</sup>.

Os processos históricos de ascensão e incorporação de direitos fundamentais, ademais, aproxima-se da teorização de Luhmann, no sentido de que, a partir da introdução de novos elementos sobre dada ordem, espera-se que as relações sistêmicas em curso sofram alterações, ao ponto de, em dado momento, emergirem outras demandas para a solução de problemas inéditos, os quais decorreram da influência provocada pelos novéis preceitos emergentes na dinâmica das relações sociais. Não por outro motivo, sintetiza Cambi com alguma identidade às invocadas concepções de Ihering e Sen, que

---

<sup>145</sup> Nesse sentido, autores como Miranda expressam que (...)

O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a certa ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação do poder.

O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o art. 16.º, da Declaração de 1789, “*Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”.

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem *direitos* contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza MONTESQUIEU, o poder trave o poder. Daí a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apelidadas de *poderes do Estado*, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos, etc.

A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos. (MIRANDA, 2020, p. 13/14).

(...) os direitos fundamentais são *históricos*, porque nascem e se desenvolvem, gradualmente, em certas circunstâncias de *lutas sociais e políticas* pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes (v.g., movimentos liberais socialistas, feministas, antirracistas, ecológicos, pacifistas etc.). (CAMBI, 2016, p. 40).

Cuida-se, pois, de opinião compartilhada por Bobbio, para quem os direitos fundamentais devem ser compreendidos como uma construção historicista, condizente com a expressão de um processo ainda não concluído, a evidenciar que fatores de pressão serviram de gatilhos para provocar a adaptação da ordem a novos parâmetros, pois, como afirma,

(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 2004, p. 18).

Por certo, como logo concluiria, “(...) os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto históricos, eles são mutáveis, ou seja suscetíveis de

transformação e de ampliação”. (BOBBIO, 2004, p. 32). Essa mutabilidade a que Bobbio se refere como característica aos direitos humanos, complementa-se, permite observar que, sob a ótica de um processo ainda em construção, ou segundo reporta Sen, em semelhante alusão à influência que um específico momento histórico exerce para a confecção de suas próprias necessidades, integram um objeto maleável, já que “uma declaração atestando a existência deste ou daquele direito humano, tal como aqui o interpretamos é uma asserção da importância das liberdades que são identificadas e aclamadas na formulação que se dá aos direitos em questão” (SEN, 2010, p. 494).

Por evidência, a assunção dos direitos fundamentais de cunho liberal não representou uma obra encerrada, mas a redação de um capítulo inicial, cujo texto serviria de prólogo para outros capítulos dedicados a processos diversos, fossem sucessivos ou paralelos, mas apenas possíveis a partir das alterações de ordem social proporcionadas pela pioneira consagração normativa desses valores de aceção individual. Decerto, foi através dos direitos fundamentais de cunho liberal que se generalizou a potencialidade do agir conforme o livre-arbítrio. Mas ao tempo em que essa percepção ajudou os indivíduos a desatarem as amarras que os ligavam a tradições políticas arcaicas, desgastadas ao longo do tempo, igualmente serviu como justificativa para a libertação das mais diversas potencialidades humanas, inclusive o agir inconsequente, senão egoístico, muitas vezes motivado pela busca pessoal da felicidade, mesmo que de maneira desmedida. Com efeito, colateral e paradoxalmente, a ambição de estabelecer a igualdade sob o prisma da formalidade normativa, ao invés do bem comum, também possibilitaria o surgimento de novas ferramentas de opressão, pois aqueles que detivessem maior força econômica e capacidade de persuasão política estariam em melhores condições de lutar para afirmar e defender seus próprios interesses<sup>146</sup>. Esse potencial risco de a liberdade ser utilizada para a perseguição de interesses egoísticos foi abordada por Madison, no artigo n.º 10, de “O Federalista”, que ao alertar acerca da ameaça da formação de facções a partir da consagração desses direitos de índole individual, expôs que

---

<sup>146</sup> Não ao acaso, Silva salientaria,  
(...)

As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como *liberdades-resistência* ou como meio de limitar o poder, que, então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a consequente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação do poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apenas de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda dispõe, de condições *materiais* para exercê-las. (...). O indivíduo era uma abstração. O homem era considerado sem levar em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica. Surgia, assim, o cidadão como um ente desvinculado da realidade da vida. Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojava, as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital. Por isso, o Estado teria que abster-se. Apenas deveria vigiar, ser simples *gerdame*. (SILVA, 2002, p. 159).

It could never be more truly said than of the first remedy that it was worse than the disease. Liberty is to faction what air is to fire, an aliment without which it instantly expires. But it could not be a less folly to abolish liberty, which is essential to political life, because it nourishes faction than it would be to wish the annihilation of air, which is essential to animal life, because it imparts to fire its destructive agency. (HAMILTON, MADISON, e JAY, 2003, p. 73).

Por outro lado, não obstante a consolidação normativa dos preceitos liberais haja acelerado o processo de Revolução Industrial em curso desde o século XVIII e, com ele, a expansão da novel classe burguesa e de suas reivindicações, a declarada igualdade formal dos indivíduos perante a lei, em muitos casos, continuaria inverossímil à maior parte dos indivíduos. A depender do respectivo ambiente econômico-cultural, esses primados pouca diferença lhes faria, mesmo se variassem de uma aspiração política expressa em declarações éticas à abstração normativa estabelecida por textos constitucionais. A recordar Luhmann, a dinâmica dessa nova ordem moldada pela ascensão de preceitos basilares de liberdade individual, a despeito de esses inicialmente serem compartilhados pela generalidade dos indivíduos, resultaria um sentimento de frustração, pois a expectativa criada seria deteriorada por uma não rara ausência de efetividade, a assim favorecer a propagação de um novo fluxo de aspirações e luta. Tensões sociais resultantes da impossibilidade de ampla concretização e usufruto dos preceitos liberais eventualmente culminariam em conflitos como a Comuna de Paris de 1871 e a Revolução Russa de 1917, esta última responsável pela ascensão do primeiro regime comunista de ordem estadual. Curiosamente, deve-se atentar que esses sentimentos de contra-reforma também não deixavam de ser impulsionados por um preceito intrínseco ao próprio movimento constitucionalista, condizente ao direito de resistência contra a tirania e à opressão, valor irrenunciável e fundamental para a salvaguarda da universalidade dos preceitos de liberdade e igualdade, tal como previsto no art. 3.º, da Declaração de Direitos da Virgínia<sup>147</sup>, ou pelos arts. 1.º e 2.º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Art. 3.º, da Declaração de Direitos da Virgínia: Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.

<sup>148</sup> Arts. 1.º e 2.º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art.1.º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Decerto, não somente os eventos revolucionários ocorridos nos Estados Unidos e França no século XVIII, mas aqueles que os sucederam como capítulo do movimento constitucionalista inaugurado por ambos, ou que ao menos foram reflexamente atingidos por eles, em mais uma ilustração ao processo de luta aludido por Lhering, usualmente resultariam do embate entre forças de reivindicação e resistência, geralmente atuantes em uma dinâmica de fluxo e contrafluxo, por sua vez simbolizada pela aspiração de elevar novo grupo de valores éticos ao patamar de “direitos fundamentais”, bem como pela parcial e, às vezes, momentânea refutação da ordem estadual. Eram condutas que, em muitas das ocasiões, ora revelaram um intento de preservação da autoridade ameaçada, ora uma pretensão revolucionária, inclusive com o circunstancial emprego de força, a então rememorar as lições de Lassalle e sua constituição real.

De uma forma ou de outra, certo é que, tanto os conflitos de ordem revolucionária quanto os não incomuns embates bélicos posteriores à Revolução Francesa, ao menos em parte, decorreriam de um profundo sentimento de indignação social, por vezes foi motivado pelo ímpeto de resistir ao que se consideravam ameaças, fossem internas ou externas. Não tardaria, desse modo, para que os Estados cunhados de acordo com os preceitos liberais restassem compelidos a assumir alguma postura mais ativa no combate à desigualdade e em favor da proteção de seus cidadãos, não apenas a fim de tutelá-los, como também preservar a própria estrutura de poder com que se organizavam. É sob esse ótica, reitera-se, que mais uma vez se vislumbra a alegoria feita por Cassirer em relação a Darwin, de cuja teoria se valeu para discorrer a propósito da evolução do Estado<sup>149</sup>, pois à semelhança da vida, a concepção com maiores chances de prevalecer nem sempre corresponderia à mais forte, mas sim à detentora de melhor aptidão para enfrentar a adversidade de seu ambiente.

Esse novo grupo de primados éticos que impunha uma postura ativa do Estado para a tutela de seus cidadãos, quando passou a ser consagrado com a natureza de direitos fundamentais nos textos das Constituições promulgadas ao longo da primeira-metade do século XX pelos países que não adotaram o socialismo, não acarretava sobreposição do primeiro grupo de direitos de índole liberal identificados sob o epíteto fundamental, mas representava um acréscimo ou aperfeiçoamento, necessário para estabilizar as tensões em curso. De fato, como Bonavides consignou ao se valer de um conceito geracional amplamente difundido na seara desses estudos, embora não impropriamente o fizesse com referência a textos constitucionais de índole socialista, os direitos fundamentais de ordem

---

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

<sup>149</sup> Consultar o item 3, do Capítulo II.

social representavam reação ao movimento comunista que se expandia, tudo com vistas à preservação do Estado moldado pelo movimento constitucionalista. Segundo expôs, eles se identificavam com o ideal da social-democracia, e como tal,

Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente e objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra. (BONAVIDES, 2002, p. 518).

A despeito de a Constituição mexicana de 1917 haver sido a primeira a consagrar direitos sociais, foi a Constituição de Weimar que se tornou o principal marco do que viria a ser interpretado como segunda fase do constitucionalismo<sup>150</sup>. Contudo, como antes ocorrera com a primeira geração de direitos fundamentais, não tardaria para que a consagração de prestações ativas a serem patrocinadas pelo Estado padecesse do mesmo dilema que motivou o questionamento da geração anterior: a falta de efetividade de suas aspirações conceptivas para fazer frente aos problemas concretos. Foi o que sucedeu com a Constituição de Weimar, pois consoante acentua Barroso, muito embora

---

<sup>150</sup> Nesse sentido, Barroso salienta que, apesar de “elaborada em um contexto de intensa turbulência política, tornou-se um dos documentos constitucionais mais influentes da história, apesar de sua curta vigência, encerrada, de fato, em 1933. A Constituição é resultado de influências ideológicas diversas. O SPD, partido social-democrata, possuía maioria na assembleia, mas não maioria absoluta, sofrendo a pressão dos partidos mais radicais e da mobilização das ruas. Nesse cenário, a Constituição procurou conciliar tendências políticas contrapostas e estruturou-se em duas grandes partes: na Parte I, organizava o Estado alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II-VII); na Parte II, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais, do qual constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito à educação” (BARROSO, 2016, p. 58/59).

Considerada um marco do constitucionalismo social, essa Carta jamais logrou verdadeira efetivação. Sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra impostas pelo Tratado de Versalles. Tais obrigações e a própria atribuição de culpa exclusiva pela guerra à Alemanha criaram o caldo de cultura adequado para a ascensão do regime nazista. Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a “lei de autorização” (*Ermächtigungsgesetz*), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler -, ainda quando divergissem do texto constitucional. (BARROSO, 2015, p. 58/59).

Por evidência histórica, a eficácia restrita foi, por mais uma vez, o grande problema que afetaria a maioria dos textos constitucionais de ordem social, que segundo Bonavides, passariam a ser vistos como precipuamente dirigentes, em similitude às Declarações éticas de fins do século XVIII, já que, como aludido, extremamente dependentes do patrocínio de condutas que as materializassem<sup>151</sup>.

Decerto, sem se afastar do papel que lhe cabe dentro do movimento constitucionalista, consistente em limitar o agir do ente estadual, os direitos fundamentais continuaram a ser impulsionados por pautas éticas que almejavam reconhecimento normativo e, para além de garantir o cumprimento de seus próprios comandos, evidenciavam um processo aparentemente não encerrado de expansão periódica. Entretanto, fato é que a falta de efetividade e a luta por sua implantação foram as principais questões contra as quais a teoria dos direitos fundamentais de cunho social passaria a enfrentar, em crise progressivamente agravada pela pressão em propiciar a resolução de problemas outros, a exemplo da ascensão do autoritarismo, responsável por conduzir a humanidade à Segunda Guerra Mundial, ou mesmo à tensão da Guerra Fria e, por último, de todos os seus conflitos reflexos, a exemplo da luta contra a dominação colonial na África e Ásia. A precípua solução adveio com a emissão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, através da qual uma nova nova pauta ética ao

---

<sup>151</sup> Nesse sentido, Bonavides ressalta que os direitos fundamentais (...) passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância ou execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2002, p. 518).

constitucionalismo, condizente à democracia, foi legitimada como necessária para não somente garantir a efetivação das gerações de direitos que a antecederiam, mas também servir de válvula para aliviar as pressões que exigiam a adaptação do constitucionalismo e do Estado para a salvaguarda daqueles.

Percebe-se, deste modo, que ao longo da Idade Contemporânea, juridicamente caracterizada pelo advento do constitucionalismo, em curto período de tempo, foram consagradas três grandes eras de direitos fundamentais<sup>152</sup>, usualmente classificadas como de primeira, segunda e terceira gerações. Elas expressam, respectivamente, bens jurídicos voltados à liberdade, à igualdade e à democracia e, muito embora parte da doutrina reporte-se a essa dinâmica evolutiva dos direitos fundamentais sob a nomenclatura de dimensões ao invés de gerações, sobretudo por razões semânticas com vistas a evitar quaisquer ideias de sobreposição das normas consagradas ao longo desses períodos históricos, eles, em verdade, acumulam-se sob uma diretriz pela vedação ao retrocesso. A democracia, porém, seria o valor que mais demoraria para se expandir enquanto conceito, pois como sintetiza Barroso,

(...) o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de *Estado de direito*. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constitucionais escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado. A noção de *democracia* somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: *quem* decide (fonte do poder), *como* decide (procedimento adequado) e *o que* pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder). (BARROSO, 2016, p. 65).

---

<sup>152</sup> Autores como Miranda, inclusive, chegam a mencionar o advento de uma quarta geração. Para ele, “a quarta e última distinção prende-se com a *proteção interna* e a *proteção internacional dos direitos do homem*. Até há cerca de setenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais” (MIRANDA, 2016, p. 21).

O que importa à presente investigação, contudo, é perceber que a progressiva inserção de novos direitos nos textos constitucionais não provocou alterações no que seria o “núcleo duro” da teoria dos direitos fundamentais e sua relação com o movimento constitucionalista. Decorreram, pois, de pressões que lhes moldaram o significado às necessidades da época. E no que se reporta ao poder constituinte, a incorporação pelo Estado desses novos discursos gradativamente mais exigentes de inclusão, em verdade, implicaram alterações quanto à concepção da legitimidade para o exercício da autoridade estadual e, com isso, também de seus limites de atuação. Foram eventos que, em síntese, não apenas afetaram sua compreensão mas, em especial, sua essência.

## Capítulo IV – O Poder Constituinte.

### 4.1. O Poder Constituinte como uma narrativa sobre a legitimidade.

Conforme exposto no Capítulo II, tópico 2, à semelhança da percepção comum que parece acompanhar o cotidiano do ser humano a contar do nascimento, no sentido de que o Estado seria um dos poucos elementos integrantes do ambiente cognoscível instituído de autoridade para, abstrata e coercitivamente, regulamentar a generalidade das condutas dos indivíduos, de modo que não lhes seria possível contrapor-se a sua existência, mas, quando muito, questionar seu modo de agir, é igualmente esperado pressupor que os suportes político e jurídico do ente estadual fossem materializados em uma Constituição, ainda que esta seja percebida de acordo com a amplitude semântica possível de ser conferida ao termo, a exemplo do que rememora Silva, mediante o argumento de que

A palavra constituição tem vários significados, tais como: *a)* “conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos”; *b)* “temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta”; *c)* “organização, formação de alguma coisa: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma comissão”; *d)* “o ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* do dote, de renda, de uma sociedade anônima”; *e)* “conjunto de normas que compõem uma instituição: a *constituição* da propriedade, ou seja, a institucionalização da propriedade”; *f)* “a lei fundamental de um Estado: a Constituição Federal do Brasil, a Constituição dos Estados Unidos, a Constituição da França, a Constituição da Itália etc.”. Todos esses significados, como se vê, exprimem uma idéia geral comum, porque se referem ao *modo de ser de alguma coisa, o modo como alguma coisa ou entidade é formada e organizada, a organização interna dos seres, das entidades e das instituições.*

É nesse sentido que se diz que *todo Estado* (país) *tem constituição*, que é o simples *modo de ser da Nação organizada em Estado.* (SILVA, 2007, p. 66).

Embora a passagem transcrita não represente o cerne do pensamento consignado na obra de Silva, uma vez que foi precipuamente redigida para alertar acerca dos múltiplos enfoques e formas com que a Constituição poderia ser abordada, inclusive em diferentes épocas - algo que, tal como exposto, também sucede em relação ao estudo do Estado e dos direitos fundamentais -, seus argumentos são relevantes para que o investigador se mantenha ciente da possibilidade reconhecer natureza constitucional a distintos grupos de normas, sejam essas escritas ou pressupostas. Para tanto, suficiente que elas restem afirmadas em um patamar hierarquicamente superior, independente de como assim foram estabelecidas, ou seja, a dispensar simetria com alguma estrutura orgânica eventualmente estabelecida em outros Estados, que no âmbito teórico, poderia variar da autocracia à democracia. Como se percebe, diferentemente de Loewenstein, para quem somente haveria Constituição se respeitadas algumas premissas, esse enfoque se aproxima da concepção sociológica de Lassalle, segundo a qual

Uma Constituição real e efetiva possuem-na e não de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.

Não é isso.

Da mesma forma, e pelo princípio normativo da necessidade que todo o corpo tem uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar um Estado onde não existam os fatores reais determinantes do poder, quaisquer que eles sejam. (LASSALLE, 2009, p. 35)

Sem ignorar a importância empírica da abordagem de Lassalle, que ao não desprezar a diversidade de expressões com que o exercício do poder de autoridade estadual eventualmente se impôs, permite o potencial reconhecimento de uma verdadeira concorrência das mais variadas formas de manifestações constituintes, algo que, a seu turno, possibilita a condução de outras investigações sob o prisma de ciências sociais diversas, como são a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia, a Filosofia, a Política etc., além de aproximar o estudo do Direito e de seus institutos - dentre eles, o poder constituinte - a uma abordagem orientada pela zetética jurídica segundo os termos

traçados por Ferraz Jr.<sup>153</sup>, deve-se atentar que, não obstante a metodologia empregada pela presente investigação seja pertinente a uma dogmática normativa orientada em respeito a paradigmas estabelecidos pelo direito comparado, os quais, como visto, desaconselham o fluxo por caminhos tão diversos sob pena de desamparo científico, ainda assim, suas considerações devem ser tidas como relevantes para perquirir o objeto proposto, pois indicam que fontes de pressão motivam mudanças estruturais de paradigmas. De fato, desconsiderar Lassalle seria conduta maculada de desonestidade científica, mormente porque a presente investigação analisa o poder constituinte a partir de um corpo teórico cunhado em um momento de específica efervescência ideológica, no caso, o Iluminismo. Deste modo, não apenas à semelhança das considerações do próprio Lassalle, mas de Silva e tantos outros, não é possível refutar a existência de uma concepção história da Constituição, a acarretar que, se os países elegidos para o estudo assimilaram os primados do movimento constitucionalista deflagrado àquela época e deles se valeram para se estruturar juridicamente, mesmo com suas peculiaridades, já seriam fontes fidedignas para auxiliar na análise e composição do objeto investigado. Como assenta Barroso,

Assim como é possível falar de uma Constituição *histórica*, cuja existência antecedeu à compreensão teórica do fenômeno constitucional, também o poder constituinte, como intuitivo, está presente desde as primeiras organizações políticas. Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições. A *teoria* do poder constituinte, envolvendo especulações acerca de sua natureza, titularidade e limites, é que só recebeu elaboração em época mais recente. Seu desenvolvimento remonta ao advento do constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo. As noções de poder constituinte, soberania e legitimidade política iniciam sua longa e acidentada convivência. (BARROSO, 2015, p. 129).

---

<sup>153</sup> Consultar o item 1, do Capítulo I.

Sob esse aspecto, muito embora Locke, em sua obra “Dois Tratados sobre o Governo Civil”, haja afirmado que “(...) todo o poder da comunidade, desde o momento em que os homens originariamente se uniram em sociedade, pode empregar tal poder para baixar leis para a comunidade de tempos em tempos e fazer executar essas mesmas leis (...)” (LOCKE, 1998, p. 500), é ao abade Sieyès que se atribui o pioneirismo no desenvolvimento de uma teoria específica sobre o poder constituinte, tida como precipuamente sistematizada por si através da obra “O que é o Terceiro Estado?”. Deve-se observar, contudo, que seu discurso teórico, apesar de considerado fundamental para a consolidação do recém deflagrado movimento constitucionalista, era uma expressão mais política que jurídica, pois correspondia ao próprio manifesto político de seu autor enquanto representante de um grupo ideológico. Afinal, recorda-se, Sieyès integrou a Assembleia dos Estados Gerais convocada por Luís XVI, que em pouco tempo, viria a se converter em Assembleia Nacional Constituinte ainda nas primeiras fases do processo revolucionário francês. Sob esse contexto, como não poderia diferir, “O que é o Terceiro Estado?”, embora inspirado nas idéias dos filósofos iluministas da época, assim como em algumas experiências históricas de limitação da autoridade monárquica, sobretudo a vivenciada na Inglaterra, onde há tempos ocorria a gradual expansão da influência do Parlamento no exercício da soberania - não obstante algumas críticas tecidas pelo próprio Sieyès a respeito da composição orgânica do modelo inglês<sup>154</sup>, espelhava a intenção de revisar os fundamentos ontológicos da origem do poder preexistentes à época, para então promover uma justificativa suficientemente favorável para legitimar o rompimento com a ordem anterior, tal como sucedeu com outros esforços empregados pelo pensamento humano em diversos momentos da História, os quais foram exitosos em transformar conjecturas em realidade, desde a antiguidade clássica, a passar pelas Idade Média e Moderna e, por fim, a contemporaneidade, em transformar conjecturas em realidade.

No entanto, essa aparente carência de imparcialidade científica, que em alguns trechos, revela-se quase panfletária<sup>155</sup>, não seria algo inesperado, muito menos depreciativo. Imbuído de valores e aspirações liberais, Sieyès defendeu a limitação do poder monárquico face o que seria a vontade

---

<sup>154</sup> Como Seyès assentou,

(...) Tenho muito medo de que esta obra-prima tão elogiada não possa sustentar um exame imparcial feito de acordo com os princípios da verdadeira ordem política. Reconheceríamos, talvez, que ela é o produto do acaso e das circunstâncias, muito mais que das luzes. Sua Câmara alta se ressentiu, evidentemente, da época da Revolução. Já assinalamos que ela só poderia ser vista como um monumento de superstição gótica.

Observem a representação nacional como é ruim em todos os seus elementos, segundo dizem, os próprios ingleses!. E, no entanto, os caracteres de uma boa representação são essenciais para a formação de uma boa legislatura. (SIEYÈS, 2014, p. 33).

<sup>155</sup> Consultar nota n.º. 121.

expressa pelo maior contingente formador da nação, composto pelos membros do Terceiro Estado, que para si, representava a fonte de toda a riqueza<sup>156</sup>. Conforme expressou ao início de seu escrito,

Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros. (SIEYÈS, 2014, p. 03).

O discurso de Sieyès fincava raízes nas teses da pressuposta existência de uma vontade geral, assim como da necessidade de esta convergir para o estabelecimento de um contrato social, em moldes próximos aos defendidos por filósofos como Locke e Rousseau, dentre outros, embora esse conceito nem sempre fosse abordado de forma uníssona por tais autores. Decerto, até que galgassem algum reconhecimento no plano normativo e, com isso, a percepção generalizada de que expressavam a fonte real do poder da autoridade formalmente instituída em um ambiente cognoscível, tanto um quanto outro, fosse a vontade ou o contrato, certamente não passavam de uma abstração obscura para a maior parte dos agrupamentos humanos. Quando muito, eram fruto da aspiração conscientemente elaborada por uma classe restrita, a burguesa. Daí porque, sob esse aspecto, esses valores que ambicionavam a autoridade somente poderiam ser reconhecidos como conjecturas, ou seja, algo ainda a ser comprovado, quicá atingido, à semelhança do que se discorreu nos Capítulos I e II, quando se tratou do reconhecimento ou constituição de um objeto pelas ciências sociais nos

---

<sup>156</sup> Sieyès principiou seu discurso com a afirmação de que

(...) Todos os trabalhos particulares podem se resumir em quatro classes: 1.ª) como a água e a terra fornecem a matéria-prima das necessidades do homem, a primeira classe, na ordem das ideias, são todas as famílias ligadas aos trabalhos do campo; 2.ª) a partir da venda das matérias-primas até seu consumo ou sua utilização uma nova mão de obra multiplicada e acrescenta a estas matérias um segundo valor, mais ou menos composto: a indústria humana. Ela consegue aperfeiçoar os benefícios da natureza, e o produto bruto dobra, decuplica, centuplica seu valor. Estes são os trabalhos da segunda classe; 3.ª) entre a produção e o consumo, assim como entre os diferentes graus de produção, se estabelece uma multidão de agentes intermediários, úteis, tanto aos produtores como aos consumidores são os comerciantes e os negociantes. Os negociantes que, o tempo todo, comparam as necessidades ocasionais, especulam com o depósito e o transporte. São os comerciantes que se encarregam, em última análise, da venda, no atacado e no varejo. Este tipo de atividade caracteriza a terceira classe; 4.ª) além dessas três classes de cidadãos trabalhadores e úteis, que se ocupam do objeto próprio do consumo e do uso, é preciso ainda que haja em uma sociedade um grande número de trabalhos particulares e de serviços diretamente úteis ou necessários para o indivíduo. Esta quarta classe inclui desde as profissões científicas e liberais mais consideradas, até os serviços domésticos menos valorizados.

Estes são os trabalhos que sustentam a sociedade. E sobre quem recaem? Sobre o Terceiro Estado. (SIEYÈS, 2014, p. 01/02).

períodos em que a organização política era condicionada a uma pressuposta percepção de que a autoridade originava-se da vontade divina, ou mesmo decorria de uma longa tradição de hereditariedade, senão de ambas.

De uma forma ou de outra, deve-se atentar que Seyès, ao recorrer às simbologias de uma “vontade geral” e de um “contrato”, clamou pela necessidade de que se redigisse um documento em que seriam consignados os limites legais para o agir do Estado. O contrato social, deste modo, mais do que pressuposto, deveria ser efetivamente materializado em um corpo escrito, de forma a se reconhecer - senão transferir - formalmente a fonte da autoridade estadual do príncipe - ou do agrupamento restrito que lhe fizesse as vezes - em favor do que ele, Sieyès, chamou de Nação. Como expôs,

O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo dos cidadãos? Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte na grande nação. É realmente *imperium in império*. (SIEYÈS, 2014, p. 04).

Ao defender a titularidade do poder estadual pela Nação, que para si, seria o único ente capaz de manifestar a vontade geral, Seyès, em verdade, cuidou da natureza ontológica do poder na França, que não mais poderia ser justificado e organizado de acordo com o dogma abstrato de uma glória passada, anacronicamente utilizado para sujeitar gerações de indivíduos ao jugo de uma autoridade carente de expressar representatividade<sup>157</sup>. Identificou-se, assim, com o pensamento liberal apresentado pelo movimento iluminista no tocante à necessidade de se impor limitações ao exercício do poder. E ao se posicionar desta maneira, enquanto manifesto de reivindicação por liberdades individuais, sobretudo de matriz econômica a serem atingidas pelo respeito a valores como a

---

<sup>157</sup> Conforme questionava,  
(...)

Por que não restituiria os bosques da Francônia a todas essas famílias que mantêm a louca pretensão de serem descendentes da raça dos conquistadores e herdeiras de seus direitos?

A nação, depurada, poderá se consolar, penso eu, de se ver reduzida a acreditar que só é composta de descendentes de gauleses e romanos. Na verdade, se trata de distinguir nascimento de nascimento. Não poderiam revelar a nossos pobres concidadãos que aquele que descende dos gauleses e dos romanos vale ao menos tanto quanto aquele que se origina dos sicambros, dos vândalos e outros selvagens vindos dos bosques e das dunas da antiga Germânia? Sim, poderia ser respondido. Mas a conquista desordenou todas as relações e a nobreza de nascimento passou para o lado dos conquistadores. Pois é preciso repassá-la ao outro lado. O Estado voltará a ser nobre, tornando-se por sua vez conquistador. (SIEYÈS, 2014, p. 05/06).

propriedade e a livre-iniciativa, a obra de Sieyès findava por defender a autodeterminação desse agrupamento social, simbolizado no Terceiro Estado.

Denota-se, com isso, que em proximidade às concepções históricas que o antecederam, mormente a partir da Idade Média, Sieyès curiosamente também assenta seu argumento teórico quanto à fonte e exercício do poder soberano em um dogma presumidamente irrefutável, que se ainda abstrato, era delineado por circunstâncias que lhe impunham limites e, portanto, deveriam favorecer-lhe o aceite com menor resistência. Em interpretação similar às releituras críticas conduzidas no passado por pensadores como Bodin quanto à não onipotência do poder de Deus, que seria incapaz de conceber uma entidade igual a Sua própria natureza, o poder soberano, em igual lógica subjetiva, por derivar da essência humana, também não poderia ser empregado contra os indivíduos, a sua fonte, sob pena de desconstituir a própria autoridade. Seria, enfim, limitado à vontade conceptiva de seu titular, eis que precipuamente direcionado para restringir a autoridade do Estado, agora subordinado ao dever de respeito a direitos tidos como fundamentais à preservação da existência da humana. É com esse intento de preservação, aliás, que Sieyès apresentaria conclusão sobre o assunto, no sentido de que “(...) uma nação nunca pode estatuir que os direitos inerentes à vontade comum, quer dizer, à maioria, passem para a minoria. A vontade comum não pode destruir a si mesma” (SIEYÈS, 2014, p. 46).

“O que é Terceiro Estado?”, ademais, era uma obra que trazia à cena um problema moderno, pois cuidava da legitimidade popular. Esse valor era a expressão contemporânea da afirmação de que a autoridade não derivava de uma ordem natural irrefutável, de origem metafísica ou sacra e, por conseguinte, anterior ao indivíduo. “O Que é o Terceiro Estado?”, ao se alinhar ao pensamento iluminista, afirmava que a autoridade, ao invés de ser uma fórmula primeva a se reproduzir, era algo a ser cotidianamente construído em espelho dos interesses da sociedade<sup>158</sup>. Nesse aspecto, traduzia um processo de construção de direitos conforme os moldes descritos por Ihering, dependente do esforço, que para além da pertinente ascensão normativa, derivaria continuar a ser mantido com igual vitalidade a fim de conseguir realizá-los em condutas.

---

<sup>158</sup> Como discorre Pinto,

(...) Os problemas da legitimidade são geneticamente contemporâneos das sociedades estatalmente organizadas. *Legitimum imperium, legitimum dominiun*, são fórmulas com as quais, segundo Würtenberg, deparamos tanto em Roma como na Idade Média. Só que o fenômeno da legitimidade-legitimação se vai complexizando no decurso do processo histórico (no duplo sentido do objecto a legitimar e da natureza das legitimações).

Nas civilizações mais antigas, só os governantes careciam de legitimação. Progressivamente, regime político (configuração constitucional concreta), a própria existência da um domínio dos homens sobre os homens (Estado-instituição), tudo isso vai requerendo justificação. Esta gradação evolutiva das exigências de legitimação explica por que razão alguns autores defendem que, rigorosamente, a legitimação é um problema da época moderna. (PINTO, 1994, p. 17/18).

Por evidência, inobstante pioneira, a obra de Seyès não abordou o poder constituinte com acepção generalista, como posteriormente viria a ser feito por Lassalle, Schmitt e, em especial, significativa parcela da escola positivista. Tratou-o sob o enfoque de uma titularidade restrita a um corpo social, presumidamente unido por compartilhar valores comuns, um genuíno ato de escolha. Essa é a razão, aliás, pela qual a obra de Seyès se intitula “O que é o Terceiro Estado?”, pois condiz com o exercício do poder da autoridade estadual por um grupo determinado - a Nação -, a assim prestar nova roupagem à questão da legitimidade, embora não se deva esquecer da crítica de Pinto sobre o assunto, no sentido de que (...) a legitimidade não vai além de um sistema de crenças, não havendo poderes legítimos em si, mas apenas poderes que se julgam legítimos” (PINTO, 1994, p. 22).

Daí porque, como igualmente se aludiu, afere-se que a abordagem desenvolvida por Sieyès era, sobretudo, a luta pela prevalência de uma ambição discursiva de cunho ontológico. Ela não versava unicamente a propósito do reconhecimento de direitos pelo Estado, mas também sobre a própria natureza do poder estadual, especialmente sua origem e, por conseguinte, de sua essência. Conforme se depreende de sua narrativa, se antes a autoridade do poder estadual era fundada em mitos como a hereditariedade ou a vontade de Deus, ela deveria passar a resultar de outra representação intuitiva, mas igualmente baseada em preceitos estritamente ético-culturais, que se não correspondesse a uma simbologia contratualista, ainda assim conduziria à semelhante suposição, pois a unidade voluntária dos indivíduos sob o corpo de uma Nação por presumidamente compartilhar valores dogmáticos fundamentais era, por evidência, uma espécie de acordo, que ao ser alçado à normatividade, possibilitava a formação do Estado<sup>159</sup>.

Contudo, sem tecer críticas acerca da correção das concepções de legitimidade expressas em “O que é o Terceiro Estado?”, ou da sugestão de uma espécie de contrato, facetas teóricas que, como sabido, foram incapazes de coibir todo o fluxo e contrafluxo vivenciados durante o transcurso do processo revolucionário francês, certo é que a eventual positivação das palavras de Sieyès em uma Constituição escrita, ocorresse parcial ou totalmente, sempre dependeria da harmonização de seus postulados com os anseios do poder real, aquele com força o bastante para elevar uma classe a protagonizar o exercício da soberania. O poder constituinte, nesse diapasão, necessitaria de um processo crítico de luta, ou como salienta Pinto, a invocar Max Weber, de

---

<sup>159</sup> Como rememora Pinto, “Como é sabido, o sucesso das ciências da natureza e da filosofia racional moderna gera o *desencadeamento do mundo* (Max Weber) e, com isso, a laicização das representações do poder. Desviculando-se a razão humana da *lex aeterna* divina, aparece solipsisticamente o indivíduo empírico, com a sua razão natural, elevado à categoria de fundamento originário de toda a normatividade ética e política. O homem toma consciência do carácter autoconstituente da sociedade e da natureza convencional e revisível das normas. É então no contrato social, estabelecido entre homens livres e racionais, que a ordem política encontra a sua justificação. (...)” (PINTO, 1994, p. 11/12).

(...) encontrar os mecanismos de justificação susceptíveis de produzir na opinião pública o sentimento de confiança no carácter legítimo da dominação estatal. Quer dizer, a legitimidade, na sequência de Weber, deixa de ser uma questão *de direito* para se volver numa questão *de facto*: justamente o facto de que os cidadãos sejam portadores de uma determinada crença. (PINTO, 1994, p. 23).

Esse, aliás, é um dos sentidos com que a obra de Sieyès pode ser interpretada, pois em similitude ao que Lassalle chamaria de a “aspiração própria dos tempos modernos de possuir uma Constituição escrita”, cuida da manifestação extrínseca de algo maior, ou consoante o último salientaria com mais pormenor, da circunstância que

Somente pode ter origem, evidentemente, no fato de que nos elementos reais do poder imperante dentro do país se tenha operado uma transformação. Se não se tivesse operado transformações nesse conjunto de fatores da sociedade em questão, se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranquilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa Carta Constitucional. (LASSALLE, 2009, p. 37/38)

Já Schmitt, que inclusive testemunhou a derrocada do regime constitucional de Weimar em seu país, também não ignorava que a afirmação de um discurso sob o epíteto de “constituente” sempre dependerá da força que o impulse para alcançar e preservar esse *status*<sup>160</sup>. Como veio a discorrer com certa harmonia à concepção sociológica de Lassalle,

---

<sup>160</sup> Schmitt adverte, porém, em novo reforço à explanação de Lassalle, embora em oposição à concepção contratualista de Sieyès, que uma Constituição escrita, enquanto manifestação do poder real, por si só, não representaria garantia de limitação ao poder do Estado, na medida em que “también la organización de una “minoría” puede ser sujeto del poder constituyente. Entonces el Estado tiene forma de *aristocracia* u *oligarquia*. Sin embargo, la expresión “minoría” induce a error, porque procede de las concepciones numéricas y estadísticas propias de los actuales métodos democráticos, y presupone una minoría partidista. Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del poder constituyente, así como tampoco un partido en sentido actual de una asociación de hombres basada en la “libre recluta” (SCHMITT, 2015, p. 130).

Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridade es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad como un todo.

(...)

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra “voluntad” denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta – lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez. (SCHMITT, 2015, p. 123/124).

Nesse contexto, parece imperativo não desconsiderar a afirmação de Lassalle de que “de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder” (LASSALLE, 2009, p. 47). Decerto, um dos méritos da obra de Seyès, enquanto manifesto político ligado a um preceito ético foi expressar o que deveria ser percebido como o uso legítimo do poder. De fato, antes de negar os acontecimentos ao seu redor mediante a estipulação de rígidos contextos abstratos, Seyès expunha como deveria suceder uma ascensão legítima ao poder, além de seu correto exercício. Ao indicar um organismo menos estático como a fonte da autoridade estadual, elaborava, enfim, uma fórmula mais branda, inclusive aberta a alterações, que se porventura adotada, propiciaria estabilidade ao governo, que poderia atuar com estabilidade por estar presumidamente assentado sobre amplas bases de interesses comuns - o Terceiro Estado ou a Nação -, de cujo respeito dificilmente decorreriam momentos de confronto, a exemplo do que sucederia com as instituições do antigo regime em razão de sua incapacidade conceitual para lidar com o desenlace de movimentos que lhes fossem contrários. Sob esse novo prisma de coletividade e menor rigidez dogmática, em que o diálogo compunha a origem da autoridade, o poder constituinte, ao instituir uma Constituição, fosse ela escrita ou não, igualmente deveria garantir que as faculdades inerentes ao exercício da autoridade estadual fossem conduzidas pela própria coletividade, a presumir que as funções intrínsecas à soberania estadual, a executiva, a legislativa e a jurisdicional, outrora concentradas em magistrados de ordenação sacra ou condicionadas aos desígnios íntimos do príncipe, afastassem-se dos riscos do arbítrio individual, para então atuar separadamente conforme trâmites legais prévia e imparcialmente

estabelecidos, nos moldes outrora assentados por Montesquieu no Capítulo VI, do Livro XI, de sua obra “Do Espírito das Leis”<sup>161</sup>, para quem

Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.

A liberdade política, num cidadão, é essa tranquilidade de espírito que provém de opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de princípios ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o

---

<sup>161</sup> A separação dos poderes e o governo pelas leis, o *rule of law*, foi inicialmente defendido por John Locke a partir de sua observação do sistema inglês, especialmente em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, ao qual se seguiu o conhecido trabalho de Montesquieu. Com efeito, Locke já defendia que o governo deveria ser exercido através de três funções distintas, a que nomeava de poderes Legislativo, Executivo e Federativo, em que este último era relacionado à soberania em si, pois consoante assentou no Capítulo XII, do Livro II – ou o Segundo Tratado, “existe em todo o Estado um outro *poder*, que pode ser chamado de *natural*, por se tratar daquele que corresponde ao poder que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade (...) esta contém, portanto, o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas e, se alguém quiser, pode chama-lo de *federativos*” (LOCKE, 1998, p. 515/516).

de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares. (MONTESQUIEU, 2020, p. 230/231).

Esse, aliás, é um dos dogmas essenciais do constitucionalismo: o poder derivado de uma fonte coletiva, cujo exercício deve ser publicizado em preceitos legais de caráter universal emanados em benefício de seus titulares, sobretudo em respeito às necessidades fundamentais que fossem comuns a todos, individual e coletivamente considerados. É a partir desse dogma de limitação, ademais, que derivariam os primados da superioridade normativa da Constituição e os primeiros fundamentos para justificar a instituição formal de um controle de constitucionalidade, haja vista a impossibilidade de que preceitos relativos à separação dos poderes e à primazia dos direitos fundamentais sofressem corrupção. Não por outra razão, sintetiza Barroso,

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações *processuais*, os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos), como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. (BARROSO, 2016, p. 29/30).

Interessa observar, todavia, que a despeito dessa pretensão de completude do constitucionalismo, com ele também emergiriam os primeiros dilemas existenciais relacionados à

ascensão de um poder democrático, mormente a propósito de como os respectivos titulares poderiam efetivamente exercê-lo. Embora sem menção expressa ao conceito de poder constituinte, que como visto, é de autoria do abade Sieyès, pensadores como Montesquieu e Rousseau inicialmente levaram essa discussão ao campo teórico pré-revolucionário americano e francês, até que, como igualmente exposto, em um segundo momento, essa controvérsia político-filosófica se expandiu para ingressar nos debates conduzidos durante esses processos revolucionários, conforme assim restou assentado nos artigos Federalistas escritos por Hamilton, Madison e Jay, nos Estados Unidos, ou na França, quando levada à convenção, principalmente pelo esforço de políticos como o próprio Sieyès, seguido por Condorcet, dentre outros.

Convém ressaltar, nesse ponto, que muito embora Sieyès haja se inspirado no conceito de vontade geral elaborado por Rousseau para apresentar sua tese sobre o poder constituinte, foi pela adoção de alguns argumentos da obra “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu, com que especificamente cuidou de como seria seu exercício. Não por outro motivo, aliás, ao tratar dos limites da delegação para o exercício do poder constituinte pelos representantes quando da elaboração formal da Constituição, foi claro ao expressar que a representação deveria ser relacionada à Nação. Como resumiu,

Sente-se, assim, a dupla necessidade de se submeter o governo a formas certas – interiores ou exteriores – que garantam sua aptidão para alcançar os seus próprios fins e sua impotência para separar-se dele.

Entretanto, de acordo com que critérios, com que interesses se teria dado uma Constituição à própria nação. A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. (...). Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial.

Desse modo, todas as partes do governo dependem em última análise da nação. (SIEYÈS, 2014, p. 40).

A despeito de em “Do Espírito das Leis” não haver a preocupação em se traçar uma fórmula generalista sobre o governo, muito menos uma tese que fosse baseada na comunhão de preceitos éticos supostamente universais, houve, em verdade, o intento de expor algumas características essenciais às leis, que apesar de abstratas a exemplo da efetividade ou mesmo da aspiração à justiça, poderiam ser mais fortemente estabelecidas, a depender do grau de harmonia entre seus comandos e a identidade cultural de seus destinatários<sup>162</sup>. Com efeito, Montesquieu, ao discorrer sobre a democracia no Livro II, da Primeira Parte, de sua obra, considerava que, “quando, na república, o corpo do povo tem o poder soberano, temos a democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de parte do povo, temos o que se chama de aristocracia” (MONTESQUIEU, 2020, p. 55). Foi com esse específico paradigma de atribuir a soberania ao povo, aliás, que Montesquieu, em argumento ainda inserido no Livro II, da Primeira Parte, de sua obra, reforçou que

O povo que detém o poder soberano deve fazer ele próprio tudo o que possa fazer bem; e o que não pode fazer bem, cumpre fazê-lo por seus ministros.

Os ministros não lhe pertencem se ele não os nomear: é, pois, uma máxima fundamental desse governo que o povo nomeie os ministros, ou seja, os magistrados.

Como os monarcas, e até mais do que eles, o povo precisa ser conduzido por um conselho ou senado. Mas, para haver confiança, é preciso que ele eleja os seus membros; quer se ele mesmo os escolher, como em Atenas; quer por algum magistrado por ele estabelecido para elegê-los, como se praticava em Roma em certas ocasiões. (MONTESQUIEU, 2020, p. 56/57).

Como se denota, ao concordar com a assertiva de Montesquieu sobre a representatividade, não foi por acaso que Seyès atribuiu a titularidade do poder constituinte à Nação, uma figura abstrata, que se ainda derivada do povo como se afere de sua definição, segundo a qual trata-se de “um corpo

---

<sup>162</sup> Com efeito, Montesquieu revela na passagem inicial de seu livro que, “mais vale dizer que o governo mais conforme à natureza é aquele cuja disposição particular melhor se adapte à disposição do povo para o qual tenha sido estabelecido” (MONTESQUIEU, 2020, p. 52).

de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura” (SEYÈS, 2014, p. 04), assim sedimentava seu posicionamento contrário ao exercício direto do poder pelos indivíduos. Vinculava-se, assim, a essa abstração, muito embora, em última análise, ela permanecesse derivada de uma subjetividade coletiva.

Ocorre que, não obstante Sieyès, desde o início de sua obra “O que é o Terceiro Estado?”, quando se reportava a um sistema democrático, já se demonstrasse adepto a um modelo de governança representativo próximo ao defendido por Montesquieu, outro integrante da Convenção contemporâneo a si levaria um discurso contrário à tribuna. Tratava-se de Condorcet, que fiel aos moldes delineados por Rousseau a propósito da vontade geral, defendeu a adoção de um sistema próximo à *ekklesia* grega, cuja concepção, embora com algumas restrições, eventualmente seria aceita no texto da 2.<sup>a</sup> Constituição Francesa, de 1793<sup>163</sup>.

Rousseau, evidentemente influenciado pela experiência de sua terra natal, a Suíça, era explícito defensor de um modelo de democracia direta próximo ao que sucedia ao longo da antiguidade clássica, particularmente à época das cidades-estados da Grécia, pois considerava a soberania um dogma inalienável. Conforme assim expressou no Capítulo I, do Livro II, de sua obra “O Contrato Social”, “(...) a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, a vontade” (ROUSSEAU, 2001, p. 33). É dessa concepção de inalienabilidade, ademais, que decorreria mais uma das características essenciais à soberania, relativa à indivisibilidade, que se vistas em conjunto, apenas reforçavam a justificativa para o exercício direto do poder pelo povo, seu legítimo titular. Não por outro motivo, exprimiu que,

Pela mesma razão por que é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade geral ou é geral ou não é, ou é a do corpo do povo, ou unicamente 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; é, quando muito, um decreto. (ROUSSEAU, 2001, p. 34/35).

---

<sup>163</sup> Condorcet, em verdade, apresentou um projeto de Constituição. Sobre o assunto, consultar o Capítulo VIII.

A lógica de Rousseau, como sucedeu em relação a alguns dogmas que no passado foram considerados essenciais à organização política da sociedade, a exemplo da concentração da autoridade pública em um ente abstrato – usualmente identificado pelo signo de “Estado” - e, mais recentemente, o reconhecimento da soberania como atributo legitimador para a expedição de normas jurídicas, era uma das expressões da atividade filosófica de seu tempo, em que se procedia à reinterpretação de cunho ontológico desses paradigmas fundamentais à organização social sem, contudo, refutar-lhe a existência. É sob esse aspecto, acrescenta-se, que se percebe um certo exercício de lógica dedutiva, pois se o príncipe, então detentor do poder soberano, exercia essa autoridade diretamente, por que não o povo, o novel titular da soberania, ao menos segundo a concepção iluminista, que era a matriz ideológica inspiradora do movimento constitucionalista? Com efeito, se desde a antiguidade clássica, ao menos sob uma perspectiva dogmática a propósito da autoridade, refutava-se a alienação ou a renúncia da soberania por quem a detivesse, fosse o respectivo titular um indivíduo, grupo ou uma entidade metafísica, quando não sacra, o aceite de um modelo representativo do poder em detrimento de seu exercício direto restava francamente dificultado. Afinal, como a história demonstrou, todos os esforços deveriam ser empregados para se preservar a vontade da fonte precípua do poder, fosse ela a *urbe* greco-romana, a cidade de Deus segundo o pensamento medieval ou, mais recentemente, quem por Ele fosse direta ou indiretamente assim reconhecido, do príncipe ao povo, cujo direito à autoridade derivaria da própria ordem natural das coisas. Não por outra razão, consoante assentou no Capítulo XV, do Livro III, de “O Contrato Social”,

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes, são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é

nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perdê-la. (ROUSSEAU, 2001, p. 114)<sup>164</sup>.

Rousseau, contudo, era consciente da fabilidade humana. Conforme assim escreveu na parte final de “O Contrato Social”,

Decorre daí que a vontade geral esteja aniquilada ou corrompida? Não. Ela é sempre constante, inalterável e pura, mas está subordinada a outra que a sobrepõem. Cada qual, desvinculando seu interesse do interesse comum, vê que não pode separá-los por inteiro, porém sua parte do mal público parece-lhe insignificante quando comparado ao bem exclusivo de que pretende apropriar-se. Excetuado esse bem particular, cada qual deseja o bem geral seu próprio interesse e com o mesmo vigor que qualquer outro. (ROUSSEAU, 2001, p. 127).

Decerto, como Roque viria a advertir ao analisar o pensamento rousseauiano, mesmo na democracia direta, persistiriam dilemas fundamentais à própria hierarquia normativa superior da Constituição no ordenamento jurídico no que se reporta à preservação do corpo soberano<sup>165</sup>. Afinal, se a princípio o povo é soberano e tudo pode decidir, a defesa do *status* hierárquico superior da Constituição perderia um pouco do sentido, sobremaneira pela potencialidade de o poder constituinte continuar a se manifestar através de sucessivas reuniões entre seus titulares. De outro lado, mormente nas hipóteses de a nação se caracterizar como um ser culturalmente plural, formada por grupos diversos distinguíveis um dos outros por fatores relacionados à etnia, religião e costumes, alguns deles, por evidência, teriam mais empecilhos para preservar seus valores em consultas gerais a propósito do estabelecimento de normas de conduta, especialmente os numericamente diminutos e, por conseguinte, sujeitos a maiores dificuldades para eleger delegados em um sistema representativo pela via sufrágio. Consoante expõe,

---

<sup>164</sup> Apesar de Sieyès não aceitar o exercício direto do poder tal como defendido por Rousseau, tamanha foi a influência do pensamento do filósofo Suíço sobre o abade francês que o exemplo do povo inglês foi reproduzido em sua obra “O que é o Terceiro Estado?”, ainda que para defender um sistema representativo.

<sup>165</sup> Sobre o assunto, segundo Roque “(...) porque el pueblo es soberano y porque la soberanía es inalienable, el pueblo sólo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa o inmediatamente el poder político. Lo que significa que la única democracia concorde con las exigencias del contrato social, es la democracia directa o de la identidad, de la que derivarán, a su vez, dos importantes corolarios” (DE ROQUE, 2011, p. 17)

(...) al actuar el pueblo permanentemente dentro de ella en su condición de sujeto soberano, una teoría de la limitación del poder resulta impensable, ya que un poder soberano es por definición un poder ilimitado. En segundo lugar, que si la idea de Constitución, en cuanto mecanismo limitador del poder, carece de todo fundamento en el ámbito de la democracia de la identidad, igualmente se hará inadmisibles su entendimiento como aparato a través del cual se organiza a la vida del Estado. La comunidad política surge por mediación del *pacto societatis*, en el cual el acuerdo de todos los consociados da lugar al tránsito de la *societas naturae* a la *societas civilis sive politica*. La única Constitución imaginable sería la que se identificara con el mismo contrato social. (DE ROQUE, 2011, p. 17).

Não se ignora, porém, que os argumentos críticos de Roque quanto às teses de Rousseau a propósito da democracia direta somente são válidos caso se aproximem de uma estrita concepção positivista do Direito e da Constituição<sup>166</sup>, algo que, consoante enfrentado no Capítulo I, distanciar-se-ia da metodologia adotada, cujo objetivo é identificar uma possível contribuição dos países latino-americanos para o desenvolvimento da teoria do poder constituinte em harmonia aos preceitos do movimento constitucionalista. Nem o próprio Rousseau assumira viés tão hermético, o que, aliás, observa-se no livro I, Capítulo VII, de seu “O Contrato Social”, quando foi explícito acerca da inadmissibilidade de um comportamento autodestrutivo, ao alertar que

(...) o soberano, sendo formado apenas pelos particulares que os compõem, não tem nem pode ter interesse contrário ao deles; conseqüentemente, o poder soberano não tem nenhuma necessidade de garantia em face dos súditos, porque é impossível que o corpo queira prejudicar todos os seus membros e veremos a seguir que não pode prejudicar ninguém é particular. O soberano, só pelo fato de sê-lo, é sempre tudo aquilo que deve ser. (ROUSSEAU, 2001, p. 24).

---

<sup>166</sup> Sobre o assunto, Schmitt afirma que de“(...) positivismo puede denominarse todo tipo de decisionismo acritico; esta expresión únicamente engaña en la actualidad una vez, pues todo formalismo incondicional es una exigencia de sometimiento puramente política y una negación puramente política y motivada del derecho de resistencia” (b; SCHITT, 2006, p. 20).

Por evidência, conforme ressaltado por Rousseau com semelhança de sentido linhas atrás quando do trato dos direitos fundamentais, mesmo o exercício da autoridade soberana pelo povo encontraria limites na impossibilidade de se tornar arbitrário contra si mesmo<sup>167</sup>, vedação que deve ser compreendida como extensiva a todos os seus integrantes, inobstante a aparente redundância que semelhante afirmação apresente, pois como alerta Schmitt com proximidade,

El método de la formación de la voluntad a través de una simple verificación de la mayoría es conveniente y tolerable si puede suponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En ese caso, la minoría no se coloca en una tesitura, sino que la votación tiene que dejar aflorar sólo un acuerdo y unanimidad supuestas, existentes y latentes. Puesto que, como ya se ha mencionado, toda democracia descansa en el requisito de un pueblo indivisible, homogéneo, total y uniforme, entonces en realidad no hay en cuestión y en lo fundamental ninguna minoría y mucho menos una mayoría de minorías estables y constantes. (SCHMITT, 2006, p. 25/26).

Através dessa exposição, Schmitt denunciava os riscos da adoção de uma igualdade formal, que seria potencialmente excludente das aspirações levantadas por minorias quando submetidas a um conceito unitário de povo ou nação, especialmente porque “(...) todo depende de un principio de igualdad de oportunidades (*chance*) para lograr el poder político interno” (SCHMITT, 2006, p. 31). Mas não apenas, pois de uma democracia formal, seja ela direta ou indireta, dificulta-se a renovação da legitimidade do exercício do poder ao longo do tempo, ou, à semelhança do que se expôs ao se tratar dos direitos fundamentais sob os enfoques de lutas e pautas apresentados, respectivamente, por Ihering e Sen, deteriorava-se a sua capacidade de manter esse *status*. O próprio Condorcet pregava que “é na vontade firme do povo de obedecer à lei que deve residir a força de uma legítima” (CONDORCET, 2013, p. 64). De fato, esses dilemas a propósito do exercício democrático do poder, elemento imprescindível para a garantia de sua legitimidade, não representam surpresas, mas sim os debates naturais que se esperam permear a história constitucional, ou, nos dizeres de Roque, que era ciente da dinâmica social e de suas pressões, a própria estruturação desse novel sistema, pois

---

<sup>167</sup> No Capítulo XIV, do Livro III, de “O Contrato Social”, Rousseau expôs que “no momento em que o povo se encontra legitimamente reunido em corpo soberano, cessa qualquer jurisdição do governo, suspende-se o poder executivo e a pessoa do último cidadão é tão sagrada e inviolável quanto a do primeiro magistrado, porque onde está o representado deixa de haver o representante” (ROUSSEAU, 2001, p. 111).

Como es lógico, la contraposición y la distancia entre el principio legitimador democrático de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, expresada en el entendimiento de la Constitución como ley suprema, donde terminarán adquiriendo su dimensión más significativa, es en la propia praxis del Estado constitucional. El problema comenzará planteándose con el establecimiento de la misma noción de poder constituyente, del que a todas luces se desprende una ambigüedad y una contradicción manifiesta. Ciertamente, al asignarse al pueblo, como titular único de la soberanía, la facultad de dictar y aprobar la Constitución, se intenta salvar el principio democrático. Pero, por otro lado, en la medida en que el poder constituyente realiza su obra, y de desaparece como tal, con él se extingue y desaparece también el dogma de la soberanía popular. Al aprobarse la Constitución, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, el único axioma efectiva y verdaderamente operante del Estado constitucional, no puede ser otro que el de la supremacía constitucional. Frente a la soberanía política del pueblo, que surge realmente es una auténtica soberanía (...). (DE ROQUE, 2011, p. 19/20).

Os Estados Unidos são um exemplo emblemático desse problema. A despeito de sua Constituição datar de 1787 e ser considerada o texto inaugural da era constitucionalista ao consagrar a legitimidade democrática e a limitação do poder estadual como valores incontestes, sequer foi feita menção ao direito de voto em seu texto, a despeito da previsão de que o exercício do poder ocorresse indiretamente, via representantes. A história constitucional americana, todavia, foi marcada pela transmutação do alcance que deveria ser empregado ao conceito de povo, fonte de toda a autoridade soberana, a ratificar a concepção de Seyès de que o poder constituinte necessitaria ser dotado da capacidade de adaptar à dinâmica de sua ambiência para continuar a refletir os desígnios de sua fonte de autoridade. É o que será abordado no próximo tópico.

#### **4.2. O exemplo constitucional norte-americano para enfrentar a dinâmica social e suas demandas de legitimidade.**

Como exposto, não obstante a natureza democrática do poder seja um dogma irrefutável do constitucionalismo, a questão da legitimidade é um problema que o acompanha desde os seus primórdios. Esse *status* de elemento intrínseco ao movimento constitucionalista, todavia, não é suficiente para explicitar a melhor fórmula relativa a seu exercício, pois como resumiu De Vega,

(...) nunca se ha puesto por nadie en duda, cuando se admite el principio político democrático de la soberanía popular, que la titularidad del poder constituyente corresponde al pueblo. Sin embargo, en lo que el acuerdo ya no existe es en las formas en que el pueblo puede y debe ejercitar ese derecho de soberanía. (DE VEGA, 2011, p. 29).

De fato, a primeira Constituição contemporânea, o texto constitucional de 1787, apesar de haver consolidado os principais fundamentos dos Estados Unidos, os quais, aliás, já haviam sido previamente referidos em sua Declaração de Independência, a exemplo da fonte popular da soberania, perpetuada em seu conhecido preâmbulo através dos dizeres “we the people”, além de primados como a separação de poderes e a democracia, dentre outros<sup>168</sup>, a despeito de sua precípua adesão aos princípios contratualistas da época, mormente pela redação de um texto constitucional sob o consenso da maioria dos representantes das treze colônias reunidos na Convenção de Filadélfia, cujas disposições foram posteriormente ratificadas em cada um de seus territórios, ainda assim houve diversos vícios formais, a implicar questões sobre legitimidade. Com efeito, ressalta Barroso,

Do ponto de vista formal, a Convenção da Filadélfia incidiu em um conjunto notável de ilegalidades: afastou-se do objetivo que justificou a sua convocação; previu a ratificação da Constituição que elaboraram, processo de ratificação diverso do que era estabelecido nos *Artigos*; modificou até

---

<sup>168</sup> Tal como discorre Barroso, “a primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu triplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of law*). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual” (BARROSO, 2015, p. 41).

mesmo o próprio órgão ao qual caberia a ratificação, substituindo as assembleias legislativas estaduais por convenções constitucionais especiais; deixou de exigir a unanimidade dos Estados para aprovação das modificações introduzidas, estabelecendo que bastariam nove votos favoráveis. (BARROSO, 2015, p. 41).

Em verdade, conforme o autor também destaca, sequer a totalidade dos princípios constitucionalistas foram abraçados, pois “em sua versão original, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como *Bill of Rights*” (BARROSO, 2015, p. 42). A ausência de um capítulo destinado à declaração de direitos, aliás, provocou resistência entre os delegados presentes na Convenção, ao ponto de gerar a recusa da assinatura do documento final por alguns deles, como assim procedeu Elbridge Gerry<sup>169</sup>

Entrementes, tal como discorrido, mesmo que haja expressamente reconhecido que o povo era a fonte da soberania estadual e que o Governo não apenas derivaria dele, como também seria exercido em seu benefício e com respeito a certos direitos considerados inalienáveis, houve distorção do próprio conceito de ser humano em que a Constituição se sustentava. E, com isso, acerca de quem deveria ser considerado integrante do povo, distinção que não deixa de encontrar alguma simetria com as limitações vivenciadas na antiga democracia grega a propósito do que se identificaria com a cidadania.

A questão da escravatura, por exemplo, veio à tona durante a Convenção da Filadélfia, assim como a natureza dos próprios escravos, que compunham, à época, cerca de 1/5 do contingente populacional das treze colônias, proporção que aumentava para 40% nas unidades territoriais correspondentes aos atuais Estados do Sul. De fato, essas circunscrições administrativas alavancaram a hipótese de não integrar a União caso a escravatura fosse abolida, tensão que apenas seria definitivamente resolvida quase um século após, por ocasião da Guerra Civil, cujo desfecho impediu o processo de secessão do país. Até lá, porém, preponderou o argumento então convencionado de que os escravos, não obstante considerados desprovidos do reconhecimento de direitos de cidadania e, por

---

<sup>169</sup> Outros representantes também se recusaram a assinar a versão, a exemplo de Alexander Martin, William Richardson Dave, Oliver Ellsworth. Como SILVA relata sobre essa especificidade, “a Constituição dos EUA aprovada na Convenção de Filadélfia, em 17.9.1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais Estados soberanos se reuniram num Estado Federal, passando a simples Estados-membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma *Carta de Direitos*, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emenda à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1795, que constituem o *Bill of Rights* do povo americano (...)” (SILVA, 2002, p. 155).

consequente, alienados da própria natureza de povo referida no preâmbulo da Constituição, deveriam ser contabilizados como pessoas para fins de censo populacional, circunstância que necessariamente influenciaria na determinação proporcional do número de cadeiras para cada Estado na *House of Representatives* do Congresso. Decidiu-se, assim, que sob o status de população não livre, apenas três quintos do número de escravos seria levado em consideração para o estabelecimento do número de representantes de cada Estado<sup>170</sup>, circunstância que possibilitaria estabelecer o delicado equilíbrio de forças que por longo período viria a caracterizar a política estadunidense. Afinal, não obstante os escravos fossem privados da quase totalidade de direitos, quando considerados sob tais parâmetros formais, propiciavam aos Estados escravocratas a manutenção de expressivo número de representantes, o suficiente para lhes preservar a continuidade desse sistema draconiano, a contrariar o pacto social que fundamentava o Estado.

O intento segregacionista que influenciou a elaboração da Constituição tornou-se claramente exposto quando a escravidão foi expressamente abolida pela Décima Terceira emenda, pois a população recém liberta restou subitamente inserida no corpo eleitoral, a produzir desequilíbrio no antigo sistema político adotado pelos Estados do Sul. Na primeira eleição após a abolição, ascenderam os primeiros representantes negros advindos dessas unidades políticas ao Congresso. Não ao acaso, receosos de perderem a influência que detinham sobre o sistema político desde a independência, os partidos políticos preponderantes, a exemplo do partido democrata, apressaram-se para solucionar esse dilema sulista mediante a alteração das regras regionais de participação no sufrágio, fosse pela instituição do voto censitário, fosse por impedimentos outros, a exemplo da questão do analfabetismo. Com isso, não tardou para que novo hiato político se sobrepusesse sobre os anseios dos afrodescendentes, obstáculo que duraria por cerca de trinta anos para a *House of Representatives* e outros oitenta para o Senado, ainda que dita interrupção fosse pontual, especialmente por ocasião de diminuto número de congressistas<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> O compromisso de três quintos é encontrada no § 3º, da seção 2, do art. 1º da Constituição dos Estados Unidos: *O número de Representantes, assim como os impostos diretos, serão fixados, para os diversos Estados que fizerem parte da União (segundo o número de habitantes, assim determinado: o número total de pessoas livres, incluídas as pessoas em estado de servidão por tempo determinado, e excluídos os índios não taxados, somar-se-ão três quintos da população restante.*

<sup>171</sup> Acerca desse capítulo da história dos Estados Unidos, convém transcrever lição de Levitsky e Ziblatt, que ao discorrerem sobre a possibilidade de ascensões autoritárias pela valia de regras democráticas, expõem que:

(...) Perhaps the most striking example of rewriting the rules to lock in an authoritarian advantage comes from the United States. The end of post-Civil War Reconstruction in 1870s led to the emergence of authoritarian single-party regimes in every post-Confederate state. Single-party rule was not some benign historical accident; rather, it was a product of brazenly antidemocratic constitutional engineering.

During the era of Reconstruction, the mass enfranchisement of African Americans posed a major threat to southern white political control and to the political dominance of the Democratic Party. Under the 1867 Reconstruction Act and the Fifteenth Amendment, which prohibited suffrage limitations on account of race, African Americans suddenly constituted a majority of the voting population in Mississippi, South Carolina, and Louisiana and a near-majority in Alabama, Florida, Georgia, and North Carolina. Federal troops oversaw the mass registration of black voters throughout the South. Nation-wide, the percentage of black men who were eligible to vote increased from 0.5 percent in 1886 to 80.5 percent two years later. In many southern states, black

As barreiras eleitorais acima mencionadas somente foram totalmente removidas a partir da segunda metade do século XX, através dos movimentos pelos direitos civis, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, após lavrar uma série de precedentes, pôs fim à doutrina constitucional conhecida como *separate but equal*, segundo a qual a segregação racial não violaria a Constituição, em especial a décima-quarta emenda<sup>172</sup>, desde que os mesmos tratamentos e serviços - ao menos em tese - fossem potencialmente oferecidos.

Consequências semelhantes emergiram quando foi sancionado o Indian Citizenship Act, em 1924, pelo presidente Calvin Coolidge, que conferiu direitos e cidadania aos índios americanos, antes verdadeiros apátridas no próprio país. Entrementes, à semelhança do que sucedeu com os escravos, mesmo a decorrada de barreiras jurídicas não permitiu a imediata integração dos beneficiados. De fato, o primeiro representante de etnia indígena no Congresso norte-americano, Dalip Sinh Saund, apenas seria eleito trinta e dois anos após.

---

registration rates exceeded 90 percent. And black citizens voted. In the 1880 presidential election, estimated black turnout was 65 percent or higher in North and South Carolina, Tennessee, Texas, and Virginia. Enfranchisement empowered African Americans: More than two thousand southern freedemen won elective office in the 1870s, including fourteen congressmen and two U.S. senator. At one point, more than 40 percent of legislators in Louisiana's and South Carolina's lower houses were black. And because enfranchisement invigorated Republican and other challengers to the once-dominant Democrats. The Democrats lost power in North Carolina, Tennessee, and Virginia in the 1880s and 1890s, and they nearly lost it in Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Mississippi, and Texas. If democratic elections continued, political scientist V.O. Key observed, it "would have been fatal to the status of black belt whites".

So, they changed the rules - and did away with democracy. "Give us a [constitutional] convention, and I will fix it so that... the Negro shall never be heard from," former Georgia senator Robert Toombs declared as Reconstruction was coming to an end. Between 1885 and 1908, all eleven post-Confederate states reformed their constitutions and electoral laws to disenfranchise African Americans. To comply with the letter of the law as stipulated in the Fifteenth Amendment, no mention of race could be made in efforts to restrict voting rights, so states introduced purportedly "neutral" poll taxes, property requirements, literacy tests, and complex written ballots. "The overarching aim of all of these restrictions," historian Alex Keyssar observed, "was to keep poor and illiterate blacks... from the polls." And because African Americans were overwhelmingly Republican, their disenfranchisement could be expected to restore the Democrats' electoral dominance. The goal, as a state senator for North Carolina put it, was to write a "good square, honest law that will always give a good Democratic majority."

South Carolina, whose population was majority black, was a pioneer of vote restriction. The 1882 "Eight Box Law" created a complex ballot that made it nearly impossible for illiterates to exercise the franchise, and since most of the state's black residents were illiterate, black turnout plummeted. But that wasn't enough. In 1888, Governor John Richardson declared, "We now have the rule of a minority of 400,000 [whites] over a majority of 600,000 [blacks]... The only thing that stands today between us and their rule is a flimsy statute - the Eight Box Law." Seven years later, the state introduced a poll tax and a literacy test. Black turnout, which had reached 96 percent in 1876, fell to just 11 percent in 1898. Black disenfranchisement "wrecked the Republican Party", locking it out of the state-house for nearly a century".

In Tennessee, black suffrage made Republicans so competitive in 1888 that the pro-Democratic *Avalanche* predicted "a sweeping Republican victory" in the next election unless something were done. The following year, Democratic legislators introduced a poll tax, strict registration requirements, and the dorch Law, which created a complex ballot that required literacy. As the legislature debated, the *Avalanche* proclaimed, "Give us the Dorch bill or we perish." Afterward, the headline of the *Memphis Daily Appeal* read: "Safe at Last - Goodbye Republicans, Goodbye." The Democrats swept to victory in 1890, while the Republicans "collapsed". The *Daily Appeal* editorialized that the Dorch Law's effects were "most admirable. The vote has been cut down woefully and wonderfully to be sure, but the ratio of Democratic majorities has been raised at least four-fold". By 1896, black turnout was close to zero.

In Alabama, where the Democrats nearly lost the governorship to a populist in 1892, they "turned to suffrage restrictions to escape their difficulties". After the state legislature approved a bill to suppress the black vote, Governor Thomas Jones reportedly said, "Let me sign that bill quickly, lest my hand or arm become paralyzed, because it forever wipes out the [populists] ... and all the niggers". The story repeated itself in Arkansas, Florida, Georgia, Louisiana, Mississippi, North Carolina, Texas, and Virginia.

These "reform" measures effectively killed democracy in the American South. Even though African Americans constituted a majority or near-majority of the population in many states, and even though, black suffrage was now enshrined in the Constitution, "legal" or neutral-sounding measures were used to "insure that the Southern electorate... would be almost all white". Black turnout in the South fell from 61 percent in 1880 to just 2 percent in 1912. The disenfranchisement of African Americans wiped out the Republican Party, locking in white supremacy and single-party rule for nearly a century. As one black southerner observed, "The whole South - every state in the South - had got into hands of the every men that had held us as slaves". (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 89/92).

<sup>172</sup> Adotada em 09 de Julho de 1868, a Décima-Quarta Emenda trata dos direitos de cidadania e proteção com igualdade perante a lei.

Importa observar, porém, que ambas as soluções prescindiram do recurso a instrumentos de reforma do texto constitucional. Na medida em que a integração indígena decorreu da promulgação de norma infraconstitucional, a primeira e mais significativa, pertinente ao segmento afro-descendente da população norte-americana, foi produto de interpretação conferida ao texto constitucional pela Suprema Corte do país, em ilustrativo exemplo da teoria da mutação constitucional<sup>173</sup>, uma vez que não houve a necessidade de se proceder à qualquer alteração redacional. Conforme é ilustrado por BARROSO,

É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição do *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distanciam de sua concepção original. Em diversas matérias é possível afirmar que o direito constitucional mudou substancialmente, sem que para isso se operasse uma alteração no texto originário. (BARROSO, 2015, p. 42/43).

Do exposto até o momento, deve-se atentar que os dois exemplos acima referidos claramente demonstram que a Constituição dos Estados Unidos, apesar de juridicamente declarar a liberdade do povo norte-americano desde o instante de sua vigência no ano de 1787, apenas gradual e lentamente possibilitou a real integração da generalidade da população ao conceito de povo por si albergado. Enquanto os escravos, embora contabilizados para fins de censo populacional e eleitoral desde a Convenção da Filadélfia, apenas galgaram plenos direitos de cidadania com o advento da 13.<sup>a</sup> Emenda e o fim da Guerra Civil, esse processo de inserção ainda passaria pela inclusão definitiva dos indígenas no ano de 1924 e, por fim, continuaria até o advento do movimento dos direitos civis em meados do século XX, dinâmica responsável por provocar o aludido episódio de mutação constitucional, que para além, era uma transmutação do próprio conceito de “povo”. Outras tensões, todavia, atualmente persistem em relação a questões de imigração, em especial, a partir das novas políticas adotadas após os ataques terroristas de 2001, em Nova York<sup>174</sup>. Denota-se, por conseguinte, que a ascensão do

---

<sup>173</sup> Consultar nota n.º 101.

<sup>174</sup> Com semelhança, Santos argumenta que, “desde a Segunda Guerra Mundial, a Europa tem enfrentado um desafio intercultural relativamente à coesão jurídica e política, resultante não apenas dos processos migratórios, mas também do reconhecimento da diversidade subnacional. Uma vez mais, a distinção interior-exterior é crescentemente transformada em divisão interior-interior. À medida que a diferença cultural se torna uma dimensão da cidadania cultural, as questões dos direitos humanos e dos direitos de cidadania estão mais coimplicadas do que nunca, ainda que as forças conservadoras tentem separá-las. A demanda por uma noção de cidadania europeia mais ampla, partindo do tradicional âmbito nacional de cidadania no sentido de uma escala europeia amplificada, é fundamental à idéia de uma concepção cosmopolita de humanidade e de direitos humanos. Em meu

constitucionalismo norte-americano e a afirmação de seus fundamentos precípuos de legitimidade e limitação para o exercício do poder, simbolizados, sobremaneira, pelos preceitos de soberania popular, tripartição dos poderes e valores democráticos, não foram suficientes para apaziguar as tensões entre os diversos segmentos de sua sociedade, que por longa data continuaram a reivindicar a fruição desses valores, não obstante já se encontrassem garantidos, ao menos enquanto previsão normativa<sup>175</sup>. Essa aparente deficiência, em verdade, como exposto, ratificava a teorização de Seyès, no sentido de que o poder constituinte, para se manter capaz de refletir os desígnios de sua fonte autoridade, deveria deter a capacidade de adaptar às transformações do seu ambiente.

#### **4.3. O aceite de processos de reforma pela teoria do poder constituinte como saída frente a demandas por legitimidade.**

De acordo com Sieyès, ao formular sua teoria, se “(...) uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo” (SIEYÈS, 2014, p. 42). E sob esse aspecto, afirmaria, “a nação pode sempre reformar sua Constituição. Sobretudo, ela não pode abster-se de reformulá-la, quando é contestada”, desde que, complementaria, tenha-se em mente que “um corpo submetido a formas constitutivas só pode decidir alguma coisa segundo a Constituição. Não pode dar-se outra” (SIEYÈS, 2014, p. 45/46). Como se percebe, Sieyès reconhecia a possibilidade de se reformar a Constituição, a com isso sutilmente antecipar consciência acerca do paradoxo da democracia que seria referido por Canotilho dois séculos após, correspondente à indagação de “(...) como “pode” um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma constituição colocar-nos perante um *dilema contramaioritário* ao dificultar deliberadamente a “vontade

---

entender, a defesa da interculturalidade e dos direitos humanos é cada vez mais a mesma luta. Contudo, num mundo pós-11 de Setembro, o apelo à interculturalidade tornou-se simultaneamente mais difícil e necessário. Por um lado, existe o perigo de que uma concepção limitada de segurança reprima a interculturalidade face a um receio de perda de controlo; por outro, torna-se evidente que a vítima de tal concepção não é apenas a interculturalidade, mas o cerne dos direitos humanos, tal como foram convencionalmente entendidos na Europa” (SANTOS, 2018, p. 59).

<sup>175</sup> Em verdade, logo após o término da Guerra Civil, medida de exceção adotada pela presidência norte-americana não foi cessada espontaneamente. Levitsky e Ziblatt salientam que “President Abraham Lincoln’s concentration of power during the Civil War was reversed by the Supreme Court after the war ended” (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 97). De fato, assim discorrem, “(...) The Civil War broke America’s democracy. One-third of American states did not participate in the 1864 election; twenty-two states did not participate in the 1864 election; twenty-two of fifty Senate states and more than a quarter of House seats were left vacant. President Lincoln famously suspended habeas corpus and issued constitutionally dubious executive orders, though, of course, one notable executive order freed the slaves. And following the Union victory, much of the former Confederacy was placed under military rule” (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 122).

das gerações futuras” na mudança das suas leis? (CANOTILHO, 2003, p. 74)<sup>176</sup>. Talvez por isso, acrescenta-se, o próprio Canotilho não hesitou em asseverar que

O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática. Povo, porém, não é um conceito unívoco mas plurívoco (F. Muller). Só o povo entendido como um sujeito construído por pessoas – mulheres e homem – pode “decidir” ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social. Poder constituinte significa, assim, *poder constituinte do povo*. Como já atrás foi referido, o povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma “grandeza pluralística” (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes.

Assim caracterizado – o povo como “grandeza pluralística” -, o conceito actual de povo está muito longe do povo no sentido de *bloco* de “cidadãos activos” quer no sentido jacobino quer no sentido liberal-conservador. Com efeito, povo não é apenas a facção de revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim como pensavam os jacobinos. Tão pouco é o conjunto de “cidadãos proprietários” como pretendiam os liberais defensores do sufrágio censitário. Povo não é também a “classe do proletariado”, ou seja, a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes. O povo concebe-se como *povo em sentido político*, isto é, grupos de pessoas que agem segundo ideias, interesses e representações de natureza política. Afasta-se, assim, um conceito naturalista, étnico ou rácico de povo caracterizado por origem, língua e/ou cultura comum.

---

<sup>176</sup> Referência ao paradoxo da democracia também pode ser encontrado em Schmitt, mediante a advertência de “(...) la mayoría de dos tercios para la reforma de la Constitución podría aprovechar su mayoría de ese momento para aprobar con fuerza constitucional que determinados intereses y personas en el futuro queden también protegidos frente al 100 por ciento de los todos los votos y que, generalmente, determinadas normas sean irreformables mediante formalista sin objeto (esto es, legal) en el régimen mejor, esto no se descarta de manera legal para toda la eternidad. (SCHMITT, 2006, p. 52).

Ao falar-se de *povo político* como titular do poder constituinte e de povo como “grandeza pluralística” pretende-se também insinuar o abandono de um mito que acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o *mito da subjectividade originária* (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um *sujeito* para este poder teremos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a *plurisubjectividade* do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal. (CANOTILHO, 2003, p. 75/76).

A dogmática normativa adotada pela presente investigação, conforme exposto, implica o aceite da concepção de poder constituinte conforme os moldes traçados pelo movimento constitucionalista de raízes liberais, que ainda é muito influenciado pelas concepções do abade Sieyès até o presente. Deste modo, mais importante do que a expressão de a fonte da titularidade do poder constituinte residir no povo, é o reconhecimento de sua expressão democrática, pois como assim expõe Canotilho, por lógica intrínseca,

(...) se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supraleais mas *intra-jurídicos*) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a

princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).

Esta ideia de vinculação conduz uma parte da doutrina mais recente a falar da “*jurisdicização*” e de *carácter evolutivo* do poder constituinte. Se continua a ser indiscutível que o exercício de um poder constituinte anda geralmente associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional (revolução, autodeterminação de povos, quedas de regime, transições constitucionais), também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural. (CANOTILHO, 2003, p. 81/82).

O problema da fonte legítima da autoridade não raras vezes surge em um momento pré-constituinte, ou seja, antes mesmo da ascensão de um texto constitucional. Torna-se especialmente evidente quando a transição entre ordens jurídicas pela assunção de uma nova Constituição é caracterizada pela transferência da titularidade do poder constituinte, seja através de movimentos revolucionários internos, a exemplo do francês, ou mesmo como assim ocorreu ao longo do processo de independência das antigas colônias europeias na América. Não por outra razão, ao abordar esses momentos transacionais com referência a Carré de Malberg, Pinto expressa que “(...) durante o interregno constitucional, não se vive sob o império do direito, mas sob o império da força: “O poder constituinte cairá nas mãos do mais forte”. (PINTO, 1994, p. 41). Essa observação, acrescenta-se, pode ser agravada por outro aspecto do elemento temporal, relativo ao momento de materialização da vontade do corpo constituinte. Isso porque, ocorra através de algum processo de sufrágio ou por outra via de manifestação de seus integrantes, incluso a aclamação, pautas éticas que circunstancialmente afloram por uma necessidade emergente posterior à instauração do processo, a exemplo de novas crises políticas ou econômicas, quando não, uma ameaça externa como guerras, ou mesmo eventos climáticos, mas sobretudo pelo esforço deliberado de uma classe específica para lhes generalizar a urgência, é que elas podem galgar à preponderância entre as aspirações em disputa que precipuamente motivaram eventual transição constitucional. No entanto, apesar de sua natureza ser efêmera, seu esforço pode ser suficiente para minar o conceito de legitimidade, pois como Schmitt veio a alertar, “en la democracia, la ley es la voluntad real del pueblo existente en ese momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría vigente de los ciudadanos votantes (...)” (SCHMITT, 2006, p. 22).

Os efeitos da temporalidade sobre a legitimidade do texto constitucional, contudo, vão além da passionalidade inerente às pautas éticas que se encontrem em processo de ascensão ao nível de superioridade hierárquica normativa inerente às constituições. Eles também se revelam antes, no próprio procedimento pré-constituente, especialmente em sistemas que adotam a metodologia representativa, a exemplo do que foi a Convenção Constitucional da Filadélfia ou a Assembleia Constituinte Francesa, ambas do século XVIII. Mesmo que tais assembleias hajam promovido a autoafirmação soberana de um povo ou Nação, no modelo representativo persiste a sombra de potenciais conflitos de interesses entre representantes e representados. Isso porque, no exercício do poder que lhe foi delegado, o representante sempre galgará de alguma autonomia para agir de acordo com seu livre-arbítrio e, com isso, potencialmente exercer condutas que se afastem do objetivo precípuo da delegação que lhe foi confiada. Não fosse suficiente, da representatividade resulta curioso efeito diverso, que consiste em legitimar a ausência de representação de uma identidade minoritária no corpo da convenção constituinte, de forma a tornar nula parcela do próprio corpo soberano, que ao menos epistemologicamente, deveria ser preservado em completude<sup>177-178</sup>. Não por acaso, com referência a Santi Romano e sob uma ótica normativa, Pinto sintetiza que

(...) “uma ordem jurídica ilegítima é uma contradição nos termos: a existência da ordem e a sua legitimidade são a mesma coisa”.

O direito constitucional aparece, assim, como pura expressão de uma vontade dotada de força impositiva, sendo tal força a única condição para transformar essa vontade em fonte de normas obrigatórias. (PINTO, 1994, p. 42).

---

<sup>177</sup> Não ao acaso, Canotilho alerta, “o povo político diferencia-se do povo maioritário. Em termos mais rigoroso: o povo maioritário pertence ao povo político mas não o esgota. O facto de as decisões políticas serem, na generalidade dos casos, tomadas por maioria e valerem como decisão do povo não deve fazer esquecer-nos que as *minorias* que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser “povo político”. Povo político será também o “povo impolítico”, isto é, os grupos de indivíduos situados nas margens da “modernidade periférica” e reduzidos a meros corpos do sistema de diferenciação funcional da sociedade (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 76).

<sup>178</sup> De acordo com Pinto,

(...) A participação organizada do povo no procedimento constituinte, sendo hoje uma exigência irrenunciável da consciência jurídico-política, não basta, contudo, para a consideração de uma ordem pública como ordem legítima. O facto de ser “posta” a ordem constitucional por um órgão legitimado para criar direito constitucional formalmente válido (um poder constituinte legítimo) e de acordo com procedimentos considerados usualmente correctos não passa, como sublinha Harbermas, de “*um idício* de legitimidade”.

Significa isso que a “validade dogmática” não coincide com a “validade ética” (Verdross), ou, dito por outras palavras, que a “legitimidade processual” não absorve a “legitimidade material” (Gomes Canotilho). Poderíamos ainda dizer com Castanheira Neves que a “resposta à questão ‘quem tem legitimidade (i. é, poder legítimo) para prescrever norma?’ não suprime esta outra questão: ‘o conteúdo normativo prescrito ou a normatividade da prescrição é válida?’”. A legitimidade de uma ordem jurídico-política envolve assim os dois planos. “A *validade (Geltung)* de uma Constituição – diz Otto Bachof – compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a *positividade*, no sentido de sua ‘existência como plano e expressão de um poder efectivo’, e a *obrigatoriedade*, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado”. A obrigatoriedade reportar-se-á, obviamente, à “rectidão” do produto normativo do poder constituinte. (PINTO, 1994, p. 13/14).

Decerto, a formalização de um procedimento de sufrágio, seja ele representativo ou direto, a assim rememorar Luhmann<sup>179</sup>, não é garantia de que a legitimidade seja adquirida pelo simples respeito a regras comuns. Emergem problemas inúmeros, dos quais a escolha do quórum para votação assume especial relevo, pois como ressalta De Vega em ilustração extensiva a outras fórmulas, dele aflora “(...) un nuevo tipo de momentaneidad e instantaneidad: la ley superior (ley constitucional) es, entonces, simplemente, la voluntad de la mayoría de dos tercios de ese momento” (DE VEGA, 2011, p. 44). Não ao acaso, ressalta Canotilho, a legitimidade de um sistema necessita de um aspecto material, relativo à correspondência do conteúdo das normas constitucionais com as pautas éticas de seus titulares, pois na medida em que “(...) o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador” (CANOTILHO, 2003, p. 81). Mais que urgente, portanto, evitar um comportamento autodestrutivo, de modo a tornar possível, inclusive, o aceite de uma teoria de normas constitucionais inconstitucionais, nos moldes delineados por Otto Bachoff<sup>180</sup>; ou como em igual sentido é sublinhando por Pinto com proximidade a Seyès<sup>181</sup>, romper-se com “(...) a tradicional doutrina da onipotência do *pouvoir constituant* enquanto expressão máxima da soberania do povo. Isto significa que a actividade do poder constituinte só será legítima dentro de parâmetros predefinidos”. (PINTO, 1994, p. 72). É uma observação válida, sobretudo para os sistemas representativos. Afinal, como mais uma vez ressaltado por Pinto, há, em verdade,

(...) uma hierarquia das normas constitucionais assente na sua diferente origem: umas têm origem no acto volitivo e autónomo do legislador constituinte, enquanto outras terão origem numa ordem constitucional preexistente. As primeiras devem a sua existência e força vinculativa ao facto de terem sido criadas e inscritas pelo legislador constituinte no texto constitucional, ao passo que as segundas já fariam parte da constituição material antes de terem sido positivadas e a sua obrigatoriedade não

---

<sup>179</sup> Sobre o assunto, consultar a obra de Luhmann, “Legitimação pelo procedimento” (Legitimation durch Verfahren).

<sup>180</sup> Dentre os argumentos utilizados em sua obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, Otto Bachof, ao invocar o art. 131, 3.º período, da Lei Fundamental da Alemanha, expressou que “a possibilidade de um tribunal estar autorizado a recusar a aplicação a uma norma constitucional poderá pôr-se, quando muito, no caso de essa norma infringir de maneira tão evidente os princípios basilares da lei moral geralmente reconhecida que se tenha de negar ao próprio legislador o propósito de se deixar guiar pela justiça como critério orientador da regulamentação legal” (BACHOF, 2009, p. 19/20).

<sup>181</sup> Esta foi a metodologia adotada por Seyès, para quem, “assinalemos sobre isso várias verdades: 1.ª) a comunidade não se despoja do exercício de sua vontade. É sua propriedade inalienável. Só pode delegar o seu exercício. Este princípio será visto posteriormente; 2.ª) o corpo dos delegados não pode nem mesmo ter a plenitude deste exercício. A comunidade só pode confiar-lhe de seu poder total a porção necessária para manter a boa ordem. Não se dá o supérfluo neste gênero; 3.ª) não é próprio ao corpo dos delegados mudar os limites do poder que lhe foi confiado. Achamos que esta faculdade seria contraditória consigo mesma” (SIEYÈS, 2014, p. 39).

dependeria dessa circunstância, de resto considerada secundária. Desta maneira, com este conceito assim alargado de constituição material, o poder constituinte passará a ter limites externamente controláveis: as suas decisões estarão sujeitas a um controlo jurisdicional e serão passíveis de uma declaração de nulidade. (PINTO, 1994, p. 73).

Mas não somente. À semelhança do que se discutiu ao abordar os processos de luta delineados por Ihering e Sen<sup>182</sup> para a ascensão de direitos, há imperiosa necessidade de o poder ser continuamente legitimado no transcurso do tempo, sob pena de sua autoridade não vir a perdurar e, com isso, ser desconstituída por novo momento constituinte<sup>183</sup>. Como expõe,

Neste processo crescem as necessidades de legitimação (há uma hierarquização nos níveis de justificação) de tal modo que “as legitimações de uma etapa superada, qualquer que seja o seu conteúdo, ficam sem valor com o trânsito ao nível imediatamente superior: não é esta ou aquela razão que já não resulta convincente, mas a índole das razões. O que significa que sistemas institucionais válidos à luz de um determinado nível de justificação venham a perder validade por referência a um novo nível de justificação.

A legitimação é, pois, conforme observa Freund descontínua, estando os fenómenos de deslegitimação intimamente relacionados com os confrontos de classe – “a crise de legitimidade ocorre durante uma transição para uma nova estrutura social” (Lisper). Efectivamente, as transformações sócio-econômicas primordialmente originadas pelo desenvolvimento das forças produtivas provocam uma alteração da correlação de forças com as subsequentes lutas sociais e políticas a reclamarem soluções que já não

---

<sup>182</sup> Nesse sentido, consultar os argumentos de Ihering e Sen a propósito do processo de formação do Direito, mencionados no Capítulo III, item 3.1.

<sup>183</sup> Como referiu Pinto, em específico,

(...) a norma fundamental assenta na efectividade do poder originário. É, pois, a efetividade do poder o único fundamento de validade desse mesmo poder e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica que nele tem origem.

O poder originário não tem necessidade de nenhuma legitimação jurídica porque ele encontra a sua legitimação no próprio facto de existir. Se se pretende que o poder constituinte originário seja um poder jurídico, para que desse modo seja um poder legítimo, é então necessário admitir que a juridicidade, no caso especial daquele poder, não decorre da circunstância de estar habilitado por uma norma jurídica, mas do facto de sua efectividade: “Este elemento é a charneira entre o facto e o direito...”. Um poder derivado, se não estivesse apoiado numa regra, não existiria juridicamente, isto é, não seria legítimo; o poder originário, porém, como poder supremo, é legítimo pelo mero facto de existir, não devendo a sua existência jurídica a nenhuma regra superior. (...). Se o direito que esse poder engendra é eficaz, quer dizer, se é na generalidade observado, então tal poder é efectivo e isso significa que é jurídico, logo que é legítimo. A efectividade é, pois, o princípio da legitimidade, enquanto que a eficácia das normas é disso a prova. (PINTO, 1994, p. 46/47).

cabem na moldura cultural da tradição. “Os conflitos de legitimidade – diz Habermas – não se dirimem, regra geral, em termos de conflitos econômicos, mas no plano das doutrinas legitimantes”. (PINTO, 1994, p. 18/20).

Entrementes, fato é que, se os problemas de legitimidade para a confecção da Constituição existiam ao tempo de sua concepção, dificilmente o abandonariam ao longo do processo de reforma, mormente quando o corpo constituinte continuasse a exercer funções legislativas e, deste modo, confundisse-se com a política partidária. Esses problemas, porém, não são suficientes para retirar a natureza democrática de diversas fórmulas e, por conseguinte, sua identidade com o movimento constitucionalista.

## **Capítulo V – Conclusão da 1.<sup>a</sup> parte.**

Conforme exposto ao longo da primeira parte da presente investigação, sobressai-se que uma análise sobre a eventual contribuição da América Latina para o aprimoramento da teoria do poder constituinte depende da esmerada descrição do objeto a ser perquirido, pois, a menos que os paradigmas necessários para orientar a confirmação da hipótese elegida sejam claros o bastante para conferir coerência ao discurso teórico que se intenta desenvolver, seria desnecessário continuar a empreender quaisquer esforços investigativos, na medida em se tornaria impossível distinguir quais das manifestações constitucionais atualmente presentes no continente seriam adequadas para compor o objeto investigado.

Percebeu-se, assim, que o primeiro dilema a ser enfrentado correspondia à definição dos parâmetros necessários para a condução da pesquisa proposta, de forma que se revelou imprescindível identificar com qual teoria do poder constituinte os trabalhos seriam direcionados. Escolheu-se, para tanto, a teoria confeccionada à luz do movimento constitucionalista concebido em fins do século XVIII e suas evoluções, muito embora dessa opção decorresse outro problema, relacionado a qual seria o discurso adequado para perquiri-la, ou seja, o método apropriado a ser empregado. Isso porque, consoante exposto ao longo do Capítulo I, a escolha de uma específica teoria como paradigma faria o discurso a ser desenvolvido assumir ares próximos à tópica, a assim rememorar as lições de Viehweg quanto às consequências do estabelecimento de paradigmas irrefutáveis. Afinal, na medida em que alguns elementos fossem pressupostamente suficientes para encontrar solução para os problemas a que se propõe enfrentar, aparentemente haveria pouca margem para inovações. E no que especificamente condiz ao poder constituinte, uma vez que se apresentasse orientado segundo os desígnios intrínsecos ao constitucionalismo concernentes à limitação da autoridade estadual pelo respeito a direitos reconhecidos como fundamentais aos indivíduos, em que o exercício da autoridade deveria ocorrer mediante o respeito a um sistema de freios e contrapesos, toda a problemática a ser enfrentada pela presente investigação restaria circunscrita a questões de adequação ao paradigma elegido, ou seja, a meramente atestar se os países latino-americanos harmonizavam-se a seus preceitos. A hipótese investigada, sob essa perspectiva, seria natimorta, pois a tópica dificilmente possibilitaria reavaliar os parâmetros adotados, mormente porque cuida da relação deles com o objeto.

Observou-se, porém, alternativa advinda da própria natureza do poder constituinte e da dinâmica com que foi confeccionado. É que, enquanto consequência de um movimento político que almejava conferir nova racionalidade democrática às origens do poder estadual ao vinculá-lo ao povo ou, por vezes, à nação, representava, sobretudo, um discurso de cunho ontológico, que não refutava a existência do Estado e de sua autoridade, mas efetivamente cuidava da essência de ambos. Daí porque, deduziu-se, se alguma solução se fizesse possível à hipótese escolhida, consistiria, justamente, em perquirir a essência do poder constituinte sem descaracterizar as premissas essenciais do movimento constitucionalista que o condicionam, bem como dos objetos de que trata, quais sejam, o Estado e o exercício democrático de sua autoridade. De igual modo, percebeu-se que o método deveria ser capaz de conferir verossimilhança às eventuais conclusões atingidas, de forma a assim propiciar a verificação dos resultados eventualmente atingidos sem recurso a elementos abstratos, ainda que o objeto escolhido fosse precípua e essencialmente imaterial, posto relacionado ao movimento constitucionalista nos moldes concebidos a partir do período iluminista, que à época, pouco mais simbolizava do que uma bandeira política de luta. Com efeito, o poder constituinte, ao invés de ser um fenômeno natural, ou mesmo uma força já materializada nos moldes descritos por Lassalle, em fins do século XVIII, era essencialmente abstrato, pois existia, tão somente, na seara do pensamento enquanto conjectura, eis que dependente do eventual êxito de uma força compelida pelo propósito de uma classe em materializá-lo.

Foi então que, após análise das tentativas de construção de um método científico próprio ao Direito, para cujo estabelecimento a evolução do pensamento positivista exerceu importante papel conforme atestado com referências a Malberg, Loewenstein e Popper no Capítulo I, que se optou por conduzir a presente investigação mediante um estudo de direito comparado, pois na medida em que esse ramo das ciências jurídicas apresenta um método relacionado à dogmática normativa, em que a norma jurídica representa o paradigma a ser utilizado para a análise do objeto a se perquirir, também se tornaria possível verificar e atestar eventuais conclusões da análise acerca de fenômeno tão abstrato, como é o poder constituinte. Suficiente, apenas, que ele fosse referido ou regulado segundo os primados constitucionalistas. Daí porque, sob essa específica ótica metodológica, a prévia identificação dos países latino-americanos que se apresentassem em conformidade aos preceitos essenciais do constitucionalismo não se limitaria a atestar a pertinente adequação aos postulados da teoria do poder constituinte referida nos parágrafos anteriores, mas sim a sua elegibilidade para integrar o objeto em si. Somente a partir daí é que restaria estabelecida uma linguagem comum, pois a

partir do consenso quanto a irrefutabilidade de seus elementos é que seria viável proceder a uma análise sobre a essência do poder constituinte que se manifestara nesse países e, por fim, indicar uma eventual contribuição à teoria constitucionalista que o rege passível de comprovação.

Estabeleceu-se, assim, o paradigma de que a teoria do poder constituinte não seria passível de refutação por nenhum dos países estudados, de forma que, por dedução, nas hipóteses em que seus preceitos não fossem consagrados pelas respectivas ordens constitucionais, estar-se-ia frente a uma mera circunstância de não aplicação, a acarretar que fossem desconsideradas para efeitos de corroborar ou refutar a hipótese de pesquisa proposta, em analogia ao que sucede a amostras contaminadas. Isso porque, esclarece-se, o *status* de vigência normativa, por si só, é insuficiente para estabelecer alguma confiabilidade científica aos objetivos propostos, pois a mera observação da auto-determinação soberana liberta de critérios, quando muito, apontaria a resultados alheios à esfera das ciências jurídicas, a exemplo da política, sociologia, antropologia, dentre outras. Estar-se-ia, enfim, frente a um cenário de infinitas conjecturas, a impossibilitar a redação de quaisquer conclusões providas de relevância, uma vez que toda síntese a ser elaborada tenderia a se abrigar sob um manto meramente descritivo, quando não acrítico, a talvez, inclusive, sujeitar-se ao risco de conferir alguma legitimação às mais arbitrárias espécies de regime. Afinal, o poder nunca existiu sozinho, mas sempre atou como vetor de mudanças, inclusive para impulsionar mudanças conceituais sobre a essência dos paradigmas fundacionais do Estado.

Procedeu-se, assim, a uma análise histórica sobre o poder constituinte, bem como de seus elementos, searas de atuação e propósitos. Aferiu-se, com isso, que enquanto teoria justificadora do poder do Estado, o poder constituinte foi concebido pelo movimento constitucionalista com o intento de conferir legitimidade popular para o exercício da autoridade estadual, pois o constitucionalismo pressupunha que o povo ou a nação ocupavam, simultaneamente, os papéis de sua fonte e destino. Sob essa perspectiva, igualmente se aferiu que essa espécie de teoria sobre o poder não refutava a existência do Estado e de sua autoridade de governo como elementos tradicionais à organização social, mas cuidava de fazer uma releitura sobre o preceito ético em que se fundavam. Com efeito, a legitimidade para o exercício do poder por alguma autoridade estadual, independente das múltiplas identidades com que essa última se manifestasse, permaneceu como um preceito ético que acompanhou o Estado ao longo da história da humanidade. Suas múltiplas manifestações, a exemplo do próprio movimento constitucionalista, eram apoiadas em discursos que aspiravam lhe conceder alguma racionalidade, ainda que fundada sobre argumentos incapazes de comprovação, pois

consoante foi descrito por Cassirer, muitas vezes eram estritamente abstratos, quiçá míticos, cuja compreensão, por conseguinte, somente seria passível de ser atingida mediante o emprego de algum esforço interpretativo. Mas não apenas, haja vista que, como igualmente se constatou, a legitimidade do exercício da autoridade estadual sempre era relacionada ao propósito de servir sua mesma fonte, a qual sempre fora alimentada pela justificativa de, com isso, propiciar o bem comum para todos os indivíduos.

Sob esse contexto, observou-se que na antiguidade clássica, à época das cidades-estados da Grécia e do Império Romano, a autoridade firmava-se na crença de que as cidades integravam a ordem natural estabelecida ao tempo da concepção, de maneira que o poder seria legítimo se direcionado a conservá-las, ao tempo que o bem-comum, de acordo com pensadores como Platão, Aristóteles e Cícero, seria realizado pela preservação dessas ambiências, as cidades, posto resultantes da natureza, senão dos desígnios dos deuses. Em seguida, com a ascensão do cristianismo, especialmente a partir da Idade Média, prevaleceu a narrativa de que toda autoridade seria derivada de Deus, na medida em que Ele passou a ser intuído pela crença religiosa como a fonte de toda a existência. Desse modo, a legitimidade para o exercício da autoridade seria atingida desde que se mantivesse fiel aos mandamentos divinos, de forma que, à semelhança das antigas civilizações greco-romanas, a preservação da ordem natural estabelecida por Deus - ou a cidade de Deus, segundo Santo Agostinho - é que, por sua vez, conduziria o ser humano à salvação e, por fim, à realização do bem comum, mesmo que em um plano transcendente. Nesse cenário, a Igreja, ao monopolizar a difusão da palavra de Deus, foi a grande beneficiada. Ao fim da Idade Média, contudo, face a pressão exercida pela ascensão de forças locais impulsionadas por fatos históricos como o declínio do regime feudal e o Renascimento, procedeu-se a nova releitura do conceito de legitimidade para o exercício do poder nos moldes agostinianos, a então se reconhecer que, não apenas a Igreja seria a legítima autoridade, como também, mormente pela obra de São Tomás de Aquino, admitir-se a existência de duas esferas de legitimidade a serem exercidas, não obstante ainda justificadas e conduzidas para servir os desígnios de Deus e, através deles, propiciar o bem comum nos planos espiritual e temporal, ou seja, também durante a vida. Percebe-se, pois, que a partir dali, a despeito de a fonte da autoridade permanecer com origens míticas e, portanto, abstratas, posto advir da natureza e sacralidade, seu exercício deixou de caber a uma entidade como a cidade ou a Igreja, para também competir aos indivíduos, embora restritamente ao príncipe. Essa nova reformulação sobre os conceitos de Estado, poder e legitimidade, todavia, logo favoreceria o gradual robustecimento do poder temporal e de sua influência, a fazer

emergir o período absolutista e, com ele, novo conceito elaborado por pensadores como Marsílio de Pádua, Dante Alighieri e, especialmente, Bodin. Tratava-se da soberania, que condizia, especialmente, à identificação de esferas territoriais para a atuação do poder temporal. O bem comum, entretanto, continuaria a ser uma ideia em evidência, apesar de depender do respeito aos desígnios do príncipe, exercente de um suposto direito divino de representar a fonte da autoridade, o direito divino dos reis. O fortalecimento da temporalidade, por sua vez, propiciou a formação de identidades nacionais, que em fins do século XVIII, com o advento do pensamento Iluminista por obra de autores como Locke, Montesquieu, Rousseau, dentre outros, culminou com a criação do movimento constitucionalista e da teoria do poder constituinte, cuja autoria é atribuída a Sièyes, através da qual se abandonou a justificativa de que toda a autoridade emanava de uma fonte sacra para, finalmente, atribuí-la ao povo. Com efeito, essa foi a primeira vez em que se reconheceu, com semelhante generalidade, a confusão entre a fonte e o destino do poder, pois se o poder emanava do povo e deveria ser por ele exercido, necessariamente não poderia prejudicá-lo.

Do exposto, observou-se, pois, que forças reais sempre continuaram atuantes a despeito de o constitucionalismo, como visto, firmar-se no paradigma de que o exercício da autoridade do poder do Estado, ao emanar de uma fonte popular, deve respeitar princípios fundamentais e, deste modo, ser exercido sem a concentração de suas funções e mediante um sistema de freios e contrapesos. Decerto, tais forças são o fator de pressão capaz de motivar alterações conceituais, a exemplo do que sucedeu com a aceção de povo nos Estados Unidos, ou mesmo à própria dinâmica evolutiva que os direitos fundamentais adquiriram em seu processo de ascensão normativa; pois se antes eram restritos à natureza individual, com o passar do tempo, sofreram exigência para se expandir e abarcar preceitos relativos à ordem social e política.

Essa dinâmica, enfim, revela que o constitucionalismo, embora delimitado em seus termos, é um processo ainda não concluído, que periodicamente sofre alterações de natureza ontológica em seus elementos – usualmente conduzidas por processos de reforma formalmente estabelecidos - para com elas, adaptar-se às necessidades do ambiente, sob pena de não mais prevalecer, como assim ocorreu com doutrinas do passado, cuja intransigência dogmática frente situações de adversidade conduziu-as a serem sobrepujadas por forças contrárias que lhes questionavam a legitimidade. É pela ciência dessa circunstância, ressalta-se, que emergirá alguma possibilidade para se inferir uma eventual contribuição do continente Latino-Americano para a teoria do poder constituinte.

## **2.<sup>a</sup> Parte – O Constitucionalismo na América Latina**

### **Capítulo VI – A adaptação dos primados liberais às aspirações regionais para a construção de uma narrativa de identidade.**

À exceção dos Estados Unidos, que proclamou independência da Inglaterra em 1776, o processo de emancipação política da quase totalidade dos demais países do continente americano concretizou-se após o enfraquecimento militar vivenciado pelas respectivas potências coloniais, que entre os anos de 1790 e 1820, envolverem-se em severos conflitos bélicos contra a França, num primeiro momento em oposição ao seu regime revolucionário e, posteriormente, sob o contexto das guerras napoleônicas. Esse período de turbulência interna e externa impediu que Espanha, Portugal, bem como a própria França, mantivessem o controle de suas colônias, que ao longo de três décadas, em seqüência irreversível iniciada com a independência do Haiti, em 1804, conseguiram se sublevar da autoridade colonial para se autodeterminar como Estados soberanos.

No entanto, apesar de contemporâneo à Revolução Francesa, o movimento constitucionalista nas Américas apresentou uma característica que tardaria a se revelar no continente europeu. Ainda que compartilhassem da mesma matriz ideológica, correspondente à indicação do povo – ou da nação – como a fonte da soberania, o constitucionalismo nos países americanos detinha um aspecto fundacional que o distinguiu Europa. Enquanto o processo revolucionário francês instituiu novos parâmetros de legitimidade para o Estado e, com isso, propagou no continente uma nova concepção sobre a essência e exercício da autoridade, nas Américas houve a criação de novos entes estaduais, de forma que a autodeterminação soberana do povo, em verdade, confundia-se com a primeira expressão política de sua identidade.

Como precipuamente ocorrera na França, essa dinâmica dependeu da construção de um discurso legitimador por parte de uma classe econômica e intelectualmente forte o suficiente para propagá-lo e fazê-lo assimilar pelas demais como se próprio fosse. Nesse aspecto, no que condiz à América Latina, a busca pela autonomia igualmente dependeu da ação de uma classe específica, mas que, ao contrário da burguesia europeia, contraditoriamente mais se identificava com as tradições aristocráticas questionadas pelas próprias matrizes liberais a que recorria. De fato, a rígida organização política e econômica do sistema colonial, que desde suas origens, era baseada na concessão de direitos de exploração de terras e lavras de minério diretamente pela Coroa, quando não, pela proibição

da criação de manufaturas locais, impediu o florescimento de uma classe burguesa nos moldes europeus em detrimento de uma oligarquia espelhada nos valores do antigo regime, às vezes com traços feudais, embora utilizasse a mão de obra escrava no lugar da servil. Daí porque, sob esse contexto, os ideais liberais na América mais se aproximavam dos desejos de emancipação política dessa restrita classe oligárquica face o poder central da metrópole, em circunstância que assimilava anseios universais de liberdade política nos moldes confeccionados pelo Terceiro Estado francês, que ao menos era organicamente constituído pela maior parte da população, ou seja, todos aqueles que não integravam a nobreza aristocrática ou o clero. Como a história demonstraria, a consequência da difusão de preceitos de aceção liberal, a exemplo da liberdade e da igualdade, por uma classe que reproduzia parcela do modo de vida fundado em privilégios precipuamente combatidos pelo próprio liberalismo, resultaria em problemas múltiplos, com inevitáveis reflexos para essa ramificação do movimento constitucionalista, sobretudo quanto à necessidade de reconhecer uma identidade nacional capaz de legitimar a atuação e expressão de um poder constituinte. Como ressalta Williamson,

A emancipação da América Latina na segunda década o século XIX ganhou contornos de revolução política: a monarquia católica fora destruída e substituída pelo princípio liberal de soberania do povo. No Brasil, a monarquia foi contida por restrições constitucionais, e aceitou-se um governo representativo como norma; na América hispânica, o próprio conceito de monarquia fora rejeitado e republicanismo liberal, sob diversas formas, fora oficialmente adotado por toda a parte.

Esta transformação ocorrera sem uma revolução comparável na economia ou na sociedade: não havia novas classes no poder e as estruturas oligárquicas do período colonial permaneciam inalteradas. A América Latina era ainda composta por sociedades aristocráticas de brancos que empregavam uma massa de mão de obra não-branca, coagida de diferentes formas, em economias agrárias ou mineiras que exportavam bens primários em troca de manufaturas ou artigos de luxo. Sob este espeto importante, o *ancien régime* não desaparecera – o Estado monárquico que lhe permitira funcionar eficazmente é que ruíra.

Pode, então, dizer-se que a independência foi, na verdade, a concretização da antiga aspiração das elites coloniais a tornarem-se classes dirigentes legítimas nos seus próprios territórios. Porém, tendo alcançado a liberdade de governar com pleno direito, e de participar diretamente no comércio internacional, as elites tinham agora de encontrar um instrumento de Estado alternativo para governar as suas sociedades. Aqui, surgia uma contradição; a única ideologia política coerente disponível era o liberalismo, mas os valores democráticos como a liberdade e a igualdade – já para não mencionar a fraternidade – tendiam a minar a autoridade do Estado em sociedade regionalmente dispersas que eram ainda senhoriais, hierárquicas, racialmente divididas e muitas vezes dependentes do trabalho escravo.

A subsequente história política da América Latina pode definir-se como uma luta para dar uma nova forma à sociedade, partindo dos valores liberais transmitidos por intelectuais que foram os pais fundadores das nações independentes. No período imediatamente após a independência, a desintegração e os conflitos entravaram a recuperação económica das novas nações. O Brasil foi uma exceção: a sobrevivência da monarquia numa forma limitada atrasou e moderou o impacto do liberalismo, permitindo que, pelo menos, a integridade territorial fosse preservada. Havia, assim, uma certa ironia na independência – os crioulos tinham conquistado a liberdade, mas à custa de uma instabilidade perene, que frustrava os seus esforços para alcançar um poder e uma prosperidade comparáveis aos dos países europeus avançados. (WILLIAMSON, 2016, p. 245).

Decerto, com a independência das colônias latino-americanas e o surgimento de novos Estados nacionais, assim como ocorrera na França e logo sucederia em outros países europeus, houve a necessidade de justificar o exercício da autoridade por um governo central. Nesse cenário de ebulição política de autodeterminação, a quase totalidade dos textos constitucionais viria a expressar duas presunções fundamentais de escolha, em que a primeira consistia em declarar uma presumida união espontânea dos indivíduos para a formação de uma identidade nacional, usualmente no corpo de uma nação, enquanto a segunda correspondia à igualmente pressuposta concordância entre os membros

dessa coletividade quanto ao estabelecimento de um contrato político para fins de autogoverno. Ambas as decisões, ainda que fundadas em premissas essencialmente abstratas, não somente eram necessárias para propiciar a manutenção da integridade territorial, como também legitimar o exercício da soberania sobre o discurso de uma nacionalidade comum, ou ao menos lhe conferir alguma lógica como sistema normativo. Entretanto, tal qual discorrido por Williamson na passagem transcrita, a própria concepção de uma identidade nacional era objeto de questionamentos, mormente porque também era abstrata, eis que necessitou ser construída em concomitância com o processo de independência.

Com efeito, a sociedade colonial na América Latina, especialmente nas colônias espanholas, longe de representar a síntese de um percurso civilizatório espontâneo, foi política e territorialmente organizada conforme os interesses administrativos da Coroa. O sentimento de nação pré-existente entre os povos originários sequer foi respeitado, o que não tardaria a se revelar um grande problema, pois a América pré-colombiana era um mosaico de impérios, reinos e nações distintas, cuja herança cultural relativa à etnia, língua, costumes e religião - embora esta última já estivesse expressivamente influenciada pelo catolicismo ao tempo do processo de independência-, não somente permaneciam presentes à época da emancipação política, como perdurariam até a atualidade, sobretudo nos países andinos<sup>184</sup>. Não fosse suficiente, em outro extremo, também não havia significativa distinção cultural entre os descendentes de espanhóis - os chamados crioulos - que justificasse eventual separação por critérios de nacionalidade ou identidade cultural. De fato, foram razões políticas e econômicas que motivaram a fragmentação do império espanhol nas Américas em diversos Estados, haja vista que nem todas as regiões administrativas atingiram o mesmo patamar de prosperidade no exercício de suas atividades<sup>185</sup>. E, mesmo que a integridade territorial e o estabelecimento de um governo central fosse

---

<sup>184</sup> Nesse aspecto, salienta Williamson, "(...) o colonialismo interno do crioulo hispânico sobre o índio agravou-se após a Independência, pois as constituições liberais das novas repúblicas não reconheciam a identidade distinta dos povos índios e, em nome da igualdade perante a lei, os direitos estatutários que protegiam as comunidades indígenas no tempo do império espanhol foram abolidos, permitindo que crioulos poderosos manipulassem o mercado livre e privassem os índios das suas melhores terras. Ainda no século XX, quando os nacionalistas chegaram ao poder, o mestiço é que foi considerado o verdadeiro representante da nação, enquanto os índios eram encarados como povos atrasados e necessitados de assimilação. Muitos índios foram efetivamente privados dos seus direitos civis; os analfabetos, por exemplo, que na sua maioria eram índios, só obtiveram o direito de voto no Peru em 1979 e em 1980 no Equador" (WILLIAMSON, 2016, p. 613).

<sup>185</sup> Como ressalta Williamson,

(...) Porém, no que tocava a implementar tais convicções, os liberais latino-americanos também tinham os seus problemas. Como Bolívar, não tardaram a perceber que a aplicação, em sociedades como as suas, de princípios liberais, segundo o modelo francês ou norte-americano, estava condenado ao fracasso. O ex-monge e liberal mexicano Servando Teresa de Mier escreveu em 1823:

Eles [os norte-americanos] são um povo, homogêneo, ativo, trabalhador, esclarecido, com todas as virtudes sociais, e educados por uma nação livre. Nós somos um povo antigo, heterogêneo, sem indústria, inimigos do trabalho, com vontade de viver do funcionalismo público, como os Espanhóis, tão ignorantes, na maioria, como os nossos pais, e debilitados pelos vícios de três séculos de escravatura.

Este pessimismo levou muitos liberais a afastarem-se do igualitarismo, do *laissez-faire* e da doutrina do Estado mínimo. Em vez disso, seguiram os reformadores da ação do Estado com vista a promover a educação secular, a abolir os privilégios corporativos e incentivos fiscais. Assim, foi precisamente a grande preocupação de modernizar a sociedade tradicional que levou muitos liberais a abraçar uma forma republicana de despotismo esclarecido, que em muitos casos deu origem a autênticas ditaduras, em que as liberdades democráticas foram suspensas em nome do progresso. Tal como os

inicialmente estabelecido com base nas circunscrições dessas antigas demarcações regionais, após a independência, os interesses econômicos dos descendentes de espanhóis permaneceriam em discussão quanto à forma com que esses novos Estados deveriam se organizar, em circunstância que logo implicaria tensões e questionamentos a propósito da organização do governo, à semelhança dos debates que sucederam à independência das treze colônias americanas, ou mesmo em processos de união, cessão, quando não de independência regionais, a exemplo dos casos da Grã-Colômbia, Equador, Venezuela, Panamá, Uruguai, dentre outros<sup>186</sup>. Como ressalta Williamson,

(...). O velho problema hispânico de separatismo regional ressurgiu no problema de construir novos Estados-nações e, dentro desses Estados que efetivamente emergiram, na questão do federalismo, por oposição ao centralismo. Pois se numa república a soberania residia na vontade do povo, quanta soberania popular estaria numa dada região preparada para ceder a um governo nacional? Uma vez que as regiões eram, na prática, controladas por redes de famílias influentes, a criação de uma autoridade nacional era endemoninhada por inúmeros interesses regionais e invejas oligárquicas.

(...) (Williamson, 2016, p. 252/253).

Era, aliás, uma percepção já compartilhada pelo próprio Simon Bolívar, um dos principais protagonistas do movimento independentista no continente, que a despeito de seu desejo íntimo de

---

conservadores mais esclarecidos, também os liberais moderados se depararam com um dilema: para preparar as suas sociedades para a liberdade e a igualdade, as liberdades políticas poderiam ter de ser suspensas indefinidamente. (Williamson, 2016, p. 248).

<sup>186</sup> A propósito do ruído quanto ao aceite dos primados liberais e republicanos, com enfoque na desfragmentação do continente em múltiplas soberanias, Williamson expõe que

(...) o costume imperial pesava mais do que a concepção republicana na demarcação de fronteiras nacionais. Os territórios das novas repúblicas hispano-americanas corresponderiam, de um modo geral, às áreas de jurisdição das *audiências* reais criadas no século XVI, e as cidades onde as *audiências* tinham a sua sede tornar-se-iam os centros da autoridade nacional, pois as oligarquias estabelecidas nessas cidades podiam contar com a habitual lealdade de grupos regionais menos importantes. Assim, o mais natural era que cidades como Lima, México, Santiago do Chile ou Bogotá viessem a ser as capitais das nações que nascessem após a independência.

As disputas mais amargas relativamente a fronteiras nacionais, depois da independência, ocorreram precisamente nas áreas referidas – como os antigos vice-reinos de Nova Granada e de Rio de la Plata e do Reino de Guatemala -, onde as jurisdições do século XVI haviam sido redesenhadas ou substituídas, em meados e finais do século XVIII, pelos reformadores da monarquia Bourbon, num processo que gerara conflitos de lealdade entre os centros mais recentes e os antigos focos de autoridade. Bogotá, a capital do vice-reino de Nova Granada, revelou-se, enquanto capital da república da Grande Colômbia, incapaz de conservar a lealdade de áreas sob a jurisdição de Quito ou de Caracas. Quito constituiu o núcleo de uma *audiência* desde o século XVI, até 1739 integrara o vice-reino do Peru. Caracas ficara sob a jurisdição da *audiência* de Santo Domingo, que fazia parte do vice-reino da Nova Espanha: em 1739, fora elevada ao estatuto de capitania-geral do vice-reino de Nova Granada. Pouco depois da independência, Caracas separou-se de Bogotá para se tornar a capital da República da Venezuela, e o mesmo sucedeu a Quito, que passou a ser a capital do Equador. Em Rio de la Plata, a cidade de Buenos Aires, que em 1776 obtivera o estatuto de vice-reino, não conseguiu exercer autoridade sobre sedes de *audiências* do século XVI como La Paz, no Alto Peru, que se separou para se tornar a capital da Bolívia, ou como Asunción, que veio a ser capital do Paraguai. Várias outras regiões procederam a tentativas determinadas para se separarem, mas só Montevidéu atingiu esse objetivo, tornando-se a capital da república do Uruguai em 1828. A América Central também se dissolveu em repúblicas distintas, Santiago da Guatemala fora a sede de uma *audiência* desde o século XVI, mas em 1785 os Bourbon dividiram as províncias sob sua jurisdição numa série de intendências semiautônomas, que se tornaram os núcleos de repúblicas independentes depois de a América Central se separar do México, em 1823, e depois de uma experiência de união federal ter falhado em 1834. (Williamson, 2016, p. 252/253).

integração para a formação de um único Estado constituído pelas antigas colônias espanholas<sup>187</sup>, expressou em sua célebre Carta da Jamaica que, do processo em ação no continente,

(...) podemos deduzir estas consequências: as províncias americanas estão lutando para se emancipar; ao final obterão o sucesso; algumas se constituirão de forma regular em repúblicas federais e centralizadas; serão fundadas monarquias quase inevitavelmente nas grandes seções, e algumas serão tão infelizes que devorarão seus elementos, seja na atual, seja em futuras revoluções; uma grande monarquia não será fácil de consolidar, uma grande república, impossível.

É uma idéia grandiosa pretender formar de todo o Novo Mundo uma única nação com um único vínculo que ligue as partes entre si e com o todo. Já que tem uma só origem, uma só língua, mesmos costumes e uma só religião, deveria, por conseguinte, ter um só governo que confederasse os diferentes Estados que haverão de se formar; mas tal não é possível, porque climas remotos, situações diversas, interesses opostos e caracteres dessemelhantes dividem a América. (BOLÍVAR, 2015, p. 48/49).

Ou, como sintetiza Williamson,

As guerras da independência tinham sido o resultado de uma complexa crise constitucional causada pela invasão napoleônica da península Ibérica em 1808. Mas na medida em que as elites crioulas tinham objetivos coerentes ao procurar a independência, os seus propósitos eram essencialmente dois: tornarem-se uma classe dirigente legítima e obter acesso direto ao comércio internacional. Foram precisos 50 ou 60 anos para que estes objetivos se concretizassem, e isso só aconteceu em alguns países. Em muitas repúblicas, a nostalgia pela monarquia católica era ainda muito forte, e as

---

<sup>187</sup> Como escreveu Bolívar a respeito de seu ideal panamericano, “profundamente tomado por estas idéias, convidei, em 1822, como presidente da República da Colômbia, os governos do México, Peru, Chile e Buenos Aires para que formássemos uma confederação e reuníssemos, no istmo do Panamá ou em outro ponto que expressasse a pluralidade, uma assembleia de representantes da cada Estado “que nos servisse de conselho nos grandes conflitos de ponto de contato nos perigos comuns, de fiel intérprete nos tratados públicos, quando ocorram dificuldades, e de conciliador, enfim, de nossas diferenças” (BOLÍVAR, 2015, p. 97/98).

elites crioulas não se entendiam quanto à natureza dos Estados que queriam construir. O liberalismo era a ideologia oficial da maioria das repúblicas, mas tinha raízes pouco profundas, tratando-se de sociedades imbuídas dos valores da cultura tradicional ibérica e da cultura índia: autoridade pessoal, patronato e clientelismo eram os meios através dos quais o poder era conquistado e distribuído – as formas exteriores da cultura política tinham mudado, mas a substância era a mesma e até ganhara força em virtude do colapso da lei e da ordem. Por fim, um estado de guerra crónico provocou a ruína financeira, que por sua vez atrasou a estabilidade política dos novos Estados. (WILLIAMSON, 2016, p. 291/292).

A escalada das tensões regionais e os respectivos desdobramentos políticos que caracterizaram o primeiro século de independência dos países latino-americanos foram resumidos pelo jurista colombiano Ramírez, que ao fazer referência ao seu colega mexicano Carpizo, alerta para uma média superior a dez textos constitucionais para cada Estado latino-americano até meados do século XX, a com isso expor a constante crise de legitimidade pela qual o exercício do poder nesses países passou. Como discorre,

La profusión de textos constitucionales es un rasgo determinante en la historia constitucional de la mayoría de países de la región. Carpizo nos enseña que durante los primeros ciento cincuenta años de vida independiente, las 19 naciones de América Latina expidieron 227 Constituciones. En el caso concreto de los países andinos, el estudio de la vida política del siglo XIX evidencia su inestabilidad constitucional. Así se tiene que durante ese siglo Perú contó con ocho constituciones nacionales, dentro del período comprendido entre 1823 y 1879<sup>188</sup>, mientras que Venezuela, que “entre los países de América Latina, es el que más Constitucionales ha tenido: en total, 25 Textos Fundamentales a lo largo de nuestra historia política moderna (1811-1984) expidió once constituciones nacionales entre 1811 y 1893. Similar circunstancia puede observarse en

Ecuador, donde fueron expedidas trece constituciones nacionales en el período que va de 1821 a 1897, así como en Bolívia, país en el que se expidieron diez constituciones nacionales entre los años 1826 y 1878. El caso colombiano no fue distinto y en él posible diferenciar dos períodos de gran profusión constitucional: el período de las llamadas *Constituciones provinciales* y el de las *Constituciones políticas nacionales*, que durante el siglo XIX asistió a la expedición de ocho textos constitucionales. (RAMÍREZ, 2015, p. 02/03).

Alternativa para a preservação da integridade territorial e, por consequência, da manutenção da respectiva autoridade em um governo estadual através da propagação de um discurso apto a firmar alguma identidade nacional foi encontrada com a oficialização do catolicismo por muitos países. Os dogmas difundidos pela Igreja Católica, compartilhados em todo o continente com relativa estabilidade, ainda que, em relação aos povos originários, ocorresse com certa tolerância ao sincretismo religioso, eram um dos poucos elos propícios para a criação de um sentimento de união e comunhão de propósitos<sup>189</sup>, a rememorar as concepções de São Tomás de Aquino acerca da origem do poder e da autoridade, ainda que não se ignore, porém, que muitas Constituições liberais europeias, a despeito de transferir a origem de toda a autoridade do poder estadual e da soberania do príncipe para a nação, continuaram a preservar o catolicismo como religião oficial do Estado por razões diversas.

O recurso à religião foi comum, sobretudo, na América do Sul, em que alguns países, a exemplo da Colômbia, preservaram alguma referência à origem divina do poder, solução imediata a uma constante crise de identidade, eis que, como salienta Williamson, “(...) a mistura gradual de inúmeras culturas indígenas – africanas e americanas – com a civilização católica ibérica, ao longo de

---

<sup>189</sup> Como ressalta Williamson, ao tratar do México,

(...) O facto de a Igreja controlar escolas e universidades impedia o Estado de difundir a educação racional, científica e utilitária que os liberais consideravam necessária ao progresso.

A posição dos conservadores, por outro lado, foi bem expressada por Lucas Alamán, numa famosa carta para o general Santa Anna, escrita em março de 1853. Alamán incita o seu destinatário a assumir poderes ditatoriais no México, em virtude das recorrentes guerras civis e da perda, pouco tempo antes, de metade do território para os Estados Unidos:

O mais importante é preservar a religião católica, porque acreditamos nela e porque, mesmo que não a considerássemos divina, pensamos que é único elo que une todos os Mexicanos, quando os restantes foram quebrados; é a única coisa capaz de sustentar a raça hispano-americana e de salvar dos grandes perigos a que está exposta. Julgamos também necessário conservar o esplendor cerimonial da Igreja, bem como as suas propriedades temporais, e acordar tudo o que se refere à administração eclesiástica com o Papa.

Independentemente da questão intrínseca da fé, o valor da Igreja residia no facto de garantir a coesão social – a base era, além disso, uma abundante fonte de identidade cultural para um povo heterogêneo e ameaçado de espoliação por parte dos Estados Unidos. A defesa da religião apresentada por Lucas Alamán era inteligente e pragmática, mas estava viciada, pois uma união entre Igreja e Estado parecia, na altura, ser inconciliável com a ideologia do republicanismo. Assim, paradoxalmente, os conservadores, visto que apoiavam os privilégios históricos e a autoridade da Igreja, tornaram-se eles próprios os inimigos da ordem constitucional. A Igreja, que antes fora um pilar central da monarquia, tornava-se agora um dos fatores por detrás da instabilidade crónica do sistema republicano. (Williamson, 2016, p. 254).

três séculos de domínio colonial, originou um tremendo afastamento do passado pré-colombiano” (WILLIAMSON, 2016, p. 631). O preâmbulo da Constituição colombiana de 1866, ilustra-se, com inspiração evidente na Constituição de Cádiz, de 1812, expressamente afirmava que a fonte suprema de toda a autoridade era Deus<sup>190</sup>, não obstante seu artigo 2 declarasse que “*la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece*”. Como Ramírez volta a acentuar,

Este rasgo es innegable y constituye una constante histórica, que se acentua con la Constitución de 1886, que contiene el programa de ejercicio del poder a partir de la vinculación de la Iglesia Católica con el Estado, circunstancia que impedirá desarrollar una sociedad laica en Colombia. Este carácter confesional del texto de 1886 resulta obvio y se evidencia en diversas normas y aspectos. En primer lugar, en el Preámbulo de esa Constitución, ajustado en 1957, que como se sabe, colocaba a Dios y no al Pueblo como el fundamento del poder. (RAMÍREZ, 2015, p. 09).

O recurso a uma religião oficial do Estado, na verdade, permaneceu presente até a segunda metade do século XX na maioria dos países da América do Sul, embora, como aludido, não haja conseguido se revelar suficiente para garantir a estabilidade. Decerto, ressalta Williamson,

(...) A fé católica, embora ainda forte, representava retrocesso intelectual; outras ideologias eram incapazes de reunir o apoio das massas. Na realidade, as primeiras três décadas do novo século constituíram um regresso ao período confuso pós-independência, quando o destino projetado para as nações livres era contrariado pelos acontecimentos propriamente ditos.

O colapso do consenso político revelou quão presumida e exclusiva fora a ideologia dominante do liberalismo. Ao contrário da monarquia católica, não

---

<sup>190</sup>Preâmbulo da Constituição Colombiana de 1866:

Los Delegatarios de los Estados Colombianos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente;

Vista la aprobación que impartieron las Municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el día 1.º de diciembre de 1885;

Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente:

conseguiu equilibrar a unidade política com diversidade étnica e regional; nem ganhar raízes entre o povo, como fizera o catolicismo nas sociedades ibéricas tradicionais – na verdade, continuava a existir um fosso profundo entre a cultura das elites, baseada no racionalismo iluminista que justificara a luta pela independência, e a cultura popular, de uma variedade extraordinariamente rica na sua mescla de tradições hispânicas, índias e africanas. O liberalismo, e o positivismo científico dele resultante, funcionara, de facto, como a justificação da oligarquia branca na América Latina. (WILLIAMSON, 2016, p. 526).

Com efeito, o turbulento século XX, caracterizado pela proliferação de golpes militares e movimentos revolucionários, evidenciou o problema dos fatores reais de poder e sua influência em favor da elevação de valores éticos à juridicidade<sup>191</sup>, tal como abordado no Capítulo II, em que foram feitas referências à concepção sociológica de Lassalle, além dos processos de criação de direitos referido por Ihering e Sen. A escolha de um mito fundante para o Estado, fosse a vontade de Deus, conforme o extremo exemplo colombiano, ou então a adesão expressa a um contrato político nos moldes de Rousseau, quando não o reconhecimento de múltiplas culturas ou nacionalidades pressupostamente unidas pelo intento de formar a soberania nacional, seriam abstrações que restariam positivadas nas Constituições dos países da América Latina ao longo de tempo, mitos fundacionais sobre os quais os pertinentes sistemas jurídicos seriam constituídos e que, em análise mais profunda, revelavam um esforço constante para a elaboração de uma narrativa de identidade, pois, salienta Williamson, não restam dúvidas que

(...) os liberais preconizavam o progresso e a modernização, e de que, quando o liberalismo foi alvo de ataque, a questão da própria modernidade se tornou problemática. Os antiliberais encarnavam o progresso com desconfiança: tratava-se, na melhor das hipóteses, de uma forma de imitação dos europeus; e, na pior das hipóteses, ameaçava a própria alma da nação.

---

<sup>191</sup> Como expõe Williamson, “na Bolívia, uma revolta de mineiros e camponeses em 1952 levou ao poder um governo revolucionário que redistribuiu terra, nacionalizou as minas de estanhos e melhorou os serviços de assistência social; também consagrou as línguas e os direitos nativos na nova constituição. De modo semelhante, no Peru, entre 1968 e 1975, o regime militar do general Velasco Alvarado, de inclinação socialista, declarou o quíchua língua oficial, dividiu as grandes fazendas nos Andes e redistribuiu terra por comunidades indígenas. Estas medidas teriam consequências de longo alcance, pois apesar de ambas as revoluções terem sido interrompidas por golpes militares, deixaram às comunidades andinas um legado de ação militante e uma consciência mais profunda da sua identidade coletiva como “Índios””. (WILLIAMSON, 2016, p. 614).

Então, os intelectuais latino-americanos de princípios do século XX iniciaram uma tortuosa busca da sua essência nacional – de *argentinidad*, *mexicanidad*, *peruanidad*, e assim por diante. Nos anos 20, essa busca levou os intelectuais à descoberta de tradições populares e do saber étnico, que passaram a ser considerados os critérios de autenticidade cultural. Esta corrente de nativismo fortaleceu o nacionalismo cultural, preparando o caminho para o nacionalismo económico dos anos 30 e para o desenvolvimento intensivo conduzido pelo Estado nas décadas subsequentes. (WILLIAMSON, 2016, p. 526).

Entrementes, não obstante as eventuais construções abstratas sobre as quais as soberanias dos países latino-americanos foram soerguidas, desde que compartilhem das características essenciais ao constitucionalismo, correspondentes à titularidade democrática do poder constituinte pela nação ou povo – algo imprescindível à legitimidade –, assim como a limitação ao exercício da autoridade do Estado pelo dever de respeito a direitos fundamentais, além do exercício do governo através de três poderes constituídos ou funções do poder soberano – que são a executiva, a legislativo e a judiciária –, cuja natureza deverá ser representativa, tornar-se-á possível prosseguir com a presente investigação mediante a valia de um método de direito comparado, haja vista restar estabelecida uma linguagem uníssona, justamente propiciada por sistemas jurídicos que compartilham essa essência fundamental.

## **Capítulo VII - O estado da arte do movimento constitucionalista latino-americano.**

Conforme exposto no Capítulo introdutório, atualmente, a grande maioria dos países da América Latina é regida por textos constitucionais jovens, posteriores a 1980, salvo pequenas exceções, a exemplo do México, Costa Rica, Panamá e do Uruguai, cujas Constituições datam, respectivamente, de 1917, 1949, 1972 e 1967, não obstante hajam sofrido diversos processos de reforma ao longo dos anos, sobretudo em direção à redemocratização.

Nos demais países de ascendência latina, o texto constitucional mais antigo em vigor pertence ao Chile, vigente desde 1980. A ele se seguem as Constituições de Honduras (1982), EL Salvador (1983), Guatemala (1985, com expressiva reforma em 1993), Nicarágua (1987), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (2009) e, por fim, República Dominicana (2015).

É a partir da década de 90 do século passado, sobremaneira na América do Sul, que proliferou a ascensão de textos constitucionais permissivos de reforma mediante consulta aos titulares do poder soberano indicados nos respectivos textos, cujo processo deveria ocorrer pela via de mecanismos de democracia direta, como são o plebiscito e o referendo<sup>192</sup>. O uso desses mecanismos, aliás, jamais foi tão frequente como nos últimos trinta anos, a representar característica comum aos países que adotaram semelhante sistemática durante o período de redemocratização, com algumas exceções, a exemplo do Chile e Peru, cujas Constituições vigentes, tal como exposto, não foram promulgadas durante o período de transição para um regime democrático, mas, ao contrário, em época de reafirmação autoritária, quando esses países, respectivamente, encontravam-se sob a égide dos regimes políticos conduzidos por Augusto Pinochet e Alberto Fujimori.

No que condiz à aludida frequência de consultas, menciona-se a realização de referendo no ano de 2003 na Colômbia, cujo objeto consistia na alteração de quinze artigos da Constituição. O resultado, todavia, apenas possibilitou a reforma de um deles, relativo à proibição de que pessoas condenadas por delitos de corrupção se candidatassem a cargos públicos, ou então que firmassem contratos com o Estado. Posteriormente, no ano de 2007, foi realizada outra consulta popular, desta vez na Venezuela, cujo objeto consistia na aprovação ou rejeição de emendas propostas pela

---

<sup>192</sup> Embora as consultas populares para a promoção de reformas constitucionais fossem premissa para a investigação, constatou-se que seu uso não é acontecimento inédito na história constitucional desses países, apesar de recorrentemente utilizadas na contemporaneidade. A Constituição chilena de 1925, por exemplo, ao tempo da reforma constitucional patrocinada no ano de 1970, já possuía a previsão de referendo em seu art. 109. Previsão de natureza plebiscitária também foi encontrada na Constituição venezuelana de 1967, em seu art. 246, n.º 4. Por fim, à semelhança dessas, a penúltima Constituição do Equador, promulgada no ano de 1998, em seu art. 280, autorizava a reforma constitucional via iniciativa popular, apesar de sua vigência ser contemporânea ao fenômeno de reformas constitucionais via mecanismos de democracia direta.

Presidência da República e pelo Congresso para a alteração de quarenta e seis artigos do texto constitucional. Na ocasião, o conjunto de propostas de reforma foi votado em dois blocos identificados sob as letras "A" e "B". Dentre os assuntos tratados, discutiu-se a redução da idade mínima para votar, a redução da jornada de trabalho e o fim da autonomia do Banco Central como forma de permitir a condução do controle da política econômica pela Presidência da República. Todas as propostas foram rejeitadas. O mesmo, contudo, não se repetiria no ano de 2009, quando foi realizada nova consulta popular via referendo, através da qual restou aprovada a possibilidade de reeleição ilimitada a todos os ocupantes de cargos populares no país, incluída a presidência da república. Mais referendos aconteceram no Equador, primeiro no ano de 2007, para autorizar a convocação de uma Assembleia Constituinte, depois no ano de 2008, que resultou na ratificação do texto constitucional esboçado por aquela. Menciona-se, ainda, referendo realizado na Bolívia, no ano de 2016, cujo objeto condizia em permitir maior número de reeleições do Presidente da República, mas que foi rejeitado ao fim dessa consulta. Por último, houve recente consulta popular no Chile, que autorizou a convocação de Assembleia Constituinte para a reforma total do texto constitucional ainda em vigor no país, essa recentemente instalada<sup>193</sup>.

O reiterado uso desses mecanismos de consulta popular - ou de democracia direta -, por sua vez caracterizados por permitir a participação ativa dos titulares do poder soberano na alteração da norma ápice do ordenamento jurídico de seus países, decerto representa indicio favorável à confirmação da premissa investigada, relativa à probabilidade de o poder constituinte permanecer vivo, haja vista se manifestar para além do momento fundacional do sistema normativo desses mesmos Estados.

---

<sup>193</sup> Segundo Menezes,

(...) Entre 1900 e 1980 os referendos foram pouco utilizados na América Latina (38 vezes). Após essa data, a quantidade de utilização aumentou. Apenas 5 países nunca o utilizaram: República Dominicana, Nicarágua, Honduras, El Salvador e México. Em 30 de novembro de 1980, o Uruguai, em referendo, posicionou-se de forma contrária ao projeto de reforma constitucional.

Outra manifestação em referendo foi a consulta sobre a *Ley de caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*. No Chile tivemos a primeira consulta popular da América Latina, em 1817, a qual pretendia que a população se manifestasse acerca do processo de independência. Ocorreu uma segunda consulta marcante, em 05.10.1988, que implicou no fim da ditadura Pinochet. Na Venezuela, em 1999, o Presidente Hugo Chávez fez dois plebiscitos: um para que a população se manifestasse acerca da convocação de uma Assembleia Constituinte e outro, a posterior, para que aprovasse a Constituição elaborada por ela. Foram convocações importantes, pois nem a legislação amparava o desiderato, nem o governo possuía maioria parlamentar.

No Equador, também em 2007, foi realizada consulta popular, quando 81,72% da população se manifestou de forma favorável à convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Houve convocações também na Bolívia, em 2004, no contexto da chamada "*Guerra del gás*", bem como na Venezuela e Bolívia, de maneira respectiva, em 15 de agosto de 2004 e 10 de agosto de 2008, que visavam revogar os mandatos dos presidentes. Nesses últimos, o resultado foi contrário. Eles tornaram-se exemplo do uso das convocações para estabilizar conflitos e grandes discussões. Do mesmo modo, cita-se o referendo realizado em 7 de outubro de 2007, na Costa Rica, para discutir o Tratado de Livre Comércio entre os Estados Unidos e a América Central, com 51,22% da população em manifesto pela aprovação daquele (CAFTA). No Panamá foi realizado referendo acerca da ampliação do seu Canal, em 22 de outubro de 2006, com 76,68% de aprovação da população. De igual sorte, na Venezuela, ainda, em 2 de dezembro de 2007, foi realizado, por força de determinação legal, quando o povo se manifestou contrário às reformas constitucionais que o presidente Hugo Chávez queria implantar; Logo, uma nova consulta ocorreu em 15 de fevereiro de 2009. (...). (MENEZES, 2020, p. 74/76).

Análise de direito comparado, contudo, revela a existência de outra vertente assimilada pela quase totalidade das constituições atualmente vigentes nos países latino-americanos. Através dela, percebeu-se que esses textos constitucionais não apenas privilegiaram os referidos mecanismos de democracia direta para sua reforma, por vezes até a completa substituição, como também promoveram alteração de natureza ontológica no que se reporta à fonte do próprio poder soberano do Estado, de modo a inserir e consolidar a maior participação de seus cidadãos no processo político e, em especial, na composição do governo.

Sob esse contexto, identificou-se que o movimento de redemocratização vivido por significativo número desses países ao fim da década de 70 do século passado, com alguns momentos de contrafluxo de diferentes graus ocorridos no Chile, Peru e, mais recentemente, Venezuela, todas relacionadas a uma crise de eficácia externa à seara normativa, demonstrou que, ao menos no continente sul-americano, há corrente progressiva de fortalecimento do princípio democrático, sobretudo através de sua vinculação a outros valores de ordem social que, gradual e consecutivamente, também foram galgados e afirmados enquanto princípios fundamentais por esses Estados. Aferiu-se, assim, evidente aprimoração normativa constitucional do princípio do pluralismo político, que no continente, findaria por se desdobrar no reconhecimento normativo do princípio da multiculturalidade e, por fim, na afirmação de um conceito jurídico de plurinacionalidade.

Ainda que não haja transcorrido interstício geracional suficiente para gerar conflitos de valor entre os desejos dos constituintes originários e a atual geração que titulariza o poder soberano desses países, desde que analisados sob a ótica da permissibilidade da reforma via mecanismos de democracia direta, assim como a adoção dos mencionados princípios do pluralismo político, multiculturalidade e plurinacionalidade, torna-se possível classificar os Estados latino-americanos em cinco grupos:

- 1.º Grupo – Países que não permitem a reforma constitucional via consulta popular, mas reconhecem o pluralismo político;

- 2.º Grupo - Países que permitem a reforma constitucional total ou parcial de seu texto via referendo, além de reconhecer o valor do pluralismo político enquanto princípio fundamental do Estado;

- 3.º Grupo - Países que autorizam a reforma constitucional via consulta popular, consagram o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado e agregam a esse rol o princípio da multiculturalidade;

- 4.º Grupo - Países que autorizam a reforma parcial do texto constitucional, implicitamente regulamentam o exercício do poder constituinte originário e adotam o princípio da multiculturalidade;

- 5.º Grupo – Países que consagram a plurinacionalidade enquanto princípio, além de regulamentar processos de reforma constitucional sempre com a necessária consulta popular via plebiscito ou referendo, além de normatizar o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, não apenas a reforma parcial da Constituição, mas também sua total substituição.

Há, por último, países que não são sujeitos à inserção em nenhum dos aludidos grupos, seja porque os textos constitucionais fogem aos parâmetros enunciados nos anteriores, ou porque são demasiados antigos para indicar uma inovação aos postulados da teoria do poder constituinte, quando não, porque escapam à metodologia adotada, haja vista não compartilharem dos preceitos intrínsecos ao constitucionalismo liberal e, portanto, da linguagem comum ao método adotado, como é o caso de Cuba, ou mesmo por serem representativos de um sistema diverso, como a *Common Law*, em que o processo colonial foi, sobretudo, de ascendência inglesa.

### **1.º Grupo – Países que não permitem a reforma constitucional via consulta popular, mas reconhecem o pluralismo político.**

O primeiro grupo é formado por países que reconhecem o pluralismo político, mas não permitem a reforma constitucional via consulta popular, senão mediante atuação do Legislativo, não obstante detenham regras incipientes de regulamentação do poder constituinte originário. Citam-se como integrantes desse grupo El Salvador, Brasil e Argentina, ainda que o primeiro apresente pouca relevância para a resolução do objeto investigado. Já o segundo integrante, o Brasil, cuja Constituição de 1988, embora reconheça o pluralismo político como princípio fundamental em seu art. 1.º, V, não prevê a possibilidade de reforma constitucional via consulta popular. Por fim, a Argentina, cuja Constituição de 1994, apesar de afirmar, em seu art. 1.º, que a soberania reside na nação, alberga

normas que mitigam o princípio do pluralismo político em outros dispositivos, a exemplo do art. 22, segundo o qual o povo não delibera nem governa, senão através de seus representantes. Outra disposição que fragiliza o pluralismo nesse país é o art. 2.º, que ao determinar suporte ao culto apostólico romano pelo Estado, finda por lhe prestar certa primazia em detrimento das demais manifestações religiosas. Por fim, o art. 30, que a despeito de não prever a possibilidade de alteração via consulta popular, em evidência de regulamentação indireta ao poder constituinte originário, autoriza que seja reformada no todo ou em parte, desde que mediante procedimento cuja tramitação de se desenvolva pelas via parlamentar.

## **El Salvador**

Em seu Título I, Capítulo Único, a Constituição da República de El Salvador, promulgada no ano de 1983, reconhece a pessoa humana como a origem e o fim da atividade do Estado, que segundo estabelece, organiza-se para a realização da Justiça, da segurança jurídica e do bem comum.

Já a soberania, por sua vez, apenas é tratada no Capítulo III, destinado ao Estado, à forma de governo e ao Sistema Político. De acordo com seu art. 83, ela reside no povo, que a exerce na forma prescrita e dentro dos limites da Constituição. Pouco após, o art. 85 firma que o governo é republicano, democrático e representativo, cujo sistema político é pluralista e se expressa por meio dos partidos políticos, que ainda de acordo com esse dispositivo, são os únicos instrumentos para o exercício da representação do povo no Governo.

O art. 86 reforça o primado da soberania popular ao estabelecer que “el poder público emana del pueblo”. Essa norma constitucional garante a tripartição dos poderes, o que faz ao identificá-los sob a tradicional divisão entre executivo, legislativo e judiciário, os quais são por si referidos como órgãos fundamentais do Governo. Por fim, expressa que “los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, regra que, como se percebe, ratifica e expande o princípio da representação mencionada pelo art. 85.

Quanto aos poderes propriamente, nos termos do art. 121, o Legislativo é unicameral e composto por deputados eleitos para mandato de três anos (art. 124). Já o executivo é exercido pelo Presidente, que será eleito para mandato de 05 anos (art. 153), juntamente com o Vice-Presidente, Ministros e vice-ministros e seus pertinentes funcionários. O poder Judiciário possui, em seu ápice, a Corte Suprema de Justiça (art. 172), que nos termos do art. 173, é composta por número de

magistrados determinados por lei, que serão eleitos pela Assembléia Legislativa. De acordo com o art. 174, a Corte Suprema de Justiça terá uma Sala Constitucional com competência para conhecer e resolver as demandas de inconstitucionalidade das leis, decretos e regulamentos, os processos de amparo<sup>194</sup>, dentre outros. Segundo o art. 138, a Sala Constitucional será integrada por cinco Magistrados designados pela Assembléia Legislativa. O presidente da Sala Constitucional, que será eleito pela própria Assembléia em cada ocasião em que eleja os Magistrados da Corte Suprema de Justiça, será o presidente da Corte Suprema de Justiça e do órgão judicial.

Os direitos fundamentais são tratados no Título II, entre os artigos 02 e 28, não obstante, em restrição a estes, o art. 26 reconheça a personalidade da Igreja Católica, enquanto sujeita o reconhecimento da personalidade das demais Igrejas aos requisitos estabelecidos em lei.

A reforma da Constituição é tratada pelo art. 248, segundo o qual poderá ocorrer por decisão da Assembléia Legislativa, pelo voto da metade mais um dos deputados eleitos. Para que a reforma seja decretada, deverá ser ratificada por mais uma vez pela Assembléia com o voto de dois terços do Deputados eleitos. Na hipótese afirmativa, será emitido o decreto correspondente, que será publicado no Diário Oficial. Quanto à iniciativa, ressalta que unicamente pode ser proposta por Deputados eleitos em número não inferior a dez. O artigo 248 ainda veda, em qualquer hipótese, reformas sobre a forma, sistema de governo, território da República e alternatividade para o exercício da presidência da república, que com essa restrição, adquiriram rigidez absoluta.

## **Brasil**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, em seu art. 1.º, declara o país como um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O dispositivo também inaugura o Título I, destinado aos princípios fundamentais, termo que ao longo do texto constitucional brasileiro, apresenta-se com duplicidade de sentido. Essa ambiguidade, aliás, revelar-se-á comum ao trato desse assunto por diversos dispositivos das Constituições latino-americanas<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> O processo de amparo assemelha-se ao mandado de segurança brasileiro, cujo objeto é combater ilegalidade administrativa que viole direito individual à semelhança do procedimento de *habeas corpus* em relação ao direito da liberdade.

<sup>195</sup> Acerca dessa indicada primeira antinomia, muito embora em opinião reveladora do sentido albergado nesse dispositivo inaugural da Constituição brasileira, Silva ressalta que

É sob esse contexto dual, contudo, que o primado do pluralismo, na Constituição do Brasil, revela-se com acepção mais ampla do que o pluralismo político declarado em seu art. 1.º, pois, na medida em que esse representará garantia a propósito de alguns assuntos, aquele traduzirá outros objetivos<sup>196</sup>.

Com efeito, uma acepção ampla para o pluralismo reside no Título III, destinado à organização do Estado, cujo art. 19, I, em reafirmação da laicidade, expressa que é vedado ao Estado estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com elas ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Entretanto, conforme observar-se-á, mesmo a acepção de pluralismo político enquanto princípio fundamental sofrerá mitigação pela própria Constituição, ainda que indiretamente. Afinal, em razão de o método da unicidade impedir a caracterização de regramentos inconstitucionais, ou mesmo a cessação de efeitos de normas potencialmente conflitantes<sup>197</sup>, ela não foi comedida para enfraquecer o princípio pluralista, a despeito da própria natureza de norma fundamental que lhe conferiu, cujo *status*, em verdade, deveria firmá-lo como fator limitador ao invés de objeto de limitação. Com efeito, a indicada ausência de hierarquia entre normas constitucionais originárias ocasionalmente possibilita a revelação de comandos contraditórios, muitas vezes desafiadores ao intérprete.

A primeira restrição parte do parágrafo único, do art. 1.º, responsável por declarar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou então diretamente, nos termos da Constituição. Esse dispositivo, como se percebe, representa a fonte de todos os princípios enunciados pelo *caput*, em especial a soberania, de forma que, conforme ressalta Silva, “(...) não precisava ser mencionada, porque ela é fundamento do próprio conceito de Estado (art. 170, I)”<sup>198</sup> (SILVA, 2002, p. 105).

---

(...) A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais da Constituição. Princípio aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema. (SILVA, 2002, p. 91).

<sup>196</sup> É nesse sentido que se menciona lição de Silva sobre o pluralismo na ordem constitucional, para quem

(...) O caráter pluralista da sociedade se traduz, no constitucionalismo ocidental, como nota André Hauriou, “pelo pluralismo das opiniões entre os cidadãos, a liberdade de reunião onde as opiniões não ortodoxas podem ser publicamente sustentadas (somente, em princípio, a passagem às ações contrárias à ordem pública são vedadas); a liberdade de associação e o pluralismo dos partidos políticos, o pluralismo das candidaturas e o pluralismo dos grupos parlamentares com assento nos bancos das Assembléias”. Daí falar-se em pluralismo social, pluralismo político (art. 1º), pluralismo partidário (art. 17), pluralismo de idéias e de instituições de ensino (art. 206, III), pluralismo cultural que se infere dos arts. 215 e 216 e pluralismo de meios de informação (art. 220, *caput*, e §5º). Enfim, a Constituição consagra, como um de seus princípios fundamentais, o princípio pluralista, o que vale dizer encaminha-se para a construção de uma democracia pluralista. (SILVA, 2002, p. 143).

<sup>197</sup> Aqui se refere à condição da Constituição como norma ápice do ordenamento jurídico e cujo texto haja sido ditado por ação do constituinte originário.

<sup>198</sup> Ainda complementa o autor,

(...) Soberania significa poder político supremo e independente, como observa Marcelo Caetano: supremo, porque “não está limitado por nenhum outro na ordem interna”, independente, porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de

A soberania e origem popular do poder, acresce-se, são robustecidas pelo regramento do inciso XXXVIII, do art. 5.º, que ao reconhecer a instituição do júri com a organização que lhe der a lei, também lhe confere, dentre outros poderes, a soberania dos vereditos, no que seria, talvez, a mais pueril norma acerca do exercício de uma das funções do poder soberano diretamente por seus titulares, o povo. Ressalta-se, porém, que o próprio processo constituinte brasileiro já seria suficiente para refutar a afirmação declarada pelo mencionado parágrafo único, do art. 1.º, uma vez que a Assembléia convocada para elaborar o que seria a novel Constituição foi o próprio parlamento instituído sob a égide a ser substituída, que por evidência, no exercício de suas funções legislativas, sujeitava-se a conflitos de interesses resultantes das articulações políticas entre a presidência da república – titular da função executiva – e de seus próprios integrantes, que representavam específicos segmentos da sociedade nacional ainda submetida a um regime autoritário, embora enfraquecido. Mesmo que ouvido diversos segmentos da sociedade para a redação do então futuro texto constitucional – o que de fato ocorreu<sup>199</sup> -, não se pode desconsiderar a ocorrência de acordos políticos alheios aos interesses populares, os quais se faziam necessários para a transição pacífica a caminho de um regime democrático<sup>200</sup>.

O método investigativo utilizado, contudo, que é pertinente a uma dogmática normativa, não autoriza análise com esse viés, de forma que contradições como a mencionada devem ser aferidas a partir do próprio texto da Constituição. É com esse sentido, denota-se, que o princípio da soberania popular expresso pelo parágrafo único, do art. 1.º, sofrerá mitigação pelo posterior Capítulo IV, do Título II, destinado aos direitos políticos em si. Isso porque, em seu art. 14, apresenta-se o primeiro comando que trata especificamente da soberania após o inaugural dispositivo da Constituição brasileira. De acordo consigo, a soberania será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, ou, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa

---

igualdade com os poderes supremos dos outros povos". O princípio da independência nacional é referido também como objetivo do Estado (art. 3º, I) e base de suas relações internacionais (art. 4º, I).

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o fundamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático. (SILVA, 2002, p. 105).

<sup>199</sup> A constituinte brasileira admitiu a apresentação de diversos pleitos populares, dentre eles, de organizações indígenas.

<sup>200</sup> Afinal, assim ressalta Silva sobre a Constituinte brasileira,

(...) o Presidente José Sarney, cumprindo mais uma etapa dos compromissos da transição, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Aprovada como EC n. 26 (promulgada em 27.11.85), em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.87, na sede do Congresso Nacional. Dispôs, ainda, que seria instalada sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que também dirigiria a sessão de eleição do Presidente. Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte. Assim se fez. Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. (SILVA, 2002, p. 89).

popular, que como sabido, são instrumentos de democracia direta. Ocorre que, ao vincular o exercício da soberania à titularidade de direitos políticos, a norma constitucional ignora a acepção ampla do conceito de governo, que compreende o exercício das três funções do poder soberano, a executiva, a legislativa e a judicial, as quais, por sua vez, devem possibilitar aos membros do povo, seja individual ou coletivamente, persuadir ou exercer o governo através dos respectivos instrumentos de ocasião, sejam eles o voto, o direito de petição ou o direito de ação judicial<sup>201</sup>.

De igual modo, não se pode deixar de considerar que o exercício da soberania, se compreendido em uma concepção pluralista estrita ao campo político, seria reduzida à seara de competência do corpo eleitoral, circunstância capaz de conduzir à instituição de um governo de coalizão, sempre dependente dos acordos firmados entre quem exerce a função executiva – no caso do Brasil, a presidência da república – e as eventuais majorias que lograram êxito no processo de sufrágio eleitoral para a formação do parlamento, um sistema a que Burdeau nomeou de poliarquia, através do qual ocorre o natural afastamento das minorais não exitosas no processo de escolha, a despeito da pressuposta legitimidade de suas vozes e pretensões. Consoante leciona,

Politicamente a realidade do pluralismo de fato conduz à poliarquia, ou seja, a um regime onde a dispersão do Poder numa multiplicidade de grupos é tal que o sistema político não pode funcionar senão por uma negociação constante entre os líderes desses grupos. Nesse regime o Poder não é uma potência unitária; ele é o resultado de um equilíbrio incessantemente renovado entre uma pluralidade de forças que são, a um tempo, rivais e cúmplices. Rivais porque cada uma visa fazer prevalecer seus interesses e suas aspirações cúmplices porque as relações que elas mantêm entre si não vão jamais à ruptura que causaria a paralisia do sistema. (BURDEAU, 1970, p. 563/564).

---

<sup>201</sup> Daí porque Silva ressalta que “há uma tendência reacionária para reduzir o povo ao conjunto dos cidadãos, ao corpo eleitoral, como se os membros deste fossem entidades abstratas, desvinculadas da realidade que os cerca, como se ao votar o cidadão não estivesse sob a influência de suas circunstâncias de fato e ideológicas, não estivesse fazendo-o sob a influência de seus filhos, seu cônjuge, seu amante, namorado, namorada, noivo, noiva, e também de seu grupo, oficina, fábrica, escritório, mais ainda: de seus temores, da fome dos seus, das alegrias e das tristezas. O corpo eleitoral não constitui o povo, mas simples técnica de designação de agentes governamentais. Povo são os trabalhadores. Os titulares do poder dominante (político, econômico e social) não podem entrar no conceito de povo, pois, numa democracia, teriam que ser simplesmente representantes do povo, isto é, os que exercem o poder em nome do povo. O fato de não ser assim na prática concreta das democracias vigentes demonstra apenas que a democracia ainda não atingiu as culminâncias a que sua historicidade aponta” (SILVA, 2002, p. 135/136).

A base desse conceito restritivo ao pluralismo político expressa pelo Capítulo IV, do Título II, em verdade, já possui alusão em seu predecessor Capítulo III, que se destina ao trato da nacionalidade, cujo art. 12, incisos I e II, tratam, respectivamente, do que chama de nacionalidade nata e nacionalidade adquirida. Os §§ 2.º e 3.º, desse dispositivo, também firmam que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo expressa previsão constitucional, ao tempo que alguns cargos somente poderão ser ocupados por brasileiros natos, a exemplo da presidência e vice-presidência da república, presidente da Câmara dos Deputados, Presidência do Senado Federal, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, da carreira diplomática, de oficial das forças armadas e de ministro de Estado da Defesa. Por fim, o § 4.º elenca hipótese em que haverá a perda da nacionalidade brasileira. A importância desse artigo consiste na pequena distinção que implica para a abordagem dos institutos da nacionalidade e cidadania, alteridade que se evidencia após a leitura de outro dispositivo, o inciso LXXIII, do art. 5.º, este destinado à enunciação dos direitos individuais e coletivos. Isso porque, de acordo com seu comando, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou ainda quando contrária à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, em que o autor, salvo comprovada má-fé, é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Não se trata de mero jogo de palavras, pois a Constituição brasileira propositadamente traça essa distinção para expressar que apenas os titulares de direitos políticos podem se valer desse instrumento processual<sup>202</sup>.

Por fim, no trato do princípio do pluralismo político e da série de restrições estabelecidas pela própria Constituição, menciona-se o Capítulo V, ainda do Título II, que como visto, destina-se aos direitos e garantias fundamentais. Ao versar sobre os partidos políticos, nos termos de seu art. 17, tem-

---

<sup>202</sup> Afinal, consoante leciona Silva,

(...) Sociologicamente é certo que a nacionalidade indica a pertinência da pessoa a uma nação. Nesse sentido, nacionais seriam "todos quanto nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos". Não é, porém, esse o sentido dos termos nacional e nacionalidade no sistema jurídico. Aqui, nacionalidade é o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado, consoante conceito de Pontes de Miranda.

(...)

No Direito Constitucional brasileiro vigente, os termos nacionalidade e cidadania, ou nacional e cidadão, têm sentido distinto. Nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro. Cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado (arts. 1º, II, e 14).

Surgem, assim, três situações distintas: a do nacional (ou da nacionalidade), que pode ser nato ou naturalizado; a do cidadão (ou da cidadania) e a do estrangeiro, as quais envolvem, também, condições jurídicas distintas, que serão objeto de nossa meditação sucessivamente. (SILVA, 2002, p. 317/318).

E, complementa,

(...) atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências. Nacionalidade é o conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.

(...)

Os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da lei. (SILVA, 2002, p. 345).

se como livre sua criação, fusão, incorporação e extinção, desde que resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Há, no entanto, norma que porta restrição implícita. Trata-se de seu inciso I, segundo o qual se deve observar, dentre outras exigências, o caráter nacional, circunstância que finda por enfraquecer identidades regionais, sobretudo em um país de expressiva dimensão territorial, em evidente detrimento à concepção do pluralismo enquanto princípio fundamental da República.

A Constituição brasileira, sem seguir uma ordem hermética de assuntos, embora ainda que dotada de alguma linearidade, em seu art. 3.º, inserido no Título I, pertinente aos princípios fundamentais, expressa em seu inciso I, com evidente natureza programática, a obrigação de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, comando que pode ilustrar, por mais uma vez, o mencionado fluxo e contrafluxo para a afirmação da amplitude do princípio do pluralismo. Não fosse suficiente, adiante, em seu inciso IV, o art. 3.º também determina a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, norma que assume a natureza de direito subjetivo por força da regra enunciada pelo *caput*, do art. 5.º, segundo o qual se declara que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Em mais um exemplo da recém mencionada ausência de hermética linearidade da Constituição brasileira – o que não necessariamente representa crítica relevante -, o art. 2.º declara como poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos eles posteriormente tratados em específico no Título IV, relativo a sua organização. Esse dispositivo, todavia, consoante mais uma vez leciona Silva, possui a importância de revelar a amplitude que o instituto Governo deve possuir, apesar das indicadas mitigações constitucionais ao princípio do pluralismo, sobretudo sua vertente política. Isso porque, assim salienta,

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite

falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. (SILVA, 2002, p. 108).

Percebe-se, nesse ponto, que a Constituição brasileira, no que será característica de muitos outros textos constitucionais no continente, trata as funções do poder soberano como poderes constituídos ao invés de funções. É com esse sentido, observa-se, que o Capítulo I, do Título IV, cuida primeiro do por si nomeado Poder Legislativo, em ordem de importância, aliás, que não pode ser desconsiderada.

Nos termos de seu art. 44, o Poder Legislativo no Brasil é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de uma Câmara de Deputados e de um Senado Federal. O seguinte art. 45 firma que a Câmara dos Deputados será composta de representantes do povo, eleitos em cada Estado, em cada território e no Distrito Federal, em número proporcional à respectiva população, de acordo com os limites estabelecidos pelo §1.º. Já o Senado, regulamentado inicialmente pelo art. 46, é composto de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, em número fixo de três Senadores para mandato de oito anos, consoante assim determina seu §1.º.

Já o art. 76, do Título IV, cuida do poder executivo. Estabelece que ele é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado. As competências da presidência são elencadas pelo art. 84.

Por fim, o Poder Judiciário é tratado pelo Capítulo III, entre os arts. 92 e 126, que o ramifica em diversos segmentos, cuja complexidade se subdivide em respeito ao regime federativo. Deste modo, ele é organizado entre uma Justiça Comum Federal e outra Estadual, além de uma Justiça Especial Federal, esta subdividida em Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho. A Constituição brasileira não faz qualquer menção ao reconhecimento de uma jurisdição indígena ou aplicação de suas normas consuetudinárias, mas em seu art. 243, garante-lhes, junto com suas comunidades e organizações, a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, conforme se abordará adiante em maiores detalhes.

O órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro é o Supremo Tribunal Federal. O art. 101 firma que ele será composto por onze ministros, escolhidos entre cidadãos com mais de trinta e cinco e anos e menos de sessenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Nos termos do parágrafo único, desse dispositivo, os ministros do tribunal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado. Já a competência do

Tribunal é definida pelo seguinte art. 102. De acordo com esse dispositivo, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, o que se materializa pelas vias do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, circunstância que lhe confere natureza mista, pois atua ora como um tribunal constitucional, ora como corte recursal.

Sobressai-se, todavia, a importância que as decisões do Supremo Tribunal possuem em sede de controle de constitucionalidade, circunstância que evidencia sua posição para a composição do Governo, a despeito de não haver comando expresso na Constituição brasileira nesse sentido. Afinal, de acordo com o §2.º, desse artigo, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Esse poder decisório é reforçado pelo art. 103-A, segundo o qual o Supremo Tribunal Federal, ao agir de ofício ou por provocação, poderá, mediante decisão de dois terços dos 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.

Menciona-se, ainda, que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do art. 103, podem ser propostas pelo Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe com âmbito nacional. Esses poderes de iniciativa revelam uma forma indireta de participação popular no controle abstrato de constitucionalidade, não obstante a exigência de amplitude nacional para as elencadas instituições da sociedade civil apresentem-se como uma espécie de cláusula de barreira, relevante para um país de dimensões continentais, pois condizem a uma restrição instrumental para essa faculdade de persuasão das ações estaduais a ser exercitada pela fiscalização da eficácia de disposições normativas, que é a principal característica de um controle de constitucionalidade das leis.

Nesse diapasão, ainda na seara das relações da sociedade civil com o governo, apesar de a Constituição não albergar algo semelhante ao que viria a ser o princípio da plurinacionalidade elencado

no Equador e Bolívia, ou mesmo estabelecer o reconhecimento formal de uma jurisdição indígena - muito embora nada a impeça de informalmente emergir nas áreas sem intervenção direta da Administração -, o texto constitucional brasileiro dedica capítulo exclusivo aos índios. Trata-se do Capítulo VIII, do Título VIII, destinado à ordem social. De acordo com seu art. 231, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Trata-se de relevante proteção ao pluralismo, que é reforçado pelo seguinte art. 232, segundo o qual os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Deve-se ressaltar, outrossim, que a Constituição brasileira não confere o *status* de nação aos indígenas, apesar de sua antropológica natureza de povo originário do continente, consoante discorre o multicitado Silva, para quem

O art. 231 reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, com o que reconhece a existência de minorias nacionais e institui normas de proteção de sua singularidade étnica, especialmente de suas línguas, costumes e usos. A propósito, a Constituição fala em populações indígenas (art. 22, XIV) e comunidades indígenas ou dos índios (art. 232), certamente como comunidades culturais, que se revelam na identidade étnica, não propriamente como comunidade de origem que se vincula ao conceito de raça natural, fundado no fator biológico, hoje superado, dada a “impossibilidade prática de achar um critério que defina a pureza da raça”. Nem é comunidade nacional que não é redutível a fatores particulares ou parciais, porque se integra de todos, enquanto realização do princípio do Estado nacional, traduzindo, no nosso caso, a unidade comunitária dos brasileiros que envolve a todos.

A Constituição recusou o emprego da expressão nações indígenas, baseada na falsa premissa e no preconceito de que nação singulariza o elemento humano do Estado ou se confunde com o próprio Estado, idéia há muito superada, quer porque se verificou que existem Estados multinacionais ou multiétnicos, que dá na mesma, quer porque existe Estado sem nação (o

Vaticano) e até porque pode existir nação sem Estado como os judeus até a fundação do Estado de Israel, e, ao contrário, a nação pode estar dividida em vários Estados. É verdade que hoje tudo isso é muito discutível. Assim, p. ex., como nota Zippellius, “os suíços alemães e os próprios alemães não se consideram uma nação, apesar de uma origem, uma língua e uma culturas comuns”. Por que? Porque, para além desses fatores, há outro mais forte que é o sentimento de pertinência nacional que solidifica uma comunidade de destino político. Por isso, é que os suíços de origem alemã, como os de origem italiana e francesa, são de nacionalidade suíça pelo sentimento de pertinência à comunidade nacional da Suíça, sem prejuízo do sentimento de pertinência a uma específica comunidade cultural (alemã, italiana e francesa). Por tudo isso também é que ficou inteiramente superado o incorreto conceito de Estado como nação politicamente organizada.

Se tomarmos o conceito de nação de Mancini, que se assemelha a todos os demais, por certo que poderá ser aplicado às comunidades indígenas, em face do art. 231 da Constituição. Nação, para ele, “é a reunião em sociedade de homens [‘seres humanos’, quer ele dizer], na qual a unidade de território, de origem, de costumes, de língua e a comunhão de vida criaram a consciência social”. Por outro lado, se se reconhece que a língua comum é um fator particularmente significativo para a constituição da nação, então se pode falar em nações indígenas, na medida em que a comunidade linguística as identifica. Mas, nesse sentido, o conceito de nação se confunde com o conceito de etnia, como esta vem sendo definida atualmente, ou seja: “etnia é uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando um dado território, tendo uma mesma religião e, sobretudo, a consciência de pertencer a essa comunidade”. É claro que um novo conceito de nação começa a surgir, diferente do conceito de etnia, e, como tal, não teria aplicação às comunidades indígenas, porque se confunde com o controle do aparelho do Estado. Diz-se, então, que a nação supõe a etnia, mas a sobrepassa. “De fato, ela aparece se, além disso, uma classe social, que controla o aparelho central do Estado, assegura uma

unidade econômica à vida da comunidade”. Também não se lhe aplicará o termo nação no sentido corrente, embora tecnicamente incorreto, de povo de um país ou Estado, ou no de “comunidade de cidadãos de um Estado sob o mesmo regime”, porque, nesse sentido, se refere a todo o povo brasileiro, índios incluídos. O certo é que o termo confunde mais do que esclarece. Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. (...). (SILVA, 2002, p. 825/827).

No que tange à reforma constitucional, ela é tratada pelo art. 60, que não lhe prevê o manejo de nenhum mecanismo de democracia direta, cuja tramitação ocorrerá, tão somente, perante o Congresso Nacional. A iniciativa para proposta de emendas, todavia, possui certa amplitude, vez que, nos termos de seus incisos, ela poderá ocorrer por propositura de, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República, assim como de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, mas desde que cada uma delas se manifeste pela maioria relativa de seus membros. Percebe-se, deste modo, ao menos a indireta participação do povo, o titular da soberania, a suceder através da ação de seus representantes escolhidos via processo de sufrágio.

O art. 60 ainda estabelece algumas restrições materiais e formais para a alteração do texto constitucional. No que se reporta à primeira, é proibida proposta de reforma tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, universal e secreto, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Já as impossibilidades formais condizem à proibição de reforma na vigência de situações excepcionais, a exemplo da intervenção federal, do estado de defesa ou estado de sítio, ou então legais, como a reapreciação de matéria objeto de proposta de emenda constitucional que haja sido rejeitada ou prejudicada durante uma mesma sessão legislativa, que, nos termos do art. 57, da Constituição, corresponde a 01 ano.

Deve-se registrar, contudo, que houve única possibilidade de reforma constitucional mais ampla prevista pela Constituição do Brasil em seus Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. O art. 3.º, desse capítulo, dispunha que uma revisão constitucional seria realizada cinco anos contados

da promulgação da Constituição pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral<sup>203</sup>.

Por fim, regra constitucional pertinente à democracia direta restringe-se à confecção de normas infraconstitucionais. O art. 49, ao regulamentar a competência do Congresso Nacional, em seu inciso XV, atribui-lhe a faculdade de autorizar referendo e convocar plebiscito. A Constituição brasileira também prevê o instituto da iniciativa popular para a confecção de leis infraconstitucionais, embora não para a reforma da Constituição via emendas, conforme aludido linhas atrás. De acordo com seu art. 14, III, a iniciativa popular é permitida no âmbito de todos os entes federados, a União, os Estados e os Municípios. A primeira, em específico, pelo art. 61, §2.º, segundo o qual a iniciativa popular pode ser exercida mediante a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, desde que subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Já nos Estados, a iniciativa popular é abordada pelo art. 27, §4.º, que atribui à lei ordinária a tarefa de dispor sobre ela no processo legislativo estadual. Por fim, no âmbito dos municípios, o instituto é tratado pelo art. 29, cujo inciso XIII garante a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

## **Argentina**

A Constituição da Argentina, em vigor desde o ano de 1853, não obstante haja sofrido diversas reformas ao longo dos anos, das quais citam-se as ocorridas em 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994, tidas como profundas o suficiente para serem consideradas novos textos constitucionais, em seu artigo 1.º, inserido no capítulo destinado às declarações, direitos e garantias, declara que a Nação argentina adota para seu governo a forma representativa republicana federal, segundo seus próprios termos. Dos países do chamado “Cone Sul”<sup>204</sup>, a Argentina é o Estado que indica, com maior vigor, a nação enquanto fundamento da soberania, muito embora os dois únicos dispositivos que expressamente se reportem a esse instituto, os artigos 33 e 37, ambos inseridos em capítulos destinados a declarar direitos e garantias, expressem que o princípio da soberania encontra sua origem no povo. Essa aparente antinomia normativa resulta das mencionadas sucessivas reformas sofridas

---

<sup>203</sup> Ela de fato ocorreu no ano de 1993, ocasião em que foram aprovadas 06 (seis) emendas de revisão.

<sup>204</sup> O “Cone Sul”, em descrição não uníssona, seria formado pelo Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai e os Estados Federais do Sul do Brasil.

pelo texto constitucional originário, que a exemplo de outros países, sofre com contradições que dificultam a concretização do princípio da unidade e, por conseguinte, a tarefa do hermeneuta. Recurso aos métodos sistêmico e histórico, todavia, demonstram que, não obstante haja ocorrido significativa abertura e assimilação no que toca ao princípio democrático, em especial seu viés pluralista, ainda há preponderância da aceção da nação como fonte da soberania estadual<sup>205</sup>. Não se trata, como se percebe, de simples jogo de palavras, pois conforme restará reforçado ao longo da presente exposição, ao se optar por fundamentar a soberania sob o conceito de nação, tende-se à unidade cultural, ao menos em seus elementos fundamentais, uma vez que a pluralidade sempre existirá em maior ou menor grau no corpo social. Não é por outra razão, aliás, que segmentos da doutrina local mencionam que, durante o século XIX e até o início do século XX, a Constituição patrocinou projeto nacional para a formação de uma nova nação argentina pós-independência, com vistas à formação de uma cultura nacional que se afastasse do passado colonial – e de um povo de etnia crioula<sup>206</sup> - para, deste modo, aproximar-se ética e culturalmente das potências colonizadoras da época. Consoante leciona Punte sobre o assunto,

Nosotros como pueblo podemos mirarnos desde muchos ángulos, por ser la palabra en sí de contenido analógico y, por tanto, posible de enfoques múltiples, a la vez que fuente de soberanía y actor, autor y destinatario de la organización nacional. En el artículo 33 se da por sentado que de su soberanía dinamamos derechos y garantías anteriores a la Constitución misma. O sea, la vieja noción de que las constituciones escritas no hacen sino recoger libertades originarias, que es preciso escribir y precisar para que puedan garantizarse, evitando la discrecionalidad y la tiranía, ya venga de uno, de algunos pocos oligarcas o de la propia muchedumbre. Así, en el preámbulo, el pueblo que por elección de su voluntad ha decidido constituir la Nación es algo más que los reales conjuntos concretos y existentes, que la agrupación de las familias en torno a sus fogones, los hogares.

(...)

---

<sup>205</sup> Nesse aspecto, diversos são os dispositivos constitucionais que associam a nação ao governo ou mesmo a entidades do Estado, a exemplo dos artigos 44; 75.32; 86 etc.

<sup>206</sup> Crioulos é a denominação dada aos descendentes de espanhóis nascidos na América.

Esta forzada solidaridad de la especie es la base de los pueblos reales y su despliegue, el pueblo como unidad conceptual, entendiendo a la vez que es una realidad dinámica, en constante modificación, como constatan las enormes transformaciones ocurridas desde los inicios de nuestro país.

(...)

En nuestra Constitución , el preámbulo asegura los beneficios del orden público y la libertad que ese mismo orden público hace posible, a todos los que quieran habitar en suelo argentino, siendo este verbo de sentido equivalente a “poblar”, esto es establecerse con vivienda, negocios y familia. No es por tanto, una mera residencia, sino mucho más, la participación de la aventura nacional.

Como en estos días está en debate precisamente en Europa la cuestión de las raíces, es oportuno aclarar que esto significaba enraizarnos en la cultura europea, en su modo de civilización de fundamento Cristiano, no necesariamente católico, y de ahí la paralela apertura a la libertad de cultos. Esta era, pues, la inmigración preferida del constituyente, y esto se mantuvo en el tiempo como política central.

(...)

La inmigración fue, entre nosotros, el resultado de un esfuerzo consciente de sustitución de la estructura social previa y de modificación sustancial de la composición de la población. El programa de la “organización nacional” pretendía de esta manera romper la “barbarie” y las formas tradicionales heredadas de España, cambiando no solo la estructura sino el elemento humano. Estaban de moda en aquel momento ideas del tipo racial en la tipificación del carácter nacional. (ABÁSLO Ezequiel [et al.], 2012, p. 115/120).

Deste modo, inobstante o princípio democrático integre-se ao constitucionalismo nacional, a proteção que restará conferida à diversidade permanecerá potencial, pois quando não for patrocinada por políticas públicas afirmativas, dependerá do eventual sucesso em processos de sufrágio, usualmente submetidos, por sua vez, ao princípio da maioria.

A despeito da evidente crítica política, a lição acima não constitui mera opinião subjetiva, desprovida de cientificidade. Encontra fundamento em interpretação histórica do texto constitucional, que se revela após análise de outro dispositivo, o artigo 2.º, no que talvez seja a regra constitucional de maior vinculação a uma ordem religiosa dentre os países latino-americanos. Isso porque, de acordo com esse regramento, determina-se que o Governo Federal suporte o culto católico apostólico romano, dispositivo que, acrescenta-se, igualmente constitui a primeira mitigação ao princípio da pluralidade democrática, apesar de a liberdade de culto ser garantida em outros comandos, a exemplo do artigo 20, que a estende aos estrangeiros residentes no país, que não são obrigados a se naturalizar para exercê-la. Importa ressaltar, no entanto, que antes da reforma constitucional patrocinada no ano de 1994, o artigo 2.º sofria influência de dispositivo que consagrava a conversão dos povos indígenas ao catolicismo como atribuição - ou competência - do Congresso Nacional e, por conseguinte, política de Estado. Deste modo, consoante alerta Padilla, percebe-se a ocorrência de período em que a Constituição argentina, munida do propósito de estabelecer um ideal de unidade nacional, expressamente combateu as culturas e povos originários, mitigando-lhes a liberdade religiosa em detrimento da pluralidade e em benefício de uma almejada unidade nacional – leia-se nação -, que ao menos à época, não se apresentava enquanto valor restritivo ou, quiçá, pejorativo. Conforme esse autor leciona,

No nos detendremos en nuestra propia Constitución, ampliamente reformada en 1994, que, en lo que hace a nuestro trabajo, mantuvo la libertad de cultos con preeminencia del católico, suprimió el requisito de pertinencia católica y consiguiente juramento del presidente y vicepresidente, la atribución del Congreso de convertir a los indios al catolicismo y las referencias al Patronato. (ABÁSLO Ezequiel [et al.], 2012, p. 189).

Não por outra razão, aliás, o artigo 22, aparentemente contrário à contemporânea tendência pluralista do continente sul-americano e em reforço ao ideal de nação una, declara a democracia indireta como única forma de participação do povo no governo, ao expressamente firmar que ele, o povo, não delibera nem governa, salvo por meio de seus representantes e autoridades criadas pela própria Constituição. Essa regra, como logo se percebe, conflita com outra albergada pelo artigo 37, que ao traçar uma das primeiras regulamentações expressas sobre a soberania da nação argentina

após a indireta referência deduzida no artigo 1.º, garante o pleno exercício dos direitos políticos com base no próprio princípio da soberania popular e das leis que dele decorrem. O dispositivo ainda materializa essa garantia ao estabelecer que o sufrágio é universal, igualitário, secreto e periódico. Não obstante, análise sistêmica do texto constitucional permite aferir que, de fato, a deliberação e o exercício do governo cabe aos seus representantes, que apesar de eleitos via sufrágio, agirão sob o papel – ou encargo - de materializar a nação, o fundamento mítico do poder de autoridade do Estado na Argentina, como assim se rememora das lições de Cassirer.

Ainda assim, os posteriores artigos 39 e 40 não deixam de albergar institutos de democracia direta. Esses dispositivos, respectivamente, permitem que o povo apresente à Câmara dos Deputados projetos de lei, cuja tramitação terá prioridade, assim como, em sentido inverso, a própria Câmara tenha a iniciativa de submeter um de seus projetos a consulta popular, cujo resultado poderá ser vinculante ou não. Nessa última situação, enquanto distinção, o voto popular não será obrigatório, sendo que o presidente da república também deterá legitimidade para convocar o processo de consulta. Em nenhuma circunstância, todavia, a consulta poderá versar sobre a reforma constitucional, tratados internacionais, tributos, orçamento ou matéria penal, o que finda por reforçar o há pouco referido princípio da democracia indireta e exercício da soberania pela nação, que é uma na própria subjetividade de seu conceito.

Os artigos 39 e 40, outrossim, devem ser interpretados em conjunto com dispositivo anterior, o artigo 29. Isso porque, a despeito de não portar qualquer menção direta, esse dispositivo, em prestígio à teoria da separação de poderes, institui como garantia a vedação de o Congresso conceder ao Executivo nacional, ou então às Legislaturas provinciais em relação aos respectivos governadores, quaisquer faculdades extraordinárias. Igual vedação incide sobre o intento de outorgar poder de submissão ou supremacia que afetem a vida, a honra ou a fortuna dos argentinos, ao ponto de colocá-los à mercê de governos conduzidos por interesses egoísticos de algum indivíduo, em evidente menção ao objetivo de se restringir usurpações. O artigo 29, inclusive, chega a declarar como absolutamente nulos atos dessa natureza, a implicar responsabilidade sobre seus autores, ou mesmo a quem quer que os formule, consinta ou firme, sujeitando-os à pena de traidores da pátria.

O artigo 29, particular e claramente preventivo ao advento de regimes totalitários, ainda encontra reforço no artigo 36, introduzido após reforma constitucional<sup>207</sup>, no que passou a ser o então novel capítulo destinado aos “novos direitos e garantias”. De acordo com esse dispositivo, declara-se

---

<sup>207</sup> O art. 29 teve sua redação estabelecida durante o regime liderado por Perón.

que a Constituição manterá seu poder de império, ainda quando se interrompa sua observância por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Nessas circunstâncias, esses atos serão considerados viciados e, por conseguinte, afetados por nulidade insanável, sem prejuízo da aplicação aos respectivos autores das sanções previstas pelo artigo 29, que também serão perpetuamente inabilitados para ocupar cargos públicos, além de excluídos de benefícios como o indulto e a comutação de penas. Ainda conforme os termos desse comando constitucional, são passíveis das mesmas sanções quem, como consequência desses atos, usurpar funções previstas para autoridades desta Constituição ou das províncias, que responderão civil e penalmente por seus atos, em ações imprescritíveis. É nesse contexto que o artigo 36, a exemplo de outros países, igualmente legitima movimentos contrários à usurpação do poder, algo que, inclusive, faz de forma expressa, ao autorizar que os cidadãos, munidos pelo direito de resistência, possam valer-se do uso da força.

Ainda sob tais paradigmas, menciona-se o artigo 119, que ao cuidar do crime de traição, reforça os dispositivos acima referidos pela regra de que a traição contra a Nação também consistirá em tomar as armas contra ela ou em se unir a seus inimigos, seja pela prestação de ajuda, seja por socorro.

A reforma constitucional, por sua vez, é abordada logo no artigo 30, da Constituição, dispositivo segundo o qual é possível reformar o texto no todo ou em qualquer de suas partes, não obstante haja a necessidade de a reforma ser previamente declarada pelo Congresso com o voto de, ao menos, dois terços de seus membros. Não obstante, o dispositivo é claro ao afirmar que a reforma não se efetuará senão através de uma Convenção convocada para esse fim, o que representa, outrossim, incipiente regulamentação ao exercício do poder constituinte originário, ou mesmo exercício de uma suposta função constituinte do poder soberano.

Entrementes, a despeito da titularidade da soberania pela nação, a natureza plural da sociedade e seu reflexo na democracia padece – ou mesmo se beneficia - de referência indireta no artigo 38, cujos termos declaram os partidos políticos como instituições fundamentais do sistema democrático, em que a respectiva criação e exercício de atividades são livres dentro dos termos constitucionais, além de lhes ser garantida a organização e funcionamento democrático, em especial, a representação das minorais, as informações públicas e a difusão de suas respectivas idéias.

No que se reporta ao exercício das funções do poder soberano em si, essas são tratadas em específico na Segunda Parte do texto constitucional, que possui o subtítulo de Governo Federal, a

indicar que o Governo é exercido em conjunto pelas tradicionais três funções do poder soberano, a executiva, a legislativa e a judicial.

O primeiro de seus dispositivos é o artigo 44, segundo o qual se determina que o chamado poder legislativo será exercido pelo Congresso da Nação, cuja composição será bicameral, formada por uma Câmara dos Deputados e um Senado das províncias e da cidade de Buenos Aires. A Câmara será integrada por representantes eleitos diretamente pelo povo das províncias e da cidade de Buenos Aires, conforme assim firma o artigo 45, mas será exigido para a eleição que se porte o *status* político de cidadão em exercício há, pelo menos, quatro anos, com idade mínima de vinte e cinco anos completos, além de ser natural da província que o haja elegido, ou então que nela detenha dois anos de residência, segundo assim determina o posterior artigo 48. Já o Senado, que nos termos do artigos 57, terá o vice-presidente da nação como membro a presidi-lo – e nesse caso, ressalta-se, seu poder de voto apenas será exercido apenas para desempate -, determina o artigo 54 que será composto com representantes das províncias, com três membros para cada e mais três para a cidade de Buenos Aires, todos eleitos de forma direta e conjunta, cujos requisitos de investiduras, de acordo com o seguinte artigo 55, são de possuir trinta anos de idade e, ao menos, seis anos de cidadania, além de desfrutar de uma renda anual de dois mil pesos fortes ou numerário equivalente, como também ser natural da província que o eleja, ou ter, ao menos, dois anos de residência imediata nela. Deste modo, como se observa, há resquício do sistema de voto censitário, que também serve como força apta a minar a concretização do princípio pluralista da democracia, inclusive com maior robustez do que a distinção entre nacionais e cidadãos feita no Brasil.

Já o poder executivo, por sua vez, é tratado pelo artigo 87, que inicialmente enuncia seu exercício por um cidadão investido no título de “Presidente da Nação Argentina”, cujo requisito para a respectiva investidura é haver nascido no território argentino, ou ser filho de cidadão nato caso haja nascido em país estrangeiro, conforme assim preceitua o seguinte o artigo 89, que ainda exige o atendimento dos demais requisitos previstos para exercer a função de Senador.

Por último, o Poder Judiciário é tratado entre os artigos 108 e 119. O primeiro deles firma que será exercido por uma Suprema Corte de Justiça e pelos demais tribunais inferiores estabelecidos pelo Congresso no território da nação. O artigo 111, em específico, estabelece que ninguém poderá ser juiz da Suprema Corte sem haver sido advogado da Nação pelo período mínimo de oito anos, além de atender aos requisitos compatíveis para ser Senador.

Não obstante, conforme se depreende do artigo 116, da Constituição argentina, não há controle de constitucionalidade concentrado no país. De acordo com esse dispositivo, compete à Suprema Corte e aos tribunais inferiores da Nação o conhecimento e decisão sobre todas as causas que versem sobre pontos regidos pela Constituição e pelas leis da Nação, com a ressalva feita pelo inciso 12, do artigo 75, que ao tratar das competências legislativas do Congresso, *a contrario sensu*, permite concluir que o texto constitucional almejou evitar que os tribunais adotassem postura legislativa através do controle de constitucionalidade, circunstância que enfraquece sua natureza de órgão de soberania integrante do governo federal. Entrementes, há segmentos da doutrina, a exemplo de Prada, que sustentam movimento legislativo assimilado pela Corte Suprema de Justiça no sentido de conferir efeitos *erga omnes* a decisão que versem sobre declaração de inconstitucionalidade, sobretudo, em demandas coletivas. Consoante leciona,

Aunque nuestro sistema de control de constitucionalidad es difuso cuando lo ejerce la Corte Suprema de Justicia – como cabeza del Poder Judicial e intérprete final de la Constitución -, adquiere muchas veces una dimensión diferente, más parecida a los sistemas concentrados, pues, si bien sus fallos, no son obligatorios para los tribunales inferiores, sus decisiones tienen una indudable autoridad moral que provoca su seguimiento. Por otro lado, en varias oportunidades los efectos de las decisiones del más alto tribunal de la Nación trascienden a las partes del litigio, precisamente por el carácter institucional de la cuestión involucrada.

En este lineamento, Elena I. Highton se refiere a la tendencia actual de la Corte a reducir su competencia con el propósito de concentrar más su atención en los asuntos institucionales, acercándose al rol de los tribunales constitucionales. Se refiere a los efectos *erga omnes* de algunas sentencias dictadas por ese tribunal durante estos últimos años como outro modo de acercarse al control concentrado de constitucionalidad.

A continuación, me dedicaré a este último punto por su importancia y actualidad. Tal como se adelantó en la introducción de este trabajo, un análisis del instituto del control de constitucionalidad no puede prescindir del estudio de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema. Es cierto que son

vários los pronunciamientos que nuestro tribunal ha dictado con efectos expansivos de la cosa juzgada o, como comúnmente son conocidas, sentencias colectivas o con efectos *erga omnes* (...). (ABÁSLO Ezequiel [et al.], 2012, p. 376).

No mesmo sentido, ainda se apresenta lição de Carnota e Maraniello, para quem a

Argentina en el plano federal muestra un sistema jurisdiccional difuso para controlar la constitucionalidad de las normas, de acuerdo con los lineamientos del derecho sentencial norteamericano.

(...) Suele decirse que el camino procesal a recorrer es por “excepción”, puesto que en el contexto de un pleito una parte agraviada esgrime la incompatibilidad de una norma inferior con la Constitución. Pero si bien nuestro sistema prevé en especial las “acciones puras de inconstitucionalidad”, algunos remdios procesales – como el amparo o la acción declarativa de certeza – suscitan verdaderos “procesos constitucionales”, con lo cual también – dentro de un marco limitado – podría aseverarse que hay control de constitucionalidad por acción. (CARNOTA, Walter [et al.], 2008, p. 52).

Por fim, ressalta-se que a reforma constitucional é tratada exclusivamente pelo artigo 30, segundo o qual a Constituição poderá ser reformada no todo ou em qualquer de suas partes pelo Congresso, que declarará tal necessidade através do voto de dois terços de seus membros, mas que não se efetuará sem uma Convenção convocada para esse fim, em nova aproximação à teoria de uma função constituinte do poder soberano, referida linhas atrás. Também há artigo que prevê a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao texto constitucional.

## **2.º Grupo - Países que permitem a reforma constitucional parcial ou total de seu texto via referendo, além de reconhecer o valor do pluralismo político enquanto princípio fundamental do Estado.**

O segundo grupo é formado pelos países que também reconhecem o valor do pluralismo político enquanto princípio fundamental do Estado, mas que permitem a reforma constitucional total ou parcial via referendo, a exemplo do Chile, cuja Constituição data de 1980. De acordo com esse documento fundamental, além de se reconhecer o pluralismo em seu art. 19, através do art. 129, prevê a possibilidade de reforma constitucional via consulta popular, muito embora de maneira subsidiária, pois condicionada os projetos advindos dos poderes legislativos e executivos, em dadas circunstâncias, à ratificação. Nesse grupo, ainda se insere o Uruguai, cuja Constituição de 1967, reestabelecida pela reforma ocorrida no ano de 1983, em seu art. 331, prevê a possibilidade de reforma total ou parcial de seu texto constitucional via referendo, apesar de, em mitigação ao princípio do pluralismo e à semelhança do que ocorre na Argentina, conceder privilégio à Igreja Católica em seu art. 5.º, desta feita patrimonial. Outros membros são a Costa Rica, Panamá, Honduras e a República Dominicana.

### **Costa Rica**

A Constituição da República da Costa Rica data de 1949, mas permanece relevante ao objeto da presente investigação, pois através de reforma materializada pela Lei n.º 8.281, de 28 de Maio de 2002, nela foi introduzida cláusula que permite a alteração de seu texto via consulta popular.

Sob esse contexto, à semelhança do que sucede com a Argentina, seu artigo 2 declara a soberania como exclusivamente residente na Nação, a implicar o reconhecimento da unidade cultural para o exercício do poder constituinte. O pluralismo político, por sua vez, é reconhecido em seu artigo 95, n.º 7, inobstante o predecessor artigo 75 estabeleça que a religião católica apostólica romana seja a religião oficial do Estado, que assim deve contribuir para sua manutenção, mesmo que não impeça a liberdade de culto ou se oponha ao que chama de “moral universal” e “bons costumes”.

Não obstante, em aparente contradição que se aproxima da Constituição portenha, seu artigo 9 enuncia uma espécie de fonte popular da autoridade, na medida em que classifica o Governo da República como popular, representativo, alternado e responsável, de modo a ser exercido pelos três

poderes, que são distintos e independentes entre si. À luz desses parâmetros, o art. 130 determina que o executivo é exercido pelo Presidente e seus ministros, enquanto o Judiciário, nos termos do artigo 152, é exercido por uma Corte Suprema e pelos demais tribunais estabelecidos por lei, sendo que os magistrados da primeira, consoante firma o artigo 157, à semelhança do que sucede em El Salvador, serão eleitos pela Assembléia Legislativa para mandatos de oito anos (artigo 158), passíveis de reeleição. Ainda cabe a própria corte nomear seu presidente (artigo 160). A competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, contudo, em exemplo do papel político que lhe é conferido, encontra-se no inaugural Título I, pertinente à República, cujo artigo 10 determina que será de competência exclusiva de uma de suas Salas.

O poder legislativo, por fim, é regulamentado a partir do artigo 105, que também cuida da reforma do texto constitucional, conforme redação decorrente da aludida Lei n.º 8.281/02. Esse dispositivo, em sentido oposto ao art. 2, declara que o poder de legislar reside no povo, que delega seu exercício a uma Assembleia Legislativa. Salienda, todavia, que o povo poderá especial e diretamente exercê-lo mediante referendo para aprovar reformas parciais ou totais da Constituição, desde que esse procedimento seja convocado por cinco por cento dos cidadãos inscritos do corpo eleitoral. A reforma também pode ser instalada mediante a aprovação de terça parte dos membros da Assembléia Legislativa, ou por iniciativa do Poder Executivo, nessa hipótese em conjunto com a maioria absoluta dos membros da Assembléia. O referendo, contudo, não terá como objeto matérias orçamentária, fiscal, tributária, monetária, creditícia, de pensões, segurança social, aprovação de empréstimos e contratos de natureza administrativa, mas dependerá da regulamentação de lei aprovada pela terça parte da totalidade dos membros do Legislativo.

Já a Assembléia, em específico, poderá reformar a Constituição total ou parcialmente segundo o procedimento estabelecido no artigo 195 e seus diversos números. Deles, sobressai o 8, que institui a possibilidade de submissão a referendo sancionatório, o qual será obrigatório caso acordem dois terços de seus membros.

Por fim, a reforma total da Constituição, prevista em seu art. 196, somente poderá ocorrer por conduto de uma Assembléia Constituinte convocada para esse fim específico, sendo que a lei responsável por sua convocação depende de quórum especial, este correspondente a dois terços do total dos membros da Assembléia Legislativa, dispensada a sanção do Poder Executivo. Os direitos e garantias individuais são elencados no Título IV, entre os artigos 20 e 74.

## **Panamá**

A Constituição Política da República do Panamá data de 1972, mas a exemplo do texto costarriquenho, sofreu alterações ao longo da década de noventa do século XX, as quais introduziram a possibilidade de sofrer reforma total ou parcial via consulta popular.

Nos termos de seu artigo 2, o poder público somente emana do povo, que o exerce conforme o estabelecido pela própria Constituição, por meio dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário, que, por sua vez, atuam limitada e separadamente, mas em colaboração harmoniosa.

O Executivo é atribuído ao Presidente da República e ministros de Estado (artigo 175), enquanto o Legislativo a uma Assembléia Nacional (artigo 146) composta por setenta e um deputados (artigo 176). Por fim, o Judiciário possui como órgãos a Corte Suprema, os Tribunais e Juízes estabelecidos por lei (artigo 202), sendo que a Corte Suprema, propriamente, é composta por número de magistrados também firmado por lei, que são nomeados para mandato de dez anos mediante acordo do Conselho de Gabinete, com sujeição à aprovação do órgão Legislativo. A cada magistrado corresponderá um suplente (artigo 203). Dentre suas atribuições, cabe a guarda da Constituição (artigo 206, 1).

De acordo com o artigo 124, o Estado prestará atenção especial às comunidades camponesas e indígenas, o que deverá fazer com o fim de promover sua participação econômica, social e política na vida nacional.

Nesse contexto, o pluralismo político é reconhecido pelo artigo 138. Materializa-se através de partidos, que concorrem para a formação e manifestação da vontade popular, ainda que seu regimento estabeleça espécie de cláusula de subsistência, segundo a qual a lei não poderá exigir número superior a cinco por centos dos votos válidos das eleições relativas para Presidente, Deputados, dentre outros cargos eletivos.

Todavia, à semelhança do que sucede em outros países, o art. 35, apesar de garantir a liberdade de culto, restringe-a ao respeito obrigatório à moral cristã e à ordem pública, sobretudo ao reconhecer que a religião católica é a da maioria dos panamenhos, em mais um exemplo de mitigação do pluralismo, ao menos em sua dimensão social. Os direitos individuais e sociais são reconhecidos no Título III, entre os artigos 17 e 130.

No que se reporta ao processo de reforma constitucional, o artigo 313 é responsável por lhe regulamentar. Segundo seus termos, a iniciativa corresponde à Assembléia Nacional, ao Conselho de

Gabinete ou à Suprema Corte de Justiça, circunstância que apenas corrobora o papel do órgão judicial no Governo. Em rito complexo, nos termos de seu número 1, necessita-se da aprovação da maioria dos membros da Assembleia Nacional em três debates, que deverá ser publicado na Gazeta Oficial e transmitido pelo Órgão Executivo à Assembleia dentro dos primeiros cinco dias das sessões ordinárias seguintes à instalação da Assembléia Nacional eleita nas últimas eleições gerais, desde que em sua primeira legislatura haja sido debatido e aprovado sem modificação.

Já o número 2, contudo, regulamenta procedimento diverso, este consistente na aprovação em três debates pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional em uma legislatura, desde que são igualmente aprovado pela maioria absoluta de seus membros na legislatura seguinte. Nessa hipótese, o texto da legislatura anterior poderá ser alterado, em circunstância que implicará, além da publicação da Gazeta Oficial, a submissão a consulta popular mediante referendo, cuja data será estabelecida pela Assembléia em interstício que não seja inferior a três meses nem superior a seis, contado da aprovação do Ato Constitucional pela segunda legislatura.

Por fim, o artigo 314 permite a adoção de uma nova Constituição, desde que através de uma Assembléia Constituinte Paralela, que poderá ser convocada por decisão do Órgão Executivo, ratificada pela maioria absoluta do Órgão Legislativo, ou então pelo Órgão Legislativo, desde que com o voto favorável de dois terços de seus membros. Mas não apenas. Também autoriza a iniciativa cidadã, a qual deverá ser acompanhada pelas assinaturas de, pelo menos, vinte por cento dos integrantes do Registro Eleitoral correspondente ao dia 31 de Dezembro do ano anterior à solicitação. Após a instalação da Assembléia Constituinte, ela poderá reformar o texto constitucional total ou parcialmente, mas em nenhum caso as decisões que adote terão efeitos retroativos, nem poderão alterar os mandatos eletivos. O novo texto constitucional deverá ser ratificado via referendo convocado pelo Tribunal Eleitoral entre três e seis meses contados da data de sua publicação no Boletim do Tribunal Eleitoral.

## **Chile**

Conforme exposto, a grande maioria dos países da América latina é regida por textos constitucionais jovens, posteriores a 1980, salvo pequenas exceções, a exemplo de México e Uruguai, cujas Constituições datam, respectivamente, de 1917 e 1967, não obstante hajam sofrido diversos processos de reforma ao longo dos anos. No que condiz especificamente aos países sul americanos de

ascendência latina, afere-se que o segundo texto mais antigo pertence à República do Chile, vigente desde 1980. Esse dado histórico, mais do que simples ilustração, não pode ser desconsiderado quando de sua análise. Isso porque, à semelhança do texto constitucional do Peru, a atual Constituição chilena não foi promulgada em período de transição para um regime democrático, diferentemente do ocorrido com a grande maioria dos países do continente nas últimas décadas. O início de sua vigência, em verdade, data de período de reafirmação autoritária, quando o país se encontrava sob a égide do regime político conduzido por Augusto Pinochet.

Essa circunstância, aliás, conduziu a questionamentos no país, especialmente sobre real a capacidade de a Constituição harmonizar-se aos valores democráticos da sociedade chilena contemporânea, uma vez que seu texto necessitou passar por diversas reformas no decorrer do período de redemocratização pós período autocrático. Consoante leciona Egaña,

Durante el régimen militar fue concebido, redactado y puesto en vigencia, aunque solo parcialmente, el cambio constitucional más grande que Chile ha tenido desde 1983. Imaginada por civiles enclavados en ese régimen *de facto*, debatida casi a puertas cerradas en la comisión de estudio de un *anteproyecto*, después despachada como *proyecto* en el Consejo de Estado y, definitivamente, aprobada con hermetismo en la Junta de Gobierno y sus asesores, nació la Carta Fundamental de 1980. Se la llevó a un referéndum con toda razón criticable, al punto de herir a fondo y hasta hoy su legitimidad de origen. Puesta en vigencia por partes y a punto de colapsar tras el plebiscito en que el general Pinochet fuera derrotado el 5 de octubre de 1988, experimentó los primeros cincuenta y cuatro cambios en 1989, purgándose de sus peores ribetes autoritarios. (EGAÑA, 2016, p. 246).

Esse autor, inclusive, ao abordar a classificação da Constituição quanto a rigidez, acentua que esse conceito doutrinário seria meramente formal, pois o grande volume de reformas em busca de eliminar os traços autoritário do regime anterior demonstraria que a Constituição chilena, em verdade, poderia ser classificada como flexível. Conforme leciona,

La doctrina, en general, coincide en que la Constitución de 1980, y sus treinta y ocho reformas, es de carácter rígido, por los elevados quórum que se requieren para aprobar las enmiendas, es decir, dos tercios o tres quintos, según el capítulo cuyos preceptos se modifican, de los parlamentarios en ejercicio. Pero, repetimos, tal observación se limita a formular una crítica formal, hecha con base nada más que en el texto, siendo suficiente para desestimarla tener presente que la Constitución vigente ha sido modificada en numerosas oportunidades, erigiéndose en la que más cambios ha experimentado en el tiempo que ha regido. Verdaderamente, puede sostenerse que es la Carta Política más modificada del mundo democrático en la actualidad. Con énfasis aún mayor decimos que dicha alegada rigidez no ha impedido eliminar todos los enclaves autoritarios que lastraban al texto original, reemplazando la idea de Derecho y de legitimidad política autoritaria por otra democrática. (EGAÑA, 2016, p. 234).

O conflito que emerge da necessidade de adaptar o texto constitucional aos valores democráticos da sociedade, - a exemplo do pluralismo político albergado em seu artigo 19 -, frente os limites formais e materiais impostos por seus próprios mecanismos de reforma, propiciou o surgimento de debate sobre a necessidade de se realizar uma nova constituinte no país, processo atualmente em curso. Consoante ressaltam Falcón, Puelma, Fariás, Hales y Santander sobre a questão,

En los últimos años hemos sido testigos del avance de una de las demandas históricas y más sentidas del pueblo chileno, esto es la elaboración de una nueva Constitución que se construya en democracia y, por ende, reemplace a la constitución de 1980. El cambio de la Constitución de 1980 es necesario no solo por el origen espurio de la misma, otorgada bajo el império de una de las dictaduras cívico militares más cruentas del continente, sino también porque su contenido ha sido el freno más importante para la construcción de un Estado Social y Democrático de Derechos. (FALCÓN, Jaime Gajardo [et al.], 2018, p. 21).

Não obstante, há posicionamentos em sentido contrário à constituinte, como o defendido por Egaña ao discorrer acerca da possibilidade de um documento que, mesmo se concebido à revelia dos princípios democráticos e dos titulares do poder constituinte, pode tornar-se legítimo em razão de seu progressivo aceite, interpretação e cumprimento de preceitos pelo povo por si regido; e que ao assim se comportar, simultaneamente vem a se tornar, além de destinatário, o próprio corpo que lhe confere validade enquanto documento fundamental. Consoante destaca,

Si una Constitución surgió ilegítimamente en *gobierno de facto*, pero há sido aplicada, es obedecida y registra numerosos cambios que le han infundido legitimidad de ejercicio, pensamos que se vuelve inentendible abogar por su reemplazo o sustitución entera. Tal pretensión parte de un supuesto, es decir, el cual se está ante hojas de papel en blanco, disponible para escribir lo que se quiera. Es voluntarismo simplificador de esencia ideológica, prescindente del pretérito, del presente y del porvenir de los disidentes, que pueden ser muchos. Nunca en la historia tricentenaria del constitucionalismo tal pretensión ha culminado con éxito. (EGAÑA, 2016, p. 229/230).

Foi sob esse contexto de debates, aliás, que o próprio artigo inaugural da Constituição chilena foi objeto de mudança redacional. Em alteração patrocinada pela Lei de Reforma Constitucional n.º 19.611, de 16 de Junho de 1999, atribuiu-se valor afirmativo – senão ativista – ao seu enunciado, mediante a substituição do termo “homens” por “pessoas”. O texto originário, quando de sua promulgação, declarava que “os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A partir dessa reforma, porém, a amplitude do artigo 1.º passou a ser relacionada às pessoas, independente de questões de gênero ou origem, de modo a lhes garantir maior liberdade e igualdade em dignidade e direitos, bem como expressar que o Estado reconhece e ampara os grupos intermediários, para assim possibilitar que gozem da adequada autonomia de que necessitam para atingir seus fins específicos. A redação do dispositivo, de evidente natureza pluralista, ainda ressalta que a sociedade se organiza e estrutura através desses grupos. Conforme será abordado no decorrer deste capítulo, mensagens afirmativas de natureza redacional semelhantes também foram adotadas por outros textos constitucionais latino-americanos.

O artigo 1.º também expressa outra regra de natureza dirigente, correspondente à determinação de que o Estado permaneça a serviço da pessoa humana, uma vez que esse dispositivo igualmente considera ser finalidade do ente estadual a promoção do bem comum. Para a efetivação desse objetivo, ainda firma regra genérica e fortemente subjetiva, no sentido de que o Estado preste sua contribuição através da criação de condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional, a maior realização espiritual e material possível.

Adiante, em reforço ao primado do povo como fonte e destino do poder, a Constituição chilena não apenas declara em seu artigo 3.º que o Estado é unitário e composto por órgãos que promoverão o fortalecimento da regionalização do país, mas também que deverá patrocinar o desenvolvimento equitativo e solidário entre as regiões, províncias e comunas do território nacional. O texto constitucional também robustece o princípio democrático no seguinte artigo 4.º, o que faz mediante a declaração expressa de que a república é democrática. Importa ressaltar, porém, que a declaração do princípio democrático antecede o próprio reconhecimento da titularidade da soberania, cujo primeiro regramento correlato na Constituição somente emerge no subsequente artigo 5.º, que em resquício autoritário próximo às fórmulas argentina e costa-riquenha, é responsável por indicar a Nação como sua titular. Afinal, dito reconhecimento, apesar de sugerir harmonia com os princípios anteriores, na hipótese de literal interpretação do comando normativo em que se alberga, pode conduzir à idéia potencialmente restritiva da natureza pluralista expressa no artigo 1.º, assim como à garantia veiculada pelo comando do artigo 19, n.º 5, em aparente conflito normativo que, como aludido, evidencia a origem autoritária do texto. Com efeito, ao expressar que a Nação é a titular da soberania, o artigo 5.º tende a tratar o povo enquanto unidade subjetiva de valores e cultura, *status* que é indubitavelmente distinto de uma acepção de povo enquanto unidade política estadual. Não é por outra razão, aliás, que Falcón, Puelma, Fariás, Hales y Santander lecionam que

(...) Esto significa que el pueblo ejerce la soberanía en nombre de la Nación y lo hace como comunidad concreta y está restringido al papel de mero elector cada cierto período. La nación en la construcción lógica de ésta norma constitucional, antecede al pueblo como expresión única, obligándonos a desentrañar el significado de Nación que afirma como nido de la soberanía. La nación no es una categoría que se reconozca como titular de derechos, de hecho, nadie afirma en doctrina que el titular colectivo de la potestad

constituyente es la Nación. La Nación tampoco concurre a votar. Es más bien una noción abstracta de lo que es la chilenidad y, en opinión de la Constitución, es ella esta comunidad imaginada, la encargada de delegar el ejercicio de la soberanía al pueblo. Conviene observar que la Constitución termina reconociendo al pueblo como el titular para ejercer el derecho de sufragio y no la Nación, que es donde ha radicado la soberanía. Lo anterior, no es una cosa semántica sino más bien una construcción inventada para, en nuestra opinión, disminuir el protagonismo conceptual y práctico del pueblo, basado seguramente en un prejuicio e incluso desprecio aristocrático. Se refuerza este planteamiento si añadimos a ello el hecho que la Constitución establece que las autoridades que el pueblo elige, no lo representan, sino que también ejercen la soberanía que se encuentra radica en la Nación. En consecuencia, es natural pensar que dichas autoridades, en consideración del constituyente, no tienen razón alguna para rendirle cuentas a sus electores. Se concluye de esto, que la función del pueblo, es solo elegir esas autoridades y, como función instrumental, no tiene mayor alcance que ello. Es por esto que, para cambiar la forma jurídica del Estado, para resignificar el contenido de la democracia actual en donde la subsidiariedad se manifiesta en la plasmación de los derechos políticos, necesariamente debemos reconocer al verdadero soberano y otorgarle las herramientas para su pleno ejercicio. (FALCÓN, Jaime Gajardo [et al.], 2018, p. 44/45).

Em mais um traço revelador de contradição indicativa da mencionada promulgação do texto sob a égide de um Governo autoritário e do processo de redemocratização pelo qual passou, o mesmo artigo 5.º também reconhece que a soberania, a despeito de precipuamente titularizada pela Nação, será exercida pelo povo através de instrumentos diversos, dos quais menciona, como exemplo, o plebiscito e as eleições periódicas. Mas não apenas. Também firma que será exercida em caráter representativo, desta feita através das autoridades enunciadas pela própria Constituição em seus demais dispositivos. O artigo 5.º ainda robustece o princípio democrático, intrínseco à acepção constitucionalista da soberania, o que faz mediante a estipulação de garantias à teoria da tripartição dos poderes. Isso porque, segundo enuncia, a nenhum setor do povo, nem indivíduo, poderá se atribuir

o exercício concentrado ou exclusivo da soberania, regra que evidentemente intenta coibir a indevida concentração de autoridade. Certo, porém, é que o dispositivo finda por albergar não apenas um primeiro limite restritivo para o exercício da soberania, consubstanciado na sua titularidade pela nação ao invés do povo – embora este a exercite -, mas também um outro limite de natureza constitucionalista, este afirmativo, correspondente ao indicado respeito ao princípio democrático e à tripartição dos poderes, além da determinação de que a soberania seja atrelado ao respeito aos direitos fundamentais tidos como indissociáveis à natureza humana, conforme assim consta ao fim de sua redação.

A Constituição, em seguida, reforça sua posição de norma suprema do ordenamento jurídico pela regra albergada em seu artigo 6.º, o qual declara a possibilidade de imposição de responsabilidades e sanções a serem determinadas por lei quando seus preceitos restarem violados, comando que pode ser interpretado como precípua e implícita autorização ao direito de resistência, nada mais que uma forma de combate contra sua mitigação. Afinal, consoante discorre Martínez,

Es oportuno recordar que el fin principal de la división de poderes es evitar la concentración del mismo y, por consiguiente, la tiranía. De manera que si las facultades y competencias del Poder Ejecutivo se incrementan, correlativamente debe incrementarse la función contralora del Parlamento. Solo así se encontrará un nuevo balance en el sistema de pesos y contrapesos que caracteriza al sistema democrático constitucional.

Por regla general, la función creadora del Congreso Nacional se verá reflejada en la ley; pero otras veces, en forma excepcional, el mismo órgano tomará otra naturaleza jurídica, y titulará se actuar como Poder Constituyente; en este caso, su decisión será la creación, suspensión o modificación de un precepto constitucional. (MARTÍNEZ, 2014, p. 127).

Já a nacionalidade e a cidadania são tratadas no Capítulo II. Enquanto a primeira tem normas de aquisição originária e legal veiculadas pelo artigo 10, bem como hipóteses de perda firmadas no seguinte artigo 11, a cidadania, por sua vez, é abordada em específico pelo artigo 13, que à semelhança de outros países, declara como cidadãos os chilenos que hajam cumprido dezoito anos de idade e que não tenham sido condenados ao que nomeia de pena afliativa. Não obstante, como em

diversos Estados sul-americanos, o dispositivo ainda vincula a cidadania ao exercício de direitos políticos, em especial, o direito de participar de sufrágios, sobretudo pelas faculdades de votar ou ser votado. O subsequente artigo 14 estende o direito de sufrágio a estrangeiros radicados no país, desde que cumpridos alguns requisitos, muitos deles temporais. Em seguimento, os artigos 16 e 17 cuidam, respectivamente, das causas de suspensão e perda da cidadania, com evidentes consequências para o exercício dos direitos políticos e participação no processo sufrágio, sobremaneira por relacioná-las à perda e suspensão da capacidade civil ou aos efeitos advindos de condenação penal. Por fim, mencionam-se os artigos 47, 48, 49 e 50, que apesar de se encontrarem no Capítulo V, destinado ao Congresso Nacional, implicam repercussão sobre o conceito de cidadania ao traçarem regramentos específicos para se galgar à posição de membro de cada uma de suas casas, que são a Câmara dos Deputados e o Senado.

No que condiz ao sufrágio em si, ele é objeto das primeiras regulamentações constitucionais através dos artigos 15 e 18. Na medida em que o primeiro institui norma procedimental ao determinar que o sufrágio somente poderá ser convocado para as eleições e plebiscitos expressamente previstos pela Constituição, o segundo, para além de traçar regramentos gerais sobre a organização do sistema, estabelece que uma lei orgânica constitucional será a responsável por cuidar da forma como serão realizados os processos eleitorais e plebiscitários em tudo aquilo que não for diretamente previsto pela própria Constituição.

É nesse contexto, ressalta-se, que o princípio do pluralismo político, indissociável ao primado da democracia, emerge com mais força, não obstante sua adoção pelo texto constitucional durante certo período provavelmente haja portado alguma expressão demagógica, posto que já constava desde a redação original do texto, promulgado em 1980, o qual, reitera-se, foi confeccionado sob a égide de um regime autoritário. O pluralismo, por força do artigo 19, n.º 15, alberga-se e materializa-se em comando que considera inconstitucionais os partidos, movimentos, ou outras formas de organização, cujos objetivos, atos ou condutas não respeitem os princípios básicos do regime democrático e constitucional, ou mesmo procurem o estabelecimento de um sistema totalitário. A regra também repudia aqueles que façam o uso da violência, proponham-na ou a incitem enquanto método de ação política. O dispositivo, por fim, estabelece a competência do Tribunal Constitucional para declarar essas eventuais inconstitucionalidades correlatas.

Traçados os regramentos básicos da democracia, a Constituição, como não poderia deixar de ser, vez que representa uma de suas próprias razões existenciais, cuida da composição do Governo.

Nesse ponto, por força da interpretação sistemática de seus diversos dispositivos, afere-se que o Governo necessariamente deverá apresentar traços pluralistas, sobretudo por ocasião do já referido regramento instituído pelo artigo 5, segundo o qual, a despeito de precipuamente afirmar que a soberania reside na Nação, reconhece que é o povo quem a realiza, inclusive através das autoridades estabelecidas pela própria Constituição.

Não se pode deixar de mencionar, todavia, em mais uma exemplificação da origem autoritária do texto constitucional, que em seu Capítulo IV, ao cuidar do Governo em concomitância com a Administração do Estado, nos termos do artigo 24, estabelece-se que ambos correspondem ao Presidente da República, dispositivo que também o declara Chefe de Estado. Adiante, em previsão albergada no artigo 32, integra-se entre suas atribuições, a competência para concorrer na formação das leis conforme os termos da Constituição, bem como sancioná-las e promulgá-las, além de convocar plebiscitos. Já de acordo com o subsequente artigo 33, o Governo ainda contará com a colaboração dos Ministros de Estado. Por último, menciona-se o artigo 64, segundo o qual o Presidente da República poderá solicitar ao Congresso Nacional poderes para expedir disposições com força de lei durante prazo não superior a um ano, cujo objeto são matérias que correspondam ao domínio normativo, exceto quando versem sobre nacionalidade, cidadania, eleições e plebiscito, ou caso atinjam atribuições inerentes ao legislativo e judiciário, salvo, naturalmente, as exceções constitucionalmente previstas. Como se percebe, essa restrição constitucional do Governo a um órgão - a presidência da república -, caracteriza mais uma das contradições do texto chileno, circunstância que o transforma em objeto de crítica por parte de integrantes da doutrina local, que defendem a amplitude de sua concepção mediante interpretação sistemática e histórica e, com isso, a forma de melhor adequá-lo ao princípio democrático e seu viés pluralista, ambos albergados no próprio texto constitucional, tal como visto linhas atrás. É nesse sentido, aliás, a observação traçada por Martínez, para quem,

De acuerdo con lo que ya hemos dicho sobre el tema de este epígrafe, y como se expresa en su título, resulta de gran importancia indicar que cuando nos referimos al régimen de Gobierno, se busca expresar que “tal régimen es comprensivo de todos los órganos constitucionales y no únicamente del Presidente de la República, los ministros y la administración del Estado, central o descentralizada”. Lo que muchos señalan es que la

fórmula propuesta por la Constitución resulta demasiado restringida a lo que en realidad es el gobierno, y en tales términos este termina siendo “orgánica y funcionalmente un concepto aplicable nada más que al mal denominado Poder Ejecutivo”.

En opinión de José Luis Cea, el concepto amplio de gobierno que él sustenta tiende a ser resisitido, pero este autor insiste y argumenta que “tal concepto es el correcto, porque en el gobierno de la sociedad estatal participan todos los organismos que, según la Carta Fundamental, ejercen la soberanía, desde el Cuerpo Electoral siguiendo el Congreso, la Judicatura, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y el Banco Central, entre otros. El asunto, por ende, tiene que ser resuelto según principios democráticos sustantivos y no quedándose en designios del presidencialismo reforzado”.

El Capítulo IV de la Carta Constitucional se ocupa del tema del **gobierno y** como se hizo notar precedentemente, básicamente en torno al Presidente de la República. Es un acápite extenso en cuanto a sus numerales como a las materias que resultan vinculadas.

Una de las razones de tal situación es que nos encontramos frente a un presidencialismo reforzado, lo que lleva a que la gestión del Primer Mandatario se cruce con otros temas. Lo dicho se debe a que “el constituyente de 1980 reconoció en el Presidente de la República, conforme a la evolución constitucional a partir de la Carta de 1833, la figura central del Estado y máxima de la administración central y descentralizada, no restringiéndolo a meras atribuciones de ejecución de la ley. La Constitución, la práctica gubernativa y la doctrina coinciden en reconocer a esta alta magistratura poderes reglados y discrecionales, expresos e implícitos de actuación, que le permiten ejecutar la ley y administrar el Estado, es decir, adoptar medidas de bien público con la sola limitación de hacerlo dentro de la Constitución y las leyes, de modo que satisfaga el bien común de manera continua, permanente e ininterrompidamente”. (MARTÍNEZ, 2014, p. 34/35).

Como se percebe, a concentração de competências na função executiva do poder soberano conduz a paradoxo que se revelará comum às Constituições latino-americanas, consubstanciado pelo conflito entre a desproporcional distribuição de atribuições e o princípio democrático para o exercício do poder, fenômeno denominado de hiperpresidencialismo pela doutrina desses países ou, consoante assim classifica Martínez sob o contexto chileno, presidencialismo reforçado. De acordo com esse autor,

En comparación con la Constitución de 1925, en el texto actual el Presidente está dotado de mayores atribuciones y, en razón de ello, se dice que nuestro gobierno es un presidencialismo reforzado. Las nuevas atribuciones que se le otorgan fueron, entre otras: el aumento de las facultades de iniciativa exclusiva del Jefe de Estado en materias legislativas, la reducción de los trámites sobre el procedimiento formativo de la ley, atribuciones en la aplicación de los estados de excepción y en el procedimiento de aprobación de los tratados internacionales.

Debe tenerse en cuenta que “en Chile la política ha sido y seguirá siendo conforme al sistema según el cual el Presidente de la República es el líder durante su mandato, dependiendo exclusivamente de él y de su prudencia la realización de su política interna y externa, conforme se presenten las circunstancias”. (MARTÍNEZ, 2014, p. 36).

No que se reporta à função legislativa do poder soberano, ela é abordada pelo artigo 46, que cuida do Congresso Nacional. Consoante seus termos, harmônicos ao princípio democrático, o Congresso é composto por duas casas, sendo uma Câmara dos Deputados e um Senado Federal, cujos membros deverão ser eleitos via sufrágio entre as pessoas que gozem dos direitos de cidadania definidos pelo já analisado Capítulo II, além de outros enunciados pelos artigos 47, 48, 49 e 50. Nesse ponto, porém, deve-se ressaltar que a Constituição, muito embora em alguns dispositivos, conforme visto, literalmente restrinja a concepção de Governo às competências exercidas pela função executiva, a exemplo do igualmente analisado artigo 24, em razão das diversas reformas patrocinadas desde sua promulgação com o intuito de enfraquecer a natureza autoritária de seu texto e adaptá-lo à contemporânea acepção democrática do constitucionalismo, possibilitou o advento de novos paradoxos

hermenêuticos, sentidos, inclusive, pelo segmento da doutrina precipuamente fiel à literalidade de alguns de seus dispositivos. É o que anotam autores como o multicitado Martínez, que apesar de vincular o exercício do Governo ao executivo, reconhece a essencial e preponderante natureza representativa que o Legislativo possui em relação aos exercentes do poder soberano e, por conseguinte, do processo legislativo para a materialização das condutas do Estado. É embaraçado nesse conflito entre a literalidade de trechos do texto constitucional que restringem a amplitude do conceito de Governo e a necessária incorporação de funções legislativa para seu exercício, especialmente no decorrer do período transição democrática e seus valores pluralistas, que a participação na confecção das leis é apresentada como função governamental. Conforme discorre,

La función legislativa o de creación de normas jurídicas es realizada por medio del Parlamento, como órgano representativo de la voluntad ciudadana. La función esencial del Congreso es emitir leyes, la cual constituye la función por antonomasia de los parlamentarios. Por esta razón, tradicionalmente, a esta institución se la ha conocido como Poder Legislativo.

Esta función se logra de forma autárquica o coparticipando con otros poderes o iniciativas; es decir, funcionando como Poder Constituido. El gobierno se ha atribuido una parte importante de la legislación en la fase de la iniciativa, independientemente de que intervenga en el proyecto de discusión a través de indicaciones, del derecho a veto, o de su participación indirecta a través de los parlamentarios afines a él. De esta forma, la función legislativa ha pasado, poco a poco, del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Sin perjuicio de lo anterior, hoy es el Parlamento el que dice la última palabra en la aprobación de las leyes, pero gran parte de las leyes presentadas por el Ejecutivo al Parlamento son solo puestas en su conocimiento; es decir, simplemente son “ratificadas” según las correspondientes reglas del mecanismo parlamentario.

**(...)**

El Congreso, como órgano constitucional, no restringe sus funciones a la creación de la normativa vigente de un Estado. En él, además, se ve reflejado el concepto de *representación popular*, concepto que “... se desarrolló

solamente a partir de los siglos XVII y XVIII". Dicho sistema, ante la imposibilidad de repetir la democracia directa, encuentra dos requisitos fundamentales para su existencia: "... permitir que unos pocos tomaran las decisiones que afectarían a muchos y, simultáneamente, que existiera algún vínculo entre aquellos pocos y estos muchos, capaz de dar legitimidad a las decisiones adoptadas por los primeros, legitimidad que en último término sólo podía provenir de la voluntad del pueblo.

De los organismos que ejercen las funciones estatales, el Legislativo es, por antonomasia, el más político y representativo de todos. El Parlamento es un universo pleno de diversas manifestaciones humanas, en el cual tiene lugar no solo la discusión, la denuncia y el control, sino también la dirección y la representación política. A través del Parlamento, el sistema político democrático permite integrar a todas las fuerzas políticas significativas que acepten los procedimientos y principios básicos de la democracia, donde las diferencias se resuelven utilizando la razón y la regla de las mayorías, y no la imposición por la fuerza o el exterminio de los adversarios, representándose en este las diversas opiniones de la sociedad.

Siguiendo esta línea de reflexión, como en el Parlamento es donde debe asegurarse y garantizarse una participación adecuada de las minorías en sus diferentes ámbitos de acción, no se debe olvidar el artículo 1º, incisos final, de la Constitución que establece el deber del Estado de promover "la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. (MARTÍNEZ, 2014, p. 126/127).

As raízes históricas no processo de redemocratização do Chile que se consideram indissociáveis para a integração da função legislativa na concepção do Governo nesse país também são indicadas por Martínez, muito embora sem esse objetivo específico. Para si,

Como lo han reconocido numerosos constitucionalistas, el sistema bicameral impide el depotismo del Parlamento, peligroso no solo por ser despotismo,

sino porque implica una tiranía colectiva y por ende, irreponsable. Para evitar estos peligros, la división del cuerpo legislativo en dos Cámaras parece el medio más adecuado;

(...)

Una segunda Cámara, constituida de una manera diferente, que tienda a asegurar su idoneidad, sirve como freno contra una legislación apresurada e irreflexiva y conduce a una consideración serena y cuidadosa de los proyectos. Es cierto que podría provocar la lenitud legislativa, pero ello se puede salvar por medio de la agitación de los procedimientos y de una adecuada integración técnica de las comisiones, de modo que los asuntos que está llamada a considerar sean el producto de un estudio consciente y responsable, con lo cual se logra el propósito de que la función legislativa tenga la dinàmica que la consideración de los problemas actuales requiere;

(...)

La actual Constitución en su versión originaria eliminó el bicameralismo igualitario en sus aspectos estructurales, al establecer el quiebre del principio de independencia jurídica recíproca del Ejecutivo y Legislativo. Lo anterior se debe a la facultad del Presidente de la República para disolver la Cámara de Diputados (artículo 32 N° 5) como, asimismo, al hecho que el Senado estuviere integrado por miembros que no provienen directamente de una elección democrática, sino de designaciones de otros órganos que limitan su autonomía estructural (artículo 45). De estos dos aspectos, el primero fue corregido por la Reforma Constitucional de 1989 (Ley de Reforma Constitucional N° 18.825), que elimino la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados por una vez durante el período presidencial. Y el segundo fue suprimido por la Ley 20.050 de Reforma Constitucional. (MARTÍNEZ, 2014, p. 130/131).

Outra evidência para sua integração na concepção de Governo condiz com os poderes que o Legislativo detém para a fiscalização e julgamento do Executivo, ao ponto de poder destituir seu mandatário, não obstante a Constituição chilena, tal como no mencionado artigo 24, em seus artigos

52, 1; e 53, 1, refira-se à fiscalização dos atos do Governo, como se nele o Legislativo não estivesse inserido. Consoante mais uma vez leciona,

Esta institución tiene sus orígenes en los sistemas políticos de gobierno parlamentario, donde el Jefe del Gobierno tiene su origen en el propio Parlamento y, por lo tanto, le debe rendir cuentas periódicas ordinarias y extraordinarias de su gestión a dicho órgano, y ante el cual es responsable políticamente. El Parlamento puede hacer efectiva la responsabilidad del Jefe de Gobierno por medio de interpelaciones directas a este, como a los ministros miembros del Gobierno, y en caso de considerar no conveniente la gestión del Gobierno, puede solicitar una moción para que se vote la confianza del Parlamento al Gobierno, que de prosperar, en definitiva hace que este último caiga. También la moción de confianza puede tener un efecto relativo solo a un miembro del gobierno, caso que puede significar la salida únicamente de ese ministro, o del Gobierno completo según su costumbre constitucional.

En los sistemas presidenciales, en cambio, la figura preeminente es el Presidente de la República, pero igual presenta responsabilidades de sus actos tanto ante otros órganos del Estado como ante los ciudadanos que le confirieron su mandato, y por lo tanto se han habilitado diversos sistemas para hacer valer dicha responsabilidad.

En Chile, la acusación constitucional, o el mal llamado juicio político, fue establecida por la Constitución de 1833, y fue tomada del artículo I, sección 3° de la Constitución de Estados Unidos de 1787. Esta norma dispone que el Senado tendrá el derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales. El efecto que produce acoger la acusación es la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado, de Estados Unidos. No obstante, el condenado que sujeto a que se le acuse, juzgue y condene con arreglo a derecho. (MARTÍNEZ, 2014, p. 159).

Já a função judiciária do poder soberano é a única cuja nomenclatura de capítulo adotada pela Constituição é grafada sob a expressão “poder”, em mais uma evidência explícita da desarmonia técnica de seu texto decorrente das necessárias reformas patrocinadas durante o período de redemocratização. A regulamentação do Judiciário ocorre no Capítulo VI, entres os artigos 76 e 82. Certo, porém, é que, enquanto função do poder soberano, a função judicial igualmente integrará o Governo em razão de interpretar, aplicar e, conseqüentemente, materializar os dispositivos da Constituição através da força de suas decisões, sobretudo ao lhe preservar a condição de norma ápice do ordenamento jurídico. Martínez, que conforme visto, não se desvincula totalmente da literalidade de alguns dos dispositivos constitucionais que restringem a amplitude do instituto do Governo ao exercício do Executivo, salienta o papel que o Judiciário porta para a condução da vida pública e privada da sociedade. Conforme leciona,

Lo primero que hay que decir al respecto es que una Constitución sin un sistema tendiente a velar por su respeto y efectivo cumplimiento no es más que una simple declaración de buena voluntad. Los derechos que no **van** acompañados de una efectiva garantía judicial es como si no existieran. Asimismo, la Constitución vive en tanto que los jueces la aplican; si no, muere. De esta forma, se puede afirmar que la exigibilidad de la justicia constitucional ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático.

La idea de la jurisdicción constitucional está vinculada íntimamente con la intención de velar en forma efectiva por la supremacía constitucional y de solucionar, aplicando criterios jurídicos, los conflictos constitucionales que surjan entre los órganos estatales supremos. El derecho constitucional sustantivo establece la justicia constitucional, fijando especialmente su sentido. Esta tarea puede complementarla posteriormente la ley; por ejemplo, especificando el procedimiento. (MARTÍNEZ, 2014, p. 295).

Egaña igualmente salienta o papel do Judiciário nesse aspecto, sobretudo ao se reportar ao fenômeno da mutação constitucional e, naturalmente, as alterações das diretrizes do Estado que isso implica. Segundo aduz,

Por otra parte, hablamos de *mutación constitucional*, cuando el sentido de una norma fundamental cambia, sin que haya sido alterado el texto de ella. La mutación, básicamente, está motivada por la práctica política, modificándose la interpretación de la norma constitucional sin que el Poder Constituyente derivado haya intervenido. ¿Quién practica la mutación de los hechos que van creando Derecho y terminan siendo reconocidos por la jurisprudencia constitucional? Esta actitud de los jueces es sensible, desde luego, a la renuencia de la clase política a cambiar la Constitución y, en pugna con ello, al imperativo de ajustar el texto del Código Político a los requerimientos que provienen de la sociedad. (EGAÑA, 2016, p. 232)

O mais alto tribunal ordinário do país é a Suprema Corte, cuja composição, nos termos do art. 78, será de vinte e um ministros, todos nomeados pelo Presidente da República após a eleição de uma lista de cinco membros advindos de integrantes da advocacia e magistratura. Mesmo nesse ponto, apesar de não ser obrigatório o respeito a quaisquer critérios de pluralidade, o princípio democrático se faz presente de forma indireta, uma vez que, para a composição do órgão, é obrigatória a participação do Senado durante o processo de investidura.

O Chile também é dotado de um Tribunal Constitucional, cuja regulamentação encontra-se albergada no art. 92, da Constituição, em Capítulo próprio, como se a princípio fosse ele um órgão externo ao Judiciário, em correspondência à teoria defendida por Kelsen<sup>208</sup>. Martínez também apresenta justificativa histórica para essa circunstância. Segundo discorre,

Históricamente, el Tribunal Constitucional nace a la vida jurídica chilena como consecuencia de la negativa por parte de la Corte Suprema de asumir

---

<sup>208</sup> Consoante assim alude Martínez.

(...) Em Chile, se sigue predominantemente el modelo europeo en cuanto a que la justicia constitucional se confía a un tribunal constitucional independiente de cualquier otra autoridad estatal, existiendo un estatuto constitucional del tribunal que define su organización, funcionamiento y atribuciones. “Este modelo judicial de control de la supremacía constitucional (fue) ideado por Kelsen a principios del siglo XX”. Ello supone la inclusión de las disposiciones necesarias en la misma Constitución, así como la autonomía estatutaria administrativa y financiera de la institución, y garantías de independencia para sus miembros. Las primeras constituciones democráticas que surgieron después de la Primera Guerra Mundial se hicieron rígidas, a modo de impedir su fácil reforma por las mayorías gobernantes y, de otro lado, comienza a debatirse sobre la posibilidad de controlar las leyes aprobadas por el Parlamento. El Tribunal Constitucional viene a ser considerado como una alternativa posible de una última instancia racional y objetiva de respeto del juego político según las reglas establecidas por la Constitución.

Pero a diferencia de lo que pasa en los países europeos, en donde los conflictos relacionados con materias constitucionales son resueltos por estos tribunales especiales, el Tribunal Constitucional chileno no puede conocer de acciones cautelares, acciones de nulidad o de cualquier otra materia constitucional que no le haya sido conferida para su resolución expresamente por la Constitución. Es por esto que el sistema de justicia constitucional que opera en Chile es un sistema mixto, en el cual, si bien es cierto existe formalmente un Tribunal Constitucional, regulado en la Constitución y en una ley orgánica constitucional, con una gran cantidad de atribuciones en diversas materias de gran importancia, existen en otros cuerpos normativos distintas formas de control de constitucionalidad que escapan a la competencia del Tribunal Constitucional. (MARTÍNEZ, 2014, p. 296).

un control de inaplicabilidad de carácter amplio que comprendería también la inaplicabilidad de forma, por temor a mezclarse en funciones ajenas a las judiciales y, por tanto, a politizarse, como por la necesidad de contar con un órgano que resolviera las disputas jurídico-constitucionales entre las principales autoridades estatales. (MARTÍNEZ, 2014, p. 301).

Ainda de acordo com o artigo 92, o Tribunal Constitucional será composto por dez membros, dos quais três são designados pelo Presidente da República, quatro eleitos pelo Congresso Nacional - em que dois são diretamente nomeados pelo Senado e os restantes pela Câmara dos Deputados -, enquanto os três remanescentes são eleitos pela Corte Suprema. Como requisitos de investidura, deve-se possuir quinze anos de título de advogado, além de haver se destacado na atividade profissional, universitária ou pública. Em regramento que também indiretamente prestigia o princípio democrático, há previsão de mandato de nove anos para os membros do Tribunal Constitucional.

Já suas competências são fixadas pelo artigo 93, que elenca, sobretudo, a responsabilidade do controle de constitucionalidade, que será exercido, dentre outras matérias, sobre as lei que interpretem algum preceito da Constituição, sobre as leis orgânicas constitucionais ou mesmo os tratados que versem sobre matérias reservadas às leis orgânicas antes de sua promulgação, ou ainda, através da resolução de questões de constitucionalidade que versem sobre a convocação de um plebiscito, sem prejuízo das atribuições correspondentes ao Tribunal Qualificador de Eleições, um outro órgão judicial. O número 10, do artigo 93, em específico, também atribui ao Tribunal Constitucional a competência para declarar a inconstitucionalidade das organizações e dos movimentos ou partidos políticos, como também a responsabilidade das pessoas que hajam tido participação nos fatos que motivaram a declaração de inconstitucionalidade, protegendo-se, todavia, o Presidente da República, que para ser afetado pelo pronunciamento do Tribunal, necessitará do acordo do Senado pela maioria de seus membros em exercício, no que finda por se revelar mais uma regra patrocinadora do fenômeno do hiperpresidencialismo.

Por fim, a Constituição trata da reforma constitucional, que é abordada no Capítulo XV, entre os artigos 127 e 129. O primeiro deles cuida da competência e da iniciativa para sua promoção. De acordo com esse dispositivo, os projetos de reforma da Constituição poderão ser iniciados por mensagem do Presidente da República ou por moção de quaisquer dos membros do Congresso Nacional, com as limitações assinaladas pelo artigo 65, que cuida de sua iniciativa legislativa exclusiva

em algumas matérias, dentre elas, a tributária. Essa competência é comum ao povo, mas em plebiscitos<sup>209</sup>.

Em mais um reforço aos poderes conferidos ao Presidente da República, o seguinte artigo 128 determina que os projetos de reforma constitucional aprovados pelas casas do Congresso Nacional deverão ser encaminhados para sua sanção. No entanto, também autoriza o presidente a rechaçá-los totalmente. Se assim ocorrer, as casas do Congresso, pela manifestação de três quintos de seus membros, podem insistir na aprovação do projeto, circunstância que obriga o presidente à sanção, caso ele opte por não promover consulta à população mediante plebiscito, algo que, como se percebe, segundo os termos da Constituição, é de sua exclusiva faculdade. Tal circunstância, aliás, mais uma vez evidencia o viés autoritário do texto constitucional originariamente promulgado, a com isso expressar o fenômeno do presidencialismo reforçado, como assim é chamado o hiperpresidencialismo no Chile<sup>210</sup>.

Outrossim, a despeito do viés democrático intrínseco à concepção da consulta popular, que conforme visto, apenas é passível de ocorrer na circunstância de o presidente da república posicionar-se inicialmente pela rejeição do projeto de reforma advindo do Legislativo, a manifestação dos

---

<sup>209</sup> Ainda de acordo com o art. 127, o projeto necessitará da aprovação em cada uma das casas do Congresso por três quintos dos respectivos membros em exercício, ou mesmo por dois terços para as matérias elencadas nos Capítulos I, III, VII, XI, XII e XV, da Constituição. Egaña apresenta justificativa para essa distinção de quórums. De acordo com esse autor,

Consiguientemente, aquel precepto requiere que el proyecto de enmienda necesite para ser aprobado, en cada rama del Congreso, el voto conforme de quórums distintos, unos más difíciles de reunir que otros. Así, el quórum baja a las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio si la enmienda recae en los capítulos II, IV, V, VI, VIII, IX, X, XIII o XIV, de lo cual se sigue que esa es la norma general. Por el contrario, si la enmienda incide en los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesita, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

¿Cuál es la razón que permite explicar tal diferencia? La hallamos en la voluntad política orientada a infundir mayor estabilidad a los capítulos de la Constitución considerados definitorios de su fórmula esencial y, por lo mismo, que tienen que ser sustraídos a la voluntad de coaliciones circunstanciales. Es una diferencia infrecuente en el constitucionalismo contemporáneo, pero que está demostrado ser plausible en el actual momento que vive Chile. (EGAÑA, 2016, p. 237).

<sup>210</sup> Sobre o assunto, Egaña discorre acerca do poder e encargo do mandatário do Executivo, ao dispor que

(...) El Primer Mandatario puede, ante la insistencia de ambas cámaras por dos tercios, consultar a la ciudadanía mediante un plebiscito, más exactamente denominable *referendo*, pues el sufragio se emite en relación con un texto y no con respecto a la conducta política del gobernante. Rapárese aquí, más que en otras normas del Capítulo XV, la preponderancia que posee el Primer Mandatario en el proceso de modificación que nos ocupa, siendo procedente subrayar que ni siquiera con dos tercios de los parlamentarios en ejercicio el Congreso puede doblegar tal superioridad.

(...)

Síguise de la disposición constitucional que el Presidente de la República es el único facultado por la Constitución para convocar a un plebiscito o referendo, como ya hemos observado, el cual es citado a través de un decreto supremo. La convocatoria tiene fijado un plazo fatal, pues debe tener lugar dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas cámaras acordaron la insistencia en el proyecto original aprobado por ellas. ¿o se justifica, pues la ciudadanía puede no estar bien interiorizada acerca de la cuestiones debatidas y que serán votadas?, ¿o se justifica, em fin, en atención al trámite a cumplir en el Tribunal Constitucional?

(...)

Si el Presidente deja transcurrir este plazo sin llamar a la ciudadanía con la finalidad señalada, entonces la Constitución le ordena que, sin más trámite, promulgue el proyecto insistido por el Congreso. En la hipótesis descrita, tiene que presumirse finalizada la tramitación de la reforma, restándole solo la sanción, promulgación y publicación de la tramitación de la reforma, restándole solo la sanción, promulgación de la enmienda para que entre vigencia. Rigen aquí los plazos previstos en el artículo 75° incisos 2° y 3° de la Carta Fundamental. (EGAÑA, 2016, p. 240/242).

Já Martínez, a sua vez com crítica robusta, destaca a preponderância da função executiva do poder soberano no processo mediante a afirmação de que seu mandatário não é obrigado, desde o início, a promulgar o projeto de reforma constitucional iniciado pelo legislativo. Segundo ressalta,

(...) Respecto de la sanción presidencial, esta opera del mismo modo que en la formación de las demás leyes, pero respecto de la insistencia parlamentaria, esta no fuerza a promulgar al Ejecutivo el proyecto de reforma, siempre y cuando convoque a referéndum a la ciudadanía. Es decir, esta es la que actúa por mandato constitucional como la fuente de solución de la contienda de competencia que se suscita entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República.

La ciudadanía es la que debe dirimir si hay reforma o no, porque es a ella a la que afectan estos cambios constitucionales, los cuales deben perseguir la recuperación del carácter de Constitución normativa que han perdido las normas que son reemplazadas. (MARTÍNEZ, 2014, p. 506).

exercentes da soberania para promulgá-lo não é obrigatória, uma vez que, na hipótese de inércia presidencial quanto a sua convocação, o projeto será promulgado sem a participação do povo (artigo 129). Denota-se, desse modo, que a natureza quase subsidiária do plebiscito para a concretização dos projetos de reforma constitucional, aliada, sobretudo, ao poder de convocação exclusivo detido pelo presidente da república, em verdade mitigam o próprio princípio democrático afirmado em outros dispositivos da Constituição. Afinal, em um ou outro caso, torna-se extremamente difícil dissociar a ideologia ou posicionamento político expresso pela presidência da república como razões para a convocação ou não do plebiscito, circunstância de potencial influência negativa sobre a discussão acerca da relevância do projeto para o país, em prejuízo da sociedade face a preponderância do segmento político vitorioso para a eleição do mandatário do executivo, evidente desajuste à teoria dos freios e contrapesos.

Essas críticas estendem-se à eventualidade de o presidente da república promover alterações no projeto. À semelhança do acima discorrido, ele restará obrigado a sancionar a reforma caso haja manifestação das casas pelo quórum de três quintos ou um terço de seus membros, esse variável de acordo com a matéria objeto do projeto. No entanto, caso as casas não aprovem todas ou algumas das modificações, não haverá reforma constitucional sobre os pontos discrepantes, salvo se ambas as Câmaras insistirem por dois terços de seus membros em exercício na parte do projeto aprovado por elas, hipótese em que o projeto será devolvido ao Presidente para promulgação, a menos que ele igualmente consulte a população mediante plebiscito acerca das questões em desacordo.

O artigo 129, ao cuidar do procedimento para o plebiscito, o qual, como visto, apenas correrá de forma quase subsidiária para fins de promoção das reformas constitucionais, trata, porém, de casos em que a expressão direta da vontade dos exercentes da soberania, já desprovidos da iniciativa para seu patrocínio, sempre ficará à mercê da discricionariedade do presidente da república.

Há, porém, possibilidade de controle sobre a convocação plebiscitária efetuada pela presidência via Tribunal Constitucional, em indireta concretização do princípio democrático, conforme os termos do artigo 93, n.º 5. Conforme Martínez elucida sobre o assunto,

El cuestionamiento de la convocatoria – la que corresponde al Presidente de República – puede plantearse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto supremo que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El requerimiento debe indicar si la cuestión se refiere a la procedencia de la consulta plebiscitaria, a su oportunidad o a los términos de la misma, precisando los aspectos específicos de la impugnación y sus fundamentos. Si a juicio del Tribunal no se cumple con dichas exigencias, podrá este, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación, la que deberá comunicarse a quienes hubiesen recurrido.

Al Tribunal le corresponde resolver las cuestiones que se susciten con la determinación de si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la Constitución para darles curso. En otras palabras, si es procedente la convocatoria.

Admitido a tramitación, se pondrá en conocimiento del Presidente de la República y de los órganos constitucionales interesados, enviándoseles copia de él, quienes dispondrán de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que estimen necesarios. Vencido este plazo, se procede con o sin su respuesta. El Tribunal Constitucional dispone de treinta días para resolver, desde que reciba el requerimiento o desde que se subsanen las diferencias, o falta de antecedentes de que pudiera aquel adolecer. Este plazo podrá prorrgarse hasta por quince días, habiendo motivos graves y calificados que deben fundar la respectiva resolución.

Si la sentencia resuelve que el plebiscito es procedente, en la misma resolución, deberá fijarse el texto definitivo de la consulta plebiscitaria; y si al tiempo sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, fijará en la resolución una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo. (MARTÍNEZ, 2014, p. 337).

A resposta desse mecanismo de controle quanto ao exercício do poder constituinte derivado, todavia, é passível de gerar tensões. Consoante esclarece Egaña,

Conforme a la reforma constitucional hecha por la Ley N° 20.515 ¿ cuándo se efectúa el plebiscito? La votación plebiscitaria corresponde realizarla en

una fecha fija. En efecto, ella debe tener lugar en el centésimo vigésimo día siguiente a la publicación del decreto supremo de convocatoria, si ese día correspondiere a un domingo; si así no fuere, ella se realizará el domingo inmediatamente siguiente. Nuevamente, ¿es ese un término excesivo o justificado, atendidas las razones ya expuestas? Nos queda la impresión de que, en este caso, resulta ser un plazo muy extenso, cuya secuela evidente es sumir al país en un clima tensional contraproducente. (EGAÑA, 2016, p. 242).

Não se pode desconsiderar, porém, que a Constituição chilena, mesmo que de forma tímida, possibilita a manifestação dos exercentes do poder constituinte através de mecanismo de democracia direta, a permiti-los participar do processo de reforma constitucional diretamente e, em última análise, do Governo, mesmo que em um viés indireto, justamente pela estipulação das diretrizes normativas que a autoridade deverá cumprir.

## **Uruguai**

Os primeiros seis artigos da Constituição da República Oriental do Uruguai, promulgada no ano de 1967 e restaurada no ano de 1980 após um período de suspensão decorrente do estabelecimento de um regime exceção, estão inseridos em Seção que leva a rubrica “da Nação e sua soberania”. Dos textos constitucionais analisados, é o que adota a clássica teoria do contrato social com maior clarividência, uma vez que seu artigo 1.º não hesita em declarar a república uruguaia como resultante da associação política de todos os habitantes compreendidos em seu território. Trata-se de comando que, mesmo provido de certa dose de ficção histórica e que, igualmente, rememora os fundamentos míticos da autoridade estadual descritos por Cassirer, evidencia a consciente emancipação política de seu povo<sup>211</sup>, em afirmação reforçada outra vez pelo texto constitucional em seu artigo 77<sup>212</sup>. Deve-se atentar, porém, que ao assim dispor, o artigo 1.º também finda por apresentar os fundamentos políticos da soberania nacional, que logo serão complementados pelos seguintes artigos 2.º e 3.º, responsáveis por estabelecer, respectivamente, imperativos de conduta –

---

<sup>211</sup> O Uruguai, à época da colonização, era a região situada mais a Leste no Vice-Reino do Rio da Prata e, por isso, conhecido como Banda Oriental, circunstância que levou seus habitantes a serem denominados *orientales*, não obstante sua identidade cultural e costumes divergissem com significância dos demais habitantes assentados na Região do Rio da Prata, inclusive Buenos Aires.

<sup>212</sup> No Uruguai, Dapkevicius afirma que a Constituição é resultado do contrato social (DAPKEVICIUS, 2007, p. 29).

senão garantias - contra ameaças externas e internas, desde que certas circunstâncias se façam presentes. Com efeito, na medida em que o primeiro firma que a república sempre deverá se manter livre e independente de todo o poder estrangeiro, a assim consubstanciar a prática de ações de resistência contra eventuais ameaças externas a sua soberania na ordem internacional, o segundo combate hipótese de usurpação interna do poder político, que de acordo com seus termos, jamais poderá ser patrimônio de pessoas ou famílias, ou seja, concentrar-se em individualidade, grupo ou segmento, à revelia da nação. Outrossim, desde que interpretados em conjunto e com a devida atenção, é desses dispositivos que implicitamente emergem as linhas iniciais para a adoção dos princípios pluralista e democrático no país, com evidente reflexo no subsequente artigo 4.º, que trata da soberania em específico. Isso porque, como não poderia se compreender de outra maneira, é difícil refutar que a ideia de vedação à concentração de poderes traz consigo o conceito republicano de repartição, que por sua vez, necessariamente se desdobra no exercício democrático do poder, quando não, na sua composição, ao menos no que se relaciona ao respeito de diversas identidades sociais e, por conseguinte, em benefício da natureza plural característica das sociedades contemporâneas.

É sob esse contexto, acrescenta-se, que o art. 4.º, em espécie de síntese dos três dispositivos que o antecedem, declara que a soberania, em toda sua plenitude, existe radicalmente na nação, a quem compete o direito exclusivo de estabelecer as leis, conforme os termos traçados pela própria Constituição. Como se percebe, à semelhança do que ocorre em países como Argentina e Chile, o dispositivo declara que a soberania será precipuamente titularizada pela nação, a sugerir aparente alinhamento à concepção do ente “povo” como uma unidade cultural simbólica e subjetiva. Essa, aliás, é a conclusão deduzida pela doutrina local. Decerto, Dapkevicius, mediante argumento que indiretamente ressalta a primazia da nação ao tratar do poder constituinte, expressa que ele “también puede definirse como la potestad soberana de la nación para decidir y establecer su estructura jurídica y política fundamental, mediante una Constitución, de acuerdo con las ideas dominantes en la en la mayoría del pueblo” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 40). Esta unidade, complementa-se, sempre atuará conforme o princípio da maioria. Em outro momento, esse mesmo autor alinhar-se-á mais fielmente à literalidade do art. 4.º ao apresentar paralelo entre as classificações de poder constituinte originário e poder constituinte derivado com duas outras classificações de soberania, não obstante aparentemente traçadas por si. De acordo com seu ensinamento, a despeito de, em um primeiro momento, a soberania ser “pura”, titularizada pelo povo, após sua autorregulamentação via Constituição, passaria a ser classificada como “soberania nacional”, pois desde então, ao menos assim conclui, já seria

titularizada pela nação em respeito às decisões positivadas pelo povo em uma Constituição elaborada com harmonia ao primado da maioria popular<sup>213</sup>. Com efeito, discorre,

El titular del poder constituyente originario es el pueblo que ejerce su competencia sin limitaciones ni procedimientos especiales, en el comienzo de su magna tarea. Ello es así porque es toda la sociedad la que debe decidir respecto a la organización política y jurídica del Estado que se crea. El pueblo elegirá a sus representantes a los efectos de tal tarea.

En cambio, el titular del poder constituyente derivado es la Nación. Es el concepto de la soberanía nacional. Es decir, en este supuesto, el pueblo todo lo puede pero debe conformar su acción al procedimiento de reforma de la Constitución y, como se dijo, eventualmente, a las cláusulas pétreas que se intentan modificar. (DAPKEVICIUS, 2007, p. 42).

Se assim for estritamente considerado, todavia, haverá evidente mitigação do pluralismo, em interpretação que não deve ser adotada de pronto, uma vez que o valor pluralista, implicitamente já deduzível dos artigos anteriores, é elevado por outros regramentos constitucionais a princípio indissociável do primado da democracia no país. Daí porque se discorda da lição de Freitas sobre o assunto soberania, para quem

Este principio constitucional tiene un significado sumamente importante, porque implica que la Nación es el titular exclusivo de la soberanía; y que la Nación es el titular exclusivo de la soberanía; y que el Cuerpo Electoral expresa en forma directa la soberanía nacional, en los casos de elección, iniciativa y referéndum. La Constitución es obra del poder constituyente y por lo tanto de la Nación. La interpretación auténtica de la Constitución sólo puede hacerla la Nación, por medio de los procedimientos de reforma previstos por el art. 331 de la Constitución de la República. Los poderes del

---

<sup>213</sup> Lição também compartilhada e complementada por Korzeniak, para quem “(...) la consecuencia jurídica de distinguir el Pueblo de la Nación, es, concretamente, admitir que si la soberanía radica en el primero, puede modificar la Constitución por su mayoría, sin estar atado a las reglas de procedimiento que él mismo se dictó; y en cambio, si radica en la Nación, ésta no puede modificar la Constitución sino ajustándose a reglas de procedimiento que ella mismo estableció.” (KORZENIAK, 2008, p. 323).

Estado ejercen la soberanía de la Nación en forma indirecta, razón por la cual éstos y todos los órganos del Estado están sometidos a la Nación. (FREITAS, 2018, p. 131).

Não fosse suficiente, deve-se atentar que a Constituição uruguaia, à semelhança dos respectivos textos de diversos outros países, como o Chile e o Peru, padece de contradições, sobretudo aquelas advindas de processos de reforma que visavam adaptar sua redação durante a passagem de períodos autoritários para tempos de maior abertura democrática. Não por outra razão, Korzeniak, ao recorrer à interpretação histórica para indicar o sentido de alguns dispositivos constitucionais, salienta que, não obstante ainda se considere a soberania do país como radicada na nação, em muitos e significativos momentos da história nacional, foi a soberania popular que prevaleceu sobre a idéia de soberania da nação para a tomada de decisões. Conforme leciona,

No obstante las conclusiones expuestas, es oportuno advertir que en la práctica, luego de producidos “cortes” en la normalidad constitucional (Golpes, Revoluciones, etc.), el regreso a la normalidad jurídica democrática suele ocurrir más bien por las vías de la “soberanía popular” que de la “soberanía nacional”. En efecto, luego del Golpe de 1933, el procedimiento para la elaboración de la Constitución de 1934, comenzó por un Decreto-ley de facto que convocó a una elección de Convención Nacional Constituyente que aprobó un proyecto que luego se aprobó en plebiscito. Después del Golpe de 1942, se elaboró la Constitución de ese mismo año que también comenzó por un Decreto-ley de facto; con lo que queremos señalar que la Constitución de 1934 no se “hizo” por el procedimiento que establecía para su reforma la de 1918, ni la Constitución de 1942 se “hizo” por el procedimiento que establecía la de 1934 para su reforma. Con la distinción entre la “soberanía nacional” y la “soberanía popular” que hemos explicado, habría ocurrido que los dos restablecimientos constitucionales señalados, se habrían realizado mediante “soberanía popular” (expresada en sendos plebiscitos aprobatorios) y no mediante ejercicio de soberanía nacional. Y, en cierto modo, lo mismo ocurrió cuando en 1985 se declaró restablecida la

vigencia de la Constitución de 1967, ya que las autoridades que tal solución declararon habían sido electas por el Cuerpo Electoral en 1984, todavía dentro del régimen de facto. En esa elección de 1984, pues, operó la “soberanía popular” y no “soberanía nacional”; sin necesidad de profundizar demasiado, recuérdese que la convocatoria de esas elecciones no se realizó conforme lo mandaba la Constitución de 1967, sino como resultado de un acuerdo entre los dirigentes de una dictadura languideciente y los Partidos políticos. (KORZENIAK, 2008, p. 325).

A Constituição continua a regulamentar nação e soberania no seguinte artigo 5.º, desta feita sob a ótica das instituições religiosas, em comando que talvez encontrasse melhor harmonia caso situado na Seção posterior, destinada aos direitos, deveres e garantias. Como não poderia ser diferente, essa aparente dissonância temática implica consequências, mesmo que pequenas, para a mitigação do princípio pluralista. Isso porque, não obstante declare que o Estado é laico, assim como não apoia ou patrocina qualquer religião, mas garante a liberdade de culto no país, reconhece em favor da Igreja Católica o domínio de todos os templos que hajam sido construídos, total ou parcialmente, com fundos do erário nacional, exceto as capelas destinadas aos serviços de asilos, hospitais, cárceres ou outros estabelecimentos públicos. Entrementes, o dispositivo também privilegia a afirmação da pluralidade no âmbito das crenças, o que faz ao declarar isentos de todas as classes de impostos os templos consagrados ao culto das diversas religiões. Como se percebe, o art. 5.º alberga medidas que se destinam a proteger a liberdade de atuação e culto da Igreja Católica e outras religiões, muito embora com certa primazia de ordem para a primeira.

Uma vez apresentados os fundamentos da nação e os direitos, deveres e garantias em sua Seção II, a Constituição uruguaia cuida da cidadania e do sufrágio na seguinte Seção III, temas que são diretamente relacionados ao exercício da soberania. Ali discorre, sobretudo, a propósito da identidade dos integrantes da nação e sobre as regras gerais para a prática democrática, em especial, a capacidade eleitoral ativa, estas compreendidas como as condições necessárias para se tornar um eleitor.

É sob essa ótica que o Capítulo I, da Seção III, inaugura-se pelo artigo 73, dispositivo responsável por enunciar que os cidadãos da República Oriental do Uruguai podem portar esse *status* segundo critérios de naturalidade ou legalidade. Já o seguinte artigo 74, por sua vez, declara como

cidadãos naturais todos os homens e mulheres nascidos em qualquer ponto do território da República, assim como os filhos de pai ou mãe uruguaios, qualquer que haja sido o lugar do nascimento, desde que se avizinhem do país e se inscrevam no Registro Cívico. A cidadania por naturalização ou cidadania legal, conforme desse modo se refere o recém mencionado art. 73, é tratada em específico pelo artigo 75, cujos articulados não demandam análise especial, posto serem meramente procedimentais. Em verdade, a despeito de inicial distinção, no Uruguai, não há significativa alteridade entre os conceitos de nacionalidade e cidadania, pois todo nacional será cidadão, muito embora os poderes e faculdades da cidadania, à semelhança dos institutos civis da personalidade e capacidade, em dadas hipóteses, não possam ser exercidos<sup>214</sup>.

Não é por outra razão, aliás, que Dapkevicius leciona que “(...) ciudadanía es la posición o relación jurídico-política de un miembro de un Estado con derechos y deberes, también esencialmente políticos, definidos” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 180), para logo em seguida apresentar a conclusão de que “por lo expuesto pueden diferenciarse los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, aunque los mismos se confundan, fundamentalmente si hacemos referencia a las categorías de nacional y ciudadano natural” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 180). Seu último comentário, por sua vez, é reforçado por Korzeniak, para quem “a nuestro parecer, el Constituyente uruguayo – no por error ni por desprolijidad gramatical – quiso identificar el concepto de nacionalidad con el concepto de ciudadanía natural y lo tradujo en el texto de los artículos en estudio” (KORZENIAK, 2008, p. 368/369).

Interessa nessa Seção, todavia, a declaração elencada pelo artigo 77, que ao expressar que todo o cidadão é membro da soberania da Nação e, como tal, detém tanto o *status* de eleitor, quanto o de ser elegível - além de elencar requisitos e procedimentos para o processo de sufrágio, finda por mitigar a declaração restritiva do artigo 4.º em favor do pluralismo, pois explicita que o poder soberano, muito embora titularizado pela Nação, em verdade encontra sua origem no povo, uma vez que, conforme seus próprios termos, o cidadão é seu elemento formador. Deste modo, implicitamente reconhece que a soberania não poderá ser desvinculada do princípio democrático, pois dele naturalmente resultará, mesmo que os mecanismos de sufrágio sejam exercidos segundo os termos e limitações impostos pela lei, assim como dependentes da conformidade com outros critérios constitucionais de procedimento, a exemplo daqueles que são estipulados pelo artigo 82, posteriormente analisados.

---

<sup>214</sup> A propósito, discorre por Freitas, “(...) la Constitución uruguaya confunde ambos conceptos, porque en realidad los ciudadanos naturales son quienes tiene la nacionalidad uruguaya. En otros términos, estimo que los nacionales uruguayos son los ciudadanos naturales, hayan o no nacido en el territorio de la Republica”. (FREITAS, 2018, p. 89).

A participação política ainda recebe regulamentação extensiva pelo artigo 78. Esse dispositivo é responsável por garantir o direito de sufrágio a pessoas que ainda não detenham o *status* de cidadão legal ou por naturalização, o que nada mais significa do que atribuir o direito de voto aos estrangeiros. Para tanto, sem quaisquer distinções de gênero, determina que poderão votar homens e mulheres estrangeiros, de boa conduta, com família constituída na República, mas desde que possuam algum capital de giro ou propriedade no país, ou ainda professem alguma ciência, arte ou indústria, ou mesmo que tenham estabelecido residência habitual na República por, ao menos, quinze anos. Observa-se, deste modo, que apesar de não haver distinção significativa entre nacionalidade e cidadania, pois todo o nacional, independente de já haver reunido as condições para o exercício do direito de voto, ser considerado cidadão nos termos dos citados artigos 73 e 74, quem não for nacional também poderá participar do exercício de funções decorrentes da soberania e, com isso, contribuir para a formação do Governo, em evidente reforço e materialização do princípio do pluralismo político a partir da concessão dos direitos de voz e voto a indivíduos que, efetivamente, já se façam presentes no cotidiano econômico e social do país. Não por acaso, salienta Dapkevicius, “se entiende que los electores no ciudadanos no adhieren totalmente al pacto social uruguayo, art. 1° de la Constitución, por no haber solicitado la ciudadanía” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 181).

A Constituição do Uruguai, contudo, igualmente prevê possibilidades de suspensão da cidadania em seu artigo 80, das quais se destaca a circunstância de não se haver cumprido dezoito anos de idade, conforme nesse sentido determina seu n.º 3. Outras causas de suspensão da cidadania relacionam-se à perda ou suspensão da capacidade civil para o exercício de direitos em geral, ou então aqueles decorrentes da aplicação de sanções de natureza penal. Já o artigo 81, ao contrário da tradição conservadora de outros países, expressa que a cidadania não se perderá pela naturalização em outro país.

Uma vez traçadas as condições para o exercício do direito de voto, a Constituição passa a cuidar da forma de governo e dos diferentes poderes, o que faz em seu artigo 82. Esse dispositivo, contudo, no que a primeira vista aparentaria ser restrição ao conceito de soberania delineado pelos artigos antecedentes, em verdade reforça-os, haja vista expressar que a Nação adota para seu Governo a forma democrática republicana, cuja soberania será diretamente exercida pelo Corpo Eleitoral nos casos de eleição, iniciativa e referendo, ou então indiretamente, deste feita pelos Poderes representativos estabelecidos na própria Constituição. A relevância desse comando consiste na circunstância de conferir natureza subjetiva à soberania. Isso porque, ao vincular o exercício direto da

soberania pela Nação à ação de seus integrantes ou cidadãos que já reúnam capacidade ativa ou passiva para participar no processo eleitoral, reconhece que o corpo eleitoral ou povo<sup>215</sup>, enquanto elemento essencial do Estado que é, intrinsecamente une-se a outro, que é a soberania. No Uruguai, por conseguinte, povo e soberania também seriam conceitos indissociáveis, a despeito de segmentos da doutrina nacional, a exemplo de Korzeniak, tentarem delinear diferenças de identidade e hierarquia entre todas essas instituições constitucionais quando especificamente relacionadas à soberania. Para si,

(...) si tuviésemos que hacer una suerte de “ordenación jerárquica” de todas las instituciones allí mencionadas (Nación, Gobierno, Cuerpo Electoral, Poderes Representativos), concluiríamos de esta manera: en la cúspide, pondríamos a la Nación, porque en ella radica la soberanía (art. 4º y art. 82 recién transcripto). Inmediatamente después, por debajo de la Nación, ubicaríamos al Poder Constituyente; en seguida, descendiendo, al Cuerpo Electoral, que según dice este art. 82 ejerce “directamente” la soberanía de la Nación; y finalmente por debajo de éste, los tres Poderes representativos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, en equilibrio entre ellos. (KORZENIAK, 2008, p. 93).

Como exposto, não se compartilha da tese acima, mormente porque, conforme aliás mencionado pelo próprio autor em referência indicada linhas atrás, a Constituição uruguaia, à semelhança de outros países, apresenta contradições decorrentes de processos de reforma que visavam adaptar sua redação durante a passagem de períodos autoritários para tempos de maior abertura democrática, em especial, o Chile. Não é por outra razão, aliás, que o artigo 82 reforçará a ligação orgânica entre povo e soberania, mesmo que se valha dos termos poderes, ao se reportar às funções executiva, legislativa e judicial do poder soberano enquanto exercício do governo. Trata-se, como se percebe, de uma concepção de governo que é igualmente compartilhada com diversos outros países do continente, mesmo que mediante distintos graus de amplitude. E é com esse sentido que Dapkevicius, ao discorrer sobre o tema, converge para a concepção ampla de exercício do governo pelas três funções do poder soberano. Conforme discorre, “desde el punto de vista orgánico, no existe

---

<sup>215</sup> Aqui, mais uma vez se recorda, não existe distinção significativa entre nacionais e cidadãos no Uruguai.

función de gobierno porque no existe un poder único de gobierno” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 80). Daí porque, continua,

El gobierno, uno de los elementos del Estado, es la forma organizacional, política, establecida en el pacto social aprobado y explicitado en la Constitución que se da la Nación. Designa a los poderes, sistemas orgánicos, órganos competentes y sus soportes, que dirigen los asuntos del Estado, y a su sociedad, mediante la elaboración, ejecución o accertamiento del Derecho. (DAPKEVICIUS, 2007, p. 190/191).

Já Korzeniak, ao compartilhar dessa compreensão, adota o que chama de concepção orgânica de governo, este correspondente a “(...) un conjunto de órganos o de autoridades que cotidianamente ejercen la dirección del Estado” (KORZENIAK, 2008, p. 391). É sob esse contexto, acrescenta-se, que o artigo 83 firma que o poder legislativo será exercido pela Assembléia Geral. Porém, de acordo com os termos do seguinte artigo 84, sua composição será bicameral, sendo uma câmara de representantes e outra de senadores. Elas poderão atuar separadas ou em conjunto consoante os regramentos da Constituição.

Dentre as competências que lhe são conferidas e reconhecidas pelo artigo 85, seu número 2 cuida de lhe discriminar os regramentos para estabelecer os Tribunais, exercer a administração da Justiça e o contencioso administrativo<sup>216</sup>. Já seu número 18 dispõe sobre a competência de eleger, em reunião conjunta entre ambas as Câmaras, os membros da Suprema Corte de Justiça, da Corte Eleitoral, do Tribunal do Contencioso-Administrativo e do Tribunal de Contas, cujas searas de competência, respectivamente, sujeitam-se ao disposto nas pertinentes seções. Este último ponto detém certa singularidade, pois conforme ressalta Dapkevicius, no Uruguai, “(...) no interviene el Poder Ejecutivo en la designación de los miembros del referido Poder” (DAPKEVICIUS, 2007, p. 191). Dita particularidade, aliás, robustece-se com outro comando expresso pelo número 20, que em aparente flerte com a teoria da supremacia do Parlamento, reconhece-lhe a competência para interpretar a Constituição, embora ressalve que atuará sem prejuízo das faculdades correspondentes à Suprema Corte de Justiça, conforme os termos dos artigos 256 a 261.

---

<sup>216</sup> O Contencioso administrativo corresponde ao sistema de Jurisdição dual, de origem francesa, em que há uma Jurisdição comum, exercida pelos tribunais judiciais, e outra Administrativa, por sua vez exercida pelo tribunais administrativos.

No que condiz à composição das casas em si, o artigo 88 estabelece que a Câmara de Representantes será composta por noventa e nove membros eleitos diretamente pelo povo, com base em um sistema de representação proporcional que leve em conta os votos emitidos a favor de cada segmento em todo o país. Já o artigo 94 firma que o Senado será composto por trinta membros eleitos pelo povo em uma mesma circunscrição eleitoral, assim como pelo vice-presidente da República, que terá voz e voto, exercerá sua presidência e, também, da assembleia geral. Como se percebe, não há previsão obrigatória para a composição plural das casas, a exemplo do que ocorrerá em países como Venezuela, Equador e Bolívia, de forma que todos os candidatos concorrerão em igualdade de condições.

No que tange à função executiva do poder soberano, o artigo 149 determina que ele será exercido pelo presidente da república, que atuará com o ministro ou ministros respectivos, ou ainda com o Conselho de Ministros, de acordo com o disposto na Constituição.

O artigo 233, por sua vez, ao cuidar da função judicial do poder soberano, estabelece que ela será exercida pela Suprema Corte de Justiça e pelos Tribunais e Juizados, na forma que a lei estabelecer. Sobre esse ponto, mais uma vez em reforço à aceção ampla sobre a composição do governo, menciona-se lição de Korneziak, segundo a qual,

En la teoría de la Constitución uruguaya, no puede dudarse que el Poder Judicial es uno de los Poderes del Gobierno, es decir, uno de los “Poderes representativos” a que se refiere el inc. 2º del art. 82. Se pueden verificar fácilmente esa afirmación, relacionando esa norma recién citada, con la Sección XV, titulada, precisamente, “Del Poder Judicial”. (KORZENIAK, 2008, p. 561).

Não existe um Tribunal Constitucional no Uruguai, de maneira que o órgão máximo a personificar a função judicial é a Suprema Corte de Justiça, competente para o exercício do controle de constitucionalidade, nos termos do artigo 257, a ser posteriormente analisado.

A Suprema Corte de Justiça, em específico, será formada por cinco membros, nos termos do artigo 234, cujos critérios de composição passam pela idade mínima de quarenta anos; cidadania natural, seja em exercício ou mesmo legal, desde que com outros dez anos de exercício e mais vinte e cinco de residência no país; e ser advogado com dez anos de antiguidade ou haver exercido por esse

mesmo período a judicatura ou, ainda, haver atuado como membro do Ministério Público ou Fiscal por oito anos. Como se afere, à semelhança do previsto para a composição da função legislativa do poder soberano, mas igualmente sem correspondência aos países que adotam critérios de plurinacionalidade, tema ainda a ser abordado, no Uruguai não há a adoção de uma postura afirmativa do pluralismo quanto à composição dos órgãos de Governo – ou soberania -, na medida em que eles se sujeitam à eventualidade ou potencialidade, conforme o caso, de resultados que decorram da participação em processos de sufrágio ou indicação.

A falta de promoção ativa do pluralismo, entretanto, não significa ausência de regras democráticas para o exercício da função jurisdicional. Isso porque, consoante enuncia o artigo 236, os membros da Corte Suprema de Justiça serão designados pela Assembléia Geral por dois terços dos votos do total de seus componentes, o que permite a participação indireta dos exercentes da soberania – o povo - na composição do órgão, mas através da manifestação de seus representantes. Essa mesma designação, contudo, deverá efetuar-se dentro dos noventa dias de vacância, a cujo fim, a Assembléia Geral será especialmente convocada. Vencido dito término sem que haja sido realizada a designação, ficará automaticamente designado como membro da Suprema Corte de Justiça o integrante dos Tribunais de Apelação com maior antiguidade no exercício do cargo. Caso ocorra igualdade quanto a esse critério, será escolhido quem detiver mais anos no exercício da Judicatura ou do Ministério Público ou Fiscal. Como se observa dessas últimas ressalvas da norma constitucional, a regra democrática pode ser política e casuisticamente restringida por simples inércia do parlamento, seja essa conduta exercida deliberadamente ou não.

Não obstante, ainda existe outro reforço ao princípio democrático para a composição da Suprema Corte, o qual é albergado pelo artigo 237. De acordo com esse comando, estipula-se mandato de dez anos, permitida a reeleição, para os membros da Suprema Corte de Justiça, sem prejuízo do disposto no artigo 250, que determina a descompatibilização dos cargos do judiciário quando completos 70 anos de idade.

Todavia, o que mais caracteriza a inserção da função jurisdicional na acepção ampla da composição do governo que se defende é a competência outorgada a si, pela Constituição, para o exercício do controle de constitucionalidade das leis.

Segundo prescrevem os artigos 256 e 257, a inconstitucionalidade pode ser declarada em razão da forma e do conteúdo, sendo que é da Suprema Corte de Justiça a competência para o conhecimento e resolução originária e exclusiva sobre a matéria. Note-se, porém, que o controle de

constitucionalidade, nos termos do artigo 259, apenas poderá ser concreto, cuja iniciativa e procedimento, regulados pelo artigo 258, tem início com a propositura de ação de declaração de inconstitucionalidade de lei por todo aquele que se considere lesionado em seu interesse direto, pessoal e legítimo, ou então pela via de exceção.

A Constituição uruguaia ainda reforça a declaração de fonte popular do poder soberano albergada em seu artigo 1.º, assim como a ideia de ligação intersubjetiva entre povo e soberania referida linhas atrás, o que faz pelo estabelecimento de regras que autorizam o direito de resistência e o uso de mecanismos de democracia direta para o exercício do poder soberano, em especial, para a própria reforma do texto constitucional.

Sob tais parâmetros, observa-se fundamento indireto ao direito de resistência no artigo 330, segundo o qual se afirma que quem atentar ou prestar meios para atentar contra a Constituição será reputado, julgado e castigado como réu de lesa nação. Deste modo, embora não autorize expressamente a desobediência civil contra ato atentatório ou usurpador da ordem constitucional, a depender do grau de ameaça ou lesão, constata-se que haverá persecução penal contra os responsáveis por promulgar ou decretar regras autoritárias à margem do Estado de Direito Democrático, algo que não deixa de corresponder a uma espécie de proteção para quem se valha, circunstancial e legitimamente, da postura de desobediência contra sua autoridade. Korzeniak, entretanto, indica que o fundamento do direito de resistência é o art. 72, eis que, para si, “(...) es posible sostener la pertinencia del derecho de resistencia a la opresión extraído del art. 72 de la Constitución cuando se dieren las circunstancias que la doctrina exige para que sea utilizable el llamado derecho de resistencia a la opresión” (KORZENIAK, 2008, p. 336).

A reforma constitucional, por sua vez, é tratada pelo artigo 331, um dispositivo de longa redação, principalmente dedicada à regulamentação do respectivo procedimento. O dispositivo constitucional permite a alteração total ou parcial do texto. Deve-se precipuamente atentar, porém, que no Uruguai, ao menos a princípio, torna-se possível a substituição de todo o texto, em mais uma aparente contradição quanto à regulamentação de tarefa que seria, a princípio, de responsabilidade do poder constituinte originário, em tese intrinsecamente ilimitado, conforme discorrido linhas acima<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> Há, porém, forte resistência da doutrina local quanto à possibilidade de substituição total do texto, a despeito de ainda assim se reconhecer essa possibilidade. Korzeniak, por exemplo, leciona que (...) Si por algunos de los procedimientos que se enumeran en el art. 331 se puede “reformular totalmente la Constitución”, se agrega, es claro que no hay norma que, por más básica que sea, no pueda modificarse, eliminarse, adicionarse, etc., todo lo cual ingresa dentro del alcance de “reformular”. Igualmente se rechaza que el “Poder Constituyente originario” tenga más jerarquía que el llamado “Poder Constituyente derivado”. Nos parece que desde el punto de vista técnico, esta última es la solución correcta. Vemos la otra postura – la que afirma que aún por los procedimientos del art. 331 cumplidos, no podrían reformarse ciertas normas de la Constitución – como un esfuerzo, sin duda compatible en su intención, para mantener

Sobressai-se, outrossim, a reponsabilidade para iniciativa do projeto de reforma, o qual pode ser deflagrado por dez por cento dos cidadãos inscritos no registro cívico nacional, que deverão apresentar projeto articulado ao Presidente da Assembléia Nacional Geral, que por sua vez, deverá submetê-lo a decisão popular na eleição mais imediata que ocorrer. Afere-se, porém, que a Constituição do Uruguai permite que a Assembleia Geral, em reunião de ambas as Câmaras, formule projetos substitutivos, que deverão ser submetidos à decisão plebiscitária, juntamente com a iniciativa popular. Nesse ponto, Korzeniak formula crítica à terminologia adotada pela Constituição, pois, segundo discorre,

(...) el texto utiliza la expresión proyectos “substitutivos”. Hemos preferido denominarlos “alternativos”, por una razón elemental: el proyecto (o proyectos) que pueda elaborar la Asamblea General, en oportunidad en que se haya presentado uno por iniciativa popular, no sustituye a este último sino que uno y otro irán a la decisión del Cuerpo Electoral en el plebiscito. Siendo así – y así lo dice el texto en análisis – resulta muy claro que se trata de un proyecto – el de la Asamblea General – que no “sustituye” al de iniciativa popular. De ahí que resulte mucho más evocativo de la realidad jurídica el vocablo “alternativo”. (KORZENIAK, 2008, p. 101).

Para além dos cidadãos, a iniciativa de reforma também compete à Assembléia Geral, que atuará por força de dois quintos do total de seus componentes. A iniciativa parlamentar, contudo, continua sujeita a plebiscito afirmativo nessas duas hipóteses, circunstâncias que requerem a concorrência da maioria absoluta dos cidadãos nas eleições, desde que representados, ao menos, trinta e cinco por cento do total de inscritos no Registro Civil Nacional, algo que igualmente pode dar

---

en la Constitución ciertos valores que deseamos (república, libertad, igualdad, justicia social, separación de poderes, etc.). Pero no nos parece adecuado convertir ese deseo en tesis jurídica. Más bien, confiamos en el mejor control que pueden tener los valores constitucionales que realmente queremos mantener: es el control popular, que seguramente no aprobaría en un plebiscito (última y definitiva etapa de cualquiera de los procedimientos de reforma constitucional), ninguna de las descolocadas soluciones que, en aquellos ejemplos exagerados, manejábamos al comenzar este párrafo (KORZENIAK, 2008, p. 97).

Outros mencionam a existência de cláusulas pétreas, como Dapkevicius, para quem

Otro tipo de normas que contiene la Constitución las denominadas cláusulas pétreas. Las cláusulas pétreas son aquellas contenidas, entre otras, en los arts. 2 y 3 de la Constitución. Así el art. 2 dispone que la República “es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero”. Por su parte el art. 3 establece: “Jamás será el patrimonio de personas o de familia alguna.

Las expresiones pétreas son “para siempre” y “jamás”. Éstas plantean la discusión de la posible modificación. En ese sentido se há entendido que resulta posible la modificación por el poder constituyente en virtud de que el art. 331 de la Carta, que establece los procedimientos para su reforma, dice que ésta puede ser total o parcialmente modificada. La reforma puede ser total.

Otros autores entienden que no es posible la reforma de toda la Constitución, por los procedimientos normales si el constituyente anterior lo prohíbe expressamente. Es decir, el principio o regla general es la posible modificación de toda la Constitución, art. 331, salvo texto expreso, por ejemplo, art. 2. (...). (DAPKEVICIUS, 2007, p. 31/32).

ensejo a questionamentos quanto à legitimidade do procedimento estabelecido, em razão de o elevado percentual requerido ser passível de se considerar uma barreira, a assim mitigá-lo.

A reforma ainda poderá ocorrer por iniciativa dos Senadores, Representantes e Presidente da República, que deverá ser aprovada pela maioria absoluta do total dos componentes da Assembléia Geral. O projeto que for recusado não poderá reiterar-se até o seguinte período legislativo, ocasião em que se devem observar as mesmas formalidades.

Aprovada a iniciativa e uma vez promulgada pelo Presidente da Assembléia Geral, o poder executivo deve convocar, dentro dos noventa dias seguintes, eleições para uma Convenção Nacional Constituinte, que deliberará e decidirá sobre as iniciativas aprovadas para a reforma, assim como sobre as demais que se apresentem perante a Convenção. A convenção, propriamente, reunir-se-á dentro do prazo de um ano, contado da data em que haja promulgado a iniciativa de reforma. As resoluções da Convenção deverão tomar-se por maioria absoluta do número total de convenções, devendo terminar sua tarefa dentro de ano, contado da data de instalação. O projeto ou projetos redatados pela Convenção deverão ser ratificados pelo corpo eleitoral, convocado pelo Poder Executivo, na data indicada pela Convenção Nacional Constituinte. Os votantes expressarão “sim” ou “não” e, se forem vários os textos de emenda, pronunciar-se-ão por separado sobre cada um deles. A tal efeito, a Convenção Constituinte agrupará as reformas que, por sua natureza, exijam pronunciamento em conjunto. Um terço dos membros da Convenção poderá pronunciar-se em separado de um ou vários textos. A reforma ou reformas deverão ser aprovadas por maioria, que não será inferior a trinta e cinco por cento dos cidadãos inscritos no registro cívico nacional, circunstância que igualmente pode gerar questionamentos quanto à legitimidade das medidas em razão de constituir robusto obstáculo percentual. Não obstante, ainda assim Korzeniak ressalta o caráter democrático do procedimento, o que faz ao referir que

(...) es generalizado en la doctrina destacar que se trata del procedimiento más democrático para la reforma de la Constitución. En el caso uruguayo, dicho carácter se derivaría de que, teórica y prácticamente, la reforma de la Constitución sería el resultado de una doble manifestación popular: la primera, porque el proyecto es elaborado por una Convención electa (sería el Cuerpo Electoral actuando “a segundo grado” a través de ella); la segunda, porque luego, igualmente, el proyecto aprobado por la Convención debe ser

sometido a un plebiscito (es el Cuerpo Electoral actuando directamente). Pero en el mismo sentido – el destaque del carácter democrático de este procedimiento – se señala que la Convención Nacional Constituyente ha sido popularmente elegida con el preciso mandato de elaborar normas constitucionales; lo que es distinto del caso del Poder Legislativo “actuando en función constituyente”, que seguramente no es la función para la cual el elector medio vota a sus representantes en el Parlamento. (KORZENIAK, 2008, p. 103).

Como não poderia deixar de suceder, a previsão de iniciativa para o Presidente da República igualmente pode dar ensejo à figura do hiperpresidencialismo, muito embora o presidente reste excluído de exercer seu poder de veto.

Há, ainda, outras limitações de natureza temporal previstas pelo dispositivo, como por exemplo, a estipulação de que alguns apartados somente sejam submetidos a ratificação plebiscitativa simultânea nas eleições mais próximas quando houverem sido apresentados com antecedência de seis meses, ou então de três meses para as fórmulas que a assembleia geral aprovar. Aqueles eventualmente apresentados depois de tais términos somente serão submetidos a plebiscito nas eleições subsequentes.

A Constituição ainda poderá ser reformada por leis constitucionais que requeiram, para sua aprovação, dois terços de cada um dos componentes dos membros das casas dentro de uma mesma legislatura. As leis constitucionais não podem ser vetadas pelo poder executivo e entrarão em vigor logo que o eleitorado especialmente convocado na data determinada pela lei expresse sua conformidade através da maioria absoluta dos votos emitidos. Somente aí serão promulgados pelo Presidente da Assembléia Geral<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> Sobre a particularidade desse procedimento de reforma constitucional, transcreve-se a lição de Korzeniak, para quem (...)

Consideramos correcta la tesis que sostiene que las denominaciones “leyes constitucionales” no son “leyes con especiales características”, sino que constituyen uno de los mecanismos de reforma de la Constitución, al mismo “título” que los otros previstos en el art. 331. Más técnicamente: las “leyes constitucionales” no son “actos legislativos”, sino “normas constitucionales” o “actos constitucionales” cuyo proceso de elaboración tiene cierta semejanza, más o menos marcada, en su primera etapa, con el proceso de elaboración de las leyes. Desde luego que esto no significa afirmar que sea incorrecto utilizar la expresión “leyes constitucionales”; ése es el nombre dado por la Constitución a este mecanismo de elaboración de normas constitucionales, y, por lo tanto, sería absurdo buscar otra denominación. Desde que se comienza la elaboración del proyecto de “ley constitucional”, se está ejerciendo la función constituyente y no la función legislativa. Cuando las Cámaras tratan y sancionan una “ley constitucional”, actúan en función constituyente y no en función legislativa. No es correcto afirmar que mientras la “ley constitucional” está en el ámbito parlamentario se está frente al desempeño de la función legislativa y que, recién en el acto del plebiscito, se está frente al desempeño de la función constituyente. Tampoco conviene una distinción que distinga la “función constituyente sino en actividad “pre-constituyente”, reservándose la competencia constituyente para el cuerpo electoral en el plebiscito.

## Honduras

A Constituição Política da República de Honduras, promulgada no ano de 1982, desde então sofreu múltiplas reformas, a iniciar no próprio ano de 1982 e, depois, em 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 e, por fim, 2005.

De acordo com seu artigo 2, a soberania corresponde ao povo, a partir de quem emanam todos os poderes do Estado, que poderá exercê-lo indiretamente por representação, ou de maneira direta, via plebiscito e referendo. O dispositivo ainda firma que a usurpação da soberania dos poderes constituídos é crime imprescritível de traição contra a pátria. Essa última parte, aliás, é reforçada pelo subsequente artigo 3, que ao considerar nulos todos os atos proferidos por um Governo usurpador que exerça a autoridade pelo recurso à força das armas, ou a procedimentos não previstos pela Constituição, finda por reconhecer o direito de insurgência do povo em defesa da ordem constitucional.

O artigo 5, por sua vez, robustece o princípio democrático, ao estabelecer que o Governo deve sustentá-lo a fim de assegurar a integração nacional, comando que implica a participação de todos os setores políticos na Administração Pública. Esse mesmo dispositivo, acrescenta-se, firma o dever do Estado em reforçar a valia dos mecanismos de consulta popular do plebiscito e referendo, que dependerão de lei especial que os regulamente, cujos textos, para serem aprovados, também necessitam de dois terços da totalidade dos deputados. O referendo, em específico, será convocado para uma lei ordinária ou constitucional, ou na circunstância de reforma, para fins de ratificação. Já o plebiscito será convocado para solicitar que os cidadãos se pronunciem sobre aspectos constitucionais ou administrativos sobre os quais os Poderes Constituídos não hajam tomado nenhuma decisão prévia. A iniciativa mínima corresponde a dez por cento dos deputados do Congresso Nacional, ou ao Presidente da República em resolução do Conselho de Secretários de Estado, ou ainda de seis por cento dos cidadãos inscritos no Censo Nacional do Estado, desde que habilitados para o sufrágio. A participação nessas consultas é obrigatória, com ressalva que não será objeto de projeto a reforma do artigo 374, este relativo à regulamentação dos próprios mecanismos de reforma constitucional.

---

Pensamos que la naturaleza de acto jurídico que en definitiva haya de dictarse, determina la naturaleza de la función que se ejerce en todo el proceso de elaboración de ese acto. Si consideramos que la llamada "ley constitucional" es un "acto constitucional" y no un acto legislativo, concluimos también que la función que se ejerce en todo el proceso de elaboración de ese acto (aún desde la etapa de su iniciativa) es función constituyente.

Desde luego que todo este razonamiento supone admitir que en nuestro sistema, el Poder Constituyente no está integrado exclusivamente por el Cuerpo Electoral; éste es, desde luego, el órgano que lo integra medularmente, puesto que, en cualquiera de los procedimientos de reforma de la Constitución, es el que resuelve en definitiva; pero el Poder Constituyente está integrado, además, por otros órganos que varían según el procedimiento de reforma de la Constitución de que se trate (las Cámaras, la Asamblea General, la Convención Nacional Constituyente, etc.). (KORZENIAK, 2008, p. 109/110).

Também poderão ser objeto de consulta matérias relativas a tributos, crédito público, anistias, moeda nacional, orçamento, tratados e convenções internacionais e conquistas sociais. Caso participem ao menos cinquenta e um por cento dos cidadãos inscritos no Censo Nacional Eleitoral e, se o voto afirmativo conseguir a maioria, ou a votação não seja afirmativa, a consulta sobre os mesmos temas não poderá ser realizada no período seguinte ao atual Governo. O presidente da República não poderá vetar o que for decidido via referendo, de forma que se limitará a promulgá-los.

Os direitos fundamentais de natureza individual e social são enunciados no Título III, entre os artigos 59 e 118. Sobressai o primeiro, que declara a pessoa humana como o fim supremo da sociedade e do Estado.

O poder Legislativo, de acordo com o artigo 189, é exercido pelo Congresso dos Deputados, eleitos por sufrágio direto. Dentre suas competências, cabe, nos termos do artigo 205, criar, decretar, interpretar, reformar e derogar as leis. Já o executivo, ao encargo do Presidente e vice-presidente da república (artigo 235) em mandato de quatro anos, conforme assim firma o artigo 237. Por fim, o judiciário, cuja autoridade, nos termos do artigo 303, também emana do povo, é composto pela Corte Suprema de Justiça, Cortes de Apelações e juzgados. O controle de constitucionalidade, nos termos do artigo 313, é de competência da Corte Suprema de Justiça, sendo que, de acordo com seu número 5, possuirá uma Sala Constitucional específica para esse fim (artigo 316). O tribunal, em si, é composto por quinze magistrados (artigo 308) com mandato de quinze anos (artigo 314), cuja escolha decorrerá de eleição por dois terços dos deputados a partir de listas formadas segundo procedimento firmado em lei (artigo 311).

Por último, a reforma constitucional encontra-se albergada nos artigos 373 e 374, em que o primeiro determina que a reforma da Constituição poderá ser decretada pelo Congresso Nacional em sessões ordinárias com dois terços dos votos da totalidade de seus membros, sendo que o segundo, a seu turno, reproduz os objetos de vedação mencionados linhas atrás, incluso o próprio artigo 374.

## República Dominicana

A Constituição da República Dominicana data de 13 de Junho de 2015 e sua tenra idade, em verdade, decorre de questão formal, posto que o artigo 27 determina que qualquer revisão aprovada em relação ao seu texto acarreta a publicação integral do texto constitucional<sup>219</sup>.

Nos termos do artigo 2, a soberania reside exclusivamente no povo, de quem emanam todos os poderes, os quais são exercidos por meio de seus representantes, ou de forma direta, nos termos do próprio texto constitucional. Segundo Prats, “esa voluntad del pueblo se ejerce por sus representantes, el Poder Ejecutivo y los legisladores, órganos soberanos que pueden actuar autonomamente en nombre del pueblo y para el pueblo” (PRATS, 2013, p. 649), argumento que, apesar de não mencionar o Judiciário, reforça a concepção de que o poder de autoridade estadual é uno, mas exercido mediante a distinção formal em três funções, sempre atreladas ao princípio democrático, pois como acentua, “(...) los representantes son beneficiários de una delegación de voluntad del pueblo por lo que los “encargados” de los poderes públicos “son responsables y no pueden delegar sus atribuciones (artículo 4)” (PRATS, 2013, p. 649). Não fosse suficiente, ainda no Título I, destinado à Nação, Estado, Governo e Princípios Fundamentais, o artigo 22, número 3, ao cuidar dos direitos de cidadania, reporta-se à democracia direta quando elenca a iniciativa popular legislativa e municipal, a ser exercida nos termos da Constituição e leis, que ainda de acordo com Prats, “(...) es un claro indicador de que la democracia republicana instaurada por la Constitución tiene elementos participativos que sirven para corregir las distorsiones inherentes a la democracia representativa” (PRATS, 2013, p. 635).

O pluralismo político<sup>220</sup> é garantido pelo artigo 216, cujo número 2 firma a obrigação de contribuir, em igualdade de condições, para a formação e manifestação da vontade cidadã, mediante a indicação de candidaturas para cargos eletivos.

---

<sup>219</sup> Nesse sentido, Prats ressalta que “La República Dominicana, cuya Constitución ha sido reformada, cambiada o substituida en 38 ocasiones, es tradicionalmente citada como figurando “en el primer lugar entre los países latinoamericanos que han dictado el mayor *número de constituciones*” (Jorge García: 359). Sin embargo, en el caso dominicano, contrario a lo que postula la mayoría de nuestros historiadores y juristas, estas reformas constitucionales o nuevas constituciones no implican necesariamente inestabilidad constitucional, si por esta última entendemos frecuentes cambios completos de Constitución mediante verdaderas rupturas constitucionales, como ocurrió en Francia entre 1791 y 1799. A pesar del gran número de reformas o cambios de Constitución y no obstante la regla de publicar íntegramente la Constitución con cada reforma, que alimenta la idea de que se trata de nueva Constitución la que surge de la reforma, la realidad es que las modificaciones constitucionales han sido en su gran mayoría enmiendas que no alteran la esencia del espíritu constitucional de 1844. Tanto es así que hay quienes señalan que la Constitución vigente es el texto de 1844 con las reformas parciales sufridas en redacción, numeración y estructuración (PELLERANO GÓMEZ 1997). Esta estabilidad constitucional se reafirma a partir de la Constitución de 1966, enmendada tan solo em 1994, 2002 y 2010, es decir, tres veces, en comparación con las 34 reformas experimentadas por la Ley Fundamental alemana desde 1948 hasta 1987 y las 20 reformas efectuadas a la Constitución de Brasil entre 1967 y 1987” (PRATS, 2013, P. 146/147).

O Título II é responsável por elencar os direitos, garantias e deveres individuais, econômicos e sociais, o que faz em seus artigos 37 a 74, sem adotar uma religião oficial, em privilégio da laicidade, conforme disposição do artigo 45, responsável por assegurar a ampla liberdade de culto.

A tripartição de poderes, a seu turno, é mencionada no artigo 4, segundo o qual o governo será exercido por eles, em respeito ao princípio democrático. Como todos os países anteriormente citados, respeita-se a divisão entre executivo, legislativo e judiciário, que são independentes na condução de suas respectivas funções. Sob esse contexto, enquanto o poder executivo, nos termos do artigo 122, é exercido pelo presidente ou presidenta da República em nome do povo por um mandato de quatro anos, passível de única reeleição (artigo 124), o Legislativo é bicameral, composto por um congresso dividido em Senado e Câmara dos Deputados (artigo 75), em que o primeiro terá um representante por Província (artigo 78) e o segundo cento e noventa deputados e deputadas, em que cento e setenta e oito serão eleitos por circunscrição territorial proporcional à densidade populacional, respeitado o número mínimo de dois para cada, além de cinco deputados eleitos nacionalmente por acúmulo de votos, preferencialmente entre partidos, alianças ou coligações partidárias que hajam obtido ao menos 1% dos votos válidos emitidos e, por fim, outros sete eleitos para fins de representar a comunidade dominicana que resida no exterior (artigo 81).

Já o Judiciário, especialmente tratado em seu Título IV, é administrado pela Suprema Corte de Justiça e demais tribunais criados pela Constituição e leis (artigo 149). A Suprema corte, órgão de cúpula nos termos do artigo 152, é composta por dezesseis juizes. O controle de constitucionalidade, contudo, é exercido por órgão próprio, o Tribunal Constitucional (artigo 184 e 185), este composto por treze juizes (artigo 186).

A reforma da Constituição é tratada a partir de seu artigo 267, por sua vez alojado em seu Título XIV. De acordo com esse dispositivo, a reforma somente poderá ser feita na forma por ela própria indicada, sendo que o texto constitucional jamais poderá ser suspenso ou anulado por nenhuma autoridade, nem aclamações populares, sendo ainda vedada qualquer modificação sobre a forma de Governo, que sempre deverá ser civil, republicana, democrática e representativa (artigo 268).

A iniciativa para reforma, a seu turno, é tratada pelo artigo 269, que permite a iniciativa por proposta a ser apresentada ao Congresso Nacional pelo apoio da terceira parte dos membros de quaisquer de suas casas legislativas, ou mesmo pelo próprio poder executivo. O procedimento implica

---

<sup>220</sup> Para Prats, "(...) hoy el titular del poder constituyente sólo puede ser el pueblo, en la actualidad, se entiende como una entidad plural, formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias. Comunidades, personalidades, instituciones, articuladores de intereses, ideas, creencias y valores plurales, convergentes y conflictivos" (PRATS, 2013, p. 122).

a instalação de uma Assembléia Nacional Revisora, nos termos do artigo 270, sendo que, caso verse a propósito de direitos, garantias fundamentais e deveres, ordenamento territorial ou municipal, nacionalidade, cidadania e sobre os próprios procedimentos de reforma, implicará a necessidade de ratificação pela maioria dos cidadãos e cidadãs com direito a voto, em referendo aprobatório convocado pela Junta Central Eleitoral, desde que, após ocorra aprovação pela própria Assembléia Nacional Revisora (artigo 272). Como acentua Prats, a partir da reforma constitucional ocorrida em 2010 que estabeleceu a atual redação desse dispositivo, na República Dominicana, “(...) se garantiza la participación popular en aquellas reformas de los aspectos considerados más sustanciales de nuestra Carta Sustantiva” (PRATS, 2013, p. 157).

Por fim, nos termos do parágrafo II, a aprovação das reformas pelo referendo requer mais da metade dos votos dos eleitores, desde que exceda o percentual de 30% do total de cidadãos e cidadãs que integrem o Registro Eleitoral, somados os votantes que expressem “sim” e “não”.

### **3.º Grupo - Países que autorizam a reforma constitucional via consulta popular, consagram o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado e agregam a esse rol o princípio da multiculturalidade.**

O terceiro grupo é formado pelos países que não apenas autorizam a reforma constitucional via consulta popular, mas que, além de consagrar o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado, agregam a esse rol o primado da multiculturalidade, que se materializa pelo reconhecimento do autogoverno por grupos indígenas, incluída a própria jurisdição, cujas decisões, apenas quando não conflitantes com os demais princípios fundamentais do Estado albergados nas respectivas Constituições, deverão ser respeitadas pelas autoridades ordinárias. Nesse rol, insere-se a Colômbia, cuja Constituição de 1991, muito embora apenas reconheça de forma implícita o princípio o pluralismo, além de garantir o exercício da jurisdição indígena em seu art. 246 como norma afirmativa da multiculturalidade, admite a reforma parcial de seu texto via referendo conforme os termos do art. 378.

O Peru também integra esse grupo. O art. 32, de sua Constituição de 1993, não apenas permite a reforma parcial via referendo, como também consagra a multiculturalidade. Também autoriza o exercício de uma jurisdição indígena própria, conforme assim determina o art. 149, apesar de igual e contraditoriamente enfraquecer o pluralismo e a multiculturalidade em si pelo

reconhecimento da importância da Igreja Católica para a formação do país, para assim determinar a colaboração do Estado com ela em seu art. 50.

## **Colômbia**

O artigo 1, da Constituição Política da Colômbia, promulgada no ano de 1991 após a realização de referendo, declara o país como um Estado social de direito, organizado em forma de uma República unitária, descentralizada, com autonomia de suas entidades territoriais, democrática, participativa e pluralista, além de fundada em respeito à dignidade humana, ao trabalho, à solidariedade das pessoas que a integram e à prevalência do interesse geral.

Seu artigo 3, que também compartilha conteúdo declarativo, cuida da titularidade da soberania, o que faz mediante a afirmação de que ela reside exclusivamente no povo, do qual, como não poderia deixar de ocorrer uma vez firmados tais parâmetros, também emana o poder público do Estado. O dispositivo ainda reconhece que o povo exerce a soberania de forma direta ou por meio de seus representantes conforme os termos estabelecidos pela Constituição, regramento que, como adiante abordado, terá repercussão para o exercício do Governo no país.

Já um pouco além, em complemento ao princípio do pluralismo da sociedade albergado pelo citado artigo 1, apresenta-se o artigo 7, segundo o qual o Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da Nação colombiana. Esse regramento, outrossim, é igualmente reforçado pelo posterior artigo 10, responsável por enunciar o castelhano como idioma oficial do país, sem com isso deixar de reconhecer que as línguas e os dialetos de grupos étnicos também são oficiais em seus territórios, ao ponto de determinar que o ensino nas comunidades com tradições linguísticas próprias seja bilíngue.

Todos esses artigos, que se encontram inseridos no Título I, destinado aos princípios fundamentais, trazem consigo elementos inerentes ao constitucionalismo. Sobressai-se, porém, a declaração pluralista quanto à composição da nação, uma vez que não é a Constituição que a estabelece a pluralidade, mas a reconhece enquanto característica intrínseca ao corpo social detentor da soberania na Colômbia. Essa circunstância, como se percebe, possui singularidades distintas da fórmula pluralista referida pelas Constituições do Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, cujos textos foram inseridos para fins de análise nos grupos anteriores. Isso porque, a partir da promulgação da Constituição Colombiana, o princípio pluralista deixará de restringir-se ao dever de promoção de

políticas afirmativas e de inclusão de minorais ou grupos étnicos, sociais ou culturais historicamente discriminados, ou então daqueles que se tornaram economicamente hipossuficientes e, por conseguinte, restaram excluídos do processo político nacional. Para mais, o pluralismo na Colômbia, em concepção que viria a ser adotada pela quase totalidade das Constituições estaduais na América do Sul, além das características ordinárias aliadas à garantia de livre organização política, com o consequente potencial protagonismo para influenciar o exercício do poder a partir dessa concepção, passa a reconhecer o princípio da multiculturalidade para a composição da nação, a despeito de sua Constituição não adotar essa terminologia expressamente. Ressalta-se, contudo, que esse reconhecimento não é estéril. Ele implica diretrizes políticas estruturais para a composição e exercício do governo, bem como estabelece limites específicos para atuação do Estado. Consoante leciona Ramírez a respeito do caso colombiano,

El artículo 7° de la Constitución establece el principio de pluralidad, consignado como de diversidad étnica y cultural. Al subrayarse las características generales de la Constitución de 1991, dijimos que desde sus primeras normas se la tiene como democrática, participativa y pluralista, entendiendo con las tesis del liberalismo político, que es una sociedad plural aquella en la que puedan convivir en planos de tolerancia las distintas visiones acerca de la vida y del mundo, y donde puedan articularse los distintos planes de vida, en convivencia mutua.

La Corte Constitucional ha señalado que la apertura al pluralismo dispuesta en la Constitución se conecta al menos con tres dimensiones: “ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (art. 7° Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones que existen al punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de las diferencias vigentes en un momento determinado.

El punto de partida del artículo 7° es el hecho de la diferencia: el Estado colombiano es multiétnico y multimacional, en la medida en que su

composición convoca a personas de distintas razas, de distintas creencias y con diferentes visiones del mundo. Esta norma, formulada como principio, es recogida en otras normas de la Constitución. Así, el artículo 10 reconoce como oficiales, al lado del castellano, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos; el artículo 13, referido al derecho a la igualdad, dispone la promoción de medidas que beneficien a grupos históricamente discriminados, como las minorías étnicas y culturales; el artículo 68 establece en el derecho a la educación, la garantía de una educación a los miembros de los grupos étnicos, que asegure el respeto a su identidad cultural; el artículo 72 reconoce como derecho, la protección del patrimonio arqueológico y cultural de la nación. En la parte orgánica de la Constitución cabe resaltar, además de las normas que crean la circunscripción especial indígena y de los afrocolombianos, el artículo 246, que establece la jurisdicción indígena como una jurisdicción autónoma, así como el artículo 286, que reconoce los territorios indígenas como entidad territorial, a pesar de que en normas posteriores se le reste toda eficacia a ese reconocimiento. Para Catalina Botero, el problema central del establecimiento del Estado multiétnico y multicultural, está en la necesidad de resolver la tensión existente entre diversidad (es decir, la existencia real de distintos grupos y comunidades) y unidad (es decir, el hecho de que siendo diferentes, se encuentren sometidos a un mismo régimen estatal, a una misma Constitución), y la solución de dicho problema tan solo es posible conforme a la elaboración de “criterios de decisión que satisfagan los estándares mínimos de un Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, las exigencias de una verdadera política multicultural, es decir, a partir de determinar criterios interpretativos claros. (RAMÍREZ, 2015, p. 74-75).

A ideia de pluralidade consagrada pelo Título I, que, como visto, deve ser compreendida enquanto multiculturalidade, tem prosseguimento natural no seguinte Título II, destinado aos direitos, garantias e deveres. Nele, haverá o reforço do trato normativo conferido ao princípio democrático para o exercício do poder pelo povo, que como exposto, é o titular da soberania reconhecido nos termos do

artigo 3. Outra concepção, aliás, não seria possível. Afinal, consoante já delineado, pluralismo sem raízes e ramificações democráticas não pode dispor de seu próprio conteúdo semântico mínimo. Essa é a razão pela qual pluralismo e democracia são enunciados enquanto princípios de igual hierarquia pelo também mencionado artigo 1<sup>221</sup>.

No entanto, em traço que vem a ser característico dos países latino-americanos, as virtudes e/ou deficiências da concepção do pluralismo multicultural e o primado democrático na Colômbia são logo relevadas pelos diferentes graus de inclusão com que esses mesmos princípios são normatizados ao longo do texto constitucional no tocante a algumas matérias.

Nesse aspecto, precipuamente se observa o artigo 40, que garante a todo cidadão, sem quaisquer restrições de natureza discriminatória, participar na composição, exercício e controle do poder político, o que se dá não apenas através da possibilidade de eleger e ser eleito (n.º 1), mas também pela tomada direta de decisões através de mecanismos diversos, tais como eleições, plebiscitos, referendos, consultas populares, dentre outros (n.º 2). Igualmente se garante a criação de partidos, movimentos e agrupamentos políticos sem empecilhos, podendo os cidadãos, para tanto, livremente formar parte deles e difundir suas idéias e programas (n.º 03), revogar o mandato dos eleitos nos casos e formas que a Constituição e as leis estabelecerem (n.º 04), além de interpor ações em defesa da Constituição e das leis (n.º 06), dentre outras posturas e direitos.

Não obstante, do texto constitucional não tarda a emergir um contraponto. No posterior Título III, destinado aos habitantes e ao território, em seu artigo 98, firma-se distinção entre nacionalidade e cidadania, quiçá o primeiro limite formal ao princípio democrático. De acordo com esse e outros dispositivos albergados ao longo desse Título, a cidadania, salvo exceções estabelecidas por lei, advém

---

<sup>221</sup> É nesse ponto que RAMÍREZ ressalta a importância conferida pela Constituição colombiana à participação popular. Segundo esse autor, (...)

El carácter universal de este principio indica que no se agota en el régimen electoral, de análoga forma a como la democracia no se agota ni en las elecciones, ni en el conteo de votos, sino que involucra la vida de toda la comunidad colombiana. Este mismo carácter universal del principio democrático, fue refrendado años después por la Procuraduría General de la Nación y por la Corte, en el concepto que aquella rindiera en el examen de constitucionalidad de la ley 796 de 2003, *por la cual se convoca a un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*, al señalar, que el de participación es el principio *axial*, que rige las provisiones de la Constitución de 1991, de modo tal que una fuerte afectación de dicho principio, tendría la virtualidad de desestructurar la propia Carta.

Es por esto por lo que la participación y el principio democrático están presentes como normas rectoras en todas las zonas neurálgicas de la Constitución. Así, inicialmente se lo enuncia como un principio constitucional, en el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 3º del texto, para luego ser formulado como un derecho fundamental en el artículo 40, que establece el derecho a participar en el ejercicio y control político; con los derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 48, como incremento progresivo en la seguridad social, en el artículo 49, como incremento progresivo en el derecho a la salud, así como en el artículo 68, donde se prevé la participación de la comunidad en la dirección de las instituciones de educación; para incluirlo, por último, en los derechos colectivos, en el artículo 78, como participación de los usuarios y de los consumidores en las decisiones que los afectan. Más adelante, la participación aparece en el artículo 103, en los mecanismos de participación ciudadana, para luego dar paso a la participación electoral, el régimen de partidos y el régimen de elecciones, involucrando todas las normas modificadas por las dos reformas políticas de la anterior administración (actos legislativos 1 de 2003 y 1 de 2009). Finalmente, la participación también se da en el control constitucional dispuesto en los artículos 241 y 242 de la Carta, donde se prevé la participación de los intervinientes en los procesos de constitucionalidad, así como en los desarrollos del régimen territorial, y está presente en la elección popular de alcaldes, de gobernadores y de los órganos de representación, de que tratan los artículos 303 y 314, aunada a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones en asuntos de carácter local. (RAMÍREZ, 2015, p. 60-61).

aos dezoito anos de idade (artigo 98, parágrafo único), sendo ela, conforme assim determina o artigo 99, requisito indispensável para o exercício do direito de sufrágio, a possibilidade de ser eleito, ou mesmo para o desempenho de cargos públicos que impliquem autoridade ou jurisdição<sup>222</sup>.

O princípio democrático, todavia, encontra especial guarida no Título IV, que se destina a regulamentar as formas de participação democrática em específico. Logo no primeiro dispositivo de seu Capítulo I, o artigo 103, listam-se como mecanismos de participação direta do povo no exercício da soberania o voto, o plebiscito, o referendo, a consulta popular, o “cabildo” aberto, a iniciativa legislativa e a revogatória do mandato. Todos esses instrumentos, ainda de acordo com o dispositivo constitucional, deverão ser regulamentados por lei. Entrementes, não é por conferir tarefa regulamentar ao legislador infraconstitucional que a Constituição colombiana deixa de traçar regras gerais para o exercício da democracia. Com efeito, o subsequente artigo 104, no que seria o precípua trato dos instrumentos da democracia direta referidos pelo artigo 1, traça diretrizes para a realização da consulta popular, ao possibilitar que o Presidente da República, com a assinatura de todos os ministros e prévio consentimento do Senado da República, consulte o povo colombiano acerca de decisões de transcendência nacional, cuja respectiva manifestação terá natureza obrigatória. A consulta popular, que se veda realizar em concorrência com outra eleição, também poderá ser convocada pelo Governo a nível regional. O seguinte artigo 105 também expressamente autoriza que, após o cumprimento de dadas formalidades legais, governadores e alcaldes realizem consultas populares para decidir sobre assuntos de competência do respectivo departamento ou município.

Não fosse suficiente, ainda há previsão que autoriza via inversa à enunciada pelo artigo 103, em que o povo aciona o Governo. Ela é referida pelo artigo 106, através do qual se permite a apresentação de projetos de lei pela população, os quais deverão ser assinados por, ao menos, 10% dos cidadãos inscritos no respectivo censo eleitoral, requisito que não prescinde, por obviedade, do respeito às regras de cidadania expostas pelos já analisados artigos 98 e 99.

Importa ressaltar, contudo, que a idéia de pluralismo albergada pela Constituição da Colômbia, embora próxima, não se confunde com a acepção de plurinacionalidade trazida pelas Constituições da Bolívia e do Equador, posteriormente analisadas, ainda que detenham diferentes graus de regulamentação entre si. Na Colômbia, o pluralismo, que como visto, possui traços de multiculturalidade, não expressa o reconhecimento da diversidade de agrupamentos humanos sob o

---

<sup>222</sup> Artículo 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción

*status* de nação. A amplitude que lhes confere é menor, pois o texto ratifica a existência de única nação, ainda que composta por indivíduos detentores de singularidades e, por obviedade, diversidades. Nesse sentido, como explica Bulla sobre um dos elementos clássicos de formação do Estado, o povo, à luz do Estado colombiano,

(...) como elemento constitutivo de un Estado tiene entonces algunos rasgos característicos que permiten lograr una definición: es una comunidad de personas que como tal es plural en su integración, pero que actúa como unidad total del componente humano respectivo, que habita con sentido de pertenencia y permanencia en un territorio; cohesionado por una historia y cultura comunes, cuyos integrantes comparten generalmente – aunque no siempre – un mismo idioma y en ocasiones una religión, que decide libremente trabajar por un proyecto de nación. (BULLA, Germán Ramírez [et al.], 2017, p. 189).

Embora aparentemente tênue, a consequência imediata dessa distinção recai sobre a legitimidade para o exercício do poder, em especial, do Governo, assim como de seu respectivo processo de composição. Isso porque, enquanto na Bolívia, conforme adiante abordado, a plurinacionalidade se traduz pela ativa exigência da distribuição do poder entre as diversas nações constitucionalmente reconhecidas como componentes da nação boliviana, ou mesmo no Equador, muito embora em menor grau, pela necessária preservação étnica e cultural das nações integrantes do povo equatoriano, ainda que desprovidas de representantes ativos nos órgãos de exercício do poder, na Colômbia, o conceito de pluralismo multicultural mais preserva a autodeterminação política dos cidadãos em si do que a de seus eventuais grupos, mesmo que a proteção étnica e cultural desses últimos seja expressamente garantida em comandos outros, como o mencionado artigo 7, ou então através da embrionária aceção de plurinacionalidade albergada no artigo 246, igualmente ainda ser analisado, que reconhece a existência de Jurisdições indígenas no país. O que importa considerar, decerto, é que o pluralismo entre indivíduos não se traduz em pluralismo político entre as nações inseridas no Estado, elemento essencial à plurinacionalidade – ou pluralismo andino -, em circunstância que termina por afastar, ao menos enquanto diretriz ou objetivo, a distribuição do exercício do poder entre grupos, sejam eles majoritários ou não.

Isso não impediu, contudo, que a Constituição colombiana, ao reconhecer a soberania de uma sociedade plural fisiologicamente conectada ao princípio democrático por força do artigo 1, não apenas fortalecesse esses princípios pela adoção dos mencionados mecanismos de democracia direta - ou diálogo entre povo e Governo - albergados pelos igualmente citados artigos 104 e 105, como também os robustecesse através do Título V, que trata da Organização do Estado em si. Afinal, quanto a este último, logo em seu Capítulo I, responsável pela estrutura política do Estado, seu artigo 113 declara o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como ramos do Poder Público. Esse dispositivo é de particular singularidade para a investigação, pois a exemplo de outros países, ele não se utiliza do termo “poder” para descrever o que comumente se reporta na doutrina como poderes constituídos. Com efeito, ele também os trata como ramos do Poder Público, de forma a reconhecer a existência de único poder de autoridade estadual constituído conforme o Direito, a que não seria leviano identificá-lo como sinônimo do poder soberano, titularizado pelo povo conforme, conforme assim declara o artigo 3.

Não obstante, a despeito de essa aparente simetria com o princípio da unidade do poder soberano, bem como sua manifestação via três funções, sugerir que o Governo seria composto por seu respectivo exercício harmônico e simultâneo, outros dispositivos indicam algum distanciamento dessa precípua concepção. O artigo 115, por exemplo, declara que o Presidente da República é o Chefe de Estado e o Chefe de Governo, assim investido sob a condição de suprema autoridade administrativa do país. Essa declaração é reforçada pelos artigos 188 e 189, segundo os quais, respectivamente, o Presidente da República simboliza a unidade nacional e a ele corresponde - talvez em proposital ratificação da autoridade já externada pelo artigo 115 - a chefia do Estado, de Governo e da Suprema Autoridade Administrativa. Mas importa mencionar, sobremaneira, que o artigo 115, em uma segunda parte, expressa e contraditoriamente restringe essa concepção, ao declarar que o Governo é formado pelo Presidente da República, pelos Ministros de despachos e pelos diretores de departamentos administrativos. O comando constitucional, em verdade, chega a sintetizar que o Presidente e o Ministro ou Diretor de Departamento correspondentes a cada negócio constituem o Governo.

Essa distinção efetuada pelo artigo 115 ainda encontra ressonância em outro Título, cujos artigos 200 e 201, ao delimitar as relações entre o Governo e, respectivamente, o Congresso e a função Judiciária, fazem referências ao processo legislativo, à convocação de sessões extraordinárias, à apresentação do plano nacional de desenvolvimento, aos investimentos públicos e, especificamente no que condiz ao Judiciário, à prestação de indultos penais e à colaboração com funcionários judiciais.

No entanto, a despeito de a delimitação formal do conceito de Governo traçada pelo artigo 115 restringir-se ao Executivo, a Constituição colombiana não abandona por completo a precípua acepção generalista de seu artigo 113 correspondente à referência ao Legislativo e ao Judiciário enquanto ramos do Poder Público. Decerto, no posterior Título IV, o Legislativo é referido como ramo, tratamento idêntico conferido pelo Título VIII ao Judiciário, cujo inaugural artigo 228 chega a ir além, pois expressamente se reporta à Administração da Justiça como função pública ao invés de ramo. Nos dizeres de Urrego, tal contradição é típica do que elenca como característica do chamado movimento neoconstitucionalista latino-americano, mediante “el establecimiento de constituciones extensas, detallistas, aspiracionales y en ocasiones contradictorias” (BULLA, Germán Ramírez [et al.], 2017, p. 485).

O pluralismo, todavia, não se afasta por completo da composição da função judiciária. Dividido entre jurisdição ordinária e constitucional, observa-se embrionária materialização do que virá a ser o princípio da plurinacionalidade, o que ocorre através do expreso reconhecimento de uma jurisdição indígena pelo artigo 246. Segundo esse dispositivo, as autoridades dos povos indígenas, dentro de seu âmbito territorial, poderão exercer suas funções jurisdicionais em conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição e às leis da República, sendo que será a lei a responsável por estabelecer as formas de coordenação dessa jurisdição especial com o sistema judicial nacional. Trata-se, como se percebe, do expreso reconhecimento constitucional de que a nação indígena colombiana exerce uma das funções do poder soberano, que é a jurisdicional e, por consequência do Governo, caso este, por evidência, seja compreendido sob a acepção de maior amplitude adotada por esta investigação.

Naturalmente, a jurisdição indígena deverá submeter-se à jurisdição constitucional exercida pela Corte Constitucional, que é regulamentada pelo artigo 239. Sua composição, em específico, não observa critérios de plurinacionalidade e a ela compete decidir sobre demandas de inconstitucionalidade movidas pelos cidadãos contra atos de reforma da Constituição, qualquer que seja sua origem, mas desde que somente a vícios de procedimento em sua formação (n.º 01), assim como pelo conteúdo, quando se tratar de leis (n.º 04). Também lhe compete decidir, com antecedência ao pronunciamento popular, sobre a constitucionalidade da convocação de um referendo ou de uma assembleia constituinte para reformar a Constituição, embora igualmente apenas tenha competência para tratar sobre vícios de procedimento em sua formação (n.º 02). Há, ainda, competência para decidir sobre a constitucionalidade dos referendos sobre leis e consultas populares,

assim como de plebiscitos de ordem nacional, sendo que, acerca desses últimos, somente por vícios de procedimento no que tange a sua convocação e realização (n.º 03). Igualmente lhe compete decidir sobre as demandas de inconstitucionalidade que os cidadãos apresentem contra os decretos com força de lei que sejam ditados pelo Governo com fundamento nos artigos 150, 10; e artigo 341, da Constituição, seja por seu conteúdo material ou, então, por vícios de procedimento para sua formação (n.º 5), além de decidir definitivamente sobre os projetos de lei vetados pelo executivo com fundamento de inconstitucionalidade (n.º 8).

O órgão de cúpula da jurisdição ordinária é a Corte Suprema de Justiça e, a exemplo da Corte Constitucional, não observa critérios de plurinacionalidade para sua composição.

No que se reporta à função legislativa, o artigo 114 ordinariamente a restringe ao Congresso Nacional, atribuindo-lhe a competência para reformar a Constituição, fazer as leis e exercer o controle político sobre o Governo e a Administração. No entanto, ao cuidar da reforma constitucional em seu Título XIII, nos artigos 374 a 380, a Constituição colombiana possibilita que ela seja patrocinada pelo Congresso, por uma Assembléia Constituinte ou pelo povo, mediante referendo.

Sob tais parâmetros, o artigo 375 firma os entes ou agrupamentos que poderão apresentar projetos de ato legislativo. Trata-se do Governo, dez membros do Congresso, vinte e cinco por cento do *concejales* ou dos deputados e, por fim, dos cidadãos, estes em número equivalente, ao menos, a cinco por cento do censo eleitoral vigente.

Já o artigo 376, a seu turno, estabelece que, mediante lei aprovada por maioria dos membros de uma ou outra câmara, o Congresso poderá dispor que o povo, em votação popular, decida se convoca uma Assembléia Constituinte, desde que respeitados limites de competência, período e forma de composição determinados pela própria lei que deflagra o processo convocatório. Nota-se, deste modo, que a despeito de inicialmente referir-se ao órgão que materializa o exercício do poder constituinte originário, a Constituição colombiana não tarda a impedir que essa atue com onipotência. Conforme discorre Ramírez, “(...) en virtud del ejercicio del poder de reforma, puede modificarse cualquier disposición constitucional, pero sin llegar a la supresión o sustitución de la Carta vigente” (RAMÍREZ, 2015, p. 532). Em outra lição, ao discorrer sobre as previsões gerais de mecanismos elencadas pelo artigo 374, esse mesmo autor salienta que

(...) debemos hacer dos precisiones: de acuerdo con la primera, el artículo 374 prevé la *reforma* de la Constitución y no su *cambio o sustitución*; la

segunda, todos los procedimientos de reforma deben hacer tránsito por el Congreso, pues la convocatoria a la Asamblea Constituyente y la convocatoria al referendo constitucional, deben hacerse por medio de una ley. (RAMÍREZ, 2015, p. 526).

Nesse ponto, importa ressaltar que a impossibilidade de a reforma constitucional, mesmo que patrocinada por Assembleia Constituinte, substituir a totalidade do texto constitucional em vigor, foi objeto de pronunciamento da Corte Constitucional do país, consoante mais uma vez menciona Ramírez, em julgado que deixou certo “que si bien la Constitución de 1991 no contenía cláusulas pétreas, tampoco autorizaba su sustitución integral” (RAMÍREZ, 2015, p. 531)<sup>223</sup>. Como exemplo de limites ao poder de reforma, Ramírez também recorda que,

Pero independientemente del contenido asignado a la figura o de los criterios con los que se la identifica, la Corte Constitucional ha sostenido la existencia del núcleo esencial de los derechos fundamentales, como elemento de protección del derecho y como limite a la potestade reguladora del legislador. Prueba de ello es la sentencia sobre los paramilitares, en la que la Corte refirió el examen de los cargos de inconstitucionalidad, a la conservación de la integridad del núcleo esencial de los derechos de las víctimas. (RAMÍREZ, 2015, p. 114).

Nesse ponto, também importa destacar que essa aparente nova contradição intrínseca talvez demontre que a Constituição colombiana, assim como outras, salvaguarde os valores fundamentais dos titulares do poder soberano, não obstante autorize que eventuais largas reformas estruturais sejam promovidas por eles, sempre que não retirem do povo suas características determinantes<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Sobre os limite de revisão, Ramírez discorre que, “al examinar la constitucionalidad de la ley 796 de 2003, que convocó a un referendo constitucional, la Corte estableció el concepto de vicios de competencia del Congreso en el poder de reforma de la Constitución: “Toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”, a lo que agregó que en tanto poder derivado, el de reforma tiene límites y está sujeto a controles, que permiten identificar aquellos casos en que el Congreso ha procedido a sustituir o cambiar la Constitución. Así, “debe entenderse que la Constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan. Es decir, que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución” (RAMÍREZ, 2015, p. 530).

<sup>224</sup> Segundo Cleves leciona nesse sentido,

(...)

Algunos autores, como por ejemplo Requejo Pagés, han hablado de una serie de normas preconstituyentes que pueden limitar la labor del poder constituyente. Requejo Pagés indica que el poder constituyente pocas veces es un poder originario, ya que en la mayoría de las ocasiones cuando se

Não obstante, uma vez formalmente limitada pela lei que autorize consulta popular para sua manifestação, entende-se que a Assembléia será convocada quando, ao menos, uma terceira parte dos integrantes do censo eleitoral se manifestar nesse sentido. Caso convocada, a assembleia deverá ser eleita pelo voto direto dos cidadãos, observado que o pertinente ato eleitoral não poderá coincidir com outro sufrágio. Por fim, o artigo 376 ainda determina que, a partir da eleição, ficará suspensa, até o término assinalado para que a Assembleia cumpra com suas funções, a faculdade ordinária de o Congresso reformar a Constituição, em regra que evidentemente intenta impedir confusão de atribuições. A assembleia ainda será responsável por elaborar seu próprio regulamento.

A consulta popular também poderá ser exigida quando a iniciativa de reforma advenha do Congresso. De acordo com o artigo 377, deverão se submeter a referendo constitucional as reformas patrocinadas pelo Congresso quando se referiram aos direitos reconhecidos no Capítulo I, do Título II, e a suas garantias. Essa exigência também se estende aos procedimentos de participação popular ocorridos dentro dos seis meses seguintes à promulgação do Ato Legislativo, desde que solicitado por cinco por cento dos cidadãos que integrem o censo eleitoral. Nessas hipóteses, deve-se ressaltar que a reforma se entenderá como derrotada caso ocorra o voto negativo da maioria dos sufragistas na circunstância de, durante a votação, ao menos a quarta parte do censo eleitoral houver participado.

O artigo 378, a seu turno, firma que, por iniciativa do Governo ou dos cidadãos e observadas as condições estabelecidas pelo artigo 155, o Congresso, mediante lei que requeira a aprovação da maioria dos membros de ambas as Câmaras, submeta a referendo um projeto de reforma constitucional que o mesmo Congresso intente incorporar à lei. Nessas hipóteses, a aprovação das reformas via referendo exige a aprovação de mais da metade dos sufragistas, bem como que seu número exceda da quarta parte do total de cidadãos integrantes do censo eleitoral.

Nesse ponto, ainda importa mencionar que a possibilidade de instauração de processo de reforma constitucional pela função executiva dá ensejo a críticas da doutrina local, que como Urrego, nomeia essa concentração de hiperpresidencialismo, que tem como marco característico “(...) el consecuente debilitamiento de los otros poderes públicos para ejercer contrapesos, en especial del poder judicial” (BULLA, Germán Ramírez [et al.], 2017, p. 486), com evidente detrimento para a

---

implementa dicho poder ya se ha creado un Estado previamente, y lo que se hace es cambiar o derogar una constitución. En este sentido, indica que el poder constituyente se encontrará regulado por las decisiones precedentes adquiridas por el Estado, tales como los pactos de derecho internacional, que serán normas preconstituyentes que limitarán el ejercicio del poder constituyente.

Del mismo modo, como señala Marín, en la actualidad los tratados sobre derechos humanos, como por ejemplo la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, el derecho internacional humanitario y las normas imperativas del *ius cogens* se reconocen como normas inderogables del derecho internacional que son oponibles incluso ante el poder constituyente, ya que los Estados se comprometen a establecer un régimen respetuoso de estos derechos. (BULLA, Germán Ramírez [et al.], 2017, p. 78/79).

legitimidade de todo o processo, que não será instaurado pelo povo ou seus representantes do parlamento, mas apenas por única autoridade eleita.

Por último, nos termos do artigo 379, os atos legislativos, a convocação de referendo, a consulta popular ou o ato de convocação da Assembleia Constituinte, somente poderão ser declarados inconstitucionais quando se violarem os requisitos estabelecidos nos artigos anteriores. Há, porém, limitação para essa contestação judicial, cuja ação pública somente poderá ser ajuizada dentro do ano seguinte a sua promulgação, observado o disposto no artigo 24, número 2.

## **Peru**

O Peru é o segundo integrante do grupo de países que autorizam a reforma constitucional via consulta popular, consagram o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado, além de agregar a esse rol o primado da multiculturalidade. A despeito de se haver presumido sua inserção nesse agrupamento de natureza mais progressista, não se pode deixar de rememorar que a Constituição peruana, a exemplo da chilena, foi promulgada em período de reafirmação autoritária, circunstância que implica contradições entre seus dispositivos, sobretudo pelo recém retorno a um momento político de maior amplitude democrática, em que o patrocínio de reformas se fez necessário para adequar seu texto.

É sob tais circunstâncias que o artigo 43, da Constituição promulgada no ano de 1993, declara a República do Peru um Estado democrático de direito uno e indivisível, social, independente e soberano. Seu governo, de acordo com esse mesmo artigo, também é unitário, representativo e descentralizado, além de se organizar segundo o princípio da separação dos poderes, declaração que pode ser tida como reconhecimento normativo constitucional de uma acepção ampla do conceito de governo, que deve ser exercido pelas três funções da soberania, em característica que se demonstra relativamente comum no continente sul-americano. Afinal, não obstante o artigo 43, ao menos a princípio, apresente despreziosa reprodução desse princípio basilar da clássica teoria constitucionalista, em verdade vai além. Isso porque, percebe-se, ele não se limita a reconhecer que o governo é uno, mas evidencia que o poder de império constitucional naturalmente fundamenta-se e resulta do exercício de outro, igual e necessariamente único, que é o poder soberano do povo. Em síntese, o comando albergado no art. 43 não somente determina que o governo deverá se organizar e ser exercido em respeito aos princípios democráticos da representatividade e descentralização, mas

também que sempre deverá observar os preceitos de separação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, a despeito de a terminologia por si utilizada para deles tratar seja de poderes ao invés de funções. Trata-se, enfim, do reconhecimento literal de que o governo é formado pelo exercício dessas três funções, os quais deverão se sujeitar a regras de democracia representativa, à semelhança do que leciona Orbe, segundo o qual

Tradicionalmente el poder de gobierno se ha compartido en três áreas: legislativo, ejecutivo y judicial. De este modo, se evita la autocracia. La división de poderes es la expresión del balance de poderes y uno de los fundamentos del Estado de Derecho. (ORBE, 2015, p. 514).

A conexão entre a titularidade e o exercício do poder é reforçada em outro dispositivo detentor de redação clássica. O artigo 45, em comando de natureza declaratória semelhante a diversos outros textos constitucionais da região, reconhece que o poder do Estado emana do povo, cujo exercício, seja por quem for, natural e necessariamente deverá respeitar os critérios de representatividade democrática estabelecidos pela própria Constituição, assim como pelas leis. Decerto, como mais uma vez leciona Orbe, dessa vez sobre artigo 45,

Este artículo tiene sus antecedentes doctrinarios en la teoría liberal, en la cual se exponen dos ideas fundamentales sobre la democracia que dan origen al Estado liberal y al principio de la soberanía popular:

1º Todo gobierno está limitado en sus poderes: No existe ningún poder absoluto. Esta idea se sustenta en que los hombres son libres por naturaleza, iguales e independientes. Así, ninguno puede ser sacado de esa condición ni puesto bajo el poder político de otro sin su próprio consentimiento.

2º Todo gobierno existe por consentimiento de los gobernados: No hay gobierno si este no expresa el consentimiento de una pluralidad de hombres libres. El consentimiento de los individuos dentro de una comunidad es lo único que la hace actuar, y la dirección del gobierno establecida para la comunidad será impresa a través del consenso de la mayoría. (ORBE, 2015, p. 521).

Ojeda, no entanto, ao fazer análise sobre o dispositivo, discorre que “la soberanía en La Constitución Peruana es tratada separadamente de la noción del poder. La soberanía es la fuente del poder – Art. 45° -; el poder es algo diferente de la soberanía” (OJEDA, 2013, p. 121). Trata-se de observação passível de extensão a outros sistemas constitucionais do continente, sobretudo porque permite justificar excepcionais períodos de dissociação entre o princípio democrático, o governo e a soberania.

Há ainda outro dispositivo constitucional que corrobora a tese do exercício da soberania por intermédio de funções. Corresponde ao artigo 138, responsável por regulamentar a Administração da Justiça. Segundo seus termos, o poder de administrá-la emana do povo – o legítimo titular da soberania - e se exerce pelo Poder Judiciário através de seus órgãos hierárquicos, com arranjo na Constituição e nas leis. O desdobro natural do princípio democrático para a Administração da Justiça em razão de sua origem na soberania popular encontra suporte no seguinte artigo 139, cujo número 17 declara, como princípio intrínseco, a participação popular para a nomeação e destituição de magistrados, desde que observadas as exigências da lei, muito embora Orbe saliente que esse dispositivo ainda não haja se traduzido em prática efetiva de atos para a nomeação e destituição, pois, consoante assim expõe,

En todo caso debemos de entender que la participación popular se materializa en el sentido de que los exámenes de entrevista personal para magistrados, se realizan con las “puertas y cortinas abiertas” dónde el público pueda fiscalizar al Consejo de la Magistratura, en la correcta elección de los jueces y fiscales del país. (ORBE, 2015, p. 960).

Não fosse suficiente, o necessário respeito que o Governo deve apresentar perante os titulares do poder que o fundamenta ainda resta reconhecido por intermédio de outros dois dispositivos. O primeiro é o artigo 38, que institui como dever de todos os peruanos honrar e proteger os interesses nacionais, assim como respeitar, cumprir e defender a Constituição e o ordenamento jurídico da Nação. Segundo Orbe,

Todos, sin excepción alguna, estamos obligados democráticamente a la defensa ineludible de nuestra Carta Magna ante cualquier eventual

gobierno ilegítimo. Pero más que ello, la verdadera defensa de la Constitución pasa por el cabal cumplimiento de sus preceptos, toda vez que ella refleja la voluntad democrática de todo un pueblo. (ORBE, 2015, p. 487).

Não bastasse, o artigo 38 finda por basilar as primeiras linhas para outro comando, explicitado pelo artigo 46, que garante o exercício do direito de desobediência civil, à semelhança do que ocorre no Equador. Aqui, o direito de insurgência emerge como consequência natural da supremacia da Constituição enquanto norma fundamental do ordenamento jurídico e, por conseguinte, de princípios que lhe são orgânicos, a exemplo da obrigatoriedade e unicidade. Segundo esse comando constitucional, ninguém deve obediência a um Governo usurpador, nem a quem eventualmente assumira funções públicas em violação da Constituição e das leis. Por essa razão, ainda de acordo com esse mesmo dispositivo, não apenas os atos praticados pelos usurpadores do poder são nulos, como também é garantida à população civil o direito de insurgência em defesa da ordem constitucional. Nesse ponto, mais uma vez ressalta Orbe,

Este artículo se opone a futuros golpes de Estado y a futuros gobiernos usurpadores, liberando a las personas de la obligación de obedecer a estos gobiernos y funcionarios usurpadores, outorgando el derecho de insurgencia, pues la personas están constitucionalmente autorizadas para reponer las cosas al estado en que estaban, al estado en que la mayoría del pueblo decidió mediante ánforas, em defensa del orden constitucional. (ORBE, 2015, p. 533).

Outro parâmetro que robustece o direito de insurgência expresso pelo artigo 46 resulta da ordem de valores fundamentais do Estado estabelecida pela Constituição peruana. Ela, ao invés de precipuamente tratar da organização política do Estado, somente cuida dessa tarefa no seguinte Título II, em cujo Capítulo I, que se reporta ao Estado, à Nação e ao Território, constam os pertinentes dispositivos da matéria, já analisados linhas atrás. Deste modo, em composição redacional pouco ortodoxa, porém não desprovida de significado, têm-se que os primeiros quarenta e dois artigos do texto constitucional, albergados em seu Título I, são dirigidos às pessoas e à sociedade, de forma que a estrutura orgânica do Estado, antes do já analisado artigo 43, apenas encontra solitária e indireta

referência no artigo 3, uma vez que é abordada enquanto princípio norteador para os direitos fundamentais da pessoa. De acordo com esse dispositivo, a enumeração dos direitos estabelecidos no Capítulo I, do Título II, não exclui os demais que a Constituição garante, nem outros de natureza análoga ou que se fundem na dignidade do homem, nos princípios da soberania do povo, do Estado democrático de direito e da forma republicana de governo.

Nesse ponto, importa ressaltar que o artigo 1 peremptoriamente firma como fim supremo da sociedade e do Estado a defesa da pessoa humana e o respeito de sua dignidade. Já o artigo 2, que trata dos direitos fundamentais da pessoa, em específico seu número 19, obriga o Estado a reconhecer e proteger a pluralidade étnica e cultural da Nação, sendo que a todo peruano se garante o direito a usar seu próprio idioma ante qualquer autoridade. Como se percebe, aqui, a exemplo da Colômbia, a Constituição peruana amplia aceção do pluralismo, que também não será restrita à obrigatoriedade de o Estado patrocinar políticas afirmativas em benefício de minorias, aliada à permissibilidade da potencial organização dessas últimas em partidos políticos para concorrência na formação do governo. Com efeito, o que faz é preservar a multiculturalidade do país, mas agora de forma mais expressa, o que faz mediante a terminologia “pluralidade cultural”, ao contrário do texto colombiano, que é menos explícito.

A multiculturalidade - ou pluralismo cultural - é posteriormente reforçado e complementado pelos dispositivos inseridos no Título II, destinados à organização do Estado, conforme já reportado, a exemplo do artigo 48, que reconhece como idiomas oficiais do país o espanhol e as línguas originárias do quéchua e aimara, sem a exclusão de outras aborígenes, nos termos da lei. Por fim, salienta-se que o artigo 89 garante às comunidades campesinas, assim como às nativas, a existência legal e o reconhecimento à personalidade jurídica.

Deve-se atentar, entretanto, que a multiculturalidade, nos termos traçados pela Constituição peruana, muito embora apenas reconheça a existência de uma única nação, como sucede na Colômbia, porta os primeiros elementos do que virá a ser o princípio da plurinacionalidade para a composição de um povo, primado a ser adotado por Venezuela, Equador e Bolívia, muito embora em diferentes graus.

Nesse diapasão, como não poderia deixar de ser, a multiculturalidade intenta propiciar o fortalecimento dos elos de organização do Estado com a democracia, sobretudo em razão de os artigos inseridos no aludido Capítulo I, do Título II, em que se regulamentam o Estado, a Nação e o Território, reportarem-se aos princípios da proporcionalidade e representatividade para o exercício do poder,

muito embora sem tornar obrigatória a presença de representantes de grupos étnicos para a composição das diversas funções do poder soberano.

No entanto, além da esperada natureza representativa dos cargos eletivos das funções executiva e legislativa, o artigo 149, inserido no capítulo destinado ao poder judiciário, reforça o princípio da multiculturalidade ao garantir que as autoridades das comunidades campesinas e nativas, com o apoio das rondas campesinas, exerçam as funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial em conformidade com seu próprio direito consuetudinário. Este, desde que não viole os direitos fundamentais da pessoa, passa a deter valor jurídico, pois conforme Orbe chama atenção,

Como dijo Ronald Cárdenas Krens constituye un reconocimiento a un cierto pluralismo jurídico existente en nuestro medio, en el que los derechos de las comunidades constituyen una especie de sub sistemas jurídicos.

(...)

Esta jurisdicción especial, es produto de una Nación pluriétnica y multicultural, como bien há sido reconocida por nuestra Constitución peruana (Art. 2º inciso 19), una sociedade que se caracteriza por la convivencia de varios grupos humanos, cada una manteniendo sus propias normas económicas, sociales, culturales y religiosas que crean una estructura de poder fragmentada y difusa en importantes espacios del territorio nacional. (ORBE, 2015, p. 1008-1009).

Ao referido elo entre o Estado e a democracia, ainda se agrega a existência de regramentos constitucionais que cuidam da democracia direta, com são aqueles albergados nos artigos 31 e 32, discorridos adiante, ou mesmo o artigo 107, que confere aos cidadãos, nos termos da lei, a iniciativa legislativa sobre algumas matérias. Todavia, a própria Constituição parece mitigar a amplitude do princípio democrático para o exercício do poder através de outras regras que estabelece, resultantes, talvez, de sua origem autoritária. Nesse sentido, cita-se o art. 30, que restringe a condição de cidadão para os peruanos maiores de dezoito anos inscritos no registro eleitoral, apesar de o artigo 52, ao dispor sobre a nacionalidade, declarar como peruanos todos os nascidos no território da República, além dos nascidos no exterior em dadas circunstâncias. Já o artigo 39, outrossim, ao dispor sobre os funcionários e trabalhadores públicos, estabelece hierarquia entre eles, ao firmar, em ordem

decrecente, que o presidente da república é a mais alta autoridade a serviço da Nação, seguido pelos representantes do Congresso, ministros de Estados, membros do Tribunal Constitucional e do Conselho da Magistratura, dos magistrados supremos, do fiscal da nação e do defensor do povo - esses em igual hierarquia -, além dos representantes dos organismos descentralizados e prefeitos, de acordo com a lei. Como não poderia deixar de se observar, o estabelecimento de hierarquia entre aqueles que representam a soberania popular para o exercício de uma das funções do poder soberano, com especial primazia a quem se investe da executiva, finda por revelar incongruência com o próprio princípio da representatividade, sobretudo porque a função executiva, nos termos do artigo 110, é exercida por apenas um mandatário, em circunstância que, por obviedade, apesar da escolha via sufrágio, não afasta a circunstância de o presidente ser eleito pelo segmento da sociedade que se mostrou majoritário durante o processo de sufrágio, em natural detrimento das minorias derrotadas. Não fosse suficiente, essa hierarquia conferida ao exercício da função executiva encontra reforço no artigo 134, que faculta ao presidente da república dissolver o Congresso se este censurar ou negar confiança ao Conselho de Ministros, circunstância que levou Ojeda a discorrer que “la función ejecutiva basicamente se realiza mediante dos actividades: la administrativa y la de gobierno, pero en ciertas ocasiones realiza también funciones legislativas por mandato del Parlamento o en los Estados de facto”, sendo que a função de governar, em si, representa “actividad política de orden superior que concierne a la dirección suprema y general del Estado, cuya autoridad suprema es el jefe de Estado” (OJEDA, 2013, p. 113), ou seja, incumbe ao Presidente da República.

Outra mitigação aferível em relação ao princípio democrático, mesmo que indireta, revela-se através do artigo 50, dispositivo segundo o qual, dentro de um regime de independência e autonomia, o Estado reconhece a Igreja Católica como elemento importante na formação histórica, cultural e moral do Peru, de modo a lhe prestar colaboração. O multicitado Orbe, ao comentar esse dispositivo, adverte que “una de las condiciones para el establecimiento de un Estado moderno es que sea laico” (ORBE, 2015, p. 547), mas que,

En América Latina, el Estado teocrático se transformó con el inicio de la República, en Estado clerical. La Iglesia Católica con el control hegemónico de hospitales, albergues, cementerios, escuelas, hospicios y universidades, le negó al flamante Estado independiente, estas competencias naturales. (ORBE, 2015, p. 547-548).

Não obstante a religião católica não seja reconhecida como a religião oficial do Estado, assim como o ente estadual deva respeitar outras religiões e com elas esteja autorizado a celebrar formas de colaboração, não se pode deixar de considerar que exista certa primazia hierárquica entre as religiões praticadas no país, à semelhança do tratamento explicitado pelo artigo 39, que confere deferência em relação ao executivo. Afinal, apesar da ausência de imperatividade explícita neste último dispositivo, o artigo 50, ao reconhecer nominalmente a religião católica como elemento importante para a formação histórica do Peru, confere proteção constitucional mais abrangente do que às demais, ao menos no aspecto cultural, em evidente desprestígio ao seu próprio princípio da multiculturalidade, albergado no artigo 2, número 19.

No entanto, conforme abordado linhas atrás, apesar de essas contradições reforçarem o fenômeno do hiperpresidencialismo, a explicitar a origem autoritária do texto e mitigar o princípio da multiculturalidade, ainda assim a Constituição peruana não deixa de traçar elo entre Governo e democracia representativa pelo patrocínio ao pluralismo cultural, sobretudo com o estabelecimento de regras de democracia direta em seus artigos 31 e 32. Inseridos no Capítulo III, destinado aos direitos políticos e aos deveres, ao tratar da participação cidadã em assuntos políticos. O primeiro garante aos cidadãos – mesmo com a mencionada restrição aos maiores de dezoito anos determinada pelo artigo 30 - o direito de participar em assuntos públicos mediante referendo, iniciativa legislativa, remoção ou revogação de mandatos de autoridades, assim como demanda de redenção de contas. Já o segundo, por sua vez, cuida especificamente da consulta popular via referendo, que além de ser passível de uso para a aprovação de normas com alcance de lei, ordenanças municipais e matérias relativas ao processo de descentralização, conforme assim listado em seus n.ºs 2, 3 e 4, trata, através de seu n.º 1, da possibilidade de reforma parcial ou total da Constituição. Esse mesmo dispositivo, porém, institui limite para uso da consulta popular para fins de reforma constitucional, haja vista que não permite tornar-se objeto de referendo a supressão ou diminuição dos direitos fundamentais da pessoa, nem as normas de caráter tributário e orçamental, exceções a que são acrescidos os tratados internacionais em vigor.

A reforma constitucional em específico é abordada no Título VI, cujo artigo 206 determina que todo processo deva ser aprovado pelo Congresso com maioria absoluta do número legal de seus membros e, posteriormente, ratificado via referendo. Não obstante, consoante aludido, a própria Constituição restringe o exercício desse instrumento, ao permitir sua dispensa, que se dá na hipótese

de o Congresso votar pela reforma em duas legislaturas ordinárias sucessivas, em quórum superior a dois terços dos números de congressistas.

O artigo 206 é o último antes do capítulo destinado às disposições finais e transitórias, que cuidam da transição entre a Constituição anterior - promulgada em 1979 - e a atual. Sua interpretação, todavia, não pode ser realizada sem se considerar o artigo 32, que ao cuidar da consulta popular via referendo, em complemento às regras do artigo 31, traça restrição às matérias que podem ser objeto desse procedimento, apesar de seu número 1 declarar que a reforma total da Constituição é passível de submissão a referendo, algo que, em primeira leitura, poderia ser considerado caminho para a convocação do poder constituinte originário. Há, todavia, impedimentos, que condizem à impossibilidade de supressão ou diminuição dos direitos fundamentais da pessoa, normas de caráter tributário e de orçamento, assim como dos tratados internacionais em vigor<sup>225</sup>. Orbe alerta para essa aparente contradição do texto constitucional ao expor que

La Constitución admite de manera incongruente, la posibilidad de su reforma total. Ello se desprende de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 32° de la Carta Magna. Es así, que para realizar un análisis sistemático del artículo 206°, debemos dividirlo en tres partes:

1. Por el procedimiento de reforma.
2. Por los límites a la reforma constitucional.
3. Por los sujetos con capacidad de iniciativa para plantear la reforma constitucional. (ORBE, 2015, p. 1285).

O artigo 206 ainda firma que a iniciativa de reforma constitucional corresponde ao Presidente da República com aprovação do Conselho de Ministros, aos congressistas, e a 0,3% dos cidadãos eleitores, cujas assinaturas devem ser comprovadas pela autoridade eleitoral. Acerca da questão da

---

<sup>225</sup> Sobre o assunto, Ojeda aborda-o indiretamente ao tratar sobre o poder constituinte. De acordo com o autor, o poder constituinte é um (...) poder fundacional, cuyo titular de ese poder es el pueblo y se ejerce a través de representantes en el marco de principios determinados por la nación y que constituyen el fundamento del Estado y todo el Poder Constituido. (OJEDA, 2013, p. 174/175).

Como consequência, toda manifestação constituinte posterior à fundação do Estado – daí a nomenclatura de poder constituinte fundacional adotada pelo autor – será de aceção reformadora, o que necessariamente implica limites, inicialmente logo perceptíveis pela necessária manutenção do Estado e, conseqüentemente, de seus elementos essenciais, a exemplo do povo, nação e território. Entretanto, o autor não nega que o poder constituinte fundacional continue a existir após a criação do Estado. Conforme defende, o poder constituinte

Es permanente, ya que el desarrollo de sus actividades o el cumplimiento de sus fines no lo agotan, absorben ni consumen; es decir, que no se encuentra acabado ni desaparecido, siempre está presente y sigue subsistiendo por encima del orden estatal (OJEDA, 2013, p. 181).

Nesse ponto, não se pode desconsiderar que o reconhecimento de que o poder constituinte fundacional perpetua-se, pois possibilita justificar a atuação popular nos processos de reforma da Constituição, eis que é o povo, enquanto titular da soberania, que o constitui e fundamenta.

legitimidade para iniciativa do projeto, Orbe faz crítica ao texto constitucional por não incluir o Judiciário no rol de legitimados para propor a reforma. Consoante expressa, “inexplicablemente, no se otorga iniciativa de reforma a la Corte Suprema” (ORBE, 2015, p. 1286). Não obstante a distribuição de legitimidade firmada pela Constituição para sua reforma parece seguir as orientações estabelecidas pelos analisados artigos 43 e 45, em que o primeiro expõe que o governo é formado pelo exercício das três funções do poder soberano, enquanto o segundo mantém a tradição constitucionalista ao declarar que todo o poder emana do povo. É por essa circunstância, aliás, que ao povo se confere a iniciativa para propor a reforma constitucional. Para mais, Orbe também nela encontra justificativa para defender a inclusão do Judiciário no rol de legitimados, haja vista sua inserção no conceito amplo de governo. Todavia, a omissão da Constituição quanto ao Judiciário não parece desarrazoada, sobretudo porque a reforma de seu texto, enquanto norma suprema que é, não pode se afastar do princípio da representatividade, que é característico da democracia e responsável por condicionar a formação do governo, embora de difícil concretização para a função judiciária da soberania, mesmo com o reconhecimento de uma justiça indígena em postura de respeito à multiculturalidade, nos termos do artigo 149. Em verdade, face o próprio princípio da representatividade, é possível questionar se deveria ser conferida legitimidade ao presidente da república para iniciar o processo de reforma da Constituição, pois esse, apesar de eleito, assim o é por parcela da sociedade. Muitas das vezes, portanto, não representa a maioria dos eleitores, quanto mais de toda a sociedade<sup>226</sup>. De fato, a proporção para a representatividade é problema que pode minar o processo de consulta popular em si, consoante destaca o próprio Orbe ao abordar o instrumento do referendo, com especial crítica ao que resultou na aprovação da Constituição peruana em vigor. De acordo com o autor,

El referéndum es la expresión y participación de la voluntad popular,  
mediante un acto de ratificación, o de aprobación, o de decisión. Por su

---

<sup>226</sup> Entre os forte poderes concedidos ao presidente, citam-se:

Artículo 203.- Personas facultadas para interponer Acción de Inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;

(...).

Outra mitigação é conferida pelo artigo 134

Artículo 134.- Disolución del Congreso El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

naturaliza jurídica, es un acto decisório y autónomo. Sólo adquiere validez, cuando es sometido a votación popular, para su aprobación. El referéndum se aplica a los actos de naturaleza normativa: promulgación o formación de leyes; entre ellas, la Constitución Política, Ley de Leyes, el referéndum para la aprobación de la Constitución en su integralidad, como un sólo cuerpo orgánico, es condición indispensable para su promulgación y la legitimidad de las normas, sistemas y principios en ella contenidos. Al respecto cabe citar a Abad Yupanqui cuando se refiere al referéndum para la aprobación de la actual Carta Magna criticándola de simple y carente del necesario consenso característico de toda democracia. “Por lo demás, del total de la población electoral, solo el 33.5% dijo que sí a la nueva Constitución. El 30.5% le dijo NO, más del 6% voto en blanco o vició su voto y casi el 30% se abstuvo de hacerlo. Como se aprecia estas três últimas cifras superaron con creces los votos por el SI. Ello evidencia la ausencia de un pleno consenso ciudadano para aprobar la nueva Carta”. Esto último es muy importante toda vez que:

“El objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende la estabilidad y regularidad del Estado de derecho”.

El referéndum es la consulta que se hace al pueblo para que, mediante votación, se pronuncie a favor o en contra de determinadas decisiones o propuestas gubernamentales o políticas. Se señala que pueden ser sometidos a referéndum:

- 1) La reforma total o parcial de la constitución; es decir, si el pueblo soberano cree conveniente hacer una reforma o cambiar la Constitución, tiene la delegación de llamar a referéndum y el ciudadano de dar su voto a favor o en contra de lo que el gobierno está proponiendo, eso sí, el referéndum debe ser directo.
- 2) La aprobación de normas con rango de ley; si el Poder Legislativo cree conveniente que las normas deben aprobarse como leyes, tiene la obligación antes de aprobarse de llamar a referéndum en casos muy especiales.

- 3) Las ordenanzas municipales; o normas con carácter de ley emitidas por la Municipalidad así como decisiones trascendentes.
- 4) Las materias relativas al proceso de descentralización; unión de regiones. (ORBE, 2015, p. 463-464).

Daí porque, conclui em outro momento, o referendo, para ser legítimo, deverá ocorrer em período adequado para a reforma constitucional, em que haja

(...) circunstancias adecuadas para llevar adelante el proceso de revisión constitucional. En este caso, el tempo propicio es aquel en que existen condiciones consensuales adecuadas ya sean desde aspectos sociales y materiales, todo ello, facilitado por un clima de libertad política, que permitan a los ciudadanos y partidos el manifestarse con plena libertad sobre el contenido de cualquier parte del texto constitucional (vg. Matéria religiosa, aspectos de seguridade, libertades públicas. etc.). Así como una opinión pública deseosa de participar en esta discusión. (ORBE, 2015, p. 1282).

Curiosamente, foi a própria Constituição em vigor, no seu capítulo destinado às disposições finais e transitórias, que apesar de não mais produzir efeitos face sua natureza temporal, responsável por reger seu próprio processo de ascensão normativa integral, ao dispor em sua cláusula décima quarta que “la presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado mediante ley constitucional”. Em suma, no Peru, autoriza-se a reforma do texto constitucional via consulta popular, mas com a impossibilidade de sua total substituição.

**4º Grupo - Países que autorizam a reforma parcial do texto constitucional, implicitamente regulamentam o exercício do poder constituinte originário e adotam o princípio da multiculturalidade.**

O quarto grupo é integrado pelos países que não apenas autorizam a reforma parcial do texto constitucional, mas que implicitamente também regulamentam o exercício do poder constituinte

originário e, por conseguinte, a total substituição da Constituição em vigor, com a possibilidade de consulta da população via referendo, que será obrigatória ou não, a depender da matéria abordada. Esses países ainda agregam para si, como princípio fundamental, a multiculturalidade, sobretudo pelo reconhecimento do exercício da jurisdição indígena (art. 63), cujas decisões também serão obrigatórias perante as autoridades ordinárias quando não violarem os direitos fundamentais consagrados nos respectivos textos constitucionais, não obstante igualmente mitigue o próprio primado do pluralismo albergado em seu art. 124 pelo reconhecimento do protagonismo da Igreja Católica em seu art. 82, norma que lhe confere deferência em relação às demais manifestações religiosas. Apenas o Paraguai foi inserido nesse grupo, pois sua Constituição de 1992 implicitamente regulamenta o exercício do poder constituinte originário e adota o princípio da multiculturalidade.

### **Paraguai**

O artigo 1, da Constituição da República do Paraguai, após precipuamente afirmar que o Estado paraguaio sempre será livre e independente, em evidente enunciação programática de preservação à soberania, declara que o país, na forma por si estabelecida, constitui-se em um Estado social de direito, unitário, indivisível e descentralizado. O dispositivo ainda expressa que a República adota a democracia representativa, participativa e pluralista, fundada no reconhecimento da dignidade humana. Esses preceitos correspondem aos princípios fundamentais do país, conforme explicita o Título I, além de estender essa característica aos artigos 2 e 3, igualmente englobados por si, e cujas regras, em razão de deterem esse patamar, necessariamente são reforçadas e repercutidas ao longo do texto constitucional.

Não é por outro motivo, aliás, que Arévalos, Ruffineli e Pettit, ao tecerem comentários sobre o artigo 1, nele já encontram fundamento para afirmar que a composição do governo no Paraguai ocorre pelo exercício das três funções do poder soberano, quas sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Conforme salientam,

El gobierno de la Republica del Paraguay es ejercido por los tres poderes públicos supremos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control.

De miedo que nuestra carta fundamental adopta la acepción amplia de la expresión gobierno, ya que establece que él es ejercido por los tres poderes supremos del Estado, con lo cual también está expresando que ninguno de esos poderes tiene una jerarquía superior a los otros. Así, pues, el gobierno paraguayo está constituido y ejercido conjunta y coordinadamente por Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. (ARÉVALOS, RUFFINELI e PETTIT, 2018, p. 26).

A abordagem dos autores, a princípio dotada de certa prematuridade, decorre do intento de desenvolver interpretação sistemática do texto constitucional. Ela não é equivocada, pois o artigo 3, que conforme visto, também integra o Título I, destinado aos princípios fundamentais, expressamente afirma que o governo é exercido pelos poderes legislativo, executivo e judicial, em correspondência à aceção ampla de governo reconhecida ao longo da presente investigação, muita embora tal comando não se valha da terminologia função. Trata-se, aliás, do único reconhecimento expresso dessa característica relativa ao exercício do Governo, o qual, entretanto, encontra-se implicitamente albergado nos demais textos constitucionais do continente, mesmo que em diferentes graus. Com efeito, Arévalos, Ruffineli e Pettit, munidos desses parâmetros, ao sistematicamente analisarem os preceitos do artigo 1 sob a ótica da composição do governo declarada pelo artigo 3, não tardam em revelar a amplitude da influência que essa aceção implica sobre os demais princípios fundamentais ali albergados para o exercício do poder no país. Afinal, consoante destacam, logo em seu dispositivo inaugural, a Constituição paraguaia não tarda em vincular o governo aos primados da democracia representativa, participativa e pluralista, o que faz com fundamento no reconhecimento da dignidade humana, além de outros princípios característicos ao movimento constitucionalista contemporâneo<sup>227</sup>.

Entretanto, o mesmo artigo 1 igualmente finda por reconhecer a faculdade de a Constituição impor limites aos seus próprios princípios fundamentais, o que não apenas ocorrerá de forma explícita ou implícita no transcurso de seu texto, mas também paradoxal. Isso porque, observa-se, alguns dos dispositivos constitucionais, ao invés de combater, via regulamentação, eventuais abusos patrocinados

---

<sup>227</sup> A descrição pela doutrina local é exemplificada nas palavras de outro autor, Camacho, para quem "(...) el largo proceso histórico en virtud del cual fueron incorporándose lentamente a las leyes fundamentales de los Estados los principios que protegen la libertad y la igualdad del hombre y limitan el ejercicio del poder público. Para el jurista argentino Adolfo Ziulu es una verdadera historia de la libertad, un proceso inagotado y que refleja la incesante lucha del hombre por su libertad y que solamente comprendiendo esta historia podrá entenderse los fundamentos esenciales del derecho constitucional" (CAMACHO, 2015, p. 48).

sob a escusa de exercício desses princípios - como seria a hipótese de deflagração do instituto do abuso de direito -, atuarão de forma a lhes mitigar a própria essência, sobretudo pela promoção de privilégios contrários aos valores que tutelam, a exemplo do que ocorre com o artigo 82, que discorre sobre a relevância da Igreja Católica para o país, não obstante a laicidade do Estado e o reconhecimento da natureza plural da sociedade, a qual, conforme adiante será analisado, eventualmente desdobrar-se-á no princípio da multiculturalidade.

Não obstante, certo é que a explícita faculdade constitucional de auto-limitar a amplitude de seus princípios fundamentais, passível de ser materializada através de processos de reforma, é reforçada, por exemplo, pelo seguinte artigo 2, que ao tratar da soberania em específico, apesar de não demonstrar qualquer hesitação em declará-la residir no povo, assim o faz sob a ressalva de que será exercida de acordo com os próprios termos constitucionais. Trata-se, aliás, de regramento que não é explicitado pela maioria das Constituições do continente, mesmo porque desnecessário, haja vista naturalmente decorrer do próprio princípio da unicidade do texto constitucional<sup>228</sup> e da aparente onipotência do poder constituinte fundacional, assim como do amplo leque de atuação conferida ao poder constituinte reformador no Paraguai, sobretudo pela ausência de cláusulas péticas explícitas em seu texto constitucional.

O artigo 3, outrossim, também reitera a potencial limitação constitucional sobre a amplitude dos princípios fundamentais albergados no artigo 1. Isso porque, ao se reportar ao poder público, expressa que ele será exercido pelo povo indiretamente, mediante sufrágio, circunstância que também influenciaria a doutrina local. Decerto, foi certamente em razão desse parâmetro que Claude, ao discorrer sobre a acepção do exercício do poder de soberania declarado pelo artigo 2, chegou a ressaltar a restrição sofrida por sua manifestação originária materializada via Convenção Nacional Constituinte, que ao menos para si, restaria circunscrita ao princípio da representação popular, quaisquer que fossem os fins da Convenção, não apenas quando destinada a sua elaboração, mas também para a reforma do texto constitucional em si. O autor igualmente relacionou a restrição da soberania ao exercício dos poderes constituídos, também a ocorrer indiretamente, via representação. Contudo, em sentido inverso de prestígio, o autor destacou que a Constituição não deixa de apresentar acepção progressista, mormente pelo reconhecimento de mecanismos de democracia direta, tanto a nível constitucional, quanto ordinário. Consoante leciona, no Paraguai,

---

<sup>228</sup> De acordo com o princípio da unicidade constitucional, seu texto é presumido em unidade de sentido, ou seja, sem dispositivos que se contradigam.

La Ley Suprema establece que la soberanía reside en el pueblo. Esta disposición debe ser entendida en el sentido de que originariamente el poder soberano reside en el pueblo y que éste lo ejerce mediante la elección de los integrantes de una Convención Nacional Constituyente para el dictamiento o para la reforma de una Constitución, o mediante un referéndum constitucional en que se aprueba o no una enmienda constitucional.

Asimismo, el pueblo ejerce el poder soberano al elegir a las autoridades que habrán de ejercer los diversos órganos que conforman el poder constituido creado al dictarse la Constitución en ejercicio del poder constituyente. El poder soberano es ejercido también al adoptar decisiones por medio de referendos legislativos. (CLAUDE, 2018, p. 56).

Arévalos, Ruffineli e Pettit, ao tratarem do exercício da democracia, princípio intrínseco aos países alinhados ao movimento constitucionalista, em que o povo titulariza a soberania, igualmente prendem-se aos ditames do artigo 3, pois vinculam sua materialização ao exercício do direito de voto. Por conseguinte, mesmo de maneira não intencional, compartilham do que talvez seja o primeiro paradoxo da Constituição ou efetiva mitigação de seus princípios fundamentais, que a partir desse instante, não mais se limita ao campo das potenciais faculdades fundacionais ou reformadoras do poder constituinte. Isso porque, ressalta-se, a não existência de processo de sufrágio para a escolha dos membros da função judiciária do poder soberano, apesar de ela compor o governo nos termos do artigo 3 - e por essa mesma razão, devesse ser vinculada aos mencionados princípios da democracia representativa, participativa e pluralista, conforme determinado pelo artigo 1 -, representa indubitável mitigação do princípio democrático, conforme inicialmente concebido pela Constituição. Com efeito, de acordo com esses autores, ainda que com o auxílio de colega,

Etimológicamente, escribe GREGORIO BADENI, “democráticamente significa autoridad del pueblo, poder del pueblo, concebir a la comunidad como fuente del poder político. Ese concepto se traduce en un sistema político donde la comunidad es titular del poder, y se gobierna a sí misma en la manifestacion de ese poder. Esa influencia no es enorme, ya que en cada sistema puede variar su grado de intensidad, de efectiva y de extensión. De todos modos, el

concepto de democracia tiene su fundamento en el consentimiento libre de los gobernados, manifestado tácitamente por los grupos de opinión pública y expresamente por el cuerpo electoral, siendo ese consentimiento una idea política dominante que es la fuente de legitimidad para la autoridad de los gobernantes” (Tratado de derecho constitucional”, pp. 449/50, t. I, Edit. La Ley, Bs. As., 2006). (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 28).

Não se pode desconsiderar, todavia, que o artigo 3, em razão do aludido reconhecimento da unicidade do poder e de seu exercício enquanto manifestação de um Governo composto por três funções, talvez seja o comando constitucional que, no continente americano, com maior clarividência se posicione com esse sentido. Decerto, inobstante se valha do termo “poder” ao invés de “função”, tal como sublinhado, a redação de sua segunda parte é expressa em reconhecer que o governo se exerce pelos poderes legislativo, executivo e judiciário, que formam um sistema de separação, equilíbrio, coordenação e controle recíproco. Nenhum desses poderes, ao menos assim dispõe, poderá atribuir ou outorgar a outros, ou mesmo a pessoas, sejam eles individuais ou coletivas, o que a própria norma constitucional chama de “faculdades extraordinárias à soma do Poder”. Claude, ao discorrer sobre a adoção da teoria da tripartição dos poderes no país, deixa evidente essa acepção ampla do conceito de governo<sup>229</sup>, o que faz mediante o argumento de que

La división o separación de poderes buscaba evitar la concentración del poder en un solo gobernante o en un solo órgano. De este modo se pretendía garantizar la libertad de las personas, impidiendo abusos por parte de los gobernantes. Los llamados poderes legislativo, ejecutivo y judicial no debían estar reunidos en unas mismas manos.

En realidad, el poder político o del Estado es único. Se separan o dividen las distintas funciones de dicho poder y se las encomenda a diversos órganos.

---

<sup>229</sup> Adiante, o autor reforça seu posicionamento ao afirmar que “el ejercicio de las funciones de gobierno a cargo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, debe darse en el marco de un sistema (...)” (CLAUDE, 2018, p. 62). Acompanha-o Arévalos, Ruffinelli e Pettit, para quem (...) El gobierno, entido como el conjunto de órganos encargados de ejercer el poder público del Estado, racae- en un marco de separación funcional y orgánico – en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, dentro de un sistema interconectado de equilibrio, coordinación, recíproco control e independencia, y en un régimen de legitimación popular a través del sufragio universal. El control recíproco, afirma Miguel A. Ekmekdjian, “tiende al equilibrio de los poderes, es decir, a mantener una influencia prudente y moderada de cada uno de ellos en la vida política e institucional del país, a fin de evitar el predominio de uno sobre los demás, lo cual indefectiblemente trae aparejado el debilitamiento o hasta la anulación de la división de poderes, al acumular uno de éstos una porción cada vez mayor de poder, sustraído a los otros dos”. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 41).

Tenemos así una “separación funcional” que distingue entre funciones legislativas, administrativas o ejecutivas, y jurisdiccionales. En virtud de la “separación orgánica” tales funciones son outorgadas a un órgano legislativo, un órgano ejecutivo y un órgano judicial, denominados tradicionalmente “Poder Legislativo”, “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial”. (CLAUDE, 2018, p. 57).

Não seria equivocado deduzir que o deliberado robustecimento prestado à teoria da separação dos poderes pela Constituição paraguaia, em especial, o exercício conjunto do governo pela manifestação dessas três funções, aliada à impossibilidade de concentração de suas competências em único ou reduzido número de pessoas ou órgãos, talvez encontre justificativa na circunstância de o Paraguai haver vivenciado, dentre os países latino-americanos, um dos mais longos períodos históricos de autoritarismo quanto ao exercício do poder<sup>230</sup>. Afinal, outra não seria a razão para o artigo 3, além dessas estipulações, encerrar seu comando mediante a regra de que a ditadura está fora da lei, regramento que, em verdade, não precisaria ser expreso para ainda assim existir e encontrar fundamento no texto constitucional. Como se percebe, trata-se de norma que não se limita a reiterar a declaração de titularidade da soberania pelo povo, mas que, ademais, possibilita o recurso ao direito de resistência contra à eventual usurpação e, sobretudo, afastamento do compromisso programático com os valores de liberdade mencionados pelo artigo 1, que são intrínsecos ao Estado.

É nesse ponto, porém, que não é mais possível deixar de indagar como estender os princípios fundamentais da democracia representativa, participativa e pluralista, ao exercício da função judiciária do poder soberano, a despeito da impossibilidade de sufrágio para a escolha de seus membros, em aparente contradição à regra do artigo 3, que conforme abordado, regulamenta o exercício do poder público pela via do voto. Com efeito, solução para esse dilema apenas se torna tangível após análise sistêmica do texto constitucional, em especial, mediante a ampliação do conceito de pluralismo trazida pelo artigo 1, de forma a expandir sua acepção para além da potencial participação democrática via formação e filiação partidária, ou mesmo participação no processo de sufrágio. Passa, por conseguinte, pelo reconhecimento de uma sociedade organicamente multicultural, com inquestionável alteridade de grupos sociais, circunstância, aliás, que resta declarada pela Constituição paraguaia em mais de um dispositivo.

---

<sup>230</sup> Entre 1954 e 1989, o Paraguai submeteu-se ao regime liderado por Alfredo Stroessner.

Sob esse contexto, o comando de maior destaque talvez seja albergado pelo art. 140, que declara o Paraguai um país pluricultural e bilingue, sem prejuízo, quanto a esse último ponto, do reconhecimento de outras línguas indígenas como integrantes de seu patrimônio cultural. Ao comentar esse dispositivo, Claude alude à existência de, ao menos, dezessete etnias indígenas no país, além dos descendentes de europeus, asiáticos e africanos. Conforme expõe,

La primera parte del artículo es meramente descriptiva. Alude al carácter pluricultural derivado del hecho de que, además de la población mestiza predominante, existen varios pueblos indígenas autóctonos así como minorías provenientes principalmente de Europa, Asia y otros países de América. La caracterización del país como bilingue guarda relación con el hecho de que los idiomas predominantes en la población son dos: el castellano y el guaraní, con independencia de que las personas individualmente consideradas sean monolingües o bilingües. El extendido uso de una lengua aborígen americana por amplios sectores de la población mestiza, constituye un caso único en América.

La Constitución de 1967 declaró idiomas nacionales tanto al español como al guaraní, pero sólo el primero era de uso oficial (cf. Art. 5º). La Ley Suprema en vigor consagra a ambos como idiomas oficiales y deriva a la ley el establecimiento de las modalidades de utilización de uno y otro.

Las diecisiete etnias aborígenes sobrevivientes en la actualidad han sido clasificadas por la Dra. Branislava SúsNIK, en cinco familias lingüísticas las cuales comprenden diecisiete lenguas, habladas de cada una de dichas etnias.

Todas las lenguas indígenas así como las de los inmigrantes provenientes de América, Asia y Europa, principalmente, han sido declaradas por la Constitución como parte del patrimonio cultural de la Nación. (CLAUDE, 2018, p. 102).

Como reforço ao argumento, embora sem respeitar ordenação a partir do citado artigo 140, importa ressaltar que o texto constitucional, em seu artigo 62, expressamente reconhece a existência

dos povos indígenas, a que define como grupos de cultura anteriores à formação e organização do Estado paraguaio. Trata-se de dispositivo inédito na história constitucional do país, conforme Arévalos, Ruffineli e Pettit lecionam, o que fazem ao se valer, inclusive, da mesma correlação entre dispositivos. De acordo com esses autores,

El Art. 140 de la CN ya se adelanta a este especial capítulo sobre los pueblos originarios cuando declara el Paraguay país multicultural e incluyente dentro de la pluralidad. Los pueblos indígenas, como remarca nuestro artículo, son grupos culturales preexistentes a la formación del Estado paraguayo; de ello resulta esta cláusula declarativa de reconocimiento del pueblo paraguayo, atento a que las anteriores constituciones han callado cualquier referencia a ellos. En su calidad de Convencional Bernardino Cano Radil ha declarado sobre esta disposición que a los pueblos indígenas “se les reconoce el derecho y se le garantiza esse derecho, no se obliga a nadie, se reconoce un derecho, es una defensa a la libertad. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 204).

A pluriculturalidade, termo adotado pela Constituição paraguaia, que nessa investigação se aborda enquanto multiculturalidade, ainda é robustecida pelo subseqüente artigo 63, responsável por reconhecer e garantir o direito dos povos indígenas de preservar e desenvolver sua identidade étnica no respectivo *habitat*. Segundo esse dispositivo, os povos indígenas também possuem o direito de aplicar livremente seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, sem exclusão da aplicação de suas normas consuetudinárias para a regulação da convivência interior, desde que elas não atentem contra os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Reconhece, inclusive, em traço que vem a ser característico ao princípio da plurinacionalidade<sup>231</sup>, que os conflitos jurisdicionais terão em conta o direito consuetudinário indígena, apesar de não lhes autorizar a exercer jurisdição própria.

Não fosse suficiente, convém mencionar que aos povos indígenas garantem-se, conforme assim dispõe o artigo 65, o direito de participar na vida econômica, social, política e cultural do país, de

---

<sup>231</sup> O princípio da plurinacionalidade é abordado ao longo da análise dos países do 5.º grupo.

acordo com seu direito consuetudinário, além dos regramentos da própria Constituição e das leis nacionais.

Por fim, em comando de natureza protetional, o seguinte artigo 66 estabelece que o Estado respeitará as peculiaridades culturais dos povos indígenas, especialmente em relação à educação formal.

Como se percebe, todas essas normas direcionadas aos povos indígenas possibilitam, senão o autogoverno, ao menos a garantia de significativa autonomia administrativa. Daí porque se considera que o comentário dos autores transcrito parágrafos acima é aquém da real amplitude conferida pelo legislador constitucional à acepção de pluralismo enquanto multiculturalidade. Com efeito, ao assim dispor, a Constituição paraguaia não almeja unicamente estabelecer norma protetora de natureza programática, ou que incentive a multiculturalidade pelo patrocínio de políticas afirmativas de inserção e, por conseguinte, com aspecto de tutela pelo prevaecimento de postura ativa por parte do Estado. Em verdade, esse primeiro reconhecimento histórico constitucional vai além, eis que retira as nações indígenas da passividade política, que se até então era restrita à seara da potencialidade comumente característica ao pluralismo político, foram beneficiadas pelo reconhecimento da validade normativa ao respectivo direito consuetudinário, mormente pela aplicação obrigatória e coercitiva de seus preceitos pelos órgãos jurisdicionais estaduais, desde que não violem os direitos fundamentais albergados no próprio texto constitucional. Em suma, ao assim dispor, a Constituição confere natureza orgânica à acepção pluralista da sociedade, o que faz mediante a declaração de que o povo, um dos elementos essenciais do Estado, forma-se pela multiplicidade de grupos étnicos, que não haveriam de ser unicamente inseridos na sociedade paraguaia com vistas à formação de uma suposta unicidade cultural, em detrimento e diluição de outras identidades originárias. Por evidência, a Constituição os reconhece enquanto fração individualizada, porém indissociável para a composição do povo. A tutela constitucional às nações indígenas, deste modo, firma-se no reconhecimento que o povo, fonte do poder soberano, é organicamente plural e multicultural, além de formado pela união de identidades, sem renúncia a traços essenciais, circunstância que, por sua vez, implica a presença obrigatória desses grupos no exercício do governo. Há, enfim, mais do que a simples possibilidade de que esses diversos grupos étnicos venham a compor o governo tão somente após escolha via sufrágio, com a conseqüente possibilidade de não predileção de um ou outro, aliada à natural submissão à vontade de uma maioria, característica comum à dinâmica de um processo eleitoral. De fato, no Paraguai, esses grupos étnicos, ainda que de forma restrita, permanente e efetivamente integram segmentos do

governo, sobretudo pelo aludido reconhecimento de validade jurídica a suas normas consuetudinárias<sup>232</sup>. Trata-se, pois, do que pode ser considerado a embrionária formação do que virá a ser expressamente positivado pelas Constituições do Equador e Bolívia como o princípio da plurinacionalidade.

Não obstante, conforme exposto, paradoxos manifestam-se. A multiculturalidade, por exemplo, sofre mitigação através de regra albergada pelo artigo 82, segundo a qual se reconhece o protagonismo da Igreja Católica na formação histórica e cultural da nação, à semelhança de outros países do continente, em aparente sugestão, senão de hierarquia, ao menos de preferência para com o trato de uma religião em detrimento das demais, sobretudo as indígenas e africanas. Essa opinião é compartilhada por Claude, ainda que o faça para salientar o rompimento com a tradição de reconhecimento do catolicismo como a religião oficial do Estado. Segundo expõe,

En relación con el carácter de religión oficial o del Estado que ostentaba la religión católica, la Constitución de 1992 rompió la tradición mantenida en sucesivos textos de máximo rango por casi una centuria y media. En efecto, a partir de la Ley Suprema en vigor, ninguna confesión, es decir, ningún credo religioso, tiene carácter oficial.

Se ha pasado de un Estado confesional, con tolerancia de cultos o libertad religiosa y de cultos; a un Estado aconfesional, con libertad religiosa y de cultos, y una iglesia con cierta preferencia.

En cuanto a las relaciones Estado – iglesias, la Ley Suprema paraguaya introduce una diferencia importante en cuanto a lo legislado en la Constitución española. Así podemos apreciar que ésta consagra una relación igualitaria de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. Em cambio, la Constitución paraguaya discrimina entre relaciones basadas “en la independencia, cooperación y autonomía” cuando se trata de la Iglesia Católica, y la mera garantía de independencia y autonomía cuando se trata de otras iglesias y confesiones religiosas. La diferencia en cuanto a la

---

<sup>232</sup> A oficialização do termo “consuetudinário”, todavia, pode dar margem para seu enrijecimento em razão da aquisição da normatividade positiva e, com isso, minar-lhe o sentido.

relación de cooperación, parecería indicar cierta preferencia hacia a la Iglesia Católica. (CLAUDE, 2018, p. 613-614).

Mas não é por impor restrições à amplitude do princípio da multiculturalidade que a Constituição deixa de instituir regras instrumentais que incentivem a composição e o exercício plural do poder por seus titulares, o povo. O pluralismo político, primeiro pilar do pluralismo multicultural, continua a ser tutelado. Cita-se, nesse sentido, o artigo 117, que ao inaugurar o Capítulo X, destinado aos direitos e deveres políticos, preceitua que todos os cidadãos, sem distinção de sexo, têm o direito de participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de seus representantes, na forma determinada pela Constituição e pelas leis. Esse dispositivo constitucional também possui postura afirmativa, de inclusão social, pois firma como política pública a promoção do acesso de mulheres às funções públicas.

No entanto, é em razão das regras de sufrágio, que o pluralismo político, no plano normativo constitucional, apresenta-se indissociavelmente vinculado ao exercício democrático do poder. O artigo 118, ilustra-se, não apenas declara o sufrágio enquanto direito, mas igualmente lhe atribui o caráter de dever e função pública do eleitor. Segundo esse dispositivo, o sufrágio constitui a base do regime democrático e representativo e tem como fundamentos o voto universal, livre, direto, igual e secreto; e o escrutínio público fiscalizado. Ainda de acordo com esse regramento, o sistema de representação é proporcional.

O posterior artigo 120, a seu turno, cuida da participação ativa e passiva no processo eleitoral, no que doutrinariamente se classifica enquanto capacidade eleitoral. No que pertine à capacidade eleitoral ativa, enuncia que são eleitores os cidadãos paraguaios radicados no território nacional, sem quaisquer distinções, desde que hajam cumprido dezoito anos. Também firma que os cidadãos, além de eleitores, são elegíveis sem sofrer restrições outras que não as estabelecidas pela própria Constituição e pelas leis. Ademais, garante aos estrangeiros estabelecidos definitivamente no país os mesmos direitos no que condiz às eleições municipais. O dispositivo, como se percebe, galga revelo por traçar a tradicional distinção entre nacionalidade e cidadania, que serão regulamentadas em específico pelos artigos 146 a 154. Entretanto, mesmo assim não se deve deixar de interpretá-lo sob a ótica do artigo 3, que como visto, vincula o exercício do poder público ao sufrágio e, conseqüentemente, da própria soberania. Arévalos, Ruffineli e Pettit atentam para essa circunstância, pois, segundo discorrem,

Las persona que ejerzan la ciudadanía en los términos del Art. 152 de la CN están habilitadas para ejercer su porción de soberanía popular a través de los derechos políticos al sufragio, a la formación de partidos, al referéndum, a la iniciativa popular, en definitiva, poner en práctica, en una democracia representativa y participativa como la nuestra, su intervención en los asuntos nacionales, en la elección de sus autoridades y en la formación del poder público u organización democrática del Estado. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 409).

Já o exercício da soberania para os menores de dezoito será indireto, a suceder pela tutela decorrente das leis e demais normas.

O artigo 121, porém, cuida de instrumento de democracia direta, o que faz ao prever o manejo do instrumento de referendo legislativo, a ser decidido por lei, que poderá ser vinculante ou não, ocasião última em que assumirá, tão somente, natureza meramente consultiva. Conforme elucidam os multicitados Arévalos, Ruffineli e Pettit, “(...) la vinculatoriedad o consultividad del mismo dependerá de la ley que el Congreso sancione al respecto” (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 422). Esse instituto, nos termos do próprio artigo, será regulamentado por lei. Ressalta-se, contudo, que o referendo também poderá ser utilizado para a reforma constitucional via emendas, conforme assim determina o artigo 290, circunstância que apenas tramitará sob a modalidade vinculante, conforme será analisado linhas abaixo.

A Constituição, no entanto, estabelece restrições para seu recurso. De acordo com o seguinte artigo 122, não poderão ser objeto de referendo as relações internacionais, os tratados, convênios ou acordos internacionais, as expropriações, a defesa nacional, a limitação da propriedade imobiliária, as questões relativas aos sistemas tributários, monetários e bancários, a contratação de empréstimos e o Orçamento Nacional da Nação, nem as eleições nacionais, departamentais e municipais.

Outro instrumento de democracia direta é previsto pelo artigo 123, que cuida da iniciativa popular. Por ele, reconhece-se o direito de os eleitores proporem ao Congresso projetos de lei, não obstante a forma das propostas, assim como o número de eleitores que devam subscrevê-las, sejam igualmente estabelecidos pela via legal. Arévalos, Ruffineli e Pettit destacam que

El precepto en estudio reconoce a los ciudadanos el derecho de iniciativa para proponer únicamente proyectos de ley de conformidad con los preceptos del Código Electoral (Arts. 266 a 275); quedando excluidas, en consecuencia, aquellas cuestiones relativas a la legislación departamental o municipal, a la aprobación de tratados y acuerdos internacionales así como las mencionadas en el Art. 122 de la Constitución, sobre materias que no podrán ser objeto de referéndum. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 428).

Por fim, outra regra de participação democrática, mas que diretamente reforça o princípio do pluralismo político, alberga-se no seguinte artigo 124, segundo a qual os partidos políticos são pessoas coletivas de direito público que devem expressar o pluralismo e concorrer para a formação das autoridades elegíveis, à orientação da política nacional, departamental ou municipal, como também à formação cívica dos cidadãos. De sua redação, percebe-se, a norma intenta garantir a representação plural da sociedade e, conseqüentemente, de seus interesses na formulação das políticas públicas e exercício do Governo, de forma a impedir, por exemplo, a eventual adoção de um partido único ou a circunstancial ascensão de um Governo autoritário, algo expressamente combatido pelo artigo 3, que protege a tripartição de funções do poder soberano e veda a ditadura, tal como visto.

Já a organização política da República somente é tratada em específico a partir do artigo 137, cujo precípua comando, em obviedade, expressa a supremacia da Constituição enquanto norma ápice do ordenamento jurídico. No entanto, o regramento do artigo 137, em reforço ao princípio democrático, também ratifica o repúdio ao autoritarismo, o que faz ao determinar que incorrerá em delitos, a serem tipificados e punidos nos termos da lei, aquele que intentar modificar a ordem constitucional à margem dos procedimentos nela previstos. Chega, inclusive, a afirmar, em primeira regulamentação específica ao direito de resistência, além da mencionada norma geral albergada pelo artigo 3, que a Constituição não perderá sua vigência mesmo quando alguém, seja homem ou mulher, decida se familiarizar com outro meio distinto de que ela disponha. Por fim, expõe que carecem de legitimidade todas as disposições ou atos de autoridade opostos ao estabelecido nesta Constituição, circunstância suficiente para lhes impor a nulidade, consoante lecionam Arévalos, Ruffineli e Pettit, no sentido de que

Las disposiciones o actos que contraríen el dispositivo constitucional, en este contexto, serán susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, a raíz de la invalidez jurídica que la propia Carta Magna les endilga como inherente a su origen, contenido o efecto. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 502/503).

É por intermédio do artigo 138, contudo, que o direito de resistência alcança maior amplitude. Sob o título da validade do ordenamento jurídico, o dispositivo autoriza os cidadãos a resistir por todos os meios a seu alcance contra eventuais usurpadores do poder. Em harmonia às diretrizes dos artigos 3 e 137, não tarda a declarar a nulidade e a ausência de valor de atos praticados por pessoa ou grupo de pessoas que eventualmente detenham o poder público e invoquem qualquer princípio ou representação contrária à Constituição. Seu fundamento é a fonte de exercício da soberania, o povo, que não pode ser submetido a atos que lhe subtraíam o exercício da soberania. Daí porque, contra o arbítrio, poderá exercer seu direito de resistência, de modo a ficar dispensado do cumprimento de comandos autoritários, em legitimada conduta de desobediência civil. O artigo 138 ainda limita qualquer tentativa de interpretação literal do artigo 127, cujo comando estabelece que toda pessoa está obrigada ao cumprimento da lei e proibida de pregar sua desobediência, apesar de ser livre para a criticar. O artigo 138, inclusive, chega a traçar específica limitação à validade de compromissos internacionais firmados por esses eventuais usurpadores.

A nacionalidade e a cidadania, que recebem abordagem inicial pelo já analisado artigo 120, também são tratadas como objeto principal do Capítulo III, da Parte I, da Constituição paraguaia. De acordo com seu artigo 146, são nacionais as pessoas nascidas no território paraguaio, como também as nascidas de cidadão paraguaio no estrangeiro quando em prestação de serviço diplomático, dentre outras hipóteses. Ainda se menciona, para fins ilustrativos, o comando albergado no posterior artigo 148, que cuida da nacionalidade pela naturalização, assim como o artigo 149, que trata da nacionalidade múltipla, sempre resultante do reconhecimento de acordos de reciprocidade.

A distinção entre nacionalidade e cidadania reforça-se através da regulamentação efetuada pelo artigo 152, que em correspondência com o artigo 120, reconhece como cidadão toda pessoa de nacionalidade paraguaia, desde os dezoito anos de idade, assim como toda pessoa de nacionalidade paraguaia por naturalização, desde que completos dois anos de sua obtenção. Não fosse suficiente, o subsequente artigo 153 possibilita a suspensão da condição de cidadão em algumas hipóteses, a

exemplo da adoção de outra nacionalidade, salvo a reciprocidade internacional, a incapacidade declarada em juízo que a impeça de trabalhar livremente com discernimento, ou durante o período em que a pessoa cumprir pena privativa de liberdade<sup>233</sup>.

Como não poderia deixar de ser, a referida distinção entre nacionalidade e cidadania, circunscrita ao exercício dos direitos políticos, implica restrição para o exercício dos instrumentos de democracia direta, o que reflete sobre a legitimidade de eventuais processos legislativos, sobretudo os pertinentes à revisão constitucional<sup>234</sup>.

No que se reporta às funções do poder soberano em si, que vistas em conjunto, segundo os termos do analisado artigo 3, representam o exercício do governo, são tratadas em específico pelo Título II, da Constituição, destinado à estrutura e organização do Estado.

A primeira função do poder soberano a ser tratada é a legislativa, cuja regulamentação inicial, albergada no artigo 182, apresenta-se harmônica à tradição constitucionalista, uma vez que, além de firmar que o Legislativo será exercido por um Congresso bicameral, composto por uma Câmara de Senadores e outra de deputados, vincula-o ao princípio democrático, o que faz mediante a exigência de que seus membros titulares e suplentes sejam eleitos diretamente pelo povo, na forma da lei, aqui já com a observância da indicada distinção entre nacionais e cidadãos.

Não obstante, o artigo 189, no que aparenta ser mais um paradoxo constitucional, mitiga o princípio democrático, pois reconhece a existência de mandatos vitalícios para o Senado, que deverão ser exercidos pelos ex-presidentes da República, desde que eleitos democraticamente para esse último cargo, bem como não hajam sido considerados culpados quando submetidos a juízo político. Muito embora limite o exercício da função de Senador vitalício ao não lhe conferir direito de voto ou composição de quórum para votação, ainda assim essa norma não deixa de contrastar, sobretudo, com os princípios do pluralismo político e cultural que regem a democracia paraguaia. Afinal, os senadores vitalícios tem garantido o direito a voz, circunstância que lhes permite influenciar diretamente as votações, em indubitável distorção no equilíbrio do poder de persuasão entre os diferentes grupos representados no parlamento, uma vez que o senador vitalício naturalmente não se

---

<sup>233</sup> Como leciona o Claude, “La ciudadanía está vinculada con la habilitación legal para el ejercicio de los derechos políticos, entre los cuales deben mencionarse particularmente el derecho de sufragio activo, el derecho de sufragio pasivo, el derecho de asociarse en partidos o movimientos políticos (Art. 125 Cn. y Art. 8 del Código Electoral), el ejercicio de formas semidirectas de democracia (Arts. 121 y 123 Cn.) y el derecho de ejercer funciones y empleos públicos (Art. 101 Cn.)” (CLAUDE, 2018, p. 92).

<sup>234</sup> O reconhecimento do autogoverno de povos originários, por exemplo, pode ser minado caso o não exercício formal do direito a voto pela ausência de um registro junto à autoridade eleitoral sirva como impedimento para participação no processo de revisão/reforma constitucionais.

submeteu ao processo de escolha e rejeição popular para o exercício da função, em circunstância que, decerto, permite a ascensão de grupos privilegiados para o exercício do governo<sup>235</sup>.

Entretanto, não se pode deixar de desconsiderar que a Constituição possibilita o exercício de Juízo político do Legislativo sobre o executivo e o judiciário. Nos termos do artigo 225, o Presidente da República, o vice-presidente, os ministros do Poder Executivo, os ministros da Corte Suprema de Justiça, além de outras altas autoridades do país por si elencadas, podem ser submetidos a juízo político por mau desempenho de suas funções, assim como por delitos cometidos no exercício de seus cargos, ou mesmo por delitos comuns. Os próprios Arévalos, Ruffineli e Pettit, apesar de considerarem a preponderância da função executiva sobre a legislativa, não deixam de reconhecer, mesmo que indiretamente, essa faculdade de julgamento político do legislativo, cujo potencial exercício conduz o

---

<sup>235</sup> Arévalos, Ruffineli e Pettit, inclusive, alertam para a possibilidade de os senadores vitalícios apresentarem projetos de lei. Conforme discorrem, (...) Una excepción al régimen normal de designación y duración de los legisladores es el de los senadores vitalicios. Es decir que los senadores vitalicios, a diferencia de los demás legisladores, no son "elegidos en comicios simultáneos con los presidenciales", ni duran "cinco años en su mandato, a partir del 1° de julio" (Art. 187 CN).

Dado el carácter vitalicio del cargo, en general tampoco tiene sentido que les sea aplicable la norma sobre reelegibilidad, salvo que, habiendo renunciado un senador vitalicio a esa magistratura, se presente ulteriormente como candidato a legislador.

Para acceder a la condición de senador vitalicio sólo basta: - haber ejercido el cargo de Presidente de la República, electo democráticamente, esto es, por procedimientos democráticos establecidos en la propia Constitución Nacional; y - si hubiera sido sometido a contar del acto de incorporación del expresidente a la Cámara de Senadores, con el juramento o promesa prescripto por el Art. 188 CN.

El senador vitalicio tiene los mismos derechos, prerrogativas, atribuciones y privilegios que cualquier otro senador, con las únicas excepciones establecidas por la misma Constitución Nacional, a saber: - no integra el quórum, lo cual implica que a la hora de determinar la existencia o inexistencia de quórum legal, no se tomará en cuenta su presencia o ausencia (Art. 185 CN); tiene voz, pero no votan.

Salvo esas limitaciones, el senador vitalicio puede actuar igual que cualquier senador: - presentar ley, de resolución o de declaración; - integrar comisiones; - participar en los debates; - renunciar a su cargo de senador vitalicio, etc. Como consecuencia de ello, es indudable que los senadores vitalicios están sujetos a las sanciones previstas en el Art. 190 CN (amonestación, apercibimiento, suspensión); pueden ser removidos por incapacidad física o mental declarada por la Corte Suprema de Justicia (Art. 190 CN), pueden ser desaforados (Art. 191 CN), etc. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT; 2018b; p. 821/823).

Na doutrina local, entretantes, encontra-se justificativa de natureza subjetiva para a manutenção de cargos vitalício de senador. De acordo com Claude, (...) La figura de la sanaduría vitalicia fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución actualmente en vigor. Dicha figura fue creada a fin de permitir que los ex-presidentes, mediante su incorporación a la Cámara Alta, tuvieran un foro desde el cual pudieran seguir colaborando en el manejo de la cosa pública. Se entendió que este era el modo en que los conocimiento y la experiencia que hubieran acumulado los ex-mandatarios en el ejercicio de un cargo de tanta relevancia, podrían ser revertidos en forma positiva. (CLAUDE, 2018, p. 241).

Não obstante, Claude não deixa de apresentar os problemas decorrentes da natureza vitalícia desses cargos, inclusive exemplificando-os. Consoante expõe, El modo en que está prevista la figura de la sanaduría vitalicia en la Constitución, da origen a varias dificultades. En cuanto al primer requisito apuntado, nada está establecido acerca del tiempo que debe durar el ejercicio del cargo. ¿ Se debe haber ejercido la presidencia por todo el período, o también corresponde al presidente que renuncio al cargo antes concluir el período para el cual fue nombrado, cualquiera sea el tiempo que haya estado en ejercicio del mismo? Debemos recordar el caso del presidente Cubas Grau: ¿bastan siete meses y medio?

Por outra parte, ¿ tiene derecho a una banca como senador vitalicio el Vicepresidente que assume la titularidad del Poder Ejecutivo en forma definitiva por falta del Presidente, sin olvidar que esto puede suceder incluso faltando poco tiempo para fenecer el período presidencial en curso? Este es el caso de Frederico Franco, aunque de hecho se tratara de una usurpación del cargo.

(...)

En la práctica, la Cámara de Senadores ha entendido que gozan de todas las inmunidades. Cuando se ha solicitado el desafuero de senadores vitalicios, la cámara lo ha concedido en algunos casos y en otros no.

En relación con el mismo tema se planteó el problema de si la denegación del desafuero en un caso concreto, confería al senador vitalicio una protección de carácter definitivo en relación con dicho caso, lo cual de ser cierto constituiría un privilegio exagerado que consagraría la impunidad de aquel. (CLAUDE, 2018, p. 242/244).

O multicitado autor ainda relata divergências sobre a adoção desse instituto durante o período de trabalhos da Convenção Nacional Constituinte. Segundo expõe,

En la Convención Nacional Constituyente se afirmó que el artículo "conspira directamente contra el principio de la alternabilidad y periodicidad de todos los mandatos" (cf. Diario de Sesiones de la Comisión Redactora, sesión del 3 de abril de 1992, p. 12). Además se sostuvo que no existía razón para que una banca en un órgano de representación popular fuera outorgada por una vía distinta a la elección popular directa. Aún cuando se restrinja el acceso a la sanaduría vitalicia a los ex-presidentes electos democráticamente, que no fueron sometidos a juicio político y hallados culpables, la figura no es de la más acertadas. Quienes quieran un escaño en el Senado deben ganárselo mediante el voto popular, aún cuando hayan ocupado la titularidad del Ejecutivo. (CLAUDE, 2018, p. 245/246).

executivo a sempre estar sujeito a certa dinâmica de reafirmação de legitimidade, sobretudo em razão de algumas das condutas descritas pela norma constitucional serem subjetivas, a exemplo do termo “mal desempeño”<sup>236</sup>. Consoante expõem,

El juicio político no implica la responsabilidad frente al parlamento de los funcionarios indicados, sino la extrema y excepcional posibilidad de que, frente a las indicadas y graves causales, se las separe del cargo. La responsabilidad política frente al parlamento es una característica de los regímenes parlamentaristas, en los cuales el jefe de gobierno y sus ministros dependen en forma permanente y normal de la confianza que gocen del parlamento, de forma tal que un voto de censura o de no confianza de cierta mayoría parlamentaria determina su caída.

(...) ¿ Qué se entiende por mal desempeño de sus funciones? (...) Por su parte HELIO ZARNI expresa: “no está descrito el concepto constitucional de esta cláusula. Tiene una latitud amplia que, en definitiva queda librada a facultad discrecional, dentro de lo razonable del Congreso”. (...)

Precisamente estos son los elementos que conforman como político a este juicio. Está justamente en la facultad discrecional de interpretar los hechos que se acuerda al Congreso. Y es por eso que debe usarse con suma prudencia y cuando las circunstancias así lo ameritan. No debe constituirse en un elemento de venganza o que sirva para cuestiones facciosas o personales. Piénsese que está en juego nada menos que la institucionalidad de la República. Y está en manos del Parlamento que debe ser su más celoso custodio. Luego solamente la ponderación de los congresistas puede desembocar en una acción que redunde en beneficio de todos. (...). (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 1.010/1.011).

Já no que se reporta à função executiva do poder soberano, tratada a partir do artigo 226, que igualmente se vale da terminologia “poder” ao invés de “função”, afirma-se que o poder executivo

---

<sup>236</sup> O processo de destituição do presidente Fernando Lugo, em 2012, tramitou por apenas dois dias, entre 20 e 22 de Junho, tempo este em que todos as suas atapas, envolvendo acusação, defesa e julgamento, haveriam sucedido, ao menos formalmente.

será exercido pelo Presidente da República. Não obstante, ao dispor sobre as funções do poder soberano, a despeito de a Constituição iniciar sua regulamentação pela função legislativa, parte da doutrina local, sem necessariamente tecer críticas ao excesso de prerrogativas e poderes atribuídos à presidência, que como aludido, pode resultar no fenômeno caracterizado como hiperpresidencialismo, ressalta sua preponderância sobre os demais, às vezes justificada pelo modelo unitário do país, a exemplo do que discorrem Arévalos, Ruffineli e Pettit, para quem

El Poder Ejecutivo es el poder supremo del Estado que tiene a su cargo de modo preponderante – aunque no en forma exclusiva – la función ejecutiva y la dirección de la administración general del Estado, las cuales involucran la realización, en el marco de sus atribuciones y deberes, de todas las actividades jurídicas y materiales necesarias para que el Estado cumpla con sus fines, tales como están definidos en la Constitución y en las leyes.

(...)

En consecuencia nuestro sistema de gobierno es presidencialista, sistema en el cual: (...) el Presidente de la República es políticamente irresponsable respecto del Congreso porque: para acceder y permanecer en funciones no requiere de la aprobación o respaldo del Parlamento; no puede ser objeto de voto de censura o de no confianza por el Parlamento; (...) el Presidente de la República no forma parte del Congreso (no es diputado ni senador); - el Presidente de la República puede carecer del respaldo del Parlamento y la mayoría parlamentaria puede ser de un signo político distinto de aquél. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 1.018).

Entrementes, como se referiu, a opinião acima transcrita não é unânime. Claude, ao tecer comentários sobre a questão, a despeito de reconhecer que a função executiva do poder soberano é robustecida em diversos momentos pelo texto constitucional, considera que o Legislativo é o poder que possui certa preponderância no cenário nacional. Consoante discorre,

No obstante, el Poder Ejecutivo conserva ciertas facultades que le dan la apreciable fortaleza que caracteriza a ese órgano en un sistema presidencial.

Entre ellas cabe mencionar el cargo de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas que ostenta el Presidente de la Republica, el control de la Policia Nacional, una amplia facultad de nombramiento, el manejo de una numerosa burocracia y la ejecución del presupuesto general en importante medida. Tampoco debe subestimarse el efecto psicológico de la tradición de un ejecutivo fuerte.

Sin embargo, atendiendo a las atribuciones reconocidas a cada uno de los órganos de gobierno, se puede sostener que existe cierto predominio del Poder Legislativo. (CLAUDE, 2018, p. 63)

Ainda importa referir que a Constituição do Paraguai, ao se reportar aos Governos regionais, não adota o princípio albergado pelo artigo 3, relativo ao seu exercício pelos três poderes constituídos – algo que, ao menos precipuamente, justifica-se pela circunstância de os governos locais não serem dotados de soberania, mas sim derivarem do poder constituinte<sup>237</sup>. Nesse aspecto, segundo os termos de seu artigo 161, ao cuidar do Governo departamental, a Constituição concentra-o nas funções executiva e legislativa, o que faz ao enunciar seu exercício, em cada departamento, por um governador e por uma junta departamental - esta última a exercer a função legislativa -, cujos membros serão eleitos pelo voto direto dos cidadãos radicados nos respectivos departamentos, em eleições coincidentes com as eleições gerais. De acordo com esse dispositivo, o governador representa ao poder executivo na execução da política nacional e não poderá ser reeleito.

A regra anterior é reproduzida no que se reporta à seara municipal. Com efeito, há consagração da função executiva, como também o reconhecimento de uma instância legislativa, igualmente nominada de junta. Segundo o artigo 167, o governo dos municípios estará a cargo de um intendente e uma junta municipal, que serão eleitos por sufrágio direto exercido por pessoas habilitadas legalmente.

Por fim, resta a função judiciária do poder soberano, também nominada pela Constituição como “poder” ao invés de “função”, que nos termos de seu artigo 247, tem sobre si a função precípua de fazer cumprir a Constituição. Arévalos, Ruffineli e Pettit, ao tratar do judiciário enquanto órgão competente do governo, frisam que sua acepção política é desprovida de partidarismo, pois se

---

<sup>237</sup> Em Estados federais, como o Brasil, adota-se o termo “poder constituinte decorrente” para se referir à origem da autoridade constitucional dos entes federados, sempre limitada pela União.

manifesta em dimensão superior, sobretudo pelo controle de constitucionalidade das leis e a interpretação que confere à Constituição, de forma a diretamente influenciar sobre a concretização das diretrizes desse documento normativo fundamental. Conforme salientam,

La función política del Poder Judicial tiene su base constitucional genérica en el Art. 3 CN que establece que “el gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”. El carácter cogobernante del Poder Judicial deriva, pues, de su condición de poder supremo del Estado.

De hecho, el juzgamiento de casos tiene casi siempre conexión con la política – con la alta política, no con la partidaria – ya que en el acto de juzgar entran en juego, de un modo u otro, valoraciones relacionadas con la coexistencia social, consideraciones sobre las repercusiones sociales de lo decidido y estimación de su ajuste a derechos subjetivos calibrados desde una perspectiva que atiende preservar el bien común.

La función política del Poder Judicial se atenía en nuestro ordenamiento constitucional, dado que el Paraguay es un estado unitario, lo que aminora el ámbito de competencias del órgano jurisdiccional supremo encargado de velar por la vigencia de la Constitución. Por el contrario, en los estados federales esos órganos – que en muchos casos no integran el Poder Judicial -, tienen mayor amplitud de competencias porque en ellos es de capital importancia preservar la supremacía de la constitución federal y leyes federales frente a las normas constitucionales o comunes locales, así como el límite de las prerrogativas de la unión frente a las potestades reservadas y no delegadas por las provincias o estados componentes a la unión.

Ello no obstante, la función política del Poder Judicial siempre es importante y diversa: a) La *función de control* es una de ellas, y se pone de manifiesto especialmente en la potestad de preservar la supremacía constitucional y el orden jerárquico estatuido por el Art. 137. Con palabras del Art. 247: “El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir”.

Cuando ese control se refiere a la *inconstitucionalidad* de normas jurídicas, el mismo es en nuestro régimen constitucional, *concentrado*, ya que corresponde decidir de modo exclusivo sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos (decretos, reglamentos, sentencias definitivas o interlocutorias, etc.), a un órgano específico: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Art. 260 CN). (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 1.116/1.117).

De acordo com o artigo 247, também cabe à função judiciária do poder soberano administrar a Justiça, atribuição que será exercida através de seu órgão de cúpula, a Corte Suprema de Justiça, como também pelos Tribunais e juizados, na forma estabelecida pela própria Constituição e leis.

No que se reporta à Corte Suprema de Justiça, deve-se ressaltar que a Constituição a regulamenta como um Tribunal de natureza recursal, mas que, conforme visto, também deterá a competência para agir como um Tribunal Constitucional, conforme assim determina o artigo 258, ao firmar que a Corte se organizará em salas, umas das quais será constitucional, com competência para exercer o controle concentrado de constitucionalidade das normas. Essa atribuição, acresce-se, é reforçada pelo seguinte artigo 259, destinado ao trato dos deveres e atribuições da Corte em si, cujo número 5 confere-lhe a função de conhecer e resolver sobre as questões de inconstitucionalidade.

A competência da sala constitucional, em específico, é regulamentada pelo artigo 260, responsável por cuidar de seus deveres e atribuições. De acordo com o número 1, desse dispositivo, cabe à sala constitucional conhecer e resolver sobre a inconstitucionalidade das leis, assim como de outros instrumentos normativos, declarando, nessa última hipótese, a inaplicabilidade das disposições contrárias à Constituição em cada caso concreto, cujos efeitos somente atingirão o próprio caso apreciado. Outrossim, nos termos do seu número 2, igualmente cabe à sala constitucional decidir sobre a inconstitucionalidade das sentenças definitivas ou interlocutórias, declarando a nulidade das que resultem contrárias à Constituição<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> Claude comenta a exclusividade da Corte Suprema de Justiça no que toca ao controle de constitucionalidade, circunstância que reforça o papel político que ela exerce na composição do Governo nacional. Consoante o autor expõe,  
(...)

En nuestro sistema, la facultad de ejercer el control de constitucionalidad corresponde en exclusividad a la Corte Suprema de Justicia (Art. 259, inc. 5). Esto significa que se trata de un control concentrado, pues sólo este órgano puede ejercerlo.

Además debe señalarse que se trata de un órgano judicial, es decir, de un órgano que se encuentra dentro de la estructura del Poder Judicial.

Lo opuesto al control concentrado es el control difuso, en que el mismo está a cargo de todos los órganos del Poder Judicial. En nuestro caso, los magistrados de las instancias inferiores están obligados a velar porque en el curso de los procesos y en el dictamen de las resoluciones judiciales no se incurra en violación de preceptos de máximo rango. Asimismo, en el ejercicio de su función jurisdiccional deben aplicar las disposiciones normativas de

Por fim, a alteração do texto constitucional em si é abordada pelos artigos 289 a 291, no Título IV, destinado, justamente, à reforma e à emenda, que nos termos da própria Constituição, possuem significados distintos. Enquanto o termo reforma é utilizado para designar a substituição total da Constituição, circunstância que indubitavelmente condiz ao exercício do poder constituinte, a emenda destina-se à promoção de alterações parciais do texto, no que seria referência, respectivamente, ao exercício dos poderes constituintes originário e derivado.

Como se percebe, a Constituição paraguaia não é comedida quando avança na regulamentação do exercício do poder constituinte originário. Seu artigo 289 prevê a possibilidade de reforma integral da Consituição, não obstante haja estabelecido limitação temporal para sua ocorrência, que somente poderia ter vez 10 anos após sua promulgação, prazo, aliás, já transcorrido. Conforme leciona Claude,

Cualquier artículo de la Ley Suprema puede ser modificado por el procedimiento de la reforma constitucional. En nuestro sistema no existen las llamadas “cláusulas pétreas”, de modo que no puede ser considerado tal ningún precepto constitucional, pretendiendo hacer derivar la supuesta imposibilidad de su modificación de características implícitas no definidas, cuando en realidad en el texto constitucional no se hace referencia al carácter pétreo de norma alguna. (CLAUDE, 2018, p. 657).

A lição do autor deve ser observada com ressalvas. Isso porque, não obstante a Constituição precipuamente esteja sujeita à alteração total de seu texto, ainda sim persistem pontos que não podem ser atingidos. Como exemplo, citam-se os regramentos constitucionais que reconhecem a titularidade do poder constituinte para o povo, assim como a sua total integração para a confecção das normas constitucionais e exercício do governo, em respeito à natureza multicultural por si reconhecida. Trata-se de regramentos que não podem sofrer retrocesso, salvo se adotada renúncia aos preceitos da doutrina constitucionalista. Talvez por implicitamente considerarem essa circunstância, Arévalos, Ruffineli e Pettit analisam a possibilidade de reforma total da Constituição como se exercício do poder constituinte derivado fosse, haja vista que, para sua manifestação, não apenas devem ser observadas as limitações

---

rango inferior que consideren no atentatorias contra la Constitución. En caso de que tengan dudas, dado que nuestro sistema no admite el control difuso, deben solicitar el pronunciamiento previo de la Corte Suprema y sólo si se da una declaración de inconstitucionalidad por parte de la misma, pueden inaplicar la norma. (CLAUDE, 2018, p. 401/402).

naturalmente decorrentes das regras de procedimento instituídas pelo artigo 289, como também o que foi a primeira manifestação do poder constituinte originário, de natureza fundacional, advinda da autodeterminação do povo paraguaio enquanto nação soberana. Nesse sentido, lecionam,

El poder constituyente reside en el pueblo y en su manifestación “derivada” implica la exclusiva facultad reformadora que la Constitución delega a una Convención Nacional para que, de acuerdo con las limitaciones impuestas por la misma Carta Magna, una parte o la totalidad de su articulado pueda ser sustituida o modificada atento a un procedimiento preestablecido e inalterable para el efecto. (ARÉVALOS, RUFFINELLI e PETTIT, 2018, p. 1.418).

É sob tais parâmetros, ademais, que o artigo 289 estabelece que a reforma integral poderá ser solicitada por vinte e cinco por cento dos legisladores de quaisquer das Câmaras do Congresso, pelo Presidente da República ou ainda por trinta mil eleitores, em petição assinada, o que se revela, ao final, como critério de proporcionalidade distinto de outros países latino-americanos, pois não é um número clauso, eis que não acompanha em proporcionalidade o crescimento populacional do país.

Não fosse suficiente, conforme também se percebe pela redação do artigo 289, a solicitação de reforma por um dos entes ou órgãos legitimados não será soberana, pois sofrerá controle imediato do Congresso, que deverá declarar a necessidade da reforma mediante aprovação pela maioria absoluta de dois terços dos membros de cada uma de suas Câmaras, no que talvez seja a mais evidente limitação à manifestação do poder constituinte.

Uma vez decidido pela necessidade de reforma, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral chamará eleições dentro do prazo de cento e oitenta dias, em comícios gerais que não coincidam com nenhum outro. O número de membros da Convenção Nacional Constituinte não poderá exercer o número total de integrantes do Congresso. Suas condições de elegibilidade, assim como a determinação de suas incompatibilidades, serão fixadas por lei. Seus integrantes, outrossim, terão as mesmas imunidades estabelecidas para os membros do Congresso. Uma vez sancionada a nova Constituição pela Convenção Nacional Constituinte, ficará promulgada de pleno direito.

A Convenção Nacional Constituinte é especificamente regulamentada pelo artigo 291. Esse dispositivo firma que a Convenção se limitará, durante o tempo que durarem suas deliberações, a seus

trabalhos de reforma, com exclusão de quaisquer outras tarefas. Denota-se, com isso, que a Convenção não assumirá as atribuições dos poderes do Estado, nem poderá substituir a quem esteja no exercício delas, tampouco reduzir ou ampliar os respectivos mandatos. Todas essas disposições, em conjunto, permitem a vigência da Constituição, que eventualmente será substituída ao fim do processo constituinte.

Por fim, observa-se o artigo 290, que cuida das emendas ao texto constitucional, em regulamentação do poder constituinte derivado. Assim como o artigo anterior, o dispositivo traça limitação temporal para seu exercício, que somente poderia ocorrer quando transcorridos três anos da promulgação da Constituição em vigor, prazo igualmente já fluído. No que tange à iniciativa do processo, caberá à quarta parte dos legisladores de quaisquer das Câmaras do Congresso, assim como ao Presidente da República ou, então, a trinta mil eleitores, mediante petição assinada. Como se percebe, no que condiz à iniciativa popular, o dispositivo constitucional exige igual proporção àquela necessária para a promoção de uma reforma integral.

Ainda de acordo com os termos do artigo 290, o texto íntegro da emenda deverá ser aprovado pela maioria absoluta na Câmara de origem. Uma vez aprovado, será necessário igual tratamento a ser dispensado pela Câmara revisora. Se em quaisquer das Câmaras não se reunir a maioria necessária para aprovação, ter-se-á por rejeitada a emenda, sem possibilidade de reapreciação dentro de um ano. Porém, uma vez aprovada por ambas as casas, o texto será enviado para o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, que dentro do prazo de cento e oitenta dias, convocará referendo. Apenas se o resultado da consulta popular for afirmativo é que a emenda será sancionada e promulgada, incorporando-se ao texto constitucional. Mas se a emenda for derrotada, não poderá promover-se outra tratativa sobre o mesmo tema antes de decorridos três anos.

O artigo 290, todavia, ainda determina que não se utilizará o procedimento indicado para emenda, mas sim o previsto para reforma, quando o objeto for composto por disposições que afetem o modo de eleição, a composição, a duração de mandatos ou as atribuições de quaisquer dos poderes do Estado, ou ainda as disposições dos Capítulos I, II, III e IV, do Título II, da parte I, correspondentes aos direitos, deveres e garantias.

Observa-se, por último, que nem a reforma integral nem a parcial - ou processo de emenda à Constituição - possuem expressas limitações de ordem material, circunstância que diferencia o texto paraguaio de Estados como a Bolívia e Equador, muito embora seja possível aferir, como dito, a necessidade de manutenção do núcleo central de seu texto, pertinente ao exercício democrático da

soberania, sua natureza multicultural e o direito de resistência ao estabelecimento da tirania. Igualmente há uma aparente restrição procedimental, que resulta do artigo 122, o qual proíbe o exercício de referendos em algumas matérias, como as relativas a relações, tratados, convênios ou acordos internacionais, expropriações, defesa nacional, limitação da propriedade imobiliária, questões relativas aos sistemas tributário, monetário e bancário, contratação de empréstimos e Orçamento Nacional da Nação, assim como eleições nacionais, departamentais e municipais.

**5.º Grupo – Países que consagram a plurinacionalidade enquanto princípio, além de regulamentar processos de reforma constitucional sempre com a necessária consulta popular via plebiscito ou referendo, bem como normatizam o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, não apenas a reforma parcial da Constituição, mas também sua total substituição.**

O quinto grupo de países consagra o valor da plurinacionalidade enquanto princípio, assim como a regulamentação dos processos de reforma constitucional, sempre com a necessária consulta popular via plebiscito ou referendo, além de normatizar o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, permitir mais do que a reforma parcial da Constituição, a também abranger sua total substituição. Nesse grupo, o primeiro país a adotar o princípio da plurinacionalidade, mesmo que implicitamente, foi a Venezuela, cuja Constituição de 1999, além de reconhecer o exercício da jurisdição indígena em seu art. 260, através de seu art. 186 obriga a presença de três representantes indígenas na Assembléia Nacional. A reforma Constitucional é prevista pelo art. 340, enquanto o poder constituinte originário é regulamentado em seu art. 347, segundo o qual “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Em ambos os casos, conforme dito, a consulta popular é obrigatória.

O segundo país a integrar esse rol é o Equador, cujo texto constitucional, datado de 2008, prevê a existência de uma jurisdição indígena em seu art. 171, além de fazer expressa alusão ao conceito de plurinacionalidade em seu art. 1.º, assim como regulamentar o poder constituinte originário através de seu art. 444, o que faz ao delinear o procedimento para a convocação de uma Assembléia Constituinte para fins de reforma total da Constituição. A reforma parcial, por sua vez, é

regulamentada pelos arts. 441 e 442. Ambos os processos necessitam da realização de consulta popular.

Por fim, o último país a integrar esse grupo é a Bolívia, primeiro Estado a expressamente se declarar plurinacional, conforme se verifica da redação de seu art. 1.º. A jurisdição indígena é referida pela Constituição em seu art. 179, enquanto a representação de indígenas junto ao poder legislativo encontra guarida nos arts. 26, 2, IV e 146, IV. Acrescenta, ainda, a obrigatória presença de indígenas na composição do Tribunal Constitucional pelo art. 197. Todos esses dispositivos revelam o que aparenta ser o cerne da plurinacionalidade, pela qual se almeja expressar que a nação, enquanto unidade, é formada pela junção de diversas outras, embora não consideradas como subnações, mas coletividades detentoras de identidade própria, porém incapazes de galgar a soberania por si, mas apenas quando unidas para a composição de um povo. Essa acepção, que rompe com a ideia de unicidade entre povo e nação, implica a exigência da participação dos membros de todas as nações fundantes nas diversas esferas de governo, algo que transpassa a mera possibilidade - ou potencialidade - de representação, para, com isso, materializar a efetiva e mandatária presença desses segmentos identitários na composição do governo. Registra-se, por fim, que o poder constituinte originário, na Bolívia, à semelhança dos demais, igualmente é afetado por regulamentação, o que ocorre através de seu artigo 411.

## Venezuela

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela foi promulgada no ano de 1999, após referendo que não se desenvolveu livre de polêmicas<sup>239</sup>. Logo em seu artigo 1, que também inaugura o

---

<sup>239</sup> Com efeito, sem desconsiderar que o método condutor da presente investigação precipuamente desvincule-se de abordagens políticas, convém mencionar análise desenvolvida por Renfer, cuja pertinência se faz necessária em razão de o texto constitucional venezuelano regulamentar o exercício do poder constituinte originário. Consoante essa autora elucida, a exemplo do que sucedeu no Brasil, houve discussão sobre a possível ocorrência de vício formal no processo de elaboração do novel texto constitucional, pois, assim expõe,

(...)

Todo el proceso de reforma constitucional iniciado en Venezuela después de las elecciones de diciembre de 1998, en la cuales triunfó Hugo Chaves Frías, tiene básicamente, en lo que se refiere a la participación directa del Cuerpo Electoral, dos momentos claves. El primero, con la convocatoria a todo el proceso y, en caso de aprobación popular, la elección de los miembros de la Asamblea encargada de elaborar un nuevo Texto Constitucional. El segundo, el acto mismo de aprobación de la nueva Constitución redactada por la Asamblea Nacional Constituyente; es decir: el referéndum constitucional de 1999. El tema de la nueva Carta Magna movilizó al electorado en tres oportunidades. En la primera, se sometía mediante referéndum la convocatoria misma de la Asamblea. Luego de aprobarse la convocatoria, los electores fueron llamados a elegir los miembros de dichas Asamblea. Finalmente, el nuevo Texto Constitucional fue sometido a la ratificación popular mediante referéndum.

(...)

Apenas declarada la intención de proceder a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, el proceso de reforma constitucional, parte central del programa político del nuevo presidente electo Hugo Chávez, dio lugar a dudas en cuanto a su constitucionalidad.

En el momento de plantearse en forma inminente la cuestión de la posible convocatoria, el debate acerca de su constitucionalidad se caracterizaba por dos opiniones divergentes respecto a la posibilidad de recurrir a tal proceso de reforma.

Título destinado aos princípios fundamentais, consagra o Estado como ente irrevogavelmente livre e independente, o qual se fundamenta na doutrina de Simón Bolívar, o Libertador, assim como dos daí decorrentes patrimônio moral e valores de liberdade, igualdade, justiça e paz internacional. O dispositivo ainda consagra, expressamente, como direitos irrenunciáveis da Nação – note-se que aqui não há referência ao povo, a despeito da posterior regra do artigo 5, adiante abordada -, a liberdade, a soberania, a imunidade, a integridade e a autodeterminação territorial. Como se percebe, todos esses regramentos, quando analisados em conjunto, não apenas revelam os princípios fundamentais do Estado, mas também vão adiante, pois representam a primeira limitação ao poder de revisão, haja vista coibirem eventual tentativa de mitigação desses mesmos princípios pelo exercício do poder, seja ele conduzido arbitrariamente ou não, algo que igualmente pode ser considerado como o primeiro fundamento constitucional para o exercício do direito de resistência.

O artigo 2, por sua vez, reforça o enunciado que lhe precede mediante a declaração de que a Venezuela constitui-se em um Estado democrático e social de direito e de justiça, que propaga como valores superiores de seu ordenamento jurídico e de sua atuação, a vida, a liberdade, a justiça, a igualdade, a solidariedade, a democracia, a responsabilidade social e, em geral, a prevalência dos direitos humanos, além da ética e do pluralismo político.

No que tange à seara dos princípios programáticos, o artigo 3 estabelece que o Estado tem como fins essenciais a defesa, o desenvolvimento da pessoa e o respeito a sua dignidade, bem como o exercício democrático da vontade popular, a construção de uma sociedade justa e amante da paz, a promoção da prosperidade, do bem estar do povo e a garantia do cumprimento dos princípios, direitos e deveres consagrados em seu texto. O dispositivo constitucional igualmente declara a educação e o trabalho como processos fundamentais para o alcance desses fins.

Por último, enquanto derradeiro dispositivo a tratar especificamente desses princípios, o artigo 4 expressa que a República Bolivariana da Venezuela é um Estado Federal descentralizado nos

---

Los que proclamaban de la inconstitucionalidad de proceder directamente a la convocatoria de una Asamblea Constituyente Nacional, sostenían que se debía, en primer lugar, modificar la Constitución de 1961 entonces vigente, de modo tal de incluir esa figura en la Constitución para poder luego convocarla.

(...)

Otros, entre los cuales el presidente Hugo Chávez, sostenían, al contrario, que la soberanía popular permitía fundamentar la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en un referéndum sin tener que incorporarla previamente en la Constitución.

La discusión se focalizó entonces en la cuestión de la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente por la vía del referéndum consultivo del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, según el cual las decisiones de especial trascendencia nacional pueden ser sometidas a los electores.

El dilema fue llevado ante la Corte Suprema de Justicia venezolana antes de que se realice la convocatoria. En octubre de 1998 y en diciembre del mismo año se interpusieron dos recursos de interpretación ante la Sala Político-Administrativa de la Corte para que definiera si con un referéndum fundamentado en esa disposición legal se podía proceder directamente a la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin reformar previamente la Constitución. (RENER, 2010, p. 309/311).

termos consagrados pela Constituição, que se rege pelos princípios da integridade territorial, cooperação, solidariedade, concorrência e corresponsabilidade. Conforme lição de Renfer sobre a representatividade desse regramento, “el país es estructurado por los estados y el Distrito Capital. El tercer nivel del Estado es constituido por los municipios. Los estados disponen de la competencia para dictar sus constituciones. (RENER, 2010, p. 285)”.

Já a soberania, em específico, é abordada pelo artigo 5, segundo o qual ela é reconhecida e declarada residir intransferivelmente no povo, que a exerce diretamente na forma prevista na própria Constituição, na lei e, indiretamente, mediante sufrágio, desta feita pelos órgãos que exercem o Poder Público. Esse comando constitucional também reconhece, de forma expressa, que os órgãos do Estado emanam da soberania popular e a ela estão submetidos, regramento que pode ser considerado revelador da acepção ampla de governo adotada na Venezuela, a ocorrer pelo exercício das três funções do poder soberano. É sob esse contexto, aliás, que o subsequente artigo 6 determina que o Governo da República Bolivariana e das entidades políticas que a compõe sempre deverá ser democrático, participativo, eletivo, descentralizado, alternativo, pluralista e de mandatos revogáveis.

O seguinte artigo 7, que talvez melhor se situasse acaso veiculado no lugar de seu antecessor, volta a tratar da soberania, muito embora o faça indiretamente, mediante a reprodução do princípio da supremacia da Constituição enquanto norma ápice do ordenamento jurídico. Interessa, sobremaneira, sua segunda parte, de acordo com a qual, declaram-se que todas as pessoas e os órgãos que exercem o poder – mas não o titularizam, segundo os termos do mencionado artigo 5, rememora-se – estão sujeitos à Constituição.

Já em norma de natureza multicultural, embrionária da acepção do princípio da plurinacionalidade, que restará implicitamente consagrado em outros dispositivos, o artigo 9 estabelece que a língua espanhola é o idioma oficial do país, mas que as línguas indígenas também são oficiais para seus próprios povos e devem, como tal, ser respeitadas em todo o território da República, pois constituem patrimônio cultural da Nação e da humanidade, em afirmação que, por evidência, extrapola a competência soberana do país, pois aparentemente intenta vincular ou exercer influência sobre outros Estados – quiçá em flerte com a teoria das interconstitucionalidades<sup>240</sup> -, a exemplo do que acontece com o Equador, cuja Constituição possui dispositivo que declara a soberania do país sobre parcela do continente da Antártida.

---

<sup>240</sup> A Teoria da Interconstitucionalidade é referida no Capítulo IX.

Ainda em relação ao Título I, o Capítulo II, destinado aos princípios fundamentais, cuida da nacionalidade e da cidadania em específico, o que faz através dos artigos 32 e 33, em que o primeiro se destina à aquisição da cidadania por nascimento e o segundo pelo processo de naturalização. Os artigos 34 e 35, por sua vez, versam sobre garantias. De acordo com eles, respectivamente, a nacionalidade venezuelana não se perde pela aquisição de outra, nem os venezuelanos e venezuelanas por nascimento - em redação que privilegia a igualdade de gênero - poderão ser privados de sua nacionalidade, ao contrário do que ocorre com a nacionalidade por naturalização, que poderá ser revogada mediante sentença judicial, nos casos previstos em lei. Por fim, o artigo 36, ao tratar da renúncia à nacionalidade, não atribui a esse ato natureza irrevogável, pois possibilita que ela seja recuperada caso atendidos alguns critérios, como a residência ininterrupta por dois anos a quem era nacional por nascimento, ou que se cumpram mais uma vez as condições exigidas pelo artigo 33 para a naturalização por quem renunciou a essa condição, sempre sob a necessidade, por evidência, da prévia manifestação de vontade.

De acordo com os termos do artigo 42, estabelece-se que quem perder ou renunciar à nacionalidade também perderá a condição de cidadão, circunstância que gera a inaptidão para o exercício dos direitos políticos.

Entrementes, em norma albergada pelo artigo 37, há privilégio para a aquisição da nacionalidade venezuelana, no que talvez seja consequência direta da doutrina bolivariana e seu panamericanismo, o que ocorre por comando de natureza dirigente, segundo o qual o Estado deve promover a celebração de tratados internacionais em matéria de nacionalidade, especialmente com os Estados fronteiriços e os assinalados no número 2, do artigo 33, que são Espanha, Portugal, Itália, países latino-americanos e também do Caribe. Esse comando, todavia, como será exposto, sofre mitigação por regra elencada pelo artigo 40.

Antes, porém, há o art. 39, que cuida da cidadania. Consoante estabelece, os venezuelanos e venezuelanas que não estejam sujeitos à inabilitação política nem à interdição civil, desde que atendidas dadas condições de idade previstas na própria Constituição, exercem a cidadania e, em consequência natural, são titulares de direitos e deveres políticos. É nesse ponto que o seguinte artigo 40, em aparente contradição à via de integração bolivariana, estabelece que os direitos políticos são privativos dos venezuelanos e venezuelanas por nascimento, salvo as exceções constitucionais eventualmente estabelecidas. A norma constitucional, aliás, apenas faz ressalva àqueles que adquiriram a nacionalidade através de processo de naturalização e que ingressaram no território

nacional antes de cumprir sete anos de idade, ou mesmo residido permanentemente no país até alcançar a maioridade.

De forma semelhante, mas desta vez não tão distante de outros textos constitucionais, o artigo 41 firma que apenas os venezuelanos natos poderão exercer cargos de alto escalão do Governo e da Administração Pública, a exemplo da presidência e vice presidência da república, presidência e vice presidência da Assembléia Nacional, magistratura do Tribunal Supremo de Justiça, presidência do Conselho Nacional Eleitoral; Procurador ou Procuradora Geral da República, Defensor ou Defensora do Povo, Ministro ou Ministra dos despachos relacionados com a segurança da nação, finanças, educação, energias e minas, e Governador ou Governadora e Prefeito ou Prefeita, respectivamente, dos Estados e dos Municípios fronteiriços, assim como daqueles contemplados na lei orgânica das Forças Armadas Nacional.

O mesmo artigo, todavia, ainda estabelece exceção para aqueles que adquiriram a nacionalidade por naturalização, o que faz mediante o comando de que poderão exercer o cargo de Ministro ou Ministra, Governador ou Governadora, Prefeito ou Prefeita, estes últimos, respectivamente, dos Estados e dos Municípios não fronteiriços, desde que tenham residência e domicílio ininterrupto no país por, ao menos, quinze anos.

O Capítulo IV destina-se a regulamentar os direitos políticos e o referendo popular, instrumento de exercício direto da soberania, conforme assim é precípua e implicitamente determinado pelo artigo 5, mas já de maneira expressa pelo posterior artigo 71. Não obstante os direitos políticos sofram abordagem na seção primeira desse Capítulo pelo artigo 62, segundo o qual todos os cidadãos e cidadãs têm o direito de participar livremente nos assuntos públicos, seja diretamente ou por intermédio de seus representantes eleitos ou eleitas, o artigo ainda promove a participação ativa do titular da soberania, o povo, ao firmar sua concorrência na formação, execução e controle da gestão pública. Para esse regramento, trata-se do meio necessário para atingir seu protagonismo como garantidor do próprio desenvolvimento, tanto individual quanto coletivo. Não bastasse, ainda firma como obrigação do Estado e dever da sociedade, facilitar a geração das condições mais favoráveis para sua prática.

O artigo 63 declara o sufrágio como um direito que deverá ser exercido mediante votações livres, universais, diretas e secretas, com a garantia legal da personalização e representação proporcional. Já o artigo 64, por sua vez, declara como eleitores ou eleitoras todos venezuelanos ou venezuelanas que hajam cumprido dezoito anos de idade e que não estejam sujeitos à interdição civil



período de mandato, observada a possibilidade de um único pedido de revogação de mandato via referendo durante o período de exercício do cargo cuja titularidade esteja sob questionamento.

Já de acordo com o artigo 73, serão submetidas a referendo aqueles projetos de lei em discussão pela Assembléia Nacional, quando assim o decidam, pelo menos, dois terços dos integrantes da Assembléia. Se o referendo concluir por um sim aprobatório, e sempre que hajam concorrido vinte por cento dos eleitores ou eleitoras inscritos ou inscritas no registro civil e eleitoral, o projeto correspondente será sancionado como lei. Igualmente, os convênios ou acordos internacionais que puderem comprometer a soberania nacional ou transferir competências a órgãos supranacionais, poderão ser submetidos a referendo por iniciativa do presidente da república no conselho de ministros pelo voto de dois terços dos integrantes da Assembléia e, por último, por quinze por cento dos eleitores e eleitoras inscritos no registro civil e eleitoral.

Ainda serão submetidas a referendo, segundo o seguinte artigo 74, desta feita para serem ab-rogadas total ou parcialmente, as leis para cuja ab-rogação for solicitada por iniciativa de um número não menor do que dez por cento dos eleitores inscritos no registro civil e eleitoral, ou então pelo Presidente da República no Conselho de Ministros. Também institui seu uso mediante a iniciativa de um número não menor do que cinco por cento dos eleitores e eleitoras inscritos no registro eleitoral e civil, quando se tratar dos decretos com força de lei editados pelo Presidente de República, no uso das atribuições, em relação à matéria elencada pelo número 8, do artigo 236. Para a validade do referendo, ainda se exige a concorrência mínima de quarenta por cento dos eleitores e eleitoras inscritos no registro civil e eleitoral. Todavia, o próprio dispositivo determina que não poderão ser submetidos a referendo ab-rogatório as leis de orçamento, as que estabeleçam ou modifiquem impostos, as de crédito público e as de anistia, assim como aquelas que protejam, garantam ou desenvolvam os direitos humanos e as que aprovarem os tratados internacionais. De igual forma, não poderá haver mais de um referendo ab-rogatório por período constitucional para a mesma matéria.

O Poder Público, no que se apresenta como referência à unidade do poder soberano e implica consequências para aceção da amplitude do conceito de Governo, é regulamentado no Título IV, cujo artigo 136, que inaugura a seção destinada às disposições gerais, expressa que ele se distribui em Poder Municipal, Estadual e Poder Nacional, além de ser dividido em Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão e Eleitoral<sup>241</sup>. O Poder Cidadão, em específico, corresponde, segundo o artigo 237,

---

<sup>241</sup> Na Venezuela, o Poder Eleitoral corresponde, em verdade a um contencioso para tratar da materia, à semelhança do contencioso administrativo.

aos órgãos da Defensoria Pública, Ministério Público e Controladoria Geral da República, no que seria mais uma demonstração do intento de privilegiar a democracia direta no país.

É sob esse contexto que o artigo 137 declara como competência da Constituição e das leis definirem as atribuições dos órgãos que exerçam o Poder Público, os quais devem se limitar às atividades que realizem. Já o seguinte artigo 138, em norma que também abre ensejo ao exercício do direito de resistência, expressa que toda autoridade usurpada é ineficaz e seus atos são considerados nulos<sup>242</sup>.

Por fim, enquanto o artigo 156, já inserido no Capítulo II, destinado à competência do poder público nacional, em seu número 31, expressa que é de competência do Poder Público Nacional a organização e administração nacional da justiça, além do Ministério Público e do Defensor Público, o artigo 158 impõe mais uma norma de natureza dirigente, no sentido de que a descentralização, como política nacional, deve aprofundar a democracia, de forma a aproximar o poder à população e criar as melhores condições, tanto para o exercício da democracia, como para sua prestação eficaz e eficiente.

Na Venezuela, a função legislativa do poder soberano, tratada como Legislativo Nacional, é regulamentada pelo artigo 186, da Constituição, segundo o qual a Assembléia Nacional será integrada por deputados e deputadas eleitos e eleitas em cada entidade federal por votação universal, direta, personalizada e secreta, com representação proporcional segundo uma base populacional de percentual da população total do país. Cada entidade elegerá, ademais, três deputados ou deputadas.

Em norma que desdobrará no reconhecimento implícito do princípio da plurinacionalidade, embora não utilize esse termo, o artigo 186 ainda determina que os povos indígenas da República Bolivariana da Venezuela elegerão três deputados ou deputadas de acordo com o estabelecido na lei eleitoral, respeitadas suas tradições e seus bons costumes. Não significa, todavia, que todas as nações estarão eventualmente representadas, muito embora sua presença para a composição da função legislativa seja obrigatória. Entrementes, com isso, se reconhece evolução do primado da multiculturalidade, que na Venezuela, adquiriu o *status* de plurinacionalidade, haja vista o reconhecimento de que seu povo é composto por diversas nações que, em conjunto, constituem a unidade titular da soberania nacional, tal como enuncia o artigo 5. A presença de representantes dessas nações para o exercício do Governo, em regra não sujeita ao princípio majoritário eleitoral,

---

<sup>242</sup> Este comando é utilizado pelo Presidente da Assembleia Nacional Juan Guaidó para justificar sua autoproclamação como Presidente da República e instalação de um Governo paralelo após a destituição do órgão colegiado pela convocação de uma assembleia constituinte no país, que acumularia as funções de legislar.

demonstra que a soberania se sustenta de forma compartilhada entre as diversas as nações originárias, mesmo que representem minoria do corpo eleitoral.

Os requisitos para ser eleito membro da Assembléia constam no artigo 188, da Constituição, que segundo seu número 1, passa pela nacionalidade venezuelana por nascimento ou naturalização, desde que completos quinze anos nesse último caso, além de atingida a idade mínima de vinte e um anos, nos termos do número 2, assim como, conforme determina o número 3, haver residido quatro anos consecutivos no ente correspondente antes da data da eleição.

Dentre as competências legislativas conferidas à Assembléia Nacional pelo artigo 187, da Constituição, consta em seu número 2 a propositura de emendas e reformas à Constituição, conforme seus próprios termos, assim como, de acordo com seu número 4, organizar e promover a participação cidadã nos assuntos de sua competência. O mandato será de cinco anos, consoante firma o artigo 192.

O Poder Judicial, a seu turno, é regulamentado no Capítulo III, cujo artigo 253 reforça sua origem junto ao poder soberano da nação, ao expressar que o poder de administrar a justiça emana dos cidadãos e cidadãs e, em parte, em nome da República por autoridade da lei. Ainda de acordo com esse dispositivo, o Poder Judiciário é composto por um Tribunal Supremo de Justiça, além dos demais Tribunais que a lei determinar, assim como pelo Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de investigação penal, os funcionários e funcionárias do sistema de justiça, penitenciário, meios alternativos de justiça, além dos cidadãos que participem da administração da justiça conforme a lei, incluídos os advogados autorizados para seu exercício.

Em outro dispositivo que reafirma a adoção do princípio da plurinacionalidade pelo país, embora ainda sem esta nomenclatura, o artigo 260 estabelece que as autoridades legítimas dos povos indígenas poderão aplicar em seu território instâncias de justiça com base em suas tradições ancestrais e que somente afetem a seus integrantes, segundo suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição, à lei e à ordem pública. A lei determinará a forma de coordenação destas jurisdições especiais com o sistema de justiça nacional. Como se percebe, as nações indígenas, na Venezuela, fazem-se obrigatoriamente presentes para o exercício da função Legislativa, assim como da Judiciária, desta vez em integralidade, com o reconhecimento e validade do caráter mandatário de suas emanações normativas e decisórias.

O órgão máximo da justiça venezuelana é o Tribunal Supremo de Justiça, que funcionará em Sala Plena e em Sala Constitucional, Político Administrativa, Eleitoral, de Cassação Civil, de

Cassação Penal e de Cassação Social, cujas integrações e competências serão determinadas por sua lei orgânica, nos termos do artigo 262. Ao Tribunal Supremo de Justiça, conforme artigo 267, compete a direção, governo e Administração da Justiça. A ele ainda compete exercer o controle de constitucionalidade das leis, nos termos dos artigos 334 e 335.

De acordo com o artigo 263, para ser magistrado do Tribunal Supremo de Justiça, deve-se ter a nacionalidade venezuelana por nascimento, ser cidadão ou cidadão com reconhecida honorabilidade, ser jurista de reconhecida competência, gozar de boa reputação, haver exercido a advocacia durante o mínimo de quinze anos e ter título universitário de pós-graduação em matéria jurídica, ou haver sido professor universitário em ciência jurídica durante um mínimo de quinze anos, ou ainda ter a categoria de professor ou professora titular, ou então haver sido juiz ou juíza superior na especialidade correspondente à Sala para a qual se postula, com um mínimo de quinze anos no exercício da carreira judicial e reconhecido prestígio no desempenho de suas funções.

Já nos termos do artigo 264, os magistrados e magistradas do Tribunal Supremo de Justiça terão mandato de doze anos, entretanto, sem a previsão da obrigatoriedade de presença de um membro indígena, ao contrário do que sucede no órgão legislativo e ocorre na Bolívia.

Por fim, a exemplo de outros países, o artigo 333 expressa comando que privilegia o direito de resistência, ao determinar que a Constituição não perderá sua vigência caso se deixe de observar por ato de força, ou na hipótese de ser derogada por qualquer outro meio distinto ao nela previsto, inobstante o que recentemente ocorreu pela Convocação de uma Assembléia Constituinte, mácula semelhante à que ocorreu quando da ascensão do texto constitucional ainda vigente. Afinal, consoante Renfer leciona,

(...) que si bien el referéndum del 15 de diciembre podría haber puesto un punto final al proceso constituyente de 1999 y a todas sus polémicas, ello no ocurrió en realidad. Aun después de la aprobación popular, la Asamblea Nacional Constituyente continuó actuando, y desencadenando críticas. Debemos destacar la adopción de un régimen de transición del poder público implicando, entre otras medidas, la eliminación del Congreso y la cesación de los mandatos de los Diputados y Senadores. La función legislativa era entonces ejercida por una Comisión Legislativa Nacional designada

directamente por la Asamblea Constituyente. Se agrega también, por ejemplo, la disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados.

También se debe subrayar que, el Texto Constitucional publicado en la Gaceta Oficial después del referéndum no correspondía al aprobado por el Cuerpo Electoral, por haber sido remodelado por comisiones técnicas. Finalmente, se publicó una nueva versión el 24 de marzo de 2000. (RENER, 2010, p. 328).

Certo é que o artigo 333 fixa, como obrigação de todo o cidadão, agir para seu pronto reestabelecimento.

Por fim, o Título IX destina-se à reforma constitucional, que poderá ocorrer via processo de emendas ou revisão parcial, esta última por si denominada de reforma.

As emendas, de acordo com o artigo 340, ocorrem quando se intente acrescentar ou modificar um ou vários artigos da Constituição sem alterar sua estrutura fundamental. A iniciativa de seu processo é regulamentada pelo seguinte artigo 341, segundo o qual poderá partir de proposta elaborada por quinze por cento dos cidadãos inscritos no registro civil e eleitoral; ou de trinta por cento dos integrantes da Assembléia Nacional ou Presidente da República em Conselho de Ministros. Já o número dois estabelece que, quando a emenda resultar da iniciativa da Assembléia Nacional, se requerida a aprovação dela pela maioria de seus integrantes, discutir-se-á segundo o procedimento estabelecido pela própria Constituição para a formação das leis. O Poder Eleitoral, nos termos do número 3, submeterá a referendo as emendas nos trinta dias seguintes a sua recepção formal. Já o número 4, do artigo 341, considera como aprovadas as emendas de acordo com o estabelecido pela Constituição e a respectiva lei de referendo aprobatório.

O artigo 342, com maior amplitude que seu predecessor<sup>243</sup>, estabelece que a reforma constitucional tem por objeto uma revisão parcial da Constituição e a substituição de uma ou várias de suas normas que não modifiquem a estrutura e os princípios fundamentais do texto constitucional.

Nos termos do artigo 343, a iniciativa da Reforma da Constituição é exercida pela Assembléia Nacional mediante acordo aprovado pelo voto da maioria de seus integrantes, ou pelo Presidente da República em Conselho de Ministros ou, por fim, pela solicitação de um número não inferior a quinze por cento dos eleitores e eleitoras inscritas no Registro Civil e Eleitoral.

---

<sup>243</sup> A Constituição não trata as alterações patrocinadas por emendas sob a alcunha de reforma.

Quanto ao procedimento, embora o artigo 344 regulamente seu trâmite perante o poder legislativo, o artigo 345 exige a realização de referendo para dentro dos trinta dias seguintes à sanção do projeto. Note-se que, consoante alerta Renfer, “la diferencia entre una iniciativa popular para una enmienda o una reforma parcial se encuentra en un referéndum automático para la primera y, al contrario, en la intervención de la Asamblea Nacional para la última” (RENER, 2010, p. 295).

Quanto ao referendo em específico, poderá pronunciar-se em conjunto ou até em terceira parte sobre o texto da reforma, se assim aprovar um número não inferior à terceira parte da Assembléia Nacional da República ou um número não menor do que cinco por cento dos eleitores inscritos ou inscritas no Registro Civil e Eleitoral. Declarar-se-á aprovada a Reforma Constitucional se o número de votos afirmativos for superior ao número de votos negativos. A iniciativa de Reforma Constitucional revisada não poderá ser reapresentada de novo em um mesmo período constitucional à Assembléia Nacional.

Por fim, o artigo 346 obriga o Presidente ou Presidenta da República a promulgar as Emendas e Reformas dentro dos dez dias seguintes a sua aprovação.

Em aparente contradição de termos, a Consituição ainda regulamenta o exercício do poder constituinte originário, o que faz ao destinar dispositivo específico à Assembléia Nacional Constituinte. Trata-se de seu artigo 347, segundo o qual o povo da Venezuela, por ser o depositário do poder constituinte originário, no exercício desse poder, pode convocar uma Assembléia Nacional Constituinte com objetivo de transformar o Estado – mas não sua essência –, criar um novo ordenamento jurídico e editar uma nova Constituição, em verdadeira limitação de seu exercício, dispositivo que talvez encontre sua razão histórica quando da discussão acerca da convocação do referendo que possibilitou a ascensão da própria Constituição, dinâmica que foi referida no início deste tópico.

O seguinte artigo 348 cuida da iniciativa para o exercício da faculdade albergada no dispositivo anterior, cujos termos, em evidente inflação de suas prerrogativas, atribuem-no ao Presidente da República no Conselho de Ministros, ou então à Assembleia Nacional, mediante acordo da terceira parte de seus integrantes, além dos Conselhos Municipais em *cabildos*, mediante o voto da terceira parte dos mesmos e, por último, de quinze por cento dos eleitores e eleitoras inscritos no registro eleitoral.

Por último, o artigo 349 dispõe que o Presidente ou Presidenta da República não poderá objetar a nova Constituição, assim como os poderes constituídos não poderão, em forma alguma, impedir as decisões da Assembléia Constituinte. Ainda de acordo com esse dispositivo, para efeito de

promulgação da nova Constituição, ela será publicada na Gazeta Oficial da República da Venezuela ou na Gazeta da Assembléia Constituinte, o que representa certa contradição, pois, mais uma vez alerta Renfer, “la nueva Constitución no requiere ser sometida a referéndum para su aprobación” (RENER, 2010, p. 295), apesar da iniciativa popular para convocar a Assembléia. Já o artigo 350, em norma que consagra valores constitucionais irrenunciáveis, firma que, fiel a sua tradição republicana, a luta pela independência, paz e liberdade, desconhecerá qualquer regime, legislação ou autoridade que contrarie os valores, princípios e garantias democráticos ou menospreze os direitos humanos.

## **Equador**

A Constituição do Equador é a primeira a fazer menção expressa ao conceito de plurinacionalidade, embora em menor amplitude do que ocorrerá na Bolívia, sobretudo pela ausência de sua expressa reafirmação ao longo dos demais artigos, característica que será marcante no texto boliviano. Ainda assim, no Equador, a plurinacionalidade galga a natureza de princípio fundamental, pois se encontra albergada no Título I, pertinente aos elementos constitutivos do Estado, logo em seu capítulo primeiro, especificamente dirigido aos princípios fundamentais. De acordo o art. 1, da Constituição, o Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico, que se organiza em uma república descentralizada.

Esse mesmo dispositivo também expressa outro princípio fundamental, o que faz por intermédio de comando de natureza declaratória, consistente no reconhecimento de que a soberania radica no povo, cuja vontade representa o fundamento da autoridade do Estado. No entanto, o mesmo art. 1 não hesita em impor limites para seu exercício, já que o condiciona aos termos da própria Constituição, a ocorrer ora através do poder público, ora pelas formas de participação direta nela previstas. Não se trata, todavia, de incongruência, pois ao fazer alusão aos princípios da representação popular e do exercício direto da soberania, reforça primado inerente ao movimento constitucionalista, correspondente à preservação do princípio democrático, que também possui a natureza de princípio fundamental, haja vista ser igualmente albergado pelo art. 1.

O princípio da plurinacionalidade, indissociável para a identidade do povo equatoriano, à semelhança do que será declarado pelo artigo 2, da Constituição boliviana, sofre interpretação autêntica, perceptível, sobretudo, por reforço advindo da redação de outro dispositivo constitucional, o

art. 4. Através desse, não apenas se apresenta justificativa para a aceção da plurinacionalidade, mas também se evidencia que esse princípio corresponde à evolução da idéia de multiculturalidade, que na Constituição equatoriana, é tratado enquanto interculturalidade. Com efeito, o art. 4 enuncia que o Estado do Equador constitui uma unidade geográfica e histórica de dimensões naturais, sociais e culturais, legado dos antepassados e povos ancestrais. Todavia, a despeito de a sugerida interpretação autêntica advir do reconhecimento dessa existência pré-colonial de povos que viriam a formar a atual nação equatoriana, ela não se traduz em ampla garantia de autonomia administrativa e de autogoverno. O efeito referencial da regra albergada pelo art. 4 não possui, deste modo, a abrangência do que se apresentará na Bolívia. O que nela se tutela, sem que necessariamente se lhe subtraia a importância, é a preservação da identidade dos povos indígenas como nações, sobretudo pelo respeito ao respectivo direito de autodeterminação cultural e de emanações normativas consuetudinárias, que em relação a situações específicas, galgará força de lei. Afinal, como logo a seguir evidencia e reforça o comando elencado no art. 6, este pertinente ao trato da cidadania e da nacionalidade, mesmo que não estabeleça distinção significativa entre ambos os conceitos, todas as equatorianas e equatorianos são considerados cidadãos no gozo dos direitos estabelecidos na Constituição. Trata-se, como se deduz, de uma definição indireta de povo, mas que ganha relevo por sua natureza de inclusão orgânica. Isso porque, de acordo com esse artigo, a nacionalidade equatoriana resulta do vínculo jurídico político das pessoas com o Estado, sem prejuízo de pertencerem a quaisquer das nacionalidades indígenas que coexistam no que o próprio dispositivo chama de Equador plurinacional. Nos termos do art. 6, por conseguinte, todos os nacionais são cidadãos, conforme assim leciona Oyarte, que ao estabelecer comparação com o texto constitucional anterior, expõe que

En Ecuador, tradicionalmente, se hizo la distinción entre nacionalidade y ciudadanía, condicionando el acceso a esta última a una edad mínima, dejando para los ciudadanos el ejercicio de los derechos políticos o *derechos de ciudadanía*, conforme se los denominaba.

Esta distinción no solo que se eliminó en la Constitución de 1998, sino que en esa carta constitucional se suprimió el concepto nacionalidade, dejando solo el de ciudadanía. La Constitución de 2008, en cambio, recupera el concepto nacionalidade, pero indica que todos los ecuatorianos son

ciudadanos (Art. 6 CE), dejando a los derechos políticos o *de participación* a ciertas condiciones específicas. (OYARTE, 2016, p. 294-295).

Percebe-se, deste modo, que para a composição do povo equatoriano, não há quaisquer alienações, em especial dos indígenas, cujas nacionalidades, apesar de consideradas insuficientes para o estabelecimento de autogoverno e autoadministração próprias, são reconhecidas enquanto diversidade identitária, sem que isso implique exclusão do processo político nacional. A Constituição, desse modo, cuida dessas nacionalidades como componentes de um uníssono povo equatoriano, o titular da soberania, que no exercício desse poder, deverá refletir e preservar os valores plurais e multiculturais de seus integrantes. Não é por outra razão, aliás, que aos povos indígenas se garante uma jurisdição própria, subordinada unicamente à observância da Constituição e ao controle de constitucionalidade de suas decisões pela Corte Constitucional, conforme nesse sentido determina o art. 171, ainda a ser objeto de análise. O povo indígena, deste modo, para além de mera potencialidade de voz, efetivamente persuade e exerce papel ativo.

O reconhecimento de uma jurisdição indígena, acrescenta-se, não serve apenas como mecanismo de garantia de eficácia e preservação dos princípios da plurinacionalidade e interculturalidade - leia-se multiculturalidade. Ele vai adiante, pois implicitamente representa um dos primeiros passos para a autodeterminação político administrativa desses povos, posição esta que será promovida com mais ênfase pela Constituição boliviana. Afinal, a existência formal de uma justiça indígena e sua inserção no sistema judiciário nacional possibilita a aplicação do direito desses povos para a resolução de seus conflitos, mesmo quando o respectivo sistema normativo se caracterize unicamente pela aplicação de normas consuetudinárias. Protege-os, inclusive, contra a ação abusiva do próprio Estado, circunstância que apenas robustece os demais princípios fundamentais elencados pelo art. 1. A formalização de uma jurisdição indígena também confere mais efetividade a direitos outros, albergados em segmentos específicos da Constituição, a exemplo do art. 56 e seguintes, do Título II, destinado aos direitos – aqui, para melhor compreensão, agrega-se a expressão “das pessoas” -, cujo art. 10, seu dispositivo introdutório, reafirma os primados da interculturalidade – multiculturalidade - e plurinacionalidade, ao assegurar que as pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades, são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais.

O *caput* do art. 56, em específico, reitera a integração das comunidades, povos e nacionalidades indígenas, do povo afroequatoriano, do povo montubio e das comunas, como parte de

um Estado equatoriano único e indivisível. O seguinte art. 57 materializa direitos afirmativos em benefício desses indivíduos, dos quais se destacam aqueles enunciados por seus números 10 e 17. De acordo com esses dispositivos, respectivamente, reconhece-se e garante-se, em conformidade com a Constituição e com os pactos, convênios, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos, a criação, desenvolvimento, aplicação e prática de seu direito próprio, mesmo na forma consuetudinária, desde que não se vulnerem direitos constitucionais, em particular, aqueles condizentes às mulheres, crianças e adolescentes. Ainda expõe a necessidade de prévia consulta para a adoção de uma medida legislativa pelo governo que, em tese, possa afetar quaisquer dessas coletividades.

Não fosse suficiente, o princípio da interculturalidade e seu viés da autodeterminação das identidades ganha reforço pelos seguintes arts. 58, 59 e 60. O primeiro expressa que, para fortalecer sua identidade, cultura, tradições e direitos, se reconhecem ao povo afroequatoriano os direitos coletivos estabelecidos na Constituição, na lei e nos pactos, convênios, declarações e demais instrumentos de direitos humanos. Já pelo segundo, reconhecem-se aos povos montubios os direitos coletivos para garantir seu processo de desenvolvimento humano integral e sustentável, as políticas estratégicas para seu progresso e, por fim, suas formas de administração associativa, o que se dá a partir do conhecimento de sua realidade e respeito a sua cultura, identidade e visão própria, nos termos da lei. Por último, o art. 60 confere aos povos ancestrais, indígenas, afroequatorianos e montubios, a garantia de constituir circunscrições territoriais para a preservação de sua cultura, cuja regulamentação, porém, igualmente resta adstrita à limitação formal, a ocorrer por via legislativa.

Não bastasse, o art. 61, embora não seja garantidor de direitos específicos de autodeterminação cultural, segue os valores de seus antecedentes ao apresentar garantia de natureza instrumental. Ainda inserido no Título II, pertinente aos direitos, inaugura o capítulo quinto, condizente aos direitos de participação. De acordo com seus termos, garantem-se às equatorianas e equatorianos, dentre outros, a apresentação de projetos de iniciativa popular normativa e a possibilidade de instaurar procedimento para revogar os mandatos conferidos às autoridades em eleição popular.

Posteriormente, o Título IV compartilha a garantia instrumental anterior. Destinado à participação e organização do poder, seu capítulo inaugural cuida da participação na democracia logo em sua seção primeira, dirigida aos princípios da participação em si, cuja regulamentação dá-se unicamente pelo art. 95. De acordo com esse comando constitucional, as cidadãs e cidadãos – que correspondem ao povo equatoriano, nos termos do analisado art. 6 -, em forma individual e coletiva,

participarão com protagonismo na tomada de decisões, planejamento e gestão dos assuntos públicos, assim como do controle popular das instituições do Estado, da sociedade e de seus representantes, em um processo permanente de construção que a Constituição chama de poder cidadão. Dita participação, acrescenta-se, orientar-se-á pelos princípios da igualdade, autonomia, deliberação pública, respeito à diferença, controle popular, solidariedade e interculturalidade - multiculturalidade. O dispositivo, inclusive, expressamente reforça que a participação da cidadania em todos os assuntos de interesse público é um direito que se exercerá através dos mecanismos da democracia representativa direta e comunitária.

Percebe-se, assim, que a Constituição, através de todos os mencionados dispositivos, preserva a autodeterminação cultural das diversas nacionalidades que compõe o Equador plural (art.6), o que faz, ora pelo estabelecimento de direitos instrumentais de participação no exercício do poder, ora pela instituição de garantias contra violações advindas de seu próprio exercício. Realiza, deste modo, interligação indissociável entre a titularidade da soberania e o seu exercício democrático. Entrementes, dessa complexa sistemática, decorrem consequências semelhantes às que serão abordadas quando se analisar o Estado boliviano. A principal delas consiste, justamente, na limitação à outorga do poder constituinte, que não poderá atentar contra os interesses de seus titulares. É o que mais uma vez leciona Oyarte, para quem

Asi, la soberania popular hace que se viva en un régimen democrático, y por medio de una Constitución no se puede renunciar a la democracia, pues el Texto fundamental y el constitucionalismo responden a ese sistema, y no puede contradecirlo.

(...)

Em resumen, a través del ejercicio del poder constituyente originario, éste “no puede negar su propia titularidade (no podría por ej. traspasarlo a un grupo o a un hombre)”. (OYARTE, 2016, p. 172).

E, consoante prossegue,

Por lo mismo, no es posible ni admisible que um texto constitucional pretenda retirar la dignidad o calidad de persona humana a una persona o

grupo de personas y de ese modo privarle de sus derechos fundamentales.  
(OYARTE, 2016, p. 175).

O princípio democrático e sua ligação intrínseca à soberania, em especial, seu exercício, é explicitamente referido no art. 96. Segundo esse dispositivo, reconhecem-se todas as formas de organização da sociedade como expressão da soberania popular para desenvolver processos de autodeterminação pela incidência nas decisões e políticas públicas, no controle de todos os níveis de Governo, assim como das entidades públicas e privadas que prestem serviços públicos. Este dispositivo constitucional ainda firma que ditas organizações poderão articular-se em diferentes níveis para fortalecer o poder cidadão e suas formas de expressão, o que inclui a necessária garantia da democracia interna em sua própria organização, a alternância de seus dirigentes e a prestação de contas. Como se percebe, reporta-se não apenas a regras de governança, mas vai além, o que faz ao estabelecer elo entre Governo e sociedade, o necessário diálogo entre os titulares da soberania e aqueles que os representam e materializam a vontade, sobretudo quando o poder já não é diretamente exercido, conforme assim expressa o outrora analisado art. 1. Outros incentivos de natureza semelhante são igualmente albergados nos arts. 100 e 101.

O princípio democrático ainda encontra reforço na seção Terceira, do capítulo primeiro, destinado à participação na democracia. De acordo com seu art. 102, garante-se às equatorianas e equatorianos, incluídos aqueles domiciliados no exterior, em forma individual ou coletiva, a possibilidade de apresentar suas propostas e projetos a todos os níveis de Governo, o que ocorrerá através dos mecanismos previstos na Constituição e na lei.

A necessidade de respeito ao princípio democrático para a expressão do poder soberano representa valor tão essencial ao Estado equatoriano que o art. 98 reconhece o direito civil de resistência do povo face o arbítrio. Esse regramento autoriza seu exercício frente às ações ou omissões do poder público, ou então daquelas advindas de pessoas naturais ou coletivas não estatais que vulnerarem, ou possam vulnerar, os direitos constitucionais dos cidadãos.

É, porém, através do reiterado reconhecimento de mecanismos de democracia direta ao longo da Constituição, que no Equador se revela a potencial amplitude da atuação do poder soberano por seus titulares. Abordado em específico na seção quarta, ainda do Título Terceiro, pelo art. 103, sob o epíteto “da iniciativa popular”, que resta estabelecido que a democracia direta será exercida para propor a criação, reforma ou derrogação de normas jurídicas ante a Função Legislativa ou qualquer

outro órgão com competência normativa. De acordo com seus termos, a iniciativa popular deverá contar com o respaldo de um número não inferior a 0,25% das pessoas inscritas no registro eleitoral da jurisdição correspondente. Quem a propuser também participará, mediante representantes, no debate do projeto no órgão correspondente, que terá um prazo de cento e oitenta dias para tratar da proposta. Caso esse período não seja respeitado, a consequência será a entrada em vigor do projeto. Há, contudo, ressalvas quanto aos projetos de lei, que poderão sofrer emendas pelo presidente ou presidenta da República, mas jamais serem vetados por completo.

Sob esses parâmetros, ademais, convém ressaltar que o art. 103 não apenas possibilita a interferência direta do povo na confecção das leis, mas à semelhança do que ocorrerá na Bolívia, refere-se ao Legislativo enquanto função. Reforça, desse modo, a concepção já enunciada pelo Título em que se insere, o qual é destinado, recorda-se, à Participação e Organização do Poder. Decerto, como logo se percebe pela disposição organizacional de seus dispositivos, também no Equador, não apenas o Executivo, mas o Legislativo e o Judiciário, ao menos em sua acepção constitucional, são funções de um único poder em que encontram o pertinente fundamento de validade e imperatividade. Não é por outra razão, aliás, que todas essas três funções são regulamentadas por esse mesmo Título, do art. 108 ao art. 202. Enfim, resultam diretamente da materialização normativa do poder soberano, cuja titularidade pertence ao povo<sup>244</sup>.

Com efeito, através do aludido reconhecimento constitucional de um único poder que fundamenta todos os demais, que o Governo restará caracterizado pelo exercício dessas três funções, todas elas não somente destinadas à aplicação e observância dos comandos constitucionais e legais que delimitam e direcionam sua atuação, mas também à própria confecção desses mesmos imperativos.

Ainda de acordo com o art. 103, a iniciativa popular pode se manifestar para tratar da reforma constitucional. De acordo com seus termos, para esse fim, requer-se o respaldo de um número não inferior a um por cento das pessoas inscritas no registro eleitoral. Nessa hipótese, à semelhança do que se determina para os projetos de lei, caso o Legislativo não analise a proposta dentro do prazo por si determinado, aí correspondente a um ano, há alternativa para a finalização do procedimento, muito embora sem a imediata e obrigatória entrada em vigor da proposta. Nessas

---

<sup>244</sup> É sob esse contexto que o art. 141 igualmente utiliza o termo função, o que faz ao expor que a presidenta ou presidente da república exercerá a função executiva, sendo o chefe de Estado e Governo, além de responsável pela administração pública. Revelação maior da acepção de Governo, todavia, advém do tratamento conferido pela Constituição no que se reporta ao exercício da Jurisdição. A exemplo da Constituição boliviana, a correspondente equatoriana, em seu art. 167, declara que o poder de administrar a justiça emana do povo e se exerce pelos órgãos da função judicial e dos demais órgãos e funções estabelecidos na Constituição.

hipóteses, se houver inércia ou desrespeito ao prazo constitucional de análise, os proponentes poderão solicitar ao Conselho Nacional Eleitoral que convoque a consulta popular, porém sem a necessidade de oito por cento de respaldo dos inscritos no registro eleitoral. Por fim, o art. 103 determina que, enquanto tramite uma proposta cidadã de reforma constitucional, não se poderá apresentar outra.

O art. 103, todavia, é norma que deve ser interpretada em harmonia com outras, no caso, os arts. 441 a 444, que cuidam da reforma constitucional em específico. Em conjunto, todos esses artigos findam por regulamentar o exercício do poder constituinte reformador, apesar de não lhe fazerem direta referência.

É sob esse contexto que o art. 441 firma, em específico, que a emenda de um ou de vários artigos da Constituição, quando não intente alterar a estrutura fundamental ou o caráter e elementos constitutivos do Estado, ou mesmo quando não estabeleça restrições aos direitos e garantias ou, por fim, quando não modifique o próprio procedimento de reforma da Constituição, será realizada mediante referendo convocado pela presidenta ou presidente da república ou pelos cidadãos, desde que respaldado por, ao menos, 8% das pessoas inscritas no registro eleitoral. O n.º 2 também confere a iniciativa de reforma parcial à Assembléia Nacional, cujo exercício dependerá da iniciativa de, ao menos, a terceira parte de seus membros.

O art. 442, por sua vez, estabelece que a reforma parcial que não suponha uma restrição nos direitos e garantias constitucionais, nem modifique o procedimento de reforma da Constituição, terá lugar por iniciativa da presidenta ou presidente da República, ou então pela solicitação da cidadania com o respaldo de, ao menos, um por cento das cidadãs e cidadãos inscritos no registro eleitoral. De acordo com seus termos, a reforma também poderá advir através de resolução aprovada pela maioria dos integrantes da Assembléia Nacional. Uma vez aprovado o projeto, convocar-se-á referendo dentro dos próximos quarenta e cinco dias, que deverá aprovar a proposta de reforma constitucional pela manifestação favorável de, no mínimo, a metade mais um dos votos válidos emitidos. Uma vez aprovada a reforma via referendo, o Conselho Nacional Eleitoral procederá a sua publicação dentro dos sete dias seguintes.

A similitude dos objetos das reformas tratadas pelos arts. 441 e 442 e sua aparente contradição de procedimentos será, nos termos do art. 443, solucionada pela Corte Constitucional, que qualificará qual deles corresponderá para cada caso.

Fato é que, enquanto esses artigos, por evidência, se reportam ao exercício do que tradicionalmente se denomina de poder constituinte derivado, ganha relevo o seguinte art. 444. Esse

regramento, à semelhança do que ocorre na Venezuela e Bolívia, regulamenta a convocação de uma Assembléia Constituinte para fins de reforma total da Constituição, em mais um aparente exemplo de incongruência encontrada no continente latino-americano à teoria do poder constituinte originário. Isso porque, como naqueles países, a Constituição equatoriana regulamenta poder que deveria, ao menos a princípio, ser ilimitado em sua manifestação, haja vista a precípua natureza fundacional do Estado que lhe caracteriza, sobretudo por conferir validade a todo o sistema jurídico.

Nos termos do art. 444, a Assembléia Constituinte somente poderá ser convocada através de consulta popular, a ser solicitada pela Presidenta ou Presidente da República, pelas terceiras partes da Assembléia Nacional, ou ainda por doze por cento das pessoas inscritas no registro eleitoral. O dispositivo também determina que, para a vigência da nova Constituição, será requerida aprovação em nova consulta popular materializada via referendo, o que somente ocorrerá pela metade mais um dos votos válidos.

Nesse ponto, convém mencionar que o regulamento do poder constituinte originário por uma Constituição vigente encontra justificativa em segmentos da doutrina equatoriana. Oyarte, ao tecer comentários sobre o assunto, defende a existência de duas espécies de poder constituinte originário. Para esse autor, existiria um poder constituinte originário fundador e um poder constituinte originário organizador. Tal distinção, entretanto, apenas se torna possível após a análise que o autor faz acerca das atribuições que lhe seriam inerentes. Segundo afirma, o poder constituinte originário "(...) se sintetiza en la competencia para elaborar una Constitución y modificarla, a diferencia del poder constituyente derivado que sólo puede reformar el Código Político" (OYARTE, 2016, p. 155). Daí porque, conclui, o poder constituinte originário

Es el poder de elaborar una Constitución, el que se puede ejercer de manera primigenia, es decir cuando se da por primera vez una Carta Fundamental, o porque se desea reemplazar la vigente por una nueva. De este modo tenemos un poder constituyente originario fundacional y uno de simple organización. (OYARTE, 2016, p. 155).

A principal distinção que aponta, nesse contexto, seria de que,

(...) al ejercer el poder constituyente originario fundacional, primero se debe crear el Estado, que no existe, y luego de fundado o constituido como entidad se procederá a establecer las normas de organización y funcionamiento del naciente Estado. (OYARTE, 2016, p. 159).

Já o poder constituinte originário organizador, por sua vez, apenas teria vez em momento posterior. Consoante leciona,

(...) este poder constituyente originario de simple organización – también denominado revolucionário, o en etapa de continuidade – (...) El Estado ya está constituido, por lo que no hay necesidad de fundarlo nuevamente” (OYARTE, 2016, p. 159).

Embora Oyarte reconheça que o poder constituinte originário organizador diferencie-se do fundador em razão de não criar o Estado, não lhe nega o caráter revolucionário pela ausência de limites para seu exercício, embora a própria distinção que faz já contenha um limite em si, que é a impossibilidade de negar a existência do próprio Estado em que se manifesta. Conforme leciona,

(...) Como todo poder constituyente originario no se somete a ninguna norma jurídica positiva anterior: ni a la Constitución precedente, ni a ninguna norma inferior a aquellas, pues, “como la abrogación de la Constitución vigente precede a la promulgación de la nueva, es claro que el poder constituyente actúa sin restricciones jurídicas”. (OYARTE, 2016, p. 159).

A distinção traçada por Oyarte, a despeito de sujeita a algumas críticas, parece revelar circunstância fática – e por isso empírica - que não passa despercebida ao autor. Incapaz de criar um Estado e de se dissociar de seus elementos formadores, que são o povo, a soberania e o território, o poder constituinte originário organizador tende a encontrar mais uma limitação no exercício por seus titulares. É que, em razão do princípio democrático que caracteriza o constitucionalismo, em que se

atribui a titularidade do poder soberano ao povo, o poder constituinte não poderá prejudicá-las, pois são a sua fonte<sup>245</sup>.

Como salienta Oyarte, o necessário respeito ao princípio democrático pelo poder constituinte originário organizador implica a observância a regras para sua manifestação e exercício. O autor defende, deste modo, a existência de um poder pré-constituinte, que se materializaria na Constituição equatoriana através do referido art. 444. É que, conforme expõe,

Ahora, respecto de la soberanía popular se han presentado observaciones, pues, como la democracia directa no es posible, se debe determinar la composición del cuerpo electoral que va a ejercer soberanía por medio de referéndum o que va a elegir la asamblea respectiva; la “participación democrática no es en modo alguno una actuación originaria o prejurídica, sino un procedimiento reglado mediante una norma que regula la elección o el referéndum y los convoca y que regula el procedimiento de elaboración de la Constitución.

Del mismo modo, cuando se plantea un texto para ser votado por el cuerpo electoral, el ejercicio del poder constituyente por el pueblo a través de los mecanismos de democracia directa estaría condicionado por el contenido de las preguntas o los textos que se imponen y, en este sentido, cabe preguntar ¿quién tiene la facultad de condicionar este poder realizando los respectivos cuestionamientos? El problema que se plantea aquí es quién tiene ese poder preconstituyente, esa facultad de condicionar la participación democrática. (OYARTE, 2016, p. 149-150).

---

<sup>245</sup> Nesse sentido, assim leciona,

(...) la soberanía popular hace que se viva en un régimen democrático, y por medio de una Constitución no se puede renunciar a la democracia, pues el Texto fundamental y el constitucionalismo responden a ese sistema, y no puede contradecirlo. Como lo recuerda Cari FRIEDRICH, “no puede denominarse Constitución a la resolución de un tirano todo poderoso de mantener su tiranía, sin hacer absurdo el significado del término”. A través del ejercicio del poder constituyente originario no se podría legitimar esa situación, es su limitación fundamental en el sentido de la auto conservación de dicha soberanía; por ello dicha renuncia, consagrada en el texto constitucional, no podría ligar a las generaciones futuras, al no tener validez por ser extralimitada.

En resumen, a través del ejercicio del poder constituyente originario, éste “no puede negar su propia titularidad (no podría por ej. traspasarlo a un grupo o a un hombre). (OYARTE, 2016, p. 172).

E, continua,

(...) se debe dejar en claro, además, que ninguna asamblea, ni constituyente ni reformadora, como tampoco ningún poder constituido, pueden alterar principios básicos del constitucionalismo como son: soberanía popular, separación de poderes, eliminación de la declaración de derechos o de la dignidad de persona humana a determinados grupos o individuos. En caso contrario la carta política se tornaría antijurídica – lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio – y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho. (OYARTE, 2016, p. 226).

Em verdade, o que Oyarte tenta justificar pelas subclassificações do poder constituinte originário entre fundador e organizador é o que, na Bolívia, será identificado como regramentos para transição constitucional. Afinal, quando o art. 444, da Constituição, prevê a possibilidade de convocação de uma Assembleia Constituinte, o que ele almeja, consoante reconhece o próprio autor,

(...) antes de esté previendo su própria destrucción, se encuentra normando el poder preconstituyente, por el cual se llegará al ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo soberano, sea directamente por el referéndum, o indirectamente, eligiendo representantes a la asamblea o convención constituyente, y que no sea ejercido de hecho, e inclusive violentamente. (OYARTE, 2016, p. 149-151).

Nesse ponto, deve-se ressaltar que a existência de um poder pré-constituente somente pode ser aceita caso haja retorno à teoria de Lassalle, já abordada na primeira parte, que se reporta aos fatores reais de poder formadores de uma ordem constitucional, seja ela democrática ou não.

O argumento de Oyarte, todavia, sob o enfoque estritamente jurídico - o que se dá, justamente, pela desconsideração da existência de um poder jurídico pré-constituente -, possui relevo em razão de reconhecer que o regramento do art. 444, antes de instituir momento para o fim de uma ordem constitucional, tão somente se reporta à exteriorização da Constituição enquanto documento normativo formal. Isso porque, através dele, em verdade há regra de preservação da titularidade do poder constituinte em si, que continua a ser do povo. Esse é o motivo, aliás, pelo qual se aduz haver o constituinte equatoriano também optado por reconhecer a possibilidade de uma transição constitucional, fórmula que visa evitar os diversos traumas comuns a uma ruptura política repentina ou revolucionária. Intenta-se preservar, por essa espécie de transição, não apenas os valores democráticos e representativos que a Constituição em vigor positivou quando de sua promulgação, mas também os princípios democráticos e plurinacionais em que se sustenta. Perpetua-se, em suma, a titularidade do poder constituinte originário, que poderá se manifestar em momentos outros, não mais permanecendo em estado de latência. A transição, como será explanado, é mais um elemento a demonstrar que o poder constituinte se manifesta – ou ao menos tende a se manifestar – continuamente<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Os citados mecanismos de transição constitucional, porém, não são imunes a críticas. Com efeito, podem ser sujeitos a usurpações. Afinal, tal como aduz Torres, muito embora em caráter panfletário ao traçar relato de queo

## **Bolivia**

Em seu artigo 1, a Constituição boliviana, promulgada no ano de 2009, enuncia que a Bolívia é um Estado Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias. Não obstante a definição constitucional seja prolixa e aparente redundâncias, contradições ou mesmo incompatibilidades, eleva a aceção de plurinacionalidade ao *status* de princípio, primado esse que, ao longo de todo o texto constitucional, revela-se fundamental para a composição e organização do Estado, inclusive com repercussões para a percepção do poder constituinte no país.

Com efeito, apesar de a plurinacionalidade ser mencionada em diversos dispositivos, de modo a sugerir que sua compreensão enquanto princípio deva ser aferida pela interpretação sistemática da Constituição, em respeito à unidade e supremacia que a caracteriza como norma fundamental do Estado, há regramento que implicitamente lhe apresenta interpretação autêntica. No seguinte artigo 2, a Constituição boliviana firma, enquanto garantia, que as nações e os povos indígenas, por si denominados como originários campesinos, têm o direito a se determinar perante o Estado mediante o exercício de autonomia administrativa e autogoverno, a ampliar, deste modo, a aceção conferida a esse princípio pela Constituição equatoriana. A primeira parte do artigo 2 justifica o primado da plurinacionalidade por meio de comando normativo de natureza declaratória. Por ele, reconhece a existência pré-colonial desses agrupamentos e daquilo que classifica como o respectivo domínio ancestral sobre seus territórios. Esses são considerados os elementos embrionários para a contemporânea aferição da identidade do povo boliviano, conforme assim elucida Casana, que ao apresentar razões para a aceção de plurinacionalidade sob o enfoque das trinta e seis nações e povos reconhecidos e enunciados no posterior artigo 5, I, expõe que

En el Qullasuyu (actual Bolivia), según la Constitución Política del Estado (2009) existen 36 naciones milenarias, provenientes de la civilización del gran Abia Yala y/o Tawantinsuyu, los cuales en la fundación de la Republica de Bolivia en 1825, no fueron tomadas en cuenta (...) (CASANA, 2017, p. 137).

---

“El presidente ecuatoriano, inmediatamente después de posesionado en el cargo, invocó directamente al pueblo para que se despertara como poder constituyente, bajo el argumento que contaba con el poder constitucional para desencadenar, por sí mismo, un proceso constituyente destinado a demoler el propio ordenamiento constitucional en que se sustentaba para tal invocación”. (TORRES, 2009, p. 179)

Embora suficiente, como visto, para delinear a identificação do povo boliviano e o multiculturalismo que o caracteriza, o artigo 2 não se restringe a emanar efeitos meramente declaratórios. Ele também se revela auto-referencial, em especial, por vincular o fundamento ontológico da plurinacionalidade à mencionada garantia de que as nações indígenas e povos originários campesinos têm o direito de se determinar perante o Estado mediante o exercício de autonomia administrativa e autogoverno. Desse modo, ao assim dispor, esse regramento constitucional irradia reflexos sobre os tradicionais elementos formadores do Estado, sobretudo, à concepção de povo e soberania. Seu comando, de evidente natureza inclusiva e orgânica, intenta corrigir dívidas políticas reivindicadas pela sociedade como históricas, o que faz ao reconhecer, instituir e garantir a formação de um Governo que seja permanentemente plural.

É sob esse parâmetro que o subsequente artigo 3 não apenas respeita a plurinacionalidade como princípio, mas busca reafirmar e reforçar seu conceito mediante a declaração de quais agrupamentos devam ser considerados elementos formadores da nação boliviana. Segundo esse dispositivo, a nação boliviana é formada pela totalidade das bolivianas e bolivianos<sup>247</sup>, nações e povos indígenas originários campesinos, assim como pelas comunidades interculturais e afro-bolivianas.

Por esse comando constitucional, harmônico à norma do artigo 2, percebe-se que a nação boliviana não é composta por subnações, cujo termo poderia portar significado obliterante, a dar margem a interpretação pejorativa, quiçá discriminatória e, por consequência, contrária ao próprio espírito de integração patrocinado pela Constituição e seu ideal de plurinacionalidade. Decerto, por ela se almeja expressar que a nação boliviana, em verdade, é formada pela união de diversas outras nações, que enquanto individualidades, conforme restará reforçado pelo posterior artigo 7, são insuficientes para galgar a soberania, que sempre dependerá da unidade, ao menos nos termos estabelecidos pela própria Constituição. Para Lima, o reconhecimento jurídico da diversidade étnica e cultural do povo representa a verdadeira substância do princípio da plurinacionalidade, pois consiste na

(...) *concepción plural* de la sociedad, lo que supone una comprensión de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la propia libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la

---

<sup>247</sup> Trata-se de distinção de gênero e paridade, em expressão política afirmativa adotada pelo texto constitucional.

posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad; (...) (LIMA, 2016, p. 19).

Há que se notar, por conseguinte, à semelhança do que se referiu em relação ao artigo 2, que o reconhecimento constitucional efetuado pelo artigo 3 a propósito da existência de nações e povos no âmago do Estado boliviano e, em particular, daqueles enunciados pelo já referido artigo 5, I, não é regramento meramente declaratório. Ele igualmente implica efeitos dirigentes, sobretudo o comando imperativo de que as nações e os povos indígenas originários campesinos devam se encontrar representados na composição do Governo estadual. Afinal, conforme dito, a soberania do Estado boliviano advém da união dessas nações e povos indígenas com os descendentes de espanhóis e demais bolivianas e bolivianos, sendo, ademais, inalienável, nos termos do artigo 7. Esse último dispositivo, aliás, revela que a Constituição confunde os tradicionais conceitos de povo e nação, o que faz ao tratá-los como sinônimos, sobretudo quando contraposto à definição albergada no artigo 3, responsável por reconhecer que a nação boliviana é composta por seu povo. Não obstante, ao afirmar que a soberania do Estado reside no povo boliviano, que a exercerá de forma direta e delegada, o artigo 7 intenta tornar pública e imemorial, enquanto firme lembrete de cunho democrático e harmônico à tradição do movimento constitucionalista, que a soberania popular deve ser preservada pelas presentes e futuras gerações como valor fundamental da república. Daí decorre a ideia de que a inalienabilidade, enquanto comando, também implica a necessidade de que todos os povos, nações e agrupamentos, que em conjunto conferem soberania ao Estado, não sejam alijados do seu exercício. Não é por outra razão, aliás, que a Constituição, em diversos dispositivos, preza por estabelecer mecanismo para a formação plural do Governo, a exemplo dos seguintes:

- a) artigo 11, II, 3, que estabelece o exercício da democracia comunitária, com respeito a procedimentos estabelecidos pelas nações e povos indígenas originários campesinos;
- b) artigo 26, I e II, 4, que garante a eleição de representantes das nações e povos indígenas originários campesinos de acordo com normas e procedimentos próprios;

- c) o artigo 146, IV, segundo o qual a composição da Câmara de Deputados do Estado Plurinacional da Bolívia deve respeitar a proporcionalidade, dentre outros, dos povos indígenas;
- d) o artigo 179, I, II e III, segundo o qual se reconhece a existência de uma jurisdição ordinária e outra dos povos indígenas originários campesinos, de igual hierarquia, com submissão apenas ao Tribunal Constitucional;
- e) o artigo 197, I, que estabelece a composição mista do Tribunal Constitucional, a garantir a presença de membros advindos do sistema originário campesino;
- f) o artigo 206, I e II, que estabelece a composição do Tribunal Supremo Eleitoral à semelhança do Tribunal Constitucional, com membros do sistema originário campesino;
- g) o artigo 209, que regulamenta a eleição para membros do Tribunal Constitucional;
- h) o artigo 211, I e II, que regulamenta as eleições para o Poder Legislativo nacional;
- i) o artigo 278, I e II, responsável por firmar que as Assembleias Departamentais deverão ter membros das nações e povos indígenas originários campesinos;
- j) o artigo 284, II, que também garante a participação de representantes das nações e povos indígenas originários campesinos nos municípios que possuam autonomia originária campesina;
- k) o artigo 289, que regulamenta a caracterização da autonomia indígena originária campesina em si;
- l) e o artigo 290, I e II, que cuida do autogoverno das autonomias indígenas originárias campesinas.

Casana faz síntese acerca da dimensão positiva do princípio da plurinacionalidade, ao expor que,

Por consiguiente, la esencia fundamental para la construcción del nuevo Estado, son las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (la plurinacionalidad), lo que quiere decir que la esencia del Estado Republicano cambió por una nueva esencia, que resulta ser el Estado Plurinacional comunitario; ello qué significa, una reestructuración total de sus instituciones, así como la reingeniería jurídica; más aún, cuando la parte filosófica de la Norma Suprema (preámbulo) de manera textual señala: *“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asmimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado de derecho plurinacional comunitario”*. Este desafío y reto constitucional implica que las estructuras institucionales, tienen que transformarse de una estructura institucional plurinacional para que funcionen sobre la base de las reglas del derecho plurinacional comunitario (realidades socioculturales) afianzando la construcción colectiva del Estado sobre la base del respeto a la diversidad.

Pues a partir del diseño filosófico y dogmático de la Constitución Política del Estado el principio del PLURALISMO debe ser incorporado de manera irrefutable en todos los ámbitos del Estado Plurinacional Comunitario; es decir, en la organización política, económica, jurídica, cultural, social, legislativa entre otras, cuya dinámica debe construirse sobre la base de las “LEYES DE DERECHO PLURINACIONAL COMUNITARIO”. (CASANA, 2017, 140).

Ressalta-se, todavia, que o sistema plurinacional não se materializa de forma exaustiva, vez que nem todos os 36 povos e nações reconhecidos pelo artigo 5, I, por obviedade, poderão ser representados em concomitância, mormente pela limitação numérica para a composição de alguns órgãos, que poderiam encontrar dificuldades operacionais se dotados de formação demasiada estendida. Trata-se, pois, de limitação de ordem material ao ideal constitucional boliviano.

Não obstante, ainda assim é possível aferir que a estrutura orgânica do Estado, como delineada pelos referidos artigos constitucionais, permite observar que a ideia de Governo adotada na Bolívia, sob a ótica da plurinacionalidade, é ampla, pois se compõe pela totalidade dos poderes constituídos e, não apenas, ao que comumente se circunscreve ao exercício da função executiva do poder soberano. O termo função, ademais, é utilizado em lugar de poder – leia-se poder constituído - pelo artigo 179, I, que cuida do exercício da jurisdição. Não se trata, todavia, de concepção autoral inédita no Estado boliviano. Com efeito, Peredo, ao tecer comentários ainda sob a égide constitucional anterior, já expunha que

Comúnmente se entiende por gobierno al poder ejecutivo, en el sentido de que éste decide y ejecuta en asuntos de sus competencias política y administrativa, y puesto que gobernar es conducir, dirigir. Esta asimilación del concepto a la rama ejecutiva proviene de que, hasta las revoluciones democrático-burguesas de fines del siglo XVIII, los autócratas de todos los tempos concentraban el gobierno en sus manos, pues constitucionalmente no se conocía la “división de poderes” ni la distribución de funciones en órganos separados. Sin embargo, hay que aclarar que el gobierno comprende a las três ramas mediante las cuales desarrolla el Estado su actividad: ejecutiva, legislativa y judicial, cuya independencia, coordinación son base de la organización del Estado. (PEREDO, 2011, p. 95/96).

A integração dos poderes constituídos na composição do Governo, assim compreendido em sentido amplo, é especialmente percebida quando analisada a regulamentação constitucional sobre a função jurisdicional. De acordo com o artigo 178, I, o poder de administrar a justiça emana do povo boliviano. Por essa razão, além dos princípios tradicionais à jurisdição, como a independência e a imparcialidade, esse regramento necessariamente harmoniza-se à referida concepção multicultural de povo adotada pelo Estado boliviano. Inclui, por esse motivo, princípios outros, dos quais se destacam o pluralismo jurídico, a interculturalidade e a participação cidadã. Esses últimos, por sua vez, além de ferramentas de concretização do princípio fundamental da plurinacionalidade, uma vez que apontam para a necessária composição plural dos órgãos de administração da justiça, serão caracterizados e

realizados através de outro princípio, relativo à representatividade, em que o povo poderá, inclusive, eleger magistrados via sufrágio.

Nesse contexto, não obstante o inciso I, do artigo 179, declare que a função judicial seja una, em aparente contradição, ele igualmente estabelece divisão, mediante o reconhecimento de uma jurisdição ordinária, uma jurisdição agroambiental e uma jurisdição indígena originária campesina. A primeira delas é exercida pelo Tribunal Supremo de Justiça, Tribunais Departamentais de Justiça, Tribunais de Sentença e juízes. Já a segunda, condiz ao exercício por Tribunal e juízes agroambientais, enquanto a terceira é exercida pelas próprias autoridades indígenas originárias campesinas. No entanto, apenas a jurisdição ordinária e a jurisdição originária campesina gozam de mesma hierarquia, nos termos do inciso II, conforme também destaca Casana, ao expor que

De lo que se puede inferir que la justicia plurinacional, se ejerce a través de la justicia ordinaria, la justicia agroambiental sus tribunales y jueces; la justicia indígena originaria campesina y las jurisdicciones especializadas. A lo que se debe añadir la igual jerarquía de la justicia ordinaria que proviene de la lógica eurocéntrica y la justicia de la comunidad que emerge de la trayectoria histórica de los pueblos de Abia Yala.

Entonces se puede afirmar que la justicia plurinacional, surge a partir de la valoración de la cultura civilizatoria de los pueblos y naciones de Abia Yala y, de la consolidación de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un espacio geográfico, en la que coexisten una sociedad plural que ha tenido su propio desarrollo histórico y cultural, basada en la autodeterminación de sus pueblos. Entonces, la justicia dentro de un Estado Plurinacional, es reconstituir y/o establecer ámbitos y escenarios sociales de convivencia, donde la pluralidad se la base de la coexistencia; lo cual significa que en las jurisdicciones de los pueblos y naciones originarios se aplicarán en forma exclusiva las instituciones y figuras jurídicas propias; ello que decir que la administración de justicia plurinacional, se fundamenta el concepto de plurinacionalidad es una razón fundante de nuestro nuevo Estado, porque en Bolivia existen 36 pueblos y/o naciones originarias, cada nación con una identidad, religión, formas de economía, formas de organización, formas

políticas propias, normas y procedimientos propios; lo que quiere decir que existe una realidad sociopolítica diversa, cuyos actores por voluntad de sus pueblos han decidido refundar a Bolivia, como un Estado Plurinacional comunitário. (CASANA, 2017, 141/142).

Há, porém, ponto de confluência entre as jurisdições, a sugerir a correção da referida unidade estabelecida pelo inciso I, do art. 179. Trata-se da possibilidade de recurso à justiça constitucional em dadas matérias, que será direcionada ao Tribunal Constitucional, conforme assim determina o inciso III. Deste modo, nota-se que a unidade de jurisdição revela-se, nos termos do artigo 202, números 4, 5, 8 e 11, pela competência do Tribunal Constitucional Plurinacional de conhecer e resolver, respectivamente, os recursos contra tributos do Órgão Legislativo quando suas resoluções afetarem um ou mais direitos, quaisquer que sejam as pessoas afetadas, os recursos contra resoluções do Órgão Legislativo quando essas afetarem um ou mais direitos quaisquer que sejam as pessoas afetadas; as consultas das autoridades indígenas originárias campesinas sobre a aplicação de suas normas; e os conflitos de competência entre a jurisdição indígena originária campesina e a jurisdição ordinária e agroambiental.

Entrementes, considere-se ou não que haja unidade de Jurisdição pela atuação do Tribunal Constitucional sobre as jurisdições ordinária, agroambiental e indígena originária campesina, deve-se atentar que, a exemplo do que ocorre em relação ao próprio Tribunal Constitucional Plurinacional, tanto o Tribunal Supremo de Justiça quanto o Tribunal Agroambiental terão composição não apenas plural, mas representativa, em que os respectivos membros serão escolhidos mediante sufrágio universal. Como se percebe, na Bolívia, os órgãos de cúpula do Judiciário, em harmonia com o Legislativo e o Executivo, são constituídos em respeito ao princípio da representatividade, em atenção à escolha democrática do povo e a suas aspirações.

Sob esses parâmetros, o Tribunal Constitucional Plurinacional, regulamentado no Capítulo Sexto, do Título III, do artigo 196 a 204, tem sua composição de magistradas e magistrados, nos termos do inciso I, do art. 197, realizada por eleição conforme critérios de plurinacionalidade, ou seja, caracterizada pela representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino. Sua composição, organização e funcionamento, será regulamentado por lei, nos termos do inciso III. Já no que tange à eleição em si, o artigo 198 determina que as magistradas e magistrados deverão ser eleitos mediante sufrágio universal, segundo o procedimento, mecanismos e formalidades dos

membros do Tribunal Supremo de Justiça. Sobre esse último, em específico, é o art. 182, I, o comando responsável por determinar que suas magistradas e magistrados sejam eleitos por sufrágio universal. A eleição, todavia, nos termos do inciso II, será precedida de preleção da Assembleia Legislativa Plurinacional, que através de dois terços de seus membros presentes na respectiva sessão, remeterá ao órgão eleitoral a lista dos pré-qualificados para que esse proceda, então, à organização, única e exclusiva, do processo eleitoral. Nota-se, porém, que os postulantes não poderão realizar campanha eleitoral, sob pena de inabilitação. Ao órgão eleitoral caberá a responsabilidade de divulgar os méritos de cada candidato, nos termos do inciso III. Por fim, ainda de acordo com inciso IV, as magistradas e magistrados não podem pertencer a nenhuma organização política.

Outrossim, de acordo com o art. 188, o Tribunal Agroambiental também segue a regra de que seus integrantes serão eleitos mediante sufrágio universal, também segundo o procedimento, mecanismos e formalidades adotados para os membros do Tribunal Supremo de Justiça.

As candidatas e candidatos para o Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justiça e Tribunal Agroambiental, serão pré-selecionados pela Assembleia Legislativa Plurinacional, nos termos do art. 158, I, 5.

A Constituição boliviana, todavia, faz exceção ao princípio da representatividade para a composição dos órgãos de cúpula do poder judiciário no que se reporta ao próprio órgão eleitoral. O artigo 206, II, determina que o Tribunal Supremo Eleitoral será composto por sete membros, sendo que ao menos dois deles deverão provir do sistema indígena originário campesino.

O princípio da representatividade, contudo, é concretizado com diferente grau de generalidade quando relacionado à composição da jurisdição indígena originária campesina em si. Sem estabelecer a obrigatoriedade do sufrágio, o artigo 190, da Constituição boliviana, realiza o princípio da representatividade ao reforçar a garantia do artigo 2, relativa à autodeterminação e autogoverno de cada nação e povo indígena originário campesino. Conforme assim determina o inciso I, daquele artigo, as respectivas funções jurisdicionais, bem como competência, serão exercidas através de suas próprias autoridades, mediante a aplicação de seus princípios, valores culturais e normas de procedimento. Essa orientação é reiterada pelo seguinte artigo 191, cuja regra de competência albergada em seu inciso I determina que a jurisdição indígena originária campesina se fundamente em um vínculo particular de pessoas advindas das respectivas nações ou povos.

Todos esses dispositivos, de natureza orgânica no que se reporta à organização do Estado, além de revelar os fundamentos de legitimidade reconhecidos e adotados pela Constituição, irradiam

efeitos não apenas para a composição plural dos poderes constituídos e, com isso, a acepção estendida de Governo representativo aqui reportado, além de acarretar consequências quanto ao seu exercício. É o que destaca Lima, segundo o qual

(...) implica que la relación de los de los ciudadanos con el poder político no se reduce a la emisión del *voto* para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se expresa en una participación activa e efectiva en la toma de decisiones, a través de mecanismos adecuados como el *referéndum popular*, la *planificación participativa*, así como el *control social* y la *iniciativa legislativa* (art. 11.II, núm. 1, CPE); (...). (LIMA, 2016, p. 19).

Decerto, por força da própria natureza do princípio da representatividade e a acepção ativa com que é tratado pelo texto constitucional, a atuação do Governo na Bolívia não se limitará à obediência e aplicação das leis, mas igualmente abrangerá sua confecção e posterior interpretação. Não é por outra razão, aliás, que artigo 12, inserido no Título I, Capítulo Terceiro, destinado a regulamentar o sistema de Governo, por meio de seu inciso I, expressamente determina que o Estado se organize e estruture através dos órgãos Legislativo, Executivo, Judicial e Eleitoral. Todos eles, por sua vez, devem respeitar os princípios basilares elencados pelo anterior artigo 11, inciso I, dentre os quais, destacam-se as formas democráticas participativas, representativas e comunitárias. Estas são tratadas, em específico, pelo seguinte inciso II, sob a égide de exercício da democracia, que ocorrerá de modo direto e participativo, de acordo com seu número 1, a exemplo do referendo ou iniciativa legislativa popular. Já de maneira indireta, nos termos do número 2, mediante a eleição de representantes por voto universal, direto e secreto. Por fim, a democracia comunitária, referida no número 3, materializa-se por meio de eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes por normas e procedimentos próprios das nações e povos indígenas originários camponeses.

Já exemplo de forma de aplicação e interpretação das leis do país, a vincular o exercício dos poderes constituídos, é trazido pelo inciso II, do artigo 196. Esse dispositivo determina que o Tribunal Constitucional Plurinacional, ao exercer sua função interpretativa, deverá aplicar como critério de decisão, preferência à vontade do constituinte, de acordo com seus documentos, atas, resoluções, assim como ao teor literal do texto da Constituição.

Sob tais parâmetros, como não poderia deixar de ser, resta atingido o poder de reforma da Constituição, mormente porque ele se exerce por manifestação dos poderes constituídos, que na maior parte das vezes, realiza-se através do Legislativo. Mas o exercício do poder constituinte reformador pela função legislativa do Governo, mediante a atuação direta ou indireta de seu titular, o povo, ao longo do processo de elaboração da norma, não é o único a sofrer impactos. Isso porque, através de regramento que não se revelam exclusivos ao Estado Plurinacional da Bolívia, o poder constituinte originário é igualmente afetado pela existência de norma constitucional que regulamenta seu exercício. De fato, ao tratá-lo como mecanismo de reforma constitucional em seu artigo 411, em aparente falta de observância ou mesmo negação à ordem natural dos acontecimentos que durante dado período caracterizou a tradicional teoria constitucionalista, por longa data sustentada no primado da ruptura para a sobreposição, a Constituição boliviana regulamentou o exercício do poder constituinte originário. Essa precípua revelia à autonomia e liberdade de atuação que deveria caracterizá-lo, com sua submissão a limites normativos, em verdade, revela que o constituinte boliviano optou por reconhecer a possibilidade de uma transição constitucional protegida dos diversos traumas que uma ruptura política abrupta tende a gerar. Mas o que talvez seja mais revelador é a circunstância de que, ao assim agir, a Constituição boliviana, muito embora haja previsto sua própria sentença de morte, assim o fez, tão somente, em relação a sua exteriorização enquanto documento normativo formalizado, pois preserva o titular do poder constituinte que a fundamenta e, com isso, sua fonte de autoridade. Com efeito, o povo, ao invés de derrocado por outra força que lhe subtraia a soberania, continuará a erguer a eventual nova ordem constitucional, cuja assunção não mais se dará via revolução, mas pela transição. Preservar-se-ão, assim, não apenas os valores democráticos e representativos que positivou quando de sua promulgação em 2009, mas também o ideal plurinacional em que se sustenta, em harmonia aos ditames do artigo 7 e seu enunciado de soberania. Esta é a razão de o poder constituinte originário ser tratado como poder de reforma, embora com certa impropriedade de termos. Afinal, o que a Constituição quis foi perpetuar a titularidade do poder constituinte originário, que poderá se manifestar em momentos outros, não mais permanecendo em estado de latência.

Ainda sob tais parâmetros, destaca-se que a reforma constitucional tratada pelo mencionado artigo 411 ocorre conforme regulamentação albergada em dois incisos. Ambos determinam como requisito obrigatório para a concretização do processo de reforma a realização de referendo popular, no que talvez seja a maior exemplificação do exercício direto da soberania a que se reporta o reiteradamente citado artigo 7, pelos próprios titulares do poder constituinte originário.

Outrossim, o seu inciso II é responsável por regulamentar o tradicional exercício do poder constituinte derivado, mediante a determinação de que a reforma parcial da Constituição poderá iniciar-se pela proposta de, ao menos, vinte por cento do eleitorado, ou então pela Assembleia Legislativa Plurinacional, o que se dará mediante lei de reforma constitucional aprovada por dois terços do total de membros presentes na Assembleia. Como referido, esse dispositivo ainda estabelece que, em quaisquer dos procedimentos, faz-se necessária a realização de referendo constitucional de aprovação.

É o inciso I, todavia, que comporta maior interesse à investigação. O regramento por si albergado cuida do procedimento para a reforma total da Constituição, ou seja, do exercício do próprio poder constituinte originário, o que faz através de positivação que, conforme aludido, ao menos à primeira vista, destoa completamente da clássica teoria constitucionalista. Afinal, como visto, irrestrita harmonia ao princípio da onipotência que acompanha o exercício do poder constituinte para a elaboração de novo texto constitucional demandaria que não houvesse limites para sua atuação justamente em razão de ele materializar a ruptura política, circunstância em que uma ordem constitucional é substituída por outra. No entanto, de acordo como o regramento do inciso I, torna-se possível a reforma total da Constituição, seja por sua reposição, seja pela alteração de princípios que lhe são fundamentais e, portanto, suficientes não para alterar a natureza da Constituição em si, que continuará a ser a norma fundamental e ápice do ordenamento jurídico, mas da identidade do Estado em que ela se insere e regulamenta - ainda que mantida a vigência de outros artigos -, mediante a instalação de uma Assembleia Constituinte originária por si denominada “plenipotenciária”, o qual será ativada pela vontade popular a ser expressa via referendo. A convocação dessa assembleia realizar-se-á pela iniciativa de vinte por cento do eleitorado, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional ou por iniciativa da Presidenta ou Presidente<sup>248</sup> do Estado. Será a própria Assembleia que se auto-reglamentará para todas as suas atribuições, devendo aprovar o texto constitucional por dois terços do total de seus membros presentes. Por último, como ocorre em relação à reforma parcial, ressalta-se que, nessas hipóteses também far-se-á necessária a aprovação da reforma por referendo constitucional.

---

<sup>248</sup> Aqui também há distinção de gênero.

**Países que não são passíveis de inserção em nenhum dos grupos anteriores, apesar de compartilharem algumas características.**

Conforme exposto, este último grupo trata de países que não são sujeitos à inserção em nenhum dos grupos anteriores, seja porque são detentores de textos constitucionais que fogem aos parâmetros de classificação específica aqui adotados, ou porque são demasiados antigos para indicar uma inovação aos postulados da teoria do poder constituinte. São eles a Guatemala e a Nicarágua. Outros sequer foram estudados, na medida em que escapam à metodologia adotada por não compartilharem dos preceitos intrínsecos ao constitucionalismo liberal e, portanto, da linguagem comum ao método adotado, como é o caso de Cuba; ou mesmo por serem representativos de um sistema normativo diverso, como a *Common Law*, cuja colonização foi, sobretudo, de ascendência inglesa.

### **México**

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos data de 1917 e representa importante marco para o movimento constitucionalista contemporâneo, especialmente para sua segunda fase, pois foi o primeiro documento constitucional a albergar direitos sociais, antes mesmo da Constituição de Weimar, que data de 1919, usualmente a principal referência sobre a matéria, sobremaneira no que se reporta à evolução dos direitos fundamentais. Estas são referidos pela constituição mexicana sob o epíteto de direito humanos e distribuem-se em quatro capítulos ao longo de seu Título Primeiro. O Capítulo I, em específico, destinado aos direitos humanos e suas garantias, em seu artigo 2, após declarar que a nação mexicana é una e indivisível, reconhece a natureza multicultural do país, muito embora essa declaração apenas haja sido inserida em seu texto após reforma conduzida no ano de 2001. Ainda de acordo com esse dispositivo, declara-se a nação como de composição pluricultural e que se sustenta, originariamente, em seus povos indígenas, que de acordo com seus termos, são aqueles descendentes de populações que habitavam o atual território do país ao início da colonização e que conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. A importância desse dispositivo consiste em apresentar uma definição normativa para a multiculturalidade, o que não sucedeu nos textos constitucionais da América do Sul que incorporaram esse princípio, fossem os que a antecederam, como a Colômbia em 1991, o Paraguai em 1992, o Peru em 1993 e a Venezuela em 1999, ou mesmo após, a exemplo do Equador em 2008 e a Bolívia

em 2009, que como exposto, a partir da multiculturalidade, desenvolveram o princípio da plurinacionalidade. Segundo o artigo 2,

(...) la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. (...).

Entre os principais direitos decorrentes do reconhecimento da autodeterminação das comunidades indígenas, para além de salvaguardar a sua liberdade de expressão e práticas culturais, garante-se-lhes autonomia administrativa (incisos I e III), bem como a competência normativa para estabelecer e aplicar seus próprios sistemas de direito para a regulação e solução de seus conflitos internos (inciso II), desde que respeitem os princípios gerais estabelecidos pela Constituição, as garantias individuais, os direitos humanos e, de maneira relevante, a dignidade e integridade das mulheres. O inciso II, da letra A, do artigo 2, também lhes assegura o exercício de jurisdição própria, ainda que condicione essa autonomia e, por consequência, a eficácia das decisões perante terceiros, à existência de lei que estabeleça os casos e procedimentos de validação por juízes e tribunais correspondentes.

Há, porém, um elemento de transição para o que viria a ser o princípio da plurinacionalidade antes instaurado na Venezuela e, posterior e expressamente, por Equador e Bolívia. Trata-se das garantias estabelecidas pelos incisos III e VII, ainda da letra A, do artigo 2, que permitem às comunidades indígenas a ascensão de seus integrantes a cargos administrativos e eletivos gerais a que hajam sido, respectivamente, indicados ou eleitos. Contudo, especialmente se destaca a reserva de

vagas para a eleição de representantes às câmaras dos municípios em que estejam assentados, respeitada a paridade de gênero, verdadeira fórmula de moldes plurinacional, garantia de participação para o exercício do governo regional que não se reproduz para as cenas estaduais e nacional da federação.

Outrossim, em reforço ao acima discorrido, a letra C, do artigo 2, reconhece aos povos e comunidades afromexicanas, qualquer que seja sua autodeterminação, o *status* identitário na composição pluricultural da nação, de forma a assim lhes garantir direitos semelhantes aos povos indígenas.

Ainda inserido no Título Primeiro, o Capítulo II cuida da nacionalidade e da cidadania à semelhança da Constituição brasileira, pois apresenta distinção entre ambas, também relacionada ao exercício dos direitos políticos. Nesse sentido, o artigo 30 estabelece que a nacionalidade mexicana é adquirida por nascimento ou naturalização, seja por questões de territorialidade – *jus soli*-, em que são considerados mexicanos todos aqueles que nasçam no México, mesmo que de pais estrangeiros (artigo 30, A, I), ou por ascendência – *jus sanguinis* -, quando nascidos no estrangeiro, desde que, ao menos, o pai ou a mãe seja mexicana (artigo 30, A, II). Já a cidadania, por sua vez, é tratada do artigo 34 a 38, em que o primeiro, o principal, estabelece que são cidadãos da república os homens e mulheres que, detentores da nacionalidade, tenham cumprido dezoito anos de idade e, em critério subjetivo firmado em reforma constitucional ocorrida em 1969, também tenham um modo honesto de viver. Entre os direitos relacionados ao *status* de cidadão, segundo os termos do artigo 35, mencionam-se o de votar e ser votado (incisos I e II); associar-se individual e livremente para tomar parte de forma pacífica nos assuntos políticos do país (inciso III); tomar as armas nas Forças Armadas permanente ou nos corpos de reserva para a defesa da República e de suas instituições no termos prescritos pelas lei (inciso IV); exercer toda a classe de negócios e direito de petição (inciso V); poder ser nomeado para qualquer emprego ou comissão do serviço público, desde que possua as qualidades estabelecidas pela lei (inciso VI), a iniciativa de lei conforme os termos e requisitos assinalados pela própria Constituição (inciso VII); votar nas consultas populares sobre temas de transcendência nacional ou regional (inciso VIII), estas convocadas pelo Congresso da União a partir de pedido do Presidente da República (inciso VIII, a), trinta e cinco por cento dos integrantes de quaisquer das Câmaras do Congresso da União (inciso VIII, b) ou, para o caso das consultas populares sobre temas de transcendência nacional, pelo número equivalente a trinta e cinco por cento dos inscritos na lista nominal de eleitores, consoante os termos da lei. A respectiva petição, todavia, deverá ser aprovada pela maioria de cada Câmara do

Congresso de União e, quando a participação corresponder a, ao menos, quarenta e cinco por cento dos cidadãos inscritos na lista nominal dos eleitores, o resultado será vinculante para os poderes Executivo, Legislativo e demais autoridades competentes. Não poderão ser objeto de consulta popular a restrição dos direitos humanos reconhecidos pela Constituição e tratados internacionais de que o México seja signatário, nem as garantias para sua proteção, os princípios consagrados no artigo 40 - estes a serem mencionados no parágrafo seguinte -, a permanência ou continuidade no cargo dos servidores públicos eleitos, a matéria eleitoral, o sistema financeiro, orçamento da Federação, obras de infraestrutura em execução, segurança nacional e organização, funcionamento e disciplina das forças armadas permanentes. Não obstante, a Suprema Corte de Justiça da Nação resolverá, antes da convocação realizada pelo Congresso da União, sobre a constitucionalidade da matéria objeto de consulta (inciso VIII, c).

Após regulamentar a nacionalidade e a cidadania em espécie de prólogo sobre a natureza do poder que a sustenta, a Constituição aborda a soberania no seguinte Título II, entre os artigos 39 e 41. De acordo com o primeiro dispositivo, ela reside essencial e originariamente no povo, do qual emana todo o poder público, que segundo sua redação, institui-se essencialmente em seu favor. Sob esse aspecto, enquanto o artigo 40 declara o mito contratualista de que foi vontade do povo mexicano constituir-se em uma República representativa, democrática, laica e federal, o seguinte artigo 41, por sua vez, estabelece que seu exercício ocorrerá por meio dos poderes da União conforme a seara de suas competências executiva, legislativa e judicial, tradicional divisão que é continuada no Título III, cujo artigo 49, veda a reunião de duas ou mais destas função em um corpo individual ou coletivo.

Nesse contexto, enquanto o artigo 50 determina que a função legislativa será bicameral, composta por uma Câmara de Deputados de quinhentos membros, dos quais trezentos serão eleitos mediante sistema majoritário relativo e os outros duzentos a partir de um sistema proporcional em listas regionais (artigo 51), o Senado será integrado por cento e vinte e oito senadores e senadoras, dos quais dois serão eleitos em cada Estado e na Cidade do México segundo o princípio majoritário relativo e, os demais, pelo sistema da representação proporcional (artigo 56).

Nos termos do artigo 80, a função executiva é depositada no Presidente da República, que será eleito diretamente em sufrágio (artigo 81) dentre os cidadãos por nascimento que atendam os requisitos dos artigos 34, 35, 36, 37, 38 e 82 para mandato de seis anos (artigo 83).

Por fim, o poder judiciário possui como órgão de cúpula a Suprema Corte Justiça, esta composta por onze juízes para mandato de quinze anos, ao tempo que o restante dessa função da

soberania é organizada em Tribunais Regionais e Cortes de Circuito (artigo 94), em evidente influência norte-americana. Seus membros são indicados pelo Presidente da República e devem ser referendados pelo Senado (artigo 96).

Por fim, a reforma da Constituição é regulamentada por seu artigo 135, segundo o qual se faz necessário que o Congresso da União, pelo voto de dois terços de seus integrantes presentes, acorde pela reforma ou adição, as quais, em mais um exemplo da influência norte-americana, deverão ser aprovadas pela maioria das legislaturas dos Estados e da Cidade do México, ou seja, sem admitir o emprego de mecanismos de democracia direta, embora fortaleça o princípio federativo.

## **Guatemala**

A Constituição Política da República da Guatemala data de 1985. Teve origens autoritárias e passou por reformas em 1993, ainda durante o período de guerra civil, com vistas ao retorno da democracia.

De acordo com seu artigo 141, a soberania radica no povo, que delega seu exercício aos Legislativo, Executivo e Judiciário, que não são subordinados entre si. Esse comando é reforçado pelo artigo 152, segundo o qual o poder provém do povo e seu exercício está sujeito às limitações determinadas no próprio texto constitucional. Não há qualquer menção a propósito do pluralismo, em quaisquer de suas acepções.

Os direitos fundamentais são elencados no título II, a partir do artigo 56. Embora haja liberdade de culto e o Estado não possua religião oficial, o artigo 37 reconhece personalidade jurídica à Igreja Católica, assim como a propriedade dos bens que detivesse à época da respectiva vigência do texto constitucional.

No que tange à organização dos poderes, o executivo é exercido pelo Presidente da República (artigo 182), sendo que o Legislativo pelo Congresso da República, composto por deputados eleitos pelo voto secreto e universal para o mandato de quatro anos, autorizada a reeleição (artigo 157). Já o Judiciário é exercido pela Corte Suprema de Justiça e demais tribunais estabelecidos por lei, conforme assim determina o artigo 203. A Corte Suprema de Justiça é composta por treze magistrados, incluindo seu Presidente, e se organiza em Câmaras determinadas em lei (artigo 214). Os magistrados são eleitos pelo Congresso da República para um período de cinco anos, a partir de uma lista de vinte e seis candidatos propostos por uma Comissão de postulação integrada por um representante dos

reitores das universidades do país, que a preside, decanos das faculdades de Direito ou Ciências Criminais e Sociais de cada Universidade do país e por número equivalente de representantes eleitos por uma Assembleia Geral do Colégio de Advogados e Notários da Guatemala, assim como do correspondente número de representantes eleitos pelos magistrados titulares da Corte de Apelações e demais Tribunais referidos em seu artigo 217 (artigo 215).

A Guatemala ainda consta com uma Corte Constitucional, que nos termos do artigo 268, não integra nenhum dos três poderes. É composta por cinco magistrados, que passam a sete para conhecer de assuntos de inconstitucionalidade que versem sobre a Corte Suprema de Justiça, a Presidência da República ou o Congresso. O mandato será de cinco anos e são escolhidos, em número de um, pela Suprema Corte de Justiça, pelo Congresso da República, pelo Conselho de Ministros, pelo Conselho Superior Universitário da Universidade de San Carlos de Guatemala e pela Assembleia do Colégio de Advogados (artigo 269).

A reforma de seu texto é tratada no artigo 277, cuja iniciativa cabe ao Presidente da República reunido em Conselho de Ministros, dez ou mais deputados do Congresso da República, a Corte de Constitucionalidade ou ao povo, mediante petição dirigida ao Congresso da República, quando cinco mil cidadãos inscritos a subscrevam.

O art. 278 prevê a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte a ser eleita caso a reforma verse sobre os direitos fundamentais enunciados em seu Título II ou em relação a este próprio artigo, desde que dita convocação ocorra pela votação de dois terços dos membros do Congresso da República. A Assembléia Nacional Constituinte não substitui o Congresso da República e com ele funcionará simultaneamente (artigo 279).

Por fim, consoante determina o artigo 280, a reforma constitucional que não suceda via Assembléia Nacional Constituinte deve ser aprovada por dois terços do Congresso dos Deputados e se sujeita a posterior ratificação via consulta popular. Se o resultado for favorável, a reforma entrará em vigor sessenta dias depois que o Tribunal Supremo Eleitoral o declare.

## **Nicarágua**

A Constituição da República da Nicarágua foi promulgada no ano de 1987 e seu art. 2 declara que a soberania nacional reside no povo, que a exerce através de instrumentos democráticos,

seja por representantes eleitos, ou de maneira direta por meio de referendos ou plebiscitos, ou outros procedimentos estabelecidos pela própria Constituição ou leis.

Já o art. 5, após enunciar que são princípios da nação a liberdade, a justiça, o respeito à dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, social e étnico, além do reconhecimento das distintas formas de propriedade e a livre cooperação internacional e o respeito à livre autodeterminação dos povos, firma que o Estado reconhece a existência dos povos originários e afrodescendentes, que desfrutam dos direitos, deveres e garantias consignados na Constituição e, em especial, de manter e desenvolver sua identidade e cultura, ter suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais, assim como manter em seu favor formas consuetudinárias de propriedade sobre a terra, a incluir o gozo, uso e desfrute, em conformidade com a lei. Já para as comunidades da Costa Caribe, estabelece-se regime de autonomia.

Os direitos e deveres fundamentais são elencados no Título IV, entre os artigos 23 e 97, enquanto os poderes são elencados em quatro pelo art. 129. São o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Eleitoral.

Nos termos do art. 132, o Legislativo é unicameral, exercido pela Assembleia Nacional, composta por noventa deputados em sistema proporcional para mandato de cinco anos (art. 136), sendo vinte eleitos em caráter nacional e setenta nas circunscrições departamentais e regiões autônomas. Por sua vez, o Executivo, segundo o art. 144, é conduzido pelo presidente da república para mandato de cinco anos (art. 148)<sup>249</sup>.

O Judiciário, nos termos do art. 158, emana do povo e é composto por tribunais estabelecidos por lei. Seu órgão superior é a Corte Suprema de Justiça (art. 159), integrada por dezesseis magistrados com mandato de cinco anos (art. 163). Seu órgão plenário exerce a competência para o controle de constitucionalidade das leis (art. 164).

Por fim, ao poder eleitoral corresponde, em forma exclusiva, a organização, direção e vigilância das eleições, plebiscitos e referendos (art. 168), sendo composto por sete magistrados e suplentes eleitos pela Assembleia Nacional.

A reforma constitucional é tratada no art. 191, sendo faculdade da Assembleia Nacional reformar o texto parcialmente, assim como conhecer e decidir sobre a iniciativa de reforma total. A iniciativa parcial, porém, corresponde ao Presidente da República ou a um terço dos deputados da

---

<sup>249</sup> Recentemente foram aprovadas reeleições indefinidas no país, que caminha rumo a autocracia.

Assembléia Nacional. Já a iniciativa para a reforma total, a seu turno, é atribuída, tão somente, à metade mais um dos deputados da Assembléia.

O procedimento é especialmente regido pelo art. 192, segundo o qual, na reforma parcial, a iniciativa deverá ser acompanhada da indicação dos artigos que formam seu objeto, devendo, dentre outras formalidades, ser discutida em duas legislaturas. A total, por sua vez, é tratada no art. 193, que replica os trâmites do dispositivo anterior. Entretanto, a aprovação do pleito implicará a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, que substituirá a Assembléia Nacional após a eleição de seus representantes. O quórum para aprovação da reforma parcial corresponde ao voto favorável de sessenta por cento dos deputados, enquanto no total, faz-se necessário dois terços dos deputados (art. 194).

## **Capítulo VII – Conclusão da 2.<sup>a</sup> parte.**

Do que se percebe, a busca de uma narrativa para legitimar o exercício da autoridade nos países da América Latina desdobrou-se em uma narrativa identitária, através da qual, em meio a uma onda de ascensão de textos constitucionais iniciada na década de oitenta, do século passado, com a transição de regimes autoritários para a democracia, houve a perceptível gradual evolução do tradicional princípio do pluralismo político para os primados da multiculturalidade e, por fim, plurinacionalidade.

Sob esse contexto, um dos clássicos enfoques constitucionalistas, segundo o qual, presume-se a total autonomia e liberdade para atuação pelo poder constituinte originário, que ao menos em tese, considerava-se capaz de agir sem submissão a prévios limites normativos formalmente instituídos, em verdade, aparenta haver sido relativizado pelos países que adotam a aceção plurinacional, cujas Constituições estabeleceram uma espécie de fórmula de transição apta a proteger a natureza multicultural de seus respectivos contingentes populacionais em relação aos eventuais traumas que momentos de ruptura política abrupta tendem a provocar, aliás, crises que se fizeram constantes ao longo de suas histórias enquanto entes políticos soberanos.

Com efeito, os textos constitucionais desses países parecem salvaguardar a identidade plural da fórmula de soberania que atualmente reconhecem, de forma a evitar que uma futura nova manifestação do poder constituinte originário desconsidere esse papel de fonte conjunta de sua autoridade que foi reconhecido às diversas nações formadoras da nacionalidade, que não poderá deixar de preservar os correntes valores democráticos e representativos reconhecidos como fundamentais e intrínsecos à plurinacionalidade desde a abertura política. Não é por outra razão, aliás, que o direito de resistência se faz presente em vários desses textos constitucionais, explicita ou implicitamente, como é o caso do reconhecimento pelas constituições do Chile, (art. 6.º), Paraguai (art. 138), Peru (art. 46), Venezuela (art. 333), Uruguai (art. 330), Equador (art. 98), dentre outras, que chegam a declarar nulas quaisquer disposições que façam regredir tais valores atualmente consagrados em cada um de seus textos, embora em diferentes graus.

Com efeito, do que se percebe até o presente momento, é que a adoção da plurinacionalidade implica reflexos para o exercício do poder constituinte pelos titulares da soberania declarados na Constituição - em regra o povo -, em especial para a formação do Governo, inclusive sua efetiva integração nele. Isso ocorre, sobretudo, através da construção de um elo não apenas

concernente ao estabelecimento de regras de democracia direta, a exemplo do referendo, mas também indicativo da obrigatoriedade da representação de todas as etnias que compõem o povo em cada um desses Estados nas diversas esferas dos poderes constituídos, sobremaneira nos órgãos de soberania, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Essa complexa interligação, para mais, igualmente aparenta demonstrar que o poder constituinte seria continuamente exercido por seus titulares ao longo do tempo, a revelar que, não obstante os elementos formadores do Estado, - povo, território e soberania -, sejam aparentemente rígidos, a natureza de ao menos um deles, o povo, não, pois seria capaz de sofrer transmutações ao longo do tempo. Daí porque a plurinacionalidade nesses países revela um aspecto instrumental, qual seja, uma fórmula de equilíbrio político que permite às diversas culturas nacionais sejam efetivamente representadas no Governo, a com isso legitimá-lo, inclusive com vistas ao futuro, na hipotética emergência de novas identidades. Estar-se-ia, portanto, frente ao reconhecimento explícito da mutação do próprio poder constituinte, em seus elementos basilares?

### **3.<sup>a</sup> Parte – Possíveis contribuições.**

#### **Capítulo VIII – O papel instrumental dos mecanismos de democracia direta para o contributo da América Latina para a Teoria do Poder Constituinte.**

Percebe-se, a este momento, que a onda reformista incidente sobre os diversos Estados do continente latino-americano nas últimas décadas expõe a busca política de seus nacionais por fórmulas mais inclusivas de participação nos respectivos sistemas de governança. A expansão de mecanismos de democracia direta, como o plebiscito e o referendo, sob esse aspecto, para além de ser um dos caminhos naturalmente possíveis para propiciar a inclusão, reflete o intento dessas sociedades em adotar uma concepção material de Constituição, à semelhança dos termos descritos por Bonavides, que ao discorrer sobre seu aspecto teórico, afirma cuidar-se de

(...) uma teoria material da Constituição. Uma teoria cuja materialidade tem os seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância. (BONAVIDES, 2008, p. 25).

Essas tratativas em busca de maior inclusão, todavia, socorrem-se em uma técnica antiga, pois como rememora Filipe a propósito, “a palavra referendo tem origem na expressão latina *ad referendum* usada nos assuntos diplomáticos para designar um acordo concluído por um representante, sob reserva de ratificação” (FILIPE, 2016, p. 19). Sob esse prisma, continua,

Nas suas origens, o referendo surge acima de tudo como um ato de controlo: um instrumento através do qual o povo, enquanto representado, poderia ratificar os atos da assembleia enquanto representante. Neste sentido, o referendo surge relacionado com a instituição do mandato imperativo e o seu desenvolvimento encontra-se ligado ao exercício da democracia direta. (FILIPE, 2016, p. 19).

Embora a soberania ainda não fosse reconhecida como titularizada pelo povo, tal como exposto no Capítulo II, ao se discorrer sobre os fundamentos do poder de autoridade do Estado, circunstância que pode trazer alguns questionamentos a propósito do real alcance da afirmativa utilizada pelo autor quanto ao estabelecimento da identidade de representados e representantes, não se contesta que as primeiras referências ao que hoje se identifica como um modelo de democracia direta remontam às cidades-Estados da Grécia clássica, cujos cidadãos, como igualmente visto no Capítulo II, através da *ekklesia*, reuniam-se em assembleia para decidir sobre as principais questões relacionadas à vida nessa ambiência erguida pelo ser humano. Mas não apenas, pois como Filipe volta a ressaltar, na Roma antiga também havia semelhante mecanismo de exercício direto de poder pelo povo. Segundo expõe, tratava-se do plebiscito - ou *plebiscitum*, “(...) uma das espécies das *leges rogatae* (leis votadas em assembleias populares), submetido pelos tribunos da plebe a deliberação dos *concilia plebis* e que, a partir de 287 A.C. (*Lex Hortensia de plebisciti*) passou a vincular quer plebeus quer patrícios” (FILIPE, 2016, p. 20). Não por outra razão, aliás, viria a afirmar que “(...) os referendos, como meios para tomar decisões governativas ou para conferir legitimidade a essas decisões, têm uma história que é quase tão antiga como a democracia” (FILIPE, 2016, p. 57), circunstância que é suficiente, por si só, para afastar qualquer intenção de se atribuir aos ordenamentos latino-americanos alguma originalidade quanto à adoção desses mecanismo de deliberação legislativa.

Decerto, como o próprio continuaria a expor em reforço a seus argumentos, “na Idade Média, tiveram lugar algumas experiências de democracia direta nos cantões Suíços, onde os homens livres se reuniam em *Landsgemeinde* para debater e deliberar sobre os principais problemas das respectivas comunidades” (FILIPE, 2016, p. 20); ou, como também prossegue, a exemplo da “(...) França do Século XV que legitimou a anexação de Metz por votação efetuada em 1552” (FILIPE, 2016, p. 21). No que condiz a uma concepção constitucional moderna, entretanto, Filipe ressalta que

Os primeiros exemplos de referendos modernos foram as votações populares através das quais, após 1778, alguns Estados Norte-americanos adotaram ou alteraram as suas Constituições; e foram também as iniciativas dos *girondinos* e subsequentemente de Napoleão Bonaparte para legitimar sucessivas anexações e revisões constitucionais” (FILIPE, 2016, p. 21).

Com efeito, os Estados Unidos, no crepúsculo da Idade Moderna, foram o primeiro Estado de características contemporâneas a se valer do instituto do referendo constitucional em sua circunscrição territorial, embora o instituto, em si, não restasse albergado no texto de sua Constituição<sup>250</sup>. Essa espécie de consulta, que precipuamente foi utilizada pelo Estado de Massachusetts com fins de atribuir vigência a sua própria Constituição<sup>251</sup>, logo seria fórmula reproduzida por diversos outros Estados da União a partir do século XVIII<sup>252</sup>. A sua não inserção em âmbito nacional através do texto constitucional de 1787, contudo, não foi algo sem ponderação. Isso porque, nos anos anteriores, desenvolveram-se diversas discussões a propósito de como o então novel Governo deveria ser exercido, se diretamente pelos titulares da soberania – o povo –, ou através de representantes eleitos. Os debates sobre o tema, aliás, são claramente percebidos em obras clássicas da época, como o *Federalista*, cujo artigo 10, de autoria de Madison, dentre outros argumentos, alertava que experiências de democracia direta vivenciadas na antiguidade clássica – ilustração também adotada por Hamilton em passagem anterior<sup>253</sup> – poderiam fomentar instabilidade política, especialmente no que tange à submissão das minorias a um interesse majoritário, quase sempre excludente<sup>254</sup>. Já a defesa do governo representativo, por sua vez, era igualmente apresentada com semelhante diversidade de argumentos, dentre eles, servir como uma espécie de filtro a eventuais paixões, de modo a evitar que a vontade geral restasse mais vulnerável a ser conduzida pelos ímpetus imediatistas aflorados em um momento de comoção, a assim suceder em detrimento da racionalidade, mazela mais comum de acontecer em

---

<sup>250</sup> Como ressalta Filipe, "(...) a Constituição dos Estados Unidos da América não inclui qualquer forma de democracia direta ou semidirecta. O Governo representativo foi consagrado como um princípio absoluto da União, considerado indispensável para a sua própria sobrevivência e coesão, ao estabelecer o equilíbrio de poderes necessários para impedir a supremacia de qualquer facções e para defender os direitos das minorias". (FILIPE, 2016, . 22).

<sup>251</sup> Alguns autores consideram que em 1778 a comunidade de Massachusetts foi a primeira na História a usar o referendo constitucional. Em 1777 o corpo legislativo elaborou uma Constituição que foi enviada a todas as comunidades locais e que entraria em vigor se fosse aprovada por dois terços dos votantes. Esse projeto foi rejeitado e só em 1780 foi aceite uma nova proposta. Em 1779, a Constituição de New Hampshire foi também rejeitada, tendo sido aprovada somente em 1783. (FILIPE, 2016, p. 21).

<sup>252</sup> (...) outros referendos constitucionais tiveram lugar nos Estados Unidos: Rhode Island em 1788, Maine em 1816, Mississipi em 1817, Connecticut em 1818 e Alabama em 1819. Para além disso, os referendos foram usados para a aprovação de revisões constitucionais na maioria dos Estados desde a sua integração na União. Presentemente, 49 dos 50 Estados podem realizar referendos, sendo Delaware a única exceção. O referendo constitucional foi o primeiro instrumento de democracia semidirecta estabelecido nos Estados Unidos e foi o único até ao final do Século XIX, quando outros referendos (legalmente previstos ou por iniciativa de cidadãos) foram introduzidos principalmente nos Estados do Oeste, até se tornarem formas frequentes de tomada de decisões políticas e legislativas. (FILIPE, 2016, p. 21/22).

<sup>253</sup> No artigo 9, de O *Federalista*, sob a ótica da pouca estabilidade de uma nação fragmentada em diversas unidades de poder como sucedeu na antiguidade clássica, Hamilton defendia a União das 13 colónias ao mencionar que "a firm Union will be of the utmost moment to the peace and liberty of the United States as a barrier against domestic faction and insurrection. It is impossible to read the history of the petty republics of Greece and Italy without feeling sensations of horror and disgust at the distractions with which they were continually agitated, and at the rapid succession of revolutions by which they were kept in a state of perpetual vibration between the extremes of tyranny and anarchy. If they exhibit occasional calms, these only serve as short-lived contrasts to the furious storms that are to succeed". (HAMILTON, MADISON, e JAY, 2003, p. 66).

<sup>254</sup> Madison, com recurso a exemplos históricos,

From this view of the subject it may be concluded that a pure democracy, by which I mean a society consisting of a small number of citizens, who assemble and administer the government in person, can admit of no cure for the mischiefs of faction. A common passion or interest will, in almost every case, be felt by a majority of the whole; a communication and concert results from the form of government itself; and there is nothing to check the inducements to sacrifice the weaker party or an obnoxious individual. Hence it is that such democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property; and have in general been as short in their life as they have been violent in their deaths. Theoretic politicians, who have patronized this species of government, have erroneously supposed that by reducing mankind to a perfect equality in their political rights, they would at the same time be perfectly equalized and assimilated in their possessions, their opinions, and their passions. (HAMILTON, MADISON, e JAY, 2003, p. 76).

ambientes com práticas de democracia direta<sup>255</sup>. “O Federalista”, em verdade, revelou-se uma obra fundamental para ajudar a disseminar as discussões políticas traçadas por autores como Montesquieu e Rousseau<sup>256</sup> no cenário ainda experimental da Revolução Americana, cujos argumentos, até aquele momento, eram restritos ao campo teórico.

Ocorre que, como referido no Capítulo IV sobre o assunto, não apenas era inevitável, mas também óbvio, que a matriz europeia das concepções constitucionalistas sobre o exercício da autoridade também encontrasse ressonância no campo político do próprio continente em que foi concebida. Com efeito, já nos primórdios da Revolução Francesa, o exercício da autoridade pelos então indicados novéis titulares da soberania foi abordado pelo art. 6.º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mediante a exposição de que a lei é a expressão da vontade geral e que todos os cidadãos têm o direito de concorrer para a sua formação, fosse pessoalmente ou através de mandatários<sup>257</sup>. Pouco após, Seyès e Condorcet estenderam esse embate teórico à Convenção Nacional. Enquanto Seyès, como também se discorreu no Capítulo IV, era adepto dos ensinamentos de Montesquieu quanto à representatividade para o exercício do poder, Condorcet patrocinou a primeira tentativa robusta de elevar preceitos éticos de democracia direta de inspiração rousseauiana ao patamar normativo constitucional, o que fez mediante a apresentação de uma proposta de Constituição à Convenção Nacional. Não se tratava, porém, de uma concepção purista, sobretudo porque a tradição vivenciada na França e que certamente lhe servira de paradigma mais próximo correspondia a uma experiência incipiente de representatividade, pois ainda restrita à composição da Assembléia dos Estados Gerais - *États Généraux* – e, ademais, fortemente condicionada pelos ditames do regime monárquico absolutista. Não sem propósito, na exposição de motivos de seu projeto, mormente por sua própria experiência convencional e sem desconsiderar que a dimensão territorial da França impossibilitava a adoção de um modelo puro de exercício direto da autoridade segundo as concepções clássicas, é possível perceber que Condorcet não rejeitava por completo o recurso a algum grau de representação, mesmo que restrita ao aspecto redacional, pois, segundo expôs, “o povo delegou

---

<sup>255</sup> como igualmente assentado por Madison ainda no artigo n.º 10 de o Federalista, sob o argumento de que,

The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. (HAMILTON, MADISON, e JAY, 2003, p. 76).

<sup>256</sup> Rousseau, no Capítulo XII, do Livro III, de “O Contrato Social”, expressa que “não tendo outra força além do poder legislativo, o soberano só age por meio das leis; e, não sendo estas mais que atos autênticos da vontade geral, o soberano só pode agir quando o povo se encontra reunido. O povo reunido – dir-se-á, que quimera! É uma quimera hoje, mas não o era há dois mil anos. Será que os homens mudaram de natureza?” (ROUSSEAU, 2001, p. 108).

<sup>257</sup> Segundo o art. 6.º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

verdadeiramente apenas a função de redigir a Constituição, função que ele não pode exercer; e a recusa, assim como a aceitação, exprime em seguida a sua verdadeira resolução” (CONDORCET, 2013, p. 72). Com efeito, a representatividade se faz presente no n.º 2.º, do inciso II, do artigo primeiro, integrante da Seção II, de seu projeto de Constituição<sup>258</sup>, ao estabelecer como assunto de interesse da república, dentre outros, ser função das assembleias primárias o aceite ou recusa de um projeto de Constituição ou qualquer alteração na Constituição aceita<sup>259</sup>. Ainda assim, sua proposta foi evidentemente mais próxima dos princípios intrínsecos à democracia direta e seus mecanismos, a exemplo do referendo e plebiscito, além da iniciativa popular. Mas não somente. Consoante destaca Filipe, o discurso de Condorcet

(...) baseava-se na convicção da superioridade da democracia direta e no desejo de a pôr em prática numa grande nação. No ensaio “*Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*” escrito em 1789, propunha ir mais longe que o referendo constitucional. Conferia ao povo o poder de iniciar um vaivém constitucional entre si e a Assembleia Constituinte e fazia referência a um desejável alargamento do referendo a matérias legislativas. (FILIPE, 2016, p. 26).

No entanto, a despeito de suas propostas inicialmente haverem sido acolhidas no projeto constitucional apresentado à Convenção em 15 e 16 de fevereiro de 1793, elas logo seriam rejeitadas<sup>260</sup>. Entrementes, ainda naquele mesmo ano, a segunda Constituição francesa, responsável por abolir a monarquia, viria a prever a iniciativa popular para fins de reforma do texto constitucional

---

<sup>258</sup> Decerto, como expôs em defesa da representatividade, “dar a um território de 27 mil léguas quadradas, habitado por 25 milhões de indivíduos, uma Constituição que, fundada unicamente sobre os princípios da razão e da justiça, assegure aos cidadãos o gozo mais completo de seus direitos; combinar as partes dessa Constituição de maneira que a necessidade de obediência às leis, de submissão das vontades individuais à vontade geral, deixe subsistir em toda a sua extensão a soberania do povo, a igualdade entre os cidadãos e o exercício da liberdade natural, tal é o problema que tínhamos para resolver” (CONDORCET, 2013, p. 61).

<sup>259</sup> Assim estipulava o projeto de Condorcet:

Seção II

Funções das Assembleias Primárias.

Artigo primeiro.

Os cidadãos franceses reunir-se-ão em Assembleias Primárias para proceder às eleições determinadas pela Constituição.

II. Os cidadãos franceses reunir-se-ão também em Assembleia Primárias para deliberar sobre os assuntos que concernem ao interesse geral da República, como:

1º) quando se trata de aceitar ou recusar um projeto de Constituição ou uma alteração qualquer na Constituição aceita;

(...).

<sup>260</sup> Como ressalta Filipe, com referência a Anne-Cécile Mercier, “Condorcet teve a coragem de não se render sem condições perante o sistema representativo. O objeto do direito de iniciativa popular, cuja consagração propôs, seria adaptar a democracia direta aos constrangimentos geográficos dos Estados de grande dimensão. O projeto foi recebido com indiferença e deu lugar ao confronto entre *girondins* e *montagnards*. A vitória destes últimos condenou a proposta à derrota”. (FILIPE, 2016, p. 25).

em seu art. 115º, mesmo que esse instrumento devesse ser utilizado no corpo das assembleias primárias dos departamentos, que nos termos do art. 11º, deveriam ser compostas pelos cidadãos domiciliados por seis meses em cada Cantão. Convém, contudo, rememorar a advertência de Filipe, ao recordar que, antes mesmo da formalização desse mecanismo de exercício da democracia direta no texto da Constituição francesa de 1795, “(...) tanto a Constituição Francesa de 1793 (Ano I), como a de 1795 (Ano III) e a de 1799 (Ano VIII), foram ratificadas mediante plebiscitos. O primeiro para aprovar a Constituição *Montagnard*’ (FILIPE, 2016, p. 28). No rastro dessa incipiente tradição revolucionária, o recurso a referendos populares em França teve uma segunda fase no início do Século XIX, com Napoleão Bonaparte, desta feita com o objetivo de ratificar as alterações constitucionais que lhe permitiram tornar-se, respectivamente, cônsul (fevereiro de 1800), cônsul vitalício (maio de 1802) e, por fim, imperador (maio de 1804). A restauração do império, no que passou à história como o governo dos 100 dias, também foi ratificada por referendo em Maio de 1815.

Importa atentar, contudo, que apesar de Condorcet divergir da concepção de Seyès quanto ao mecanismo mais adequado para o exercício da soberania, não se contrapunha ao ideal de poder constituinte concebido pelo abade, tampouco acerca do primado condutor de todo o processo revolucionário, em que a titularidade da soberania pela nação implicava o imperativo de que fossem instituídas regras que garantissem critérios de legitimidade para o exercício do poder. De fato, tanto Condorcet quanto Seyès empregaram esforços para estabelecer o que julgavam ser o melhor procedimento para a materialização de uma forma de governo democrático<sup>261</sup>, pois, consoante salienta Pinto,

---

<sup>261</sup> A propósito dos referendos, discorre Canotilho:  
(...)

Assim, em vez de se perguntar se o referendo pode aperfeiçoar a democracia, talvez fosse mais pertinente recortar os tipos de referendo eventualmente complementadores das potencialidades do sistema democrático. Não é a mesma coisa institucionalizar-se o referendo consultivo. Não é a mesma coisa consagrar um *quorum* elevado para reconhecer força vinculativa à decisão referendária ou considerar qualquer maioria, independentemente de *quorum* mínimo. Não é a mesma coisa limitar a iniciativa do referendo a órgãos políticos institucionalizados ou abrir o impulso referendário à iniciativa popular. O referendo, ou melhor, os vários tipos de referendo podem desempenhar várias funções no sistema político, consoante a sua regulação normativa, o tipo de estado (unitário, federal), os sistemas eleitorais, os sistemas de partidos e a cultura política.

O estudo de vários tipos de referendo tem permitido, apesar de tudo, detectar algumas dimensões políticas fundamentais. Assim, a dinamização de um referendo *ad hoc* permite aprofundar a legitimação das decisões e captar melhor a opinião pública, embora se acentuem também os perigos da manipulação pelo governo e da desresponsabilização dos representantes parlamentares. Já o referendo dinamizado por *iniciativa popular* procura retomar algumas dimensões da ideia de autogoverno popular e vincar a consciência de uma via anti-elitista na definição da agenda política. Não se furta, nalguns casos, à crítica de que, em vez de um aprofundamento de um autogoverno, temos, muitas vezes, o domínio de governo de interesses bem organizados. Por sua vez, o referendo vinculativo cumpre a importantíssima função de operar como veto a decisões parlamentares ou de prevenir deliberações contra a opinião da maioria da população. Nem sempre, porém, o “check” à decisão parlamentar significa progresso; pode pretender-se, pura e simplesmente, a manutenção do *status quo*. Em termos semelhantes, os referendos abrogativos servem para travar decisões parlamentares e assegurar a protecção de interesses de minorias, mas podem favorecer o *status quo*, além de poderem introduzir perturbações na coerência de políticas públicas. (CANOTILHO, 2012, p. 302/304).

A existência de um procedimento constituinte democrático é condição inquestionavelmente necessária da legitimidade constitucional. De resto, o próprio conceito de *pouvoir constituant*, tal como foi teorizado por Sieyès, reclamava a participação popular na elaboração da lei fundamental, já que a sua emergência se fez no horizonte da modernidade, quando definham as legitimações transcendentes do domínio político e, em consequência, se transferia o *locus* efectivo da soberania para o povo (*nação*). (PINTO, 1994, p. 11/12).

Contudo, já ressaltava o próprio Rousseau em seu “O Contrato Social”, mesmo a vontade geral pode errar, pois muito embora se considere que ela, “(...) a vontade geral é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública; mas daí não se segue que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retidão” (ROUSSEAU, 2001, p. 37). Com efeito, a trazer à baila questões de procedimento e garantia do direito de persuasão dos diversos indivíduos integrantes do corpo social para a formação da vontade geral, aduzia que

(...) Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças haveria de resultar sempre a vontade geral, e a deliberação seria sempre boa. Mas, quando se estabelecem facções, associações parciais e expensas da grande, a vontade de cada uma dessas associações se faz geral em relação aos seus membros, e particular em relação ao Estado; pode-se, então, dizer que já não há tantos votantes quanto são os homens, mas apenas tantas quantas são as associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e dão um resultado menos geral. E, por fim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as demais, já não se tem por resultado uma soma de pequenas diferenças, senão uma diferença única; então, já não há vontade geral, e a opinião vencedora não passa de uma opinião particular. (ROUSSEAU, 2001, p. 37).

O risco de a expressão da vontade geral não refletir com retidão o desejo íntimo que a fundamenta é problema que persiste nos tempos atuais. Schmitt, ilustra-se, ao tratar de falhas procedimentais dos *quóruns* de votação estabelecidos pela Constituição de Weimar em matérias legislativas de revisão constitucional, expunha que,

Si se parte de que, según la idea fundamental del sistema representativo, el pueblo se representa en el Parlamento completa e íntegramente, y de que la Constitución, además, busca organizar a través del sistema electoral proporcional una congruencia aritmética lo más exacta posible de la mayoría popular y la mayoría parlamentaria, entonces, se tiene que plantear porqué es necesaria la mayoría de dos tercios para aprobación de la reforma constitucional en Parlamento, mientras que tratándose de la decisión popular para la reforma constitucional basta la mayoría simple por iniciativa popular (SCHMITT, 2006, p. 64).

Esse problema seria mais aparente em momentos constituintes, quando houvesse concorrência entre o poder de reforma constitucional e o poder legislativo ainda atuante da ordem a ser sobreposta, não obstante a confusão entre as funções igualmente não servisse de anteparo suficiente contra máculas, a exemplo do que sucedeu na Venezuela, cuja constituinte foi instaurada pela Presidência da República com o ensejo de destituir o Parlamento de oposição que havia sido eleito. Com semelhança, a desproporcional prevalência prática da convocação de mecanismos de democracia direta para fins de reforma constitucional pela função executiva dos poderes constituídos na América Latina, em cujos objetos de deliberação, em igual discrepância, correspondiam a temáticas de interesse do próprio executivo, a exemplo da duração do mandato de presidencial e da possibilidade de reeleições sucessivas, questões que recentemente também levaram a Bolívia a recentemente sofrer uma crise político-constitucional<sup>262</sup>. Como ressalta Schmitt,

---

<sup>262</sup> Refere-se, aqui, à última tentativa de reeleição do Presidente Evo Morales, que após ser vencido em consulta popular para alterar a Constituição em 2016 e, com isso, conseguir novamente candidatar-se ao cargo para as eleições de 2019, recorreu ao Tribunal Constitucional sob a alegação de seu direito individual ao exercício da capacidade eleitoral passiva houvera sido violado com essa restrição. Deste modo, pela valia desse recurso judicial, conseguiu candidatar-se e ser eleito em sufrágio controverso, que logo se transformaria em uma crise de legitimidade política que o levaria à renúncia.

La duplicidad de ambos tipos de legislación y legislador es, sobre todo, una duplicidad de dos sistemas de fundamentación jurídica distintos que son el del sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario y el de legitimidad de la democracia plebiscitaria; la posible carrera entre ambos no es sólo una competición de instancias, sino una lucha entre dos tipos de Derecho. En esta lucha, como en toda carrera semejante, el dueño del poder en esse momento, que es también la mayoría parlamentaria de ese momento, tiene una gran ventaja. (SCHMITT, 2006, p. 66).

Não ao acaso, ao tratar da legitimidade em outra obra, Schmitt exporia que, “si una Constitución prevé la posibilidad de revisión constitucional, no quiere proporcionar con ello un método legal de supresión de su propia legalidad, ni muchos menos un medio legítimo de destrucción de su legitimidad” (SCHMITT, 2006, p. 57/58). Abordava, com isso, a aparente insuficiência do respeito ao aspecto formal de um procedimento de reforma constitucional para se garantir a natureza representativa que a expressão da vontade geral refletida pela Constituição deveria possuir, em circunstância que apenas reforça o caráter mítico sobre o qual se fundamenta seu poder de autoridade, tal qual abordado nos Capítulos II e III, que enquanto abstração, sempre continuará dependente do exercício de condutas para que seus designios sejam materializados – um processo de luta -, sob pena de sucumbir ao paradoxo da refutação de sua própria existência. Segundo expôs, com evidente referência à atuação das fontes reais de poder, mesmo sob o manto da legalidade, “(...) no es democrático que noventa hombres corrompidos dominen sobre diez hombres honestos (...)” (SCHMITT, 2015, p. 326). Indicou, inclusive, um ponto de convergência autoritário pouco aparente entre regimes autocráticos e democráticos, pois, segundo veio a expressar, apesar de “el absolutismo monárquico es simple poder y mando, arbitrio y despotismo; la democracia directa es el dominio de una masa impulsada por pasiones e intereses; es, como dice el liberal Burke y cita con vivo aplauso el liberal Bluntschli, “la cosa más desvergonzada del mundo” (SCHMITT, 2015, p. 401). Não por outra razão, Filipe aduziu com proximidade, “(...) enquanto algumas sociedades democráticas nunca recorreram a tal macanismo, alguns regimes autoritários abusaram grotescamente dele” (FILIPE, 2016, p. 57). Canotilho desenvolveu essa questão à luz do dilema contemporâneo de efetividade que assola o aspecto programático das Constituições, em crítica a sua própria teoria da Constituição dirigente e, de certo modo, em certa ratificação à clássica concepção de Ihering – futuramente

perceptível em Sen - a propósito da constância do elemento humano para o processo de formação e manutenção do Direito. Para si,

(...) condenam-se alguns dos problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Elas são, muitas vezes, expressão mais de uma “ética de responsabilidade prática”, e, por isso, a consequência será a da grandiloquência nas palavras e a da fraqueza dos actos. Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromisso emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimônia normativa quanto a posituação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição. Diferentemente do que acontece hoje com as propostas de certos quadrantes políticos em Portugal, o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida. (CANOTILHO, 1994, p. 14).

Desde o século XVIII, entretentes, em suas mais profundas raízes, o debate constitucionalista continua a ser conduzido desde o século XVIII à luz dessas duas perspectivas teóricas e políticas fundacionais, em que uma delas foi estabelecida por Montesquieu e Seyès quanto ao exercício do poder constituinte pela via da representação, enquanto a outra, a seu turno, por Rousseau e Condorcet, partidários de um modelo mais puro, em que os próprios titulares da soberania deveriam exercer sua autoridade diretamente.

Sob esse contexto, com certa harmonia a essa tradição de debates a propósito da legitimidade, Canotilho, ao discorrer sobre o momento pré-constituinte, identifica a ocorrência de, ao menos, duas formas gerais para a ascensão normativa de um texto constitucional, igualmente relacionadas aos modelos representativo e direto para o exercício do poder constituinte. Mas não

apenas, pois no que se reporta ao sistema representativo, o autor estabelece subclassificação nas seguintes três espécies:

- a) a Assembleia Constituinte soberana;
- b) a Assembleia Constituinte não soberana;
- c) a Assembleia Constituinte e Convenção do Povo.

A primeira delas condiz com a formação de uma assembléia especialmente constituída para esse fim, em que, tal como expõe,

(...) a técnica de elaboração de uma lei constitucional através de uma assembleia especial – a *assembléia 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*. (CANOTILHO, 2003, p. 78/79).

Já outro se reporta ao que identifica como método de uma assembleia constituinte não soberana, cujo epíteto, segundo o autor, justifica-se em razão de, ao contrário da sistemática anterior, os trabalhos da assembléia dependerem da ratificação pelos titulares do poder constituinte<sup>263</sup>. Por fim, indica método específico instituído nos Estados Unidos, que a despeito de se assemelhar com a sistemática anterior quanto à necessidade de ratificação dos trabalhos da assembleia constituinte pela população, não ocorreria através de uma ratificação nacional via consulta popular em referendo, mas

---

<sup>263</sup> Conforme expõe Canotilho sobre o assunto, (...)

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 constituinte, pois identifica o povo como 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, e daí a ideia de fazer intervir o povo soberano na aprovação ratificatória (ou não) do projecto elaborado pela assembleia constituinte (tese poder do povo de ratificar a constituição, tese da sanção constituinte popular). Neste sentido diz-se que o texto aprovado por uma assembléia constituinte e uma proposta de constituição enquanto que o voto do povo é uma sanção constituinte. No fundo, existem aqui “dois povos”: o povo (Povo I) que elegeu os seus representantes confiando-lhes a elaboração de um texto constitucional e o povo (Povo II) que sanciona a proposta podendo “vetar” o texto que lhe é submetido a ratificação. A experiência constitucional comparada demonstra que não se trata de mera hipótese teórica, pois no referendo francês, de 5 de Maio de 1946, o “povo ratificador” votou contra o projecto de constituição elaborado pelo “representantes do povo” em Assembleia Constituinte. (CANOTILHO, 2003, p. 79).

mediante convenções do povo, a serem organizadas em circunscrições territoriais. Como ressalta, em referência à Constituição americana de 1787,

Os delegados constituintes elaboraram na Convenção da Filadélfia um projecto de constituição que depois foi submetido ao consentimento do povo exercido em *conventions* expressamente reunidas para este efeito nos vários estados da união americana. “Nós o povo” americano comporta aqui também o *Povo I*, o povo reunido em convenção constituinte, e o *Povo II* representado em *constitutional conventions*, especificamente convocadas para o efeito. As *constitutional conventions* configuravam-se, assim, como substituição perfeita *for the people themselves*. (CANOTILHO, 2003, p. 80).

Contudo, no que condiz ao sistema direto de ascensão normativa de um texto constitucional, importa ressaltar que a classificação elaborada por Canotilho, à semelhança do que foi delineado séculos atrás por Condorcet, em verdade não difere substancialmente das características atribuídas aos modelos representativos. Isso porque, através de leitura mais atenta de suas colocações, percebe-se que a aprovação direta de um texto constitucional diretamente pela população quase sempre dependerá do trabalho prévio de um grupo mais restrito de indivíduos, que por obviedade, embora singularmente não sejam investidos da titularidade da soberania, exercem a função de apresentar um esboço de Constituição para fins de eventual ratificação, ou seja, trabalham sob a perspectiva – ou presunção - de espelhar a vontade do corpo soberano. Percebe-se, deste modo, que apesar desse *status* de exercício direto nos termos delineados por Canotilho, ainda assim os titulares da soberania não conseguiriam expressar sua própria vontade com efeitos redacionais, mas, quando muito, decidir se aceitariam submeter-se ao trabalho de terceiros, numa quase espécie de contrato público de adesão. Segundo expõe,

Denomina-se procedimento constituinte directo a aprovação pelo povo de um projecto de constituição sem mediação de quaisquer representantes. Este procedimento constituinte comporta também modalidades diversas. Nuns casos é submetido à “sanção popular” numa proposta de constituição (ou de revisão da constituição) elaborada por determinados órgãos políticos

(exemplo: assembleia legislativa, governo) ou por um número determinado de cidadãos (iniciativa popular). Fala-se aqui do referendo constituinte no sentido de aprovação de uma constituição mediante livre decisão popular exercida através de um procedimento referendário justo. Esta última precisão – procedimento referendário justo – serve para distinguir o referendo constituinte do chamado *plebiscito constituinte*. Embora a distinção entre plebiscito e referendo não seja clara e tenha havido mesmo, num período inicial, a utilização indiscriminada dos dois termos, o plebiscito passou a designar a votação popular de um projecto de constituição unilateralmente fabricado pelos titulares do poder e dirigido a alterar em termos de duvidosa legalidade a ordem constitucional vigente (plebiscitos napoleônicos). (CANOTILHO, 2003, p. 80).

Exceção talvez pudesse ser estabelecida mediante projetos de iniciativa popular, que após o regulamentar trânsito legislativo, poderiam ser ratificados pelas vias do plebiscito e do referendo.

O que é inconteste, no entanto, é que o recurso a métodos de democracia direta, inclusive no que toca ao estabelecimento de um procedimento pré-constituinte para a elaboração da própria Constituição, como sucedeu nos Estados Unidos e na França em relação a alguns dos textos constitucionais que adotariam ainda durante os respectivos períodos revolucionários, impossibilitam afirmar que a América Latina foi original na adoção desse modelo, muito menos quanto a sua extensão. Contudo, a diversidade de fórmulas concebidas para o exercício da soberania popular, passasse por práticas democráticas diretas a indiretas, também revela que a ausência de unicidade de procedimentos não implica afastamento dos princípios constitucionalistas, desde que, por evidência, seus elementos fundamentais permaneçam respeitados<sup>264</sup>.

Em verdade, a multiplicidade de sistemas de exercício democrático do poder, para além de revelar que as práticas democráticas condizem com a política legislativa adotada por cada ente soberano, bem como o subjetivismo com que esse dogma é percebido pelos indivíduos em cada

---

<sup>264</sup> Canotilho, ainda que em crítica à própria tese da Constituição programática que outrora defendeu, salienta a necessidade de manutenção de núcleo sensível, na medida em que “uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (*constitucional essencial*, nas palavras de Rawl), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e económica intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o *dito constitucional* é uma dimensão básica da *legitimidade moral e material*, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações” (CANOTILHO, 1994, p. 16).

ambiência<sup>265</sup>, igualmente expõe a característica mais generalista do constitucionalismo, que é ser um processo cuja construção não se encontra encerrada. Decerto, Rousseau, ainda na mencionada passagem de “O Contrato Social”, talvez em um prenúncio ao que viria a ser o conceito de plurinacionalidade e desses problemas, salienta a importância de o debate travado no âmbito da formação da vontade geral ser qualificado<sup>266</sup>, ao expor que

(...) Importa, pois, para se chegar ao verdadeiro enunciado da vontade geral, que não haja sociedade parcial no Estado e que cada cidadão só venha a opinar de acordo com seu próprio ponto de vista. Tal foi a única e sublime instituição do grande Licurgo. Em havendo sociedades parciais, impõe-se multiplicar-lhes o número a fim de impedir a desigualdade entre elas, como fizeram Sólon, Numa e Sérvio. Essas precauções são as únicas adequadas para que a vontade geral seja sempre escleracida e o povo não se engane. (ROUSSEAU, 2001, p. 37).

É sob esse aspecto que se poderá identificar alguma contribuição do continente latino-americano para o desenvolvimento da teoria do poder constituinte, que se não for estritamente relacionada à valia de mecanismos de democracia direta, poderá se tornar mais perceptível a partir dessas práticas, que revelam uma busca constante pela forma mais adequada de exercício democrático do poder<sup>267</sup> e, por conseguinte, de uma posição de legitimidade de caráter fortemente

---

<sup>265</sup> O próprio Rousseau, no Livro III, de “O Contrato Social”, ao atribuir ao seu Capítulo VIII o título de “Nem Toda a Forma de Governo Convém a Todos os Países”, não obstante apresente razões para justificá-lo que atualmente seriam passíveis de serem consideradas preconceituosas, a exemplo do clima, localização geográfica abaixo da linha do Equador e mesmo fertilidade do solo, através do argumento de que “não sendo um fruto de todos os climas, a liberdade não está ao alcance de todos os povos” (ROUSSEAU, 2001, p. 95), permite deduzir que a generalidade de uma forma de Governo preconcebida como ideal – no caso o respeito à vontade geral – não impossibilita maleabilidade para a adoção de soluções mais adequadas a cada ambiência.

<sup>266</sup> O debate qualificado também é aludido por Condorcet na seguinte passagem:

(...)

Uma Constituição, segundo o sentido natural dessa palavra, deveria conter todas as leis que concernem ao estabelecimento, à formação, à organização, às funções, ao modo de agir e aos limites de todos os poderes sociais.

Mas, no momento em que se vincula às leis contidas na Constituição uma irrevogabilidade que lhe é própria; no momento em que elas não podem ser mudadas, como as outras leis, por um poder sempre subsistente na sociedade, torna-se necessário conter, entre as leis relativas ao sistema social, apenas aquelas cuja irrevogabilidade não prejudicaria a marcha do sistema, não forçaria a convocação demasiado frequente de um poder extraordinário.

Ao mesmo tempo, é preciso que as mudanças que dependem da vontade de um Corpo Legislativo único não possam permitir-lhe invadir o poder, corromper o próprio espírito da Constituição, parecendo mudar apenas formas indiferentes. Esse defeito, em uma Constituição na qual o povo tem os meios legais de obter sua reforma, conduziria igualmente a convocações demasiado frequentes de convenções nacionais.

Tudo aquilo que mantém o Corpo Legislativo, os limites dos poderes, as eleições, as disposições necessárias para garantir os direitos dos cidadãos, deve, pois, ser desenvolvido em todos os seus detalhes e determinado de maneira a não deixar temer que a ação social experimente lentidões, embaraços ou abalos.

Uma Constituição expressamente adotada pelos cidadãos, e contendo meios regulares de ser corrigida, alterada, é o único meio de submeter a uma ordem regular e durável uma sociedade cujos membros, esclarecidos sobre seus direitos e ciosos por conservá-los, vêm recuperá-los e temem perdê-los novamente. (CONDORCET, 2013, p. 120/121).

<sup>267</sup> A propósito da busca de mecanismos eficazes de democracia, Canotilho expressa que “um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outra fórmula que permitam completar o

inclusivo, ainda que a quase totalidade desses países, contraditoriamente, seja afetada pela hipertrofia dos poderes presidenciais, fenómeno que, como aludido, é referido pela doutrina local como o hiper-presidencialismo.

---

projeto da modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade. Nesta perspectiva, certas formas já apontadas de “eficácia reflexiva” ou de “d direcção indireta” – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos *cooperativos* que reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do *princípio da responsabilidade* apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo caminho para acções e experiências (princípio da relevância) e dando guarda à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se À transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais” – remover as desigualdades – o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas – *contrato democrático* – democracia como governo global e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado. Se assim foi, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção” (CANOTILHO, 1994, p. 16).

## **Capítulo IX – Os reflexos do Princípio da Plurinacionalidade para a construção de uma narrativa aberta sobre a essência do poder constituinte.**

Conforme exposto por Sieyès, “(...) uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir” (SEYÈS, 2014, p. 41). Como se denota, o paradoxo da democracia, muito antes do já aludido alerta de Canotilho, foi denunciado pelo próprio criador da teoria do poder constituinte, assim como seu contemporâneo, Thomas Jefferson, em notório comentário, no sentido de que os mortos não deveriam impor sua vontade aos vivos<sup>268</sup>.

Aparente solução para o dilema da vinculação das gerações futuras talvez repouse na afirmação de Pinto, para quem, ao rememorar Weber, alertasse a propósito da necessidade de se recorrer a uma espécie de materialidade constitucional, mesmo que assentada sobre bases metafísicas, as quais, ao menos a princípio, deveriam ser incompatíveis uma com as outras, eis que “(...) a legitimidade é uma questão de valoração e toda a valoração é, em última instância, irracional. Por conseguinte, a legitimidade não pode ser senão uma espécie de crença, de fé” (PINTO, 1994, p. 23). Com efeito, sintetiza, “o objectivo seria encontrar os mecanismos de justificação susceptíveis de produzir na opinião pública o sentimento de confiança no carácter legítimo da dominação estatal” (PINTO, 1994, p. 23).

Não se ignora, com isso, que o aceite – ou resignação - a uma ordem jurídica vigente nem sempre suceda pacificamente pelo estabelecimento do consenso social, nos moldes míticos das teses contratualista que embalaram os movimentos constitucionalista em fins do século XVIII. A ausência de correspondência com os pressupostos de natureza ontológica amplamente elegidos para fundar o poder de autoridade do Estado podem ser insuficientes para impedir que circunstâncias mais evidentes ou imediatas se imponham como *status quo* através de sua própria força, muitas vezes potencializada pela incapacidade de resistência do corpo social que intente reger, conjuntura essa que, mais uma vez,

---

<sup>268</sup> Nesse sentido, discorre Machado:

(...)

Thomas Jefferson contestó la pregunta fijando el tempo ideal de vigencia de una constitución en diecinueve años, y explico su aserto con meticulosas razones biológicas y económicas. Pero, después de él, a nadie le ha ocurrido establecer criterios estrictos para responder a ese problema. Tampoco las constituciones mismas suelen fijarse un término y la mayor parte de quienes, a lo largo de la historia de cualquier país, han participado en su elaboración, han salido del compromiso convencidos de haber hecho una obra pétreo, de vigencia inacabable, que venerarían las generaciones siguientes. Han asumido la idea de que la Constitución es una ley perpetua.

Tan común como este orgullo de fundador suele serlo el defecto de las generaciones inmediatas que, a veces, ni esperan, para proceder al derribo de tan maravillosas creaciones, a comprobar su utilidad para organizar los poderes y garantizar los derechos, que han sido siempre sus propósitos más elementales. ¿ Por qué motivo van a aceptar los ciudadanos muertos? O, si aún alientan los que hicieron la Constitución, ¿ por qué aceptar compromisos vinculantes en cuya preparación no se ha participado por razones de edad, de política o de cualquier otra clase? ¿ Por qué razón puede bloquearse el deseo de cambiar la Constitución con trabas que dificulten la aplicación más llana del principio democrático? (...) (MACHADO, 2019, p. 07/08).

aproxima-se dos ensinamentos de Lassalle, ainda que sob uma roupagem de cunho weberiano. É com esse sentido, aliás, alusivo a um aspecto de legitimidade pela resignação, que Schmitt expõe que

(...) una Constitución es legítima – esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica – cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”. De tal sorte, complementa, “no necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado” (SCHMITT, 2015, p. 137).

As fontes reais de poder, contudo, na medida em que ocasional e materialmente consigam impor alguns de seus desígnios, também devem ser consideradas forças capazes de provocar de mudanças. Enquanto pressão, circunstancialmente podem acarretar a reorganização dos elementos existenciais do Estado e, com isso, alteram-lhe a substância, inclusive nas hipóteses de se originarem em ambientes externos, a exemplo de ordens jurídicas internacionais, ou quando, de maneira mais drástica, imponham limitação material à capacidade de autodeterminação de um contingente populacional, a exemplo do que às vezes sucede nos momentos de conflitos bélicos. É nesse contexto, rememora-se, que Canotilho, ao fazer paralelo ilustrativo entre as consequências da inserção de Portugal nos esforços de construção de uma ordem jurídica internacional comum simbolizada pela União Europeia, e, embora mais recentemente e com menos vigor, pelo Brasil no cenário do Mercosul, alerta para a mitigação da tradicional expressão de onipotência do poder constituinte, que sob esse aspecto, acrescenta-se, teria seu viés mítico mais exposto. Esses fatores, em verdade, revelam-se incompatíveis com a concepção de uma Constituição programática, cuja principal característica, por evidência, é justamente o condicionamento das gerações futuras a um projeto formulado no passado, em mais um exemplo do aludido paradoxo democrático, em que o consenso dos antepassados, em certo apelo de índole positivista, restringe futuros debates para a construção de uma identidade contemporânea que, eventualmente, façam-se necessários em certas dinâmica e ambiências sociais. Decerto, conforme salienta a propósito da impossibilidade de o constitucionalismo desconsiderar a atuação de forças condicionantes externas à Constituição,

(...) A “internacionalização” e a “europeização” no caso português e a internacionalização e a “marcosualização” no contexto do Brasil tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da indentidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”. (CANOTILHO, 1994, p. 10).

Sob tais parâmetros, especificamente em uma cena plural, torna-se difícil refutar alguma proximidade com a teoria das interconstitucionalidades defendida pelo próprio Canotilho<sup>269</sup>, para quem, “(...) como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” (CANOTILHO, 2012, p. 266). Não obstante Canotilho faça referência ao cenário europeu<sup>270</sup>, mormente ao descrever a interconstitucionalidade como expressão da interorganizatividade de diversos Estados do continente em uma União político-normativa – inclusive com reflexos socioculturais, dentre os quais o fomento indireto à miscigenação pela maior liberdade de circulação, assentamento e exercício do trabalho por parte dos cidadãos das diferentes nacionalidades seria um exemplo -, a assim traduzir significativa extensão territorial do âmbito de influência normativa de suas ordens constitucionais em simbólico enfraquecimento da tradicional concepção dos limites fronteiriços da soberania, seu argumento, em verdade, revela-se harmônico ao princípio da plurinacionalidade positivado em alguns dos textos constitucionais da América Latina. Com efeito, há um ponto de convergência no que tange ao reconhecimento da possibilidade de coexistência de vários poderes constituintes em uma mesma ambiência, ainda que regionalmente, onde diversos corpos sociais, apesar de incapazes de atingir a soberania de maneira singular, em conjunto teriam aptidão para construir uma autoridade soberana sem, com isso, renunciar à originalidade de sua essência e, de igual modo, à identidade de suas correspondentes fontes e respectivo poder de influência na condução

---

<sup>269</sup> A teoria das interconstitucionalidades é atribuída pelo próprio Canotilho a F. Lucas Pires.

<sup>270</sup> Conforme expõe, “(...) a autodescrição aponta também num outro sentido: o da necessidade autodescritiva da organização superior (no caso concreto, da organização da União Européia)” (CANOTILHO, 2012, p. 270).

dos assuntos comuns<sup>271</sup>. Daí a importância que o traço cultural<sup>272</sup> adquire para o reconhecimento da multiplicidade das fontes de poder, pois conforme acentua,

A teoria da interconstitucionalidade não se resume a um problema de interorganizatividade. É também uma teoria de interculturalidade constitucional. A definição de intercultural, presente em qualquer dicionário moderno, faz realçar uma ideia básica: a de partilha de cultura, de “ideias ou formas de encarar o mundo e os outros”. (CANOTILHO, 2012, p. 271).

O fator multicultural implica que o fundamento da autoridade estadual e, por conseguinte, do poder constituinte, seja igualmente plural, sob pena de não atingir a longevidade que, ao menos teoricamente, almeja. Este é o cerne do princípio da plurinacionalidade concebido pelos países latino-americanos, em especial nos Estados andinos, que a despeito de somente haver sido reconhecido na última fase do movimento de renovação constitucional vivenciado a partir do fim do XX, mormente na Venezuela, Equador e Bolívia, resultou do desdobramento evolutivo dos princípios do pluralismo político e, em seguida, da multiculturalidade, este último declarado pelas Constituições da Colômbia, Paraguai e Peru como um princípio fundamental do Estado. A plurinacionalidade intenta trazer para o âmbito regional – o cenário interno de um país - elementos que, ordinariamente, seriam intrínsecos a acordos entre soberanias. Daí porque, quando do exercício do poder, a representatividade de suas fontes é indispensável, a exemplo do que sucede em relação ao estabelecimento de órgãos de governança, como é o parlamento Europeu no âmbito da União e, com menor amplitude, são o Mercosul e a Comunidade dos Países Andinos para a América Latina, que apesar de se caracterizarem, essencialmente, como uniões audaneiras, possuem um corpo legislativo composto por parlamentares de seus países membros, além de órgãos contenciosos. O primado da plurinacionalidade, desse modo, ao menos na forma em que foi concebido pelas nações que o positavaram em seus textos constitucionais, para além de ser restrito à participação deliberativa em mecanismos de democracia

---

<sup>271</sup> Com efeito, salienta Jellinek, “cuando hay duda acerca de si una comunidad posee o no el derecho próprio de darse una constitución, es necesario decidirse por la negativa del carácter estatitas en tal comunidad, a menos que pueda probar la comunidad que posee un órgano superior, independiente, capaz de actuar con esta misma independencia” (JELLINEK, 2017, p. 446/447).

<sup>272</sup> Na teoria da interconstitucionalidade, o aspecto cultural exerce papel essencial, já que, segundo salienta Canotilho, “(...) trata-se, desde logo, do conjunto de atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de acções e comportamentos objectivos dos cidadãos e dos grupos plurais. Nesta cultura, inclui-se o comportamento dos órgãos do Estado referentes à Constituição, entendida como processo público” (CANOTILHO, 2012, p. 273). Não ao acaso, conclui, “a interconstitucionalidade e a interculturalidade oferecem os espaços para o pluralismo de intérpretes, aberto e racionalmente crítico” (CANOTILHO, 2012, p. 279).

direta, relaciona-se à composição mesma dos poderes do Estado, com a efetiva presença de representantes de seus povos neles<sup>273</sup>.

Entretanto, a despeito de promover a inserção, a estrita previsão normativa, embora fundamental para possibilitar o atendimento dos desejos das múltiplas identidades de expressar persuasão, não é suficiente para garantir a pertinente concretização de seus anseios. Fatores externos ao âmbito das ciências jurídicas, para além de igualmente essenciais, são imprescindíveis<sup>274-275</sup>. Decerto, como alertam Acemoglu e Robinson ao desenvolver teoria a propósito do sucesso e fracasso das nações a partir de um conceito de extrativismo – senão autofagia –, em que há concentração de poder e riqueza, a ausência de efetiva inclusão em suas diversas facetas, seja ela política, econômica, social etc., é o fator fundamental para o fracasso das nações, não obstante a ocorrência de eventuais avanços normativos, mas que, enquanto abstrações, sempre continuarão a depender das condutas dos indivíduos para serem materializadas<sup>276</sup>. Como destacam,

Nations fail today because their extractive institutions do not create the incentives needed for people to save, invest, and innovate. Extractive political institutions support these economic institutions by cementing the power of those who benefit from the extraction. Extractive economic and political

---

<sup>273</sup> Munido desse sentimento ativista, Bonavides ressalta que, “na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a fala representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização” (BONAVIDES, 2008, p. 44).

<sup>274</sup> Consoante Acemoglu e Robinson destacam acerca da colização espanhola,

(...) the Spanish conquistadors had no compunction about setting up an extractive political and economic system. That was why they had come all the way to the New World. But most of the institutions they set up were meant to be temporary. The *encomienda*, for example, was temporary grant of rights over labor. They did not have a fully worked-out plan of how they would set up a system that would persist for another four hundred years. In fact, the institutions they set up changed significantly along the way, but one thing did not: the extractive nature of the institutions, the result of the vicious circle. The form of extraction changed, but neither the extractive nature of the institutions nor the identity of the elite did. In Guatemala the *encomienda*, the *repartimiento*, and the monopolization of trade gave way to the *liberta* and the land grab. But the majority of the indigenous Maya continued to work as low-wage laborers with little education, no rights, and no public services (...).

In Guatemala, as in much of Central America, in typical pattern of the vicious circle, extractive political institutions supported extractive economic institutions, which in turn provided the basis for extractive political institutions and the continuation of the power. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 350/351).

<sup>275</sup> A inclusão de minorias, que de acordo com Acemoglu e Robinson, propicia o desenvolvimento, pois

“(...) The masses did not just want the vote for its own sake but to have a seat at the table to be able to defend their interests. This was well understood by the Chartist Movement, which led the campaign for universal suffrage after 1838, taking its name from its adoption of the People’s Charter, named to evoke a parallel with the Magna Carta. Charist J. R. Stephens articulated why universal suffrage, and the vote for all citizens, was key for the masses” (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 311).

<sup>276</sup> Rich nations are rich largely because they managed to develop inclusive institutions at some point during the past three hundred years. These institutions have persisted through a process of virtuous circles. Even if inclusive only in a limited sense to begin with, and sometimes fragile, they generated dynamics that would create a process of positive feedback, gradually increasing their inclusiveness. England did not become a democracy after the Glorious Revolution of 1688. Far from it. Only a small fraction of the population had formal representation, but crucially, she was pluralistic. Once pluralism was enshrined, there was a tendency for the institutions to become more inclusive over time, even if this was a rocky and uncertain process. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p.365).

institutions, though their details vary under different circumstances, are always at the root of this failure.

(...) countries become failed states not because of their geography or their culture, but because of the legacy of extractive institutions, which concentrate power and wealth in the hands of those controlling the state, opening the way for unrest, strife, and civil war. Extractive institutions also directly contribute to the gradual failing of the state by neglecting investment in the most basic public services, exactly what happened in Sierra Leone” (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 372/376).

Não por acaso, na América Latina é generalizado o discurso da descolonização, o qual é compreendido, sobremaneira, como a necessidade de fazer cessar a reprodução das estruturas de governança estabelecidas ao longo do período colonial por parcelas das sociedades que a mantiveram como mecanismo de preservação de seus interesses egoísticos, tal como abordado no Capítulo VI, quando se discorreu sobre o processo de formação dos Estados nacionais no continente<sup>277</sup>. Ressalta-se, porém, que esse sentimento de jugo colonial pós-independência, sob tal aspecto, mais seria um fator interno, cuja denominação talvez não seja totalmente apropriada para todos os países, mormente porque se reporta, em especial, a práticas discriminatórias dos povos originários ou, mais remotamente, aos impactos históricos da valia de um modo de produção escravocrata durante parte do período pós-independência. O transcurso do tempo, todavia, sobretudo em países que se autodeterminaram soberanos já há dois séculos, talvez aconselhe a adoção de outro termo fenomenológico para classificar esse dilema de que padecem. Afinal, aqui se pondera, a reprodução de um sistema excludente revelou-se uma opção da governança estabelecida nesse período, ainda que arbitrariamente imposta por um grupo reduzido de indivíduos, mas que não apenas já é questão amplamente debatida pela sociedade de cada um dos povos e nações envolvidos, como também

---

<sup>277</sup> Círculos viciosos minam o comportamento da sociedade, assim como de seus líderes, pois como mais uma vez acentuam Acemoglu e Robinson, (...) While the democracy emerging in Latin America is in principle diametrically opposed to elite rule, and in rhetoric and action it tries to redistribute rights and opportunities away from at least a segment of the elite, its roots are firmly based in extractive regimes in two senses. First, inequities persisting for centuries under extractive regimes make voters in newly emerging democracies vote in favor of politicians with extreme policies. It is not that Argentinians are just naïve and think that Juan Perón or the more recent Péronist politicians such Menem or the Kirchners are selfless and looking out for their interests, or the Venezuelans recognize that all other politicians and parties have for so long failed to give them voice, to provide them with the most basic public services, such as roads and education, and to protect them from exploitation by local elites. So many Venezuelans today support the policies that Chávez is adopting even if these come with corruption and waste in the same way that many Argentinians supported Perón’s policies in the 1940s and 1970s. Second, it is again the underlying extractive institutions that make politics so attractive to, and so biased in favor of, strongmen such as Perón and Chávez, rather than an effective party system producing socially desirable alternatives. Perón, Chávez, and dozens of other strongmen in Latin America are just another face of the iron law of oligarchy, and as the name suggests, the roots of this iron law lies in the underlying elite-controlled regimes. (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012, p. 387/388).

combatido a nível normativo por seus textos constitucionais em vigor, que para além de estabelecer objetivos programáticos, emanciparam, mesmo que em diferentes graus, as diversas identidades culturais reunidas em seus territórios por força de políticas coloniais conduzidas no passado. Não aleatoriamente, muito embora se reporte ao estabelecimento de uma teoria normativa da democracia participativa, Bonavides continua a se manter próximo às invocadas lições de Ihering e Sen, ao expressar que o constitucionalismo dos países latino-americanos representa um constitucionalismo de luta<sup>278</sup>, pois, assim salienta,

Hoje, mais do que nunca, são tais conceitos instrumentos de luta de extrema valia e atualidade com que conjurar a queda irremissível do povo nos braços da recolonização.

Uma recolonização aparelhada pela classe política dominante e por considerável parcela dos juristas a seu serviço, sem consciência do dano causado ao interesse social.

(...)

As reflexões que ora fazemos legitimam, portanto, em nosso universo político, ou seja, em todas as esferas da nacionalidade, a adoção de um constitucionalismo de luta, de resistência, e de ofensiva e libertação, que penetra a consciência nacional e se abraça com o mesmo favor de proteção e o mesmo anseio de conquista, àquele que outrora instituiu as liberdades do Primeiro Mundo, nas pretéritas épocas revolucionárias do século XVIII. (BONAVIDES, , p. 30/31).

---

<sup>278</sup> A propósito da evolução do constitucionalismo representativo, Bonavides expõe que, (...).

No primeiro momento avulta o legislador que faz a lei, inviolável e suprema. Consagra-se o *princípio da legalidade*. É a época em que prepondera o dogma do racionalismo político e jurídico, em que avulta a inspiração jusnaturalista, logo transmutado num positivismo a caminho da máxima estabilidade.

Com as instituições estáveis, por obra dos Códigos, que afixam a fiel observância daquele princípio da legalidade, o princípio por excelência da segurança jurídica, o Estado liberal entra a festejar a era de esplendor de sua ideologia jusprivatista.

No segundo momento a revolução contemporânea dos direitos fundamentais elevados à categoria de princípios, e grandemente desprovidos já de seu toer meramente subjetivista, peculiar à versão liberal de poder e direito, fez despontar a definitiva supremacia normativa da Constituição sobre a lei. Formulou-se então o *princípio de constitucionalidade*, e introduziu-se a idade nova dos valores e princípios, que determinam a nova base de normatividade dos ordenamentos jurídicos e, ao mesmo tempo, o advento da Constituição aberta.

Em rigor, a Constituição aberta de modo algum, nesse âmbito conceitual, significa perda da rigidez da Constituição.

A rigidez garante o funcionamento normal de mecanismos sem os quais não há superioridade das normas constitucionais nem se torna eficaz, nem exequível, o controle de constitucionalidade.

Um terceiro momento, todavia, já se vislumbra com formação de uma teoria constitucional que nos aparta dos moldes representativos clássicos. Pertence à democracia participativa e faz do cidadão-povo a medula da legitimidade de todo o sistema. Acaba-se então a intermediação representativa, símbolo de tutela, sujeição e menoridade democrática do cidadão – meio povo, meio súdito.

De todos os períodos constitucionais, o mais crítico é o da democracia constitucional, porque decide do destino e do futuro dos povos da periferia, perseguidos pelo fantasma da recolonização. (BONAVIDES, 2008, p. 35).

Essa necessidade de permanente vigilância e exercício, em verdade, apenas ratifica que há pouca distinção entre as previsões normativo-constitucionais de nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Nesse sentido, Santos, ao tratar da ainda corrente efervescência constitucionalista vivenciada na América Latina, alerta que, “vários anos volvidos após as reformas constitucionais da Bolívia e do Equador, os casos mais exemplares destes processos, fica claro o incumprimento de algumas promessas que resultaram dessas vitórias” (SANTOS, 2018, p. 69), sobremaneira porque, prossegue, “estas questões são tanto mais críticas na medida em que a processos constituintes extremamente ricos tendem a suceder-se poderes constituídos protagonizados por elites políticas que recusam romper com as hierarquias da modernidade (SANTOS, 2018, p. 69), em evidente referência à concepção clássica da unidade, uniformidade e homogeneidade da fonte da autoridade constitucional de matriz liberal. Com efeito, o Direito, isoladamente, continua dependente das ações humanas para sua efetividade, assim como sucedeu nos primórdios do movimento constitucionalista, ocasião em que, como visto, ocorreu a revisão ontológica da essência do poder de autoridade do Estado, que se permacera constante enquanto elemento indissociável à vida em sociedade, não manteve todas as suas características imutáveis. Bonavides, ciente dessa circunstância - não obstante, reitera-se, estritamente se reportasse à defesa de uma teoria da democracia participativa de moldes sufragistas -, dela teceu paralelo com a influência do corpo social enquanto força capaz de motivar a mutação das entidades concebidas pela abstração do pensamento humano. Como expõe,

O constitucionalismo da democracia participativa é o mesmo constitucionalismo de luta que prevaleceu no ocidente quando os países do Primeiro Mundo proclamavam repúblicas, promulgavam Constituições ou, em evasivas conservadoras de apego e afeição ao passado, instalavam monarquias constitucionais, afiançando a sobrevivência política dos tronos e das dinastias ameaçadas.

É por igual, doravante, o constitucionalismo dos países da periferia onde o espírito da Constituição tem o mesmo sentido histórico que teve o espírito das leis no século da revolução, quando a França liquidou o absolutismo.

O *Espírito das Leis*, de Montesquieu, e o *Contrato Social*, de Rousseau, foram as obras mais influentes e clássicas na elaboração da doutrina do velho

liberalismo e sua ideologia de mutação das bases sociais em proveito da nova classe dominante. (BONAVIDES, 2008, p. 29).

O contributo do continente latino-americano para a teoria do poder constituinte, em verdade, ao invés do recurso extensivo a mecanismos de democracia direta, a exemplo do plebiscito e referendo, talvez repouse na positivação da possibilidade da mutação das bases fundacionais desse poder fundacional da autoridade do Estado, seja pela regulamentação de múltiplas fontes, seja pela possibilidade de revisão total do texto constitucional, desde que respeitada a identidade multicultural através da garantia de efetiva participação no governo de todos os seus ramos e, por conseguinte, o efetivo papel no exercício da soberania por cada um deles.

## Capítulo X - Conclusão da 3.<sup>a</sup> Parte

Quando a hipótese de investigação foi formulada, apoiava-se numa sequência de eventos cuja natureza aparentava atestar uma possível contribuição da América-Latina para a teoria do poder constituinte. Motivados por essa conjectura, os primeiros esforços foram direcionados à análise da expansão do recurso a mecanismos de democracia direta, a exemplo do plebiscito e do referendo, nos processos de reforma e revisão dos textos constitucionais que foram promulgados na quase totalidade dos países do continente a partir da década de 80, do século passado. O gradual aumento da participação popular no processo constituinte reformador parecia sugerir que, para além do momento constituinte originário, os titulares do poder constituinte, repousasse a soberania no povo ou na nação a depender de como era assim declarado pelos respectivos textos constitucionais, continuava a se manifestar de tempos em tempos, ou seja, como uma força permanente. Se essa correlação inovadora fosse corroborada, seria capaz de sugerir o distanciamento de uma abordagem tradicional sobre o tema, segundo a qual o poder constituinte inevitavelmente sucumbiria a um estado de latência após se manifestar no momento de acensão de uma nova ordem constitucional, quer sucedesse com o intuito de provocar a ruptura política com a ordem anterior, em verdadeira reorganização do Estado, ou mesmo por deter essência eminentemente fundacional, sobretudo nas ocasiões em que ocorre a auto-determinação soberana de um corpo social pela criação de um novel ente estadual, do que são exemplos as circunstâncias de independência colonial, ou a união e desfragmentação de um ou mais Estados pré-existentes em outra entidade. Mas esses processos de sufrágio constitucionais não eram os únicos indícios aparentes. Algumas das Constituições dos países latino-americanos promulgadas ao longo dessa onda de textos constitucionais, como foram os casos do Paraguai, Venezuela, Equador e Bolívia, também regulamentaram o próprio exercício poder constituinte originário e, por conseguinte, não apenas a reforma parcial da Constituição, mas sua total substituição.

Não tardou, porém, para que essas evidências revelassem sua falta de ineditismo. O recurso a métodos de democracia direta para fins constitucionais, em especial os referendos, não apenas são previstos em diversos textos constitucionais de outros continentes, como na Europa e na América do Norte, mas também remontam a uma tradição secular, que a depender do paradigma eleito, pode ser identificado desde as Revoluções Americana e Francesa, quando não à Suíça durante a Idade Média, ou mesmo em relação aos próprios modelos ancestrais da Grécia e Roma antiga, tal como outrora exposto no Capítulo II. De igual modo, a possibilidade de revisão total da Constituição não é assunto

incomum. Afinal, desde que o poder revisional respeite certos limites, sejam eles temporais ou materiais, toda a revisão de seu texto se torna possível. É o caso, por exemplo, da Constituição espanhola, por força de seu art. 168<sup>279</sup>. Com efeito, o número de matérias que podem se tornar objeto de reforma constitucional é um dos elementos utilizados para a formulação de um critério de classificação das constituições conforme sua rigidez.

Entretanto, ainda que insuficiente para corroborar a hipótese de investigação elegida quanto a uma contribuição recente do continente latino-americano para a teoria do poder constituinte, o recorrente recurso a mecanismos de democracia direta para fins de reforma constitucional, antes de implicar a refutação do objeto perquerido, serve-lhe de indício, mormente por se revelar como um dos instrumentos de efetivação necessários para auxiliar um princípio constitucional singular ao continente, cujas características foram construídas durante o desenrolar do processo de confecção de novos textos constitucionais na região, o qual ainda se encontra em curso, haja vista a instauração de nova constituinte no Chile.

Nesse ínterim, mesmo que a influência recíproca entre os textos constitucionais dos países latino-americanos não seja tão forte quanto o que sucede na Europa em razão da existência de uma entidade normativa supranacional como é a União Europeia, certo é que os laços culturais formalizados pelo compartilhamento de línguas de raízes latinas, com a predominância do espanhol, assim como o amplo professamento da religião cristã e, por fim, a expressiva presença de povos originários unidos por tradições que ultrapassam os limites territoriais estabelecidos ainda à época colonial, sobretudo nos países andinos, revelaram-se fatores de mútua influência que impulsionaram a evolução do princípio do pluralismo político para a multiculturalidade e, por fim, a plurinacionalidade.

Tratou-se, enfim, de um processo de evolutivo movido por um desejo de integração social de matrizes historicamente regionais, mas que foi gradualmente expandido até restar positivado nos textos constitucionais mais recentes, em especial, na Venezuela, no Equador e na Bolívia, e, com isso acarretar a alteração da fonte da autoridade de todo o poder estadual, que se antes era usual e formalmente declarada pelos textos constitucionais como baseada nas figuras abstratas do povo ou da nação, passou a ter origens múltiplas, quais sejam, os diversos corpos sociais reconhecidos em cada Estado como identitários de uma nacionalidade, ainda que não internacionalmente auto-determinados

---

<sup>279</sup> Artículo 168 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, ya 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.

e, também, igualmente incapazes de se auto-determinar singularmente, ao menos em uma acepção que invoque os elementos de formação clássica do Estado – povo, território e soberania -, especialmente pela difusão de seus integrantes entre outros grupos, a assim impedir ou dificultar em demasia a titularidade exclusiva sobre um território.

A consequência imediata do reconhecimento de um *status* plurinacional, deste modo, para além da ordinária participação no processo político pelo exercício do direito de votar e ser votado, corresponde, pois, à efetiva integração no governo pela perpetuação de seus representantes nos órgãos de soberania, mormente o Legislativo e o Judiciário, assim como a autonomia de governança para emanar as próprias normas para regulamentar seus assuntos intrínsecos, inclusive a aplicação de seu Direito - ainda que de cunho consuetudinário -, em julgamentos conduzidos por autoridades próprias<sup>280</sup>.

Trata-se, enfim, da resignificação da essência do Estado e do poder constituinte que o fundamenta, que ao passar a ter múltiplas fontes, não se enrijece na unicidade de um projeto programático, mas se adequa a um conceito de pluralidade aberta, que admite a expansão de suas próprias fontes pela integração de novos grupos identitários que eventualmente se estabeleçam por força da dinâmica social. Indica, deste modo, o reconhecimento formal da potencial mutação do poder constituinte, fenômeno, aliás, que não é inédito na história política, pois a autoridade do Estado, desde a antiguidade clássica, fundamentou-se em concepções teóricas que justificavam seu poder em abstrações, usualmente de cunho mitológico, por vezes inicialmente relacionadas na crença dogmática de que o Estado era um ente resultante da ordem natural das coisas, a passar pela concepção dos desígnios de Deus revelados pela Igreja e, posteriormente, em favor do príncipe, para, ao fim, com o advento do liberalismo na última metade do século XVIII, residir no próprio homem. Decerto, ao passo que o Estado, enquanto entidade, além do respeito a sua autoridade, permaneceram constantemente relacionados na história ocidental como o caminho para que o ser humano, em coletividade, usufruísse do bem, a essência de ambos sempre sofreu eventos mutacionais motivados pelo intuito de justificá-los e, com isso, garantir-lhes a legitimidade.

Como tantas outras justificativas estabelecidas, a plurinacionalidade é uma abstração elegida para fundamentar o exercício do poder do Estado. Sob esse contexto, o reconhecimento de um poder

---

<sup>280</sup> A plurinacionalidade reflete, de certa forma, a teoria constitucional da cidade aberta defendida por Häberle, para quem “Desde un punto de vista teórico-constitucional estricto, el tema de la protección de las minorías no representa sino una de las formas propias de diferenciación interna del Estado constitucional, para relativizar, para relativizar y “dulcificar o aplacar” el impetu de lo nacional. Hoy por hoy, desde la plataforma que ofrece la constitución pluralista, tan sólo procede hablar, por tanto, del Estado constitucional en la medida en que éste proporciona una adecuada protección de las minorías. Dicha protección comienza por la consecución de determinados objetivos educacionales, como la “la tolerancia” y el respeto de la “dignidad del otro”, concluyendo con el establecimiento de instituciones como el “Ombusman de las minorías en la “Republica abierta”. (HÄBERLE, 2014, p. 123)

de matrizes plurais tende a preservar a legitimidade da autoridade estadual pela integração, pois possibilita a preservação de grupos minoritários ou social e historicamente excluídos, já que lhes garante a presença no exercício constitucional do Governo, este entendido em sua acepção mais ampla. De igual modo, tende a evitar momentos de ruptura, pois é um conceito intrinsecamente aberto e, portanto, propenso a incorporar novas fontes de poder que se estabelecem por fatores outros, desde pelo reconhecimento de lutas históricas ao estabelecimento de novas identidades por ocasião de processos dinâmicos como a (i)migração e assentamento em massa.

A única limitação que impõe consistiria, desta maneira, na vedação ao retrocesso, pois sua limitação material corresponde à impossibilidade de exclusão dos grupos identitários que, porventura, originariamente constituíram o Estado. A partir da plurinacionalidade, por conseguinte, o poder constituinte sempre deteria natureza fundacional, pois não obstante haja criado um ente soberano, também seria um poder aberto, que não permaneceria latente, mas vivo, posto manter-se capaz de adaptar sua essência a eventuais dinâmicas sociais que o pressionassem a se reformular conforme processos já regulamentados pela Constituição - mas agora estendidos a sua essência -, dos quais os mecanismos de democracia direta, a exemplo do referendo e do plebiscito, seriam instrumentos de expressão.

Há, porém, que se considerar certo relativismo jurídico, à semelhança de um relativismo antropológico, em que não se aceitam análises fundadas em conceitos baseados juízos de superioridade cultural. Com efeito, a contribuição da América Latina à teoria do poder constituinte é, sobretudo, a formalização constitucional de um princípio que implica o reconhecimento da multiplicidade das fontes desse poder, em construção que não refuta ou contradiz os elementos intrínsecos do constitucionalismo, como são a garantia de direitos fundamentais, a divisão dos poderes e um governo constitucional democrático.

Não significa, todavia, que ela efetivamente se traduza em integração nos países que a conceberam, sobretudo na Venezuela e, em menor intensidade, Equador e Bolívia, cujos regimes ainda padecem de fortes traços autoritários. Com efeito, todo o continente, antes das inovações estabelecidas a partir dos anos oitenta do século passado, já sofriam com crises constitucionais apesar de adotar a teoria constitucional clássica. A crise constitucional não é apenas um problema normativo, mas político, social, antropológico e econômico, que apenas será eventualmente resolvido com ações interdisciplinares.

## **Conclusões gerais**

Consoante exposto ao longo da primeira parte da presente investigação, independente da região em que surgira, um sentimento de urgência sempre pareceu sustentar o Direito desde os tempos imemoriais. Ele se relaciona à busca de uma justificativa para o exercício da autoridade a partir de uma origem metafísica, cuja descrição tende a variar e adquirir identidade cultural específica conforme a percepção dos indivíduos quanto às características do respectivo ambiente em que se inserem. Trata-se, enfim, de uma necessidade que, não raras vezes, foi moldada segundo os estímulos dos desafios impostos pelas correlatas condições geográficas, climáticas e sociais sobre o comportamento, mormente pela premência de se encontrar soluções para a preservação da vida em coletividade, ainda que motivada por fins egoísticos. O Direito provavelmente adquiriu o atributo da generalidade sob essas circunstâncias, quando o gradual estabelecimento, expansão e perpetuação do modo de vida sedentário, para além de conduzir os indivíduos a perceber o ambiente social como seu próprio ambiente vital e, conseqüentemente, considerar tudo aquilo que nele não estivesse integrado como se selvagem fosse, favoreceram a generalização da consciência de que alguns assuntos típicos dessa ambiência exclusivamente humana seriam, pois, assuntos de interesse comum. Desígnios relacionados à organização do trabalho para a subsistência, ou mesmo à criação de instrumentos de proteção para lidar com intimidações externas de outros indivíduos, quando não internamente, de uns para com os outros, sem evidentemente excluir a espontânea comunhão de laços culturais de afetividade, certamente foram alguns dos elementos que eventualmente propiciaram a afirmação do Direito como um elemento constante e, portanto, intrínseco à sociedade humana. Com essa dinâmica de ascensão do Direito, todavia, também emergiu a necessidade de instituir ou identificar qual seria a fonte capaz de expressá-lo, fosse ela singular ou coletiva, de modo que a percepção de um poder de autoridade, ou ao menos a regência das inúmeras relações por um, ocorreu em concomitância com a percepção da existência do Direito em si enquanto elemento indissociável do ambiente, a despeito da natureza abstrata de ambos, típica dos produtos culturais, sempre dependentes da vontade e do pensamento.

Foi sob esse contexto de que a irrefutabilidade da regência da sociedade pelo Direito impõe o reconhecimento de alguma autoridade capaz de expressá-lo, em que a autoridade em si não deixaria de existir pelo desaparecimento de quem materialmente a exercesse em dado tempo e lugar, fosse ela simbolizada pela figura do *earl*, líder, rei, ou em viés aparentemente mais democrático, por

representantes reunidos em uma assembléia, conselho ou qualquer outro corpo coletivo que lhe fizesse as vezes, que se propiciou a embrionária concepção do que contemporaneamente se conhece como o Estado. Daí se desenvolveram narrativas justificadoras, cujo intento precípua era guiado segundo o objetivo de apresentar uma forma ideal com que o poder devesse ser exercido para, com isso, galgar alguma legitimidade perante quem subordinasse. O Direito, sob esse aspecto, muito embora haja passado por diversos processos de sistematização que aspiraram conferir-lhe lógica e, em especial, cientificidade, sempre apresentou alguma faceta de aspiração política, cujo principal propósito seria preservar o exercício da autoridade ao lhe conferir legitimidade pelo estabelecimento de elos de valor com quem fosse o destinatário de seus comandos normativos. Não ao acaso, ao se pressupor que o Direito se justificava para regulamentar assuntos de interesse compartilhado, seu propósito não poderia ser outro senão propiciar o bem comum, de forma que o exercício dessa conduta finalística que, ao menos presumidamente, deveria agradar a todos, tornou-se o elemento basilar das narrativas e estudos que objetivavam justificar o exercício da autoridade de governo enquanto fonte capaz de emanar normas imperativas de conduta. O bem comum, deste modo, ainda que por vezes identificado ao longo da história como o sentimento universal da felicidade, estabeleceu-se como parâmetro para a legitimidade. Sua eleição como valor fundamental, todavia, não impediu que os pertinentes discursos de apoio ao exercício do poder recorressem a argumentos incapazes de comprovação, sobretudo porque o bem comum - ou a felicidade - é uma riqueza estritamente abstrata, cuja compreensão somente seria atingida mediante o emprego de algum esforço interpretativo.

Com efeito, conforme se demonstrou nos capítulos anteriores, na Grécia e Roma antiga, embora usualmente abordado como a “felicidade”, o bem comum foi defendido sob um aspecto determinista, pois somente poderia ser atingido pela preservação da cidade - a *polis* - tal como concebida, ou seja, de acordo com a verdade original. A autoridade era firmada na crença de que as cidades integravam a ordem natural estabelecida ao tempo da concepção, de maneira que o poder apenas seria legítimo se direcionado a conservá-las, de forma que o bem-comum, segundo pensadores como Platão, Aristóteles e Cícero, seria estabelecido pela preservação desse específico ambiente, fosse ele resultante da ordem natural das coisas, ou mesmo da vontade dos deuses. Com a ascensão do cristianismo, porém, especialmente a partir da Idade Média, a autoridade passou a ser presumida - ou defendida - como derivada de Deus, na medida em que Ele passou a ser intuído pela crença religiosa como a fonte de toda a existência. A legitimidade para o exercício da autoridade, assim, seria atingida pelo respeito e fidelidade aos desígnios divinos, de modo que, à semelhança das antigas civilizações

greco-romanas, a preservação da ordem natural estabelecida por Deus - ou cidade de Deus, segundo Santo Agostinho – conduziria o ser humano à salvação e, por fim, à realização do bem comum, mesmo que em um plano transcendente. Ao fim da Idade Média, contudo, face a pressão exercida pela ascensão de forças impulsionadas por uma dinâmica social delineada por eventos históricos que se fizeram contemporâneos, a exemplo do declínio do regime feudal e início do Renascimento, dentre outros, procedeu-se à releitura acerca do conceito de legitimidade para o exercício do poder nos moldes agostinianos, a então esmorecer a pressuposta legitimidade exclusiva da Igreja e de seu auto-declarado monopólio quanto à difusão da palavra de Deus. Mormente após a obra de São Tomás de Aquino, reconheceu-se a existência de duas esferas de legitimidade possíveis ao poder de governança, a despeito de se situarem em planos distintos, no caso, o espiritual e o temporal. Com efeito, a partir dessa perspectiva de relativa autonomia, não obstante a fonte da autoridade permanecesse com origens abstratas, posto advir da sacralidade em suas mais profundas raízes, seu exercício deixou de caber a única entidade, como outrora fora a cidade e, depois, a Igreja, para precipuamente competir aos indivíduos e, em especial, o príncipe. Alcançar o bem comum, assim, também se tornara algo tangível durante vida.

A nova reformulação sobre os conceitos de Estado, poder e legitimidade à Baixa Idade Média, por sua vez, logo propiciaria o gradual robustecimento do poder temporal e de sua influência, a favorecer a ascensão do período absolutista e, com ele, de um novo conceito, desta feita elaborado por pensadores como Marsílio de Pádua, Dante Alighieri e, em seu ápice, Jean Bodin. Era relativo à soberania e reportava-se, sobremaneira, à identificação de esferas territoriais para a atuação do poder temporal. O bem comum, todavia, continuaria a ser uma ideia premente, mas imediatamente subordinada aos desígnios do príncipe, que enquanto representante da fonte da autoridade face o seu suposto direito divino de reinar, não necessitava do intermédio da Igreja, que apenas permaneceria soberana sobre seus próprios domínios, templos e doutrina da fé.

O reconhecimento da autoridade do príncipe e sua representatividade cultural, por seu turno, favoreceu a formação de identidades nacionais, que em fins do século XVIII, com o advento do pensamento Iluminista, especialmente por obra de autores como Locke, Montesquieu, Rousseau e outros mais, enfim culminou com a criação do movimento constitucionalista e da teoria do poder constituinte, o paradigma que orientou a presente investigação, cuja primeira sistematização, em específico, foi atribuída ao abade Sieyès, autor do manuscrito “O que é o Terceiro Estado?”, através do qual sistematizou argumento em favor do abandono da justificativa da fonte sacra da autoridade para,

com esse trabalho, atribuí-la ao povo. Foi com o Iluminismo, aliás, que pela primeira houve a confusão entre fonte, exercício e destino do poder, que se concentraram no próprio povo ao invés de uma entidade mítica intermediária, fosse esta relativa a uma criação da natureza ou, em raízes mais profundas, resultante da sacralidade. Com o constitucionalismo, firmava-se a narrativa da fonte popular do poder de autoridade do Estado, cujas maiores características são a sujeição do exercício poder estadual a um sistema de freios e contrapesos que respeite a direitos fundamentais.

Esses primados, contudo, não seriam suficientes para apaziguar a atuação das forças reais de poder, que continuaram a pressionar o sistema de autoridade. Com efeito, sem alterar a constância de que a sociedade deve ser organizada baixo uma entidade abstrata capaz de garantir a validade do Direito com o propósito de propiciar o bem comum entre os indivíduos, as narrativas contrárias ao *status quo* eventualmente exerciam pressão suficiente para sobrepujá-las e, com isso, provocar alterações conceituais sobre qual seria a origem do poder estadual e seu propósito. Ao longo da história do constitucionalismo, impulsionado pela pressão da dinâmica social, houve a mutação de elementos que lhes eram fundamentais, a exemplo do próprio conceito de “povo”, que durante décadas, não abarcou indivíduos escravizados em diversos países, ou mesmo em relação aos direitos fundamentais, que passaram a se expandir para agregar postulados de índole social e fraternal, o que lhe alterava a compreensão.

Evidencia-se, pois, que o poder, enquanto fenômeno político com repercussões sobre o Direito, não é um fenômeno uníssono, mas coexiste com outras forças, paralelas ou contrárias, que exercem o relevante papel de vetores de transformação. De fato, são as pressões advindas da dinâmica social que, para além de deflagrar o processo legislativo que impulsiona o ordenamento jurídico a se adaptar às necessidades do tempo, uma das características do sistema de reforma constitucional, também provocam mudanças conceituais sobre a essência dos paradigmas fundantes da própria ordem estabelecida, a revelar que a teoria do poder constituinte, a exemplo do que foi o próprio Estado desde os tempos imemoriais, mesmo que sob um conceito delimitado aos termos e compreensões de cada época, é um processo ainda não concluído, que de tempos em tempos, sofre alterações de natureza ontológica em seus elementos, mutações necessárias para se adaptar às eventuais exigências do ambiente de dada época, sem as quais não conseguiria garantir a própria existência<sup>281</sup>. Decerto, a

---

<sup>281</sup> Com semelhança, Canotilho, em referência a Preuss, expressa que “(...) a Constituição, como a institucionalização de um processo de aprendizagem fraco, através do qual uma sociedade ultrapassa, passo a passo, a sua incapacidade de problematizar e tematizar a própria sob o ângulo normativo” (CANOTILHO, 2012, p. 196).

mutação da essência narrativa fundante do Estado é um fenômeno cultural da humanidade<sup>282</sup>, pois como se aludiu, na

- Antiguidade Clássica, a narrativa da autoridade legitimava-se pela manutenção de sua própria ambiência, a cidade e seu *status quo*, que nos moldes de a República, de Platão, era sociedade perfeita idealizada em tempos imemoriais, concepção reproduzida pelo mito fundacional e expansionista de Roma, que também seria o ambiente natural para a vida do ser humano e, portanto, o único lugar em que o bem comum restaria possível;

- Idade Média, a narrativa da autoridade passa a ser justificada e, de igual modo, legitimada, pela manutenção de um *status quo* mítico fundacional, mas a partir de uma concepção de natureza sacra, voltada à perpetuação da obra divina, a Cidade de Deus, em que a Igreja seria a única autoridade capaz de guiar o homem de volta a essa ambiência original, a única em que o bem comum poderia ser propiciado;

- Idade Moderna, caracterizada por certo sincretismo, em que a narrativa da autoridade, apesar de permanecer voltada à manutenção de um *status quo* mítico fundacional de natureza religiosa, no que caracterizaria o surgimento do Estado moderno, passou a admitir a legitimidade desse ente para regulamentar os assuntos temporais, não obstante sua autoridade, assim como ocorria em relação à Igreja para os assuntos de ordem espiritual, continuasse a resultar dos desígnios de Deus, o que sujeitava a realização do bem comum ao respeito da vontade de quem era por si legitimado para difundir sua palavra nas duas esferas, respectivamente, o papado e o príncipe;

- Idade Contemporânea, período em que houve a ascensão do movimento constitucionalista, caracterizado pela ruptura com as narrativas deterministas de manutenção do *status quo* de origem transcendente por outra, esta relacionada ao estabelecimento de um contrato social para a preservação de direitos intrínsecos à natureza humana, de modo que a narrativa da autoridade do Estado passou a encontrar legitimidade nos próprios indivíduos, que a ela se sujeitam pela crença na

---

<sup>282</sup> As transmutações vivenciadas pelo Estado seriam, ademais, reconhecidas por Kelsen, ainda que sob sua concepção normativa, para quem "(...) a unidade ou a totalidade do Estado não é uma condição de repouso mas um processo de renovação constante, não uma unidade estática mas uma unidade dinâmica; um pensamento que a teoria normativa do Estado da Escola de Viena, concentrando toda a sua sistemática no contraste entre estática e dinâmica, afirma com a máxima convicção e que formulou ultimamente da seguinte maneira: o ordenamento jurídico – termo com o qual ela define o Estado – "é um processo perene no qual o Estado se reproduz continuamente" (KELSEN, 2003, p. 59).

formação de uma identidade coletiva no corpo uníssono de uma Nação, concepção em que, pela primeira vez, o bem comum seria determinado pelo atendimento dos respectivos desígnios humanos ao invés daqueles pressupostamente estabelecidos por uma entidade transcendente e, portanto, de cunho dogmático, imutável, fosse Deus ou outra abstração de uma ordem ancestral.

Certo é que, em todos os períodos referidos, para longe de se constituírem em narrativas uníssonas justificadoras do poder ou, em dadas hipóteses, ao menos concebidas por um grupo majoritário, foram elas que lograram prevalecer sobre outras correntes de pensamento contrárias, a revelar que a legitimidade nem sempre ocorreria espontaneamente, mas também que poderia ser construída através de um esforço contínuo de propagação de idéias e de sua manutenção, nem sempre pacífico, ou mesmo democrático.

Algo semelhante sucedeu na América Latina, onde, após quase dois séculos de reprodução quase fidedigna de conceitos de matriz europeia, iniciou-se nova onda de promulgação de textos constitucionais a partir da década de oitenta, do século XX, através da qual se observou a expansão do recurso a mecanismos de democracia direta como o plebiscito e o referendo para fins de reforma constitucional, acompanhada da evolução quase linear do princípio do pluralismo político, que em consolidação de reivindicações por maior participação política dos povos indígenas originários e de grupos minoritários, promoveu a alteração ontológica do poder de autoridade dos respectivos Estados, ao expressar a narrativa de que o poder constituinte não resultaria de um povo ou nação enquanto singularidade, mas de diversos povos e coletividades culturalmente distintos e identificáveis. Incorporou, assim, os princípios da multiculturalidade e plurinacionalidade, este último fundado em uma presunção de cunho contratualista adaptada à miscigenação e sincretismo comum a esses Estados de passado colonial, de forma a construir uma narrativa de identidade pela revisão do mito fundacional da nacionalidade que antes embasara os pertinentes processos de auto-determinação conduzidos à primeira metade do século XIX.

Sob essa ótica, a plurinacionalidade, enquanto fórmula para a origem e destino do poder de autoridade do Estado, considera que todos os povos reconhecidos como fonte constituinte devem ser obrigatoriamente representados perante os órgãos de soberania, independente do princípio do sufrágio majoritário, assim como autorizados a emanar as próprias normas jurídicas no âmbito de suas relações, pois se o bem comum é o fim do Estado, ele somente será atingido com respeito à vontade política de todos os traços identitários do qual o poder se origina.

Tem-se, portanto, que a contribuição da América Latina para a teoria do poder constituinte foi sugerir uma solução normativa para um fenômeno que sempre acompanhou a história do Direito, qual seja, a mutação da essência desse poder fundacional do Estado, ou a mutação constituinte, sem, todavia, desvincular-se dos primados constitucionalistas que o regem, quais sejam, sua origem popular, seu exercício democrático em funções distintas e o necessário respeito ao primado de direitos fundamentais. Deste modo, intenta-se manter o Estado aberto à inserção e preservação de identidades culturais que eventualmente sejam reconhecidas em seu território, a assim igualmente possibilitar o exercício da respectiva vontade política e, com isso, evitar que seus cidadãos resem sobrepajados por uma narrativa de homogeneidade da nação, dilema que sempre foi motivo de desestabilização. Cuida, enfim, de garantir bases jurídicas que evitem o rompimento da ordem democrática por ocasião de tensões sociais agudas motivadas por demandas de adequação às necessidades contemporâneas, ainda que essa saída dependa do prévio reconhecimento normativo constitucional, inclusive para autorizar eventuais processos de revisão instaurados com esse propósito.

Há, contudo, questões que ainda devem ser debatidas. É que, na medida em que as concepções do que seja uma nação e da respectiva identidade cultural de seus membros não dependam de um ente político para existir, a plurinacionalidade somente encontra razão quando há a limitação político-territorial de um Estado. Com efeito, a plurinacionalidade pode constituir característica de um ente político, porém não existe por si. Ela depende da prévia existência de um ente estadual, pois decorre de uma dinâmica histórico-política que conduza a esse *status*. Daí, como se antevê, resultam outros dilemas. Afinal, em que medida uma singularidade cultural pode implicar o reconhecimento de um *status* plurinacional? Qual o mínimo contingente para que um agrupamento identitário implique o *status* de plurinacionalidade? Até que medida o reconhecimento de fontes múltiplas para o poder constituinte e sua correlata representatividade de exercício não acarretam paralisia do governo pelo estabelecimento de uma verdadeira Torre de Babel? O México valeu-se de seu sistema federal para garantir representatividade regional. Mas seria essa uma solução apta a se tornar comum? Tais respostas talvez somente sejam possíveis com recurso a outras áreas das ciências humanas, como a sociologia e a antropologia. Enfim, aqui não se apresenta uma solução definitiva, mas como o tema da presente investigação indica, um ensaio, um primeiro passo nesse sentido, pois a emergente fórmula latino-americana é harmônica aos preceitos universais de uma teoria do poder constituinte, talvez a ser reforçada com a elaboração de um estudo mais amplo, com a inclusão de Estados multiétnicos com raízes no *Common Law*, a exemplo da África do Sul, Austrália e Canadá.

## **Bibliografia geral.**

- AGOSTINHO, Santo - *A Cidade de Deus*. 3.<sup>a</sup> reimpressão. Trad. de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Ed. Vozes de Bolso, 2019. ISBN 978-85-326-4346-9. Tomo II.
- ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.
- ALIGHIERI, Dante - *Monarquia*. Trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Lafonte, 2017. ISBN 85-8186-245-3.
- AQUINO, São Tomás de - *Verdade e Conhecimento*. Trad. de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 2.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013. ISBN 978-85-7827-424-5.
- ARISTÓTELES - *A Política*. 15.<sup>a</sup> ed. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ediouro, 1988. ISBN 85-0020190-8.
- \_\_\_\_\_ - *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002. ISBN 85-7232-430-5.
- BACHOF, Otto - *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina Brasil, 2009. ISBN – 978-85-6318-2005.
- BARNES, Jonathan - *Filósofos Pré-Socráticos*. 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> tir. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-0591-9.
- BARROSO, Luís Roberto - *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2015. ISBN 978-85-02-22804-7.
- BERNAL, Carlos – *Cambio Constitucional Informal: una Introducción Crítica*. In ALBERT, Richard; BERNAL, Carlos – *Cambio Constitucional Informal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. ISBN 978-957-772-536-0. pp. 09-50.
- BOBBIO, Norberto - *A Era dos Direitos*. 28.<sup>a</sup> tir. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Elsevier, 2004. ISBN 978-85-352-1561-8.
- \_\_\_\_\_ - *O Positivismo Jurídico*. Trad. de Márcio Pugliese. São Paulo: Ed. Ícone, 1999. ISBN 85-274-0328-5.
- BODIN, Jean - *On Sovereignty*. 14.<sup>a</sup> ed. Trad. de Julian H. Franklin. New York: Cambridge University Press, 2004. ISBN 978-0-521-34992-5.
- BOLÍVAR, Simon - *Independência e Unidade Latino-Americana*. Trad. de Brigas Populares e Marcha Patriótica. Rio de Janeiro: Consequência Editora, 2015. ISBN 978-85-69437-05.
- BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. ISBN \_\_\_\_\_ - *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-888-6.
- BURDEAU, Georges - *L'Etat*. Paris: Éditions du Seuil, 1970.
- BURKE, Edmund - *Reflexões sobre a Revolução na França*. 4.<sup>a</sup> ed. Trad. de Marcelo Gonzaga de Oliveira e Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2017. ISBN 978-85-9507-007-3.
- CAMBI, Eduardo - *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Ed. Almedina Brasil, 2016. ISBN 978-858-49-3059-3.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. ISBN 972-32-0063-5.
- \_\_\_\_\_ - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.<sup>a</sup> ed. (8.<sup>a</sup> reimpressão). Coimbra: Ed. Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- \_\_\_\_\_ - *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-3485-0.

---

\_\_\_\_\_ - Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 15. São Paulo: Editora Parma Ltda., Abril-Junho de 2016, pp. 07-17.

CASSIRER, Ernest - *The Myth of the State*. San Bernadino: Yale University Press, 2018. ISBN 0-300-00036-7.

COLÓN-RÍOS, Joel I. - *Weak Constitutionalism*. Abingdon: Routledge, 2013. ISBN 978-0-415-67190-3.

COMTE, Auguste - *Discurso sobre o Espírito Positivo*. 1.ª ed. Trad. de Walter Solon. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN 978-85-7283-967-9.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis. - *Escritos político-constitucionais*. Trad. de Amaro de Oliveira Fleck e Cristina Foroni Consani. Campinas: Editora Unicamp, 2013. ISBN 978-85-268-1033-4.

CONSTANT, Benjamin - *Princípios Políticos Constitucionais*. Trad. de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014. ISBN 978-85-7987-186-3.

DE VEGA, Pedro - *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. ISBN 978-84-309-1217-9.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio - *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ª ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. ISBN 978-85-97-02123-3.

FILIPE, António - *O Referendo na Experiência Constitucional Portuguesa*. Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6398-0.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*. 6.ª ed. rev. at. Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6795-7. Tomo I – Teoria do Direito Constitucional.

HÄBERLE, Peter - *Pluralism y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2013. ISBN 978-84-309-5790-3.

HABERMAS, Jürgen - *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Ed. Temp Brasileiro, 1997. ISBN 85-282-0091-4. Vol. I.

HAMILTON, Alexander [et al.] - *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classics, 2003. ISBN 978-0-451-52881-0.

HAWES, James - *The Shortest History of Germany*. Londres: Old Street Publishing Ltd., 2018. ISBN 978-1-910400-73-9.

HOBBS, Thomas - *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000. ISBN 85-351-0995-1.

IHERING, Rudolf von - *A Luta pelo Direito*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2001. ISBN 85-7232-424-0.

KELSEN, Hans - *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 5.ª ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2016. ISBN 978-85-8063-266-8.

\_\_\_\_\_ - *O Estado como Integração*. 1.ª ed. Trad. de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1938-3.

JELLINEK, Georg - *Teoría General del Estado*. 4.ª reimpr. Trad. de Fernando de los Ríos. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2017. ISBN 978-968-16-5950-9.

LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 7.ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014. ISBN 978-972-31-0770-8.

LASSALLE, Ferdinand - *O Que é uma Constituição?* 3.ª ed. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2009. ISBN 978-85-89251-89-1.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel - *How Democracies Die*. Nova York: Crown, 2018. ISBN 978-1-5247-6293-3.

LOCKE, John – *Dois Tratados sobre o Governo Civil*. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0896-9.

LOEWENSTEIN, Karl - *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 2018. ISBN 978-84-344-2768-6.

LUHMANN, Niklas - *A Improbabilidade da Comunicação*. 4.ª ed. Trad. de Anabela Carvalho. Lisboa: Ed. Veja, 2006. ISBN 972-699-349-0.

MACHADO, Santiago Muñoz – *Vieja y Nueva Constitución*. Buenos Aires: Crítica, 2019. ISBN 978-987-4479-17-4.

MALBERG, Raymond Carré - *Teoría General del Estado*. 2.ª ed. 3.ª reimp. Trad. de José Lión Depetre. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2013. ISBN 978-968-16-5281-4.

MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6870-1.

\_\_\_\_\_ - *Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8344-5.

\_\_\_\_\_ - *Teoria do Estado e da Constituição*. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. ISBN 978-85-309-7988-1.

MILL, John Stuart - *Sobre a Liberdade*. Trad. de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70 Lda, 2018. ISBN 978-972-44-1281-8.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. - *Do Espírito das Leis*. 2.ª ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2020. ISBN 978-85-440-0035-9.

MORRISON, Wayne - *Filosofia do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006. ISBN 85-336-2197-3.

PÁDUA, Marsílio de - *Defensor Menor*. Trad. de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Ed. Vozes de Bolso, 2019. ISBN 978-85-326-6075-6.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral - *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. ISSN 0872-6043.

PISIER, Evelyne - *História das Idéias Políticas*. Trad. de Maria Alice Farah Calil Antônio. Barueri: Editora Manole Ltda, 2004. ISBN 85-204-1877-5.

PLATÃO - *A República*. Trad. de Anna Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014. ISBN 978-85-8063-133-3.

POPPER, Karl R. - *Conjecturas e Refutações*. 3.ª ed. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. ISBN 85-230-0379-7.

REALE, Miguel - *Introdução à Filosofia*. 4.ª ed. 2.º tir. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. ISBN 85-02-03607-6.

ROUSSEAU, Jean-Jacques - *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

\_\_\_\_\_ - *O Contrato Social*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. ISBN 85-336-0552-8.

SAMUEL, Geoffrey - *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014. ISBN 978-1-84946-643-1.

SANTOS, Boaventura Sousa – Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul. In Mendes, José Manuel – Demodiversidade. Imaginar novas Possibilidades Democráticas. São Paulo: Ed. Autêntica, 2018. ISBN 978-85-513-0333-7. pp. 51-72.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von – *Metodologia Jurídica*. Trad. de Heloísa da Graça Buratti. São Paulo: Editorial Rideel, 1995. ISBN 85-339-0774-5.

SCHMITT, Carl - *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2015. ISBN 978-84-206-5479-9.

\_\_\_\_\_ - *Legalidad y Legitimidad*. Trad. de Cristina Monero Atienza. Granada: Comares Editorial, 2006. ISBN 84-9836-121-4.

SEN, Amartya - *A Idéia de Justiça*. Coimbra: Ed. Almedina S.A., 2010. ISBN 978-972-40-4324-1.

SIEMS, Mathias - *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. ISBN 978-0-521-17717-7.

SILVA, José Afonso da - *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-328-9.

\_\_\_\_\_ - *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1.<sup>a</sup> ed. 3.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. ISBN 978-85-7420-152-8.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph - *O que é o Terceiro Estado?* 6.<sup>a</sup> ed. Trad. de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014. ISBN 978-85-7987-182-5.

VICENTE, Dário Moura - *Direito Comparado*. Vol I. 4.<sup>a</sup> ed., rev. Edição Brasileira. São Paulo: Ed. Almedina Brasil, 2018. ISBN 978-85-8493-436-2.

VIEHWEG, Theodor - *Tópica e Jurisprudência. Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos jurídico-científicos*. Trad. de Kelly Susane Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. ISBN 978-857525-438-7.

WILLIAMSON, Edwin - *História da América Latina*. Trad. de Patrícia Xavier. Coimbra: Ed. Almedina, 2016. ISBN 978-972-44-1657-1.

## **Bibliografia específica.**

### **Argentina**

ABÁSLO, Ezequiel [et al.] - *Estudios de Derecho Constitucional con Motivo del Bicentenario*. Buenos Aires: El Derecho, 2012. ISBN 978-950-9805-68-2.

CARNOTA, Walter F. [et al.] - *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley. 2008. ISBN 978-987-03-1263-5.

RENFER, Irene - *Democracia directa en Argentina, Uruguay y Venezuela. Tres ejemplos de democracia directa en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010. ISBN 978-987-574-377-9.

### **Bolívia**

CASANA, Herculiano Capusiri - *Derecho Comunitario y Perspectivas del Constitucionalismo Plurinacional Comunitario*. Cochabamba: Ed. Grupo Editorial Kipus, 2017. ISBN 978-99974-66-14-3.

LIMA, Juan Carlos Vargas - *El Nuevo Derecho Constitucional Boliviano*. La Paz: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2016. ISBN 979-99974-49-58-0. Tomo I.

PEREDO, Pablo Dermizarky - *Derecho Constitucional*. Cochabamba: Ed. Grupo Editorial Kipus, 2011. ISBN 978-99954-53-62-6.

### **Brasil**

MENEZES, Filipe Cortes de - *Plebiscito, Referendo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020. ISBN 978-65-5510-186-7.

### **Chile**

EGAÑA, José Luis Cea - *Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. ISBN 978-956-14-2004-5. Tomo IV.

FALCÓN, Jaime Gajardo [et al.]. Hacia un Estado Social y Democrático de Derechos. In: *Nueva Constitución*. Santiago: Rubicón Editores, 2018. ISBN 978-956-9947-07-0.

MARTÍNEZ, Ángela Vivanco - *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2014. ISBN 978-956-14-1459-4. Tomo III.

## **Colômbia**

BULLA, Germán Ramírez [et al.] – *Lecciones de Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2017. ISBN 978-958-772-718-0. Tomo I.

RAMÍREZ, Manuel F. Quinche - *Derecho Constitucional Colombiano*. 6.ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015. ISBN 978-958-35-1078-6.

## **Ecuador**

OYARTE, Rafael - *Derecho Constitucional Boliviano*. 2.ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016. ISBN 978-9942-10-329-1: 9-dic-2016.

TORRES, Luis Fernando - *Presidencialismo Constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador*. Quito: Cevalos Editora Jurídica, 2009. ISBN 13:978-9978-9920-3-6.

## **Paraguay**

ARÉVALOS, Evelio Fernández [et al.] - *Constitución de la República del Paraguay*. Assunção: Intercontinental Editora, 2018. ISBN 978-99967-25-39-5 e 978-99967-25-40-1. Tomos I e II.

CAMACHO, Emilio - *Lecciones de Derecho Constitucional*. Assunção: Intercontinental Editora, 2015. ISBN 978-99967-37-98-5.

CLAUDE, Luis Lezcano - *Derecho Constitucional. Parte Orgánica*. Assunção: Imprenta Salesiana, 2018. ISBN 978-99953-2-107-9.

## **Peru**

OJEDA, Magdiel Gonzales - *Derecho Constitucional General*. Lima: Editorial Universitaria, 2013. ISBN 978-612-4059-81-0.

ORBE, Raúl Chanamé - *La Constitución Comentada*. 9.ª ed. Lima: Legales Ediciones, 2015. ISBN 978-612-4115-80-6 e 978-612-4115-81-3. Vols. I e II.

## **República Dominicana**

PRATS, Eduardo Jorge - *Derecho Constitucional*. Santo Domingo: Ed. Jus Novum, 2013. ISBN 978-9945-8648-8-5. Vol. I.

## **Uruguay**

DAPKEVICIUS, Rubén Flores - *Manual de Derecho Público – Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial IBDF Montevideo-Buenos Aires, 2007. ISBN 978-9974-578-95-1. Tomo I.

FREITAS, Ruben Correa - *Fundamentos de la Constitución. República Oriental del Uruguay*. Buenos Aires: Editorial IBDF Montevideo-Buenos Aires, 2018. ISBN 978-9974-745-28-5.

KORZENIAK, José - *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*. 4.<sup>a</sup> ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008. ISBN 9974-2-0377-5.