II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-153-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação jurídica. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A Pandemia Covid-19 impôs a todos uma série de sacrifícios de ordem pessoal, familiar, profissional e determinou a adaptação de rotinas, pensamentos e planos para os tempos vindouros. Essa provocação foi encarada de frente pelo Conpedi que não poupou esforços em criar soluções à altura dos obstáculos trazidos pela nova situação. Impulsionado por seu espírito combativo e inovador, o Conpedi dedicou-se a manter a tradição de seus eventos, notadamente do Congresso Nacional do Conpedi, trazendo ao cenário de eventos jurídicos inovadora proposta, agora na modalidade digital. O II Encontro Virtual do Conpedi – Direito Pandemia e Transformação Digital. Novos tempos, novos desafios tem o mérito de proporcionar à comunidade acadêmica textos para a reflexão jurídica e a busca de solução de problemas complexos. Com grande honra, o Grupo de Trabalho de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica traz a compartilhar com o prezado leitor, por meio dos presentes anais, trabalhos de grande indagação, enfrentando a aplicação do Discurso flexível pelas Cortes Constitucionais como forma de ameaça à democracia. Também expõe a diferenciação minuciosa entre os conceitos de motivação e de fundamentação nas decisões judiciais, rejeitando sua aplicação por sinonímia; a compreensão do conteúdo conceitual e alcance do Poder Constituinte Originário são desafiados a partir de interpretação tese crítica de Genaro Carrió, para além dos limites da linguagem normativa. Já no ponto de aplicação prática das teorias da justiça, dois textos desafiam a situação de enfrentamento à Covid-19, o primeiro se ocupa do intervencionismo estatal com a adoção do lockdown por meio de decisão judicial de 1º grau, na região metropolitana de São Luís do Maranhão, a desafiar a noção de ativismo judicial; o segundo realiza análise crítica, à luz da teoria de Robert Alexy, quanto aos limites da decretação de suspensão das aulas no estado de Santa Catarina e a potencial ofensa ao direito de acesso efetivo à educação de qualidade. Em curta provocação, pretende-se aqui, instigar à leitura dessas produções literárias de inovadora abordagem e muito podem contribuir para uma nova visão sobreo fenômeno jurídico no Brasil. Boa leitura.

Juraci Mourão Lopes Filho – Coordenador do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará (2002). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005). Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2012). Professor (Graduação e Pós-graduação) do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Procurador do Município de Fortaleza e

advogado. Membro da Academia Cearense de Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual Civil e Teoria do Direito.

Rogerio Luiz Nery Da Silva – Professor-doutor do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmicos em Direito da UNOESC. Graduação: Administração (AMAN/1988); Graduação em Direito (UERJ/2000). Graduado em ; Especialização: em Educação Superior (UFRJ /2001), em Direito Empresarial e Tributário (FGV/2006), em Direito Público e Privado (EMERJ-UNESA/2004), em Direito do Trabalho (UGF/2002), Mestrado em Direito e Economia (UNIG/2006). Doutorado em Direito (UNESA-2010). Pós-Doutorado: Université de Paris X (Nanterre/2016) e New York Fordham University (School of Law/2012). Professor Erasmus na Cardinal Stefan Wyszynski (Varsóvia) e Professor convidado na Universitá di Roma 1 (La Sapienza) – Facoltá di Scienze Politiche; Membro Vitalício da Academia Nacional de Economia (ANE-1944 / Cátedra 198). Tradutor-interprete jurídico. Pesquisa: Teorias da Justiça e do Direito, Ciência Política, Análise Econômica do Direito, migrações, políticas públicas, direitos humanos fundamentais e vulneráveis.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO SEGUNDO A CRÍTICA DE GERANO CARRIÓ- UM CONCEITO QUE TRANSBORDA A LINGUAGEM NORMATIVA

THE ORIGINAL CONSTITUENT POWER ACCORDING TO THE CRITICISM OF GERANO CARRIÓ- A CONCEPT THAT EXCEEDS NORMATIVE LANGUAGE

Claudia Beeck Moreira de Souza

Resumo

O trabalho apresentado tem como objetivo analisar o conceito jurídico atribuído ao termo Poder Constituinte, tomando em consideração a crítica apresentada ao termo pelo doutrinador Genaro Carrió. Segundo o estudioso, o termo Poder Constituinte extrapola os limites da linguagem normativa, pois é utilizado para justificar toda a ordem jurídica, mas tem contradições internas, pois usa da força como justificativa para o direito. Demonstra-se, pela análise da doutrina pertinente, que o conceito de Poder Constituinte, embora tenha as fragilidades indicadas por Carrió, tem função para o direito constitucional, quando aliado a outras categorias, como a democracia e os direitos humanos

Palavras-chave: Poder constituinte, Linguagem normativa, Legitimidade, Limites da linguagem, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

The work presented analyzes the legal concept attributed to the term Constituent Power, taking into account the criticisms made by the doctrinator Genaro Carrió. According to the scholar, the term goes beyond the limits of normative language, as it serves to justify the entire legal system, but it has internal contradictions, as it uses force as a justification of law. It is demonstrated, through the analysis of the pertinent doctrine, that the concept of Constituent Power, although weaknesses has a function for constitutional law, when combined with other categories, such as democracy and human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constituent power, Normative language, Legitimacy, Language limits, Argumentation

1 Introdução

De acordo com Genaro Carrió (1990, p. 236), a linguagem normativa encontra limites e quando utilizada de maneira inadequada, sem respeito a tais fronteiras (contornos), cria desentendimentos, imprecisões, expressões sem sentido ou elocuções ilógicas e absurdas. Ao extrapolar os limites da linguagem normativa, cria-se uma situação em que o sentido da sentença normativa exorbita a área dentro da qual a linguagem normativa pode funcionar e, fora dessa área, segundo metáfora elaborada por Wittgenstein (1999, p. 88-132) "o sentido se va de vacaciones y empieza a operar locamente como uma turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes".

Os limites à linguagem normativa, podem ser de natureza interna, contextual ou externa. Os limites de natureza interna seriam ultrapassados quando se emprega uma linguagem que tem uma finalidade específica para outra finalidade que embora seja semelhante, não pode ser com ela compatível: é como utilizar um garfo para tomar sopa, ou como se o cleptomaníaco valendo-se de atestado médico da patologia alegasse em defesa de sua conduta o direito de furtar (CARRIÓ, 1990, p. 238). Os limites internos podem se configurar também quando se utiliza a linguagem em seu exato significado, mas com finalidade escusa, com o objetivo de burlá-la, como acontece, por exemplo, na afirmação de alguém de que "resolve suas tarefas, deixando-as de lado" (CARRIÓ, 1990, p. 239). Na realidade deixar de realizar as tarefas não pode ser uma forma de realizá-las, a linguagem não comporta isso, que segundo Carrió (1990, p. 239), apenas poderá ser uma mensagem incoerente ou sem sentido.

Os limites contextuais, por sua vez não significam uma utilização inadequada da norma, mas deslocada de sua posição no mundo: é o caso do ladrão que pergunta ao seu refém, sua vítima, se pode fazer uma ligação. Não é que pedir licença para o ato seja equivocado ou que a vítima não possa entender o pedido que foi feito pelo ladrão, é que a pergunta não tem cabimento naquela situação específica:

> Preguntas del tipo de ?Me permite hacer esto?" implican contextualmente uma serie de hechos o circunstancias cuya ausência em uma situación hace la pregunta este "fuera de lugar" por decirlo así y que no pueda ser contestada "enserio" ni por si ni por no. He aqui, por lo tanto, uma nueva forma de sinsentido que revela la cinco eleexistenca de otros tipos de limites (CARRIÓ, 1990, p. 241).

Os limites externos, por fim, são os que mais interessam ao trabalho apresentado, pois dentro dessa classificação se enquadra, como exemplo, o termo Poder Constituinte. Essa espécie de limitação da linguagem se dá quando o fenômeno que se pretende nomear, por circunstâncias fáticas, não é capaz de se manter sob a cobertura do termo empregado (e seus significados possíveis). Não se trata de não ser adequado ou de não fazer sentido naquele contexto, mas propriamente de não poder ser contido integralmente. Para explicar a estrutura dessa espécie de limite da linguagem, um exercício imaginativo:

> Supongamos que el doctor K ejerce su profesión de abogado (...) Una mañana llega a su bufete y la secretaria le informa que unos señores X, Y y Z han pedido hora para hacerle, una consulta(...) Los recién llegados anuncian que todas las fuerzas armadas están complotadas en un movimiento revolucionário, que estallará esa misma noche para derrocar al gobierno. Tienen un programa popular que lês asegurará el consenso de la gran mayoría de la población. Desean saber si de acuerdo con el derecho vigente en el país poseen atribuiciones para substituir al gobierno por uno nuevo (CARRIÓ, 1990, p. 242)

No caso, portanto, algumas pessoas mediante a força intentam reformar o sistema jurídico vigente e questionam se é legítimo que façam isso. Ou seja, intentam derrubar a ordem estabelecida, deixam claro que farão isso de qualquer maneira, mas ainda assim pretendem saber se para a ordem que será derrubada, esse ato que a derrubará pode ser considerado válido e legítimo (levando em consideração que provavelmente essa ordem jurídica atual partiu ela também de um ato de força)[1]. É uma indagação, a princípio sem sentido ou, pelo menos, sem sentido prático, pois a resposta seja ela qual for, não impedirá a tomada do poder.

Traça-se um paralelo entre a situação hipotética descrita e o conceito de poder constituinte originário, traduzido como aquele movimento revolucionário que rompe com a ordem jurídica anterior e cria uma nova, sob o manto da criação de uma Constituição (na qual se fundamentará todo o novo sistema jurídico). A pergunta que Carrió (1990, p. 246) coloca é a seguinte: existe algum sentido em fundamentar a ordem constitucional em um Poder Constituinte Originário como algo legítimo por atender a essa e aquela condição dogmática,

[1] A mudança de ordem normativa, a mudança de Constituição, normalmente exigirá um acontecimento revolucionário, como explica Dalmo de Abreu Dallari (1992, p. 09) que apenas poderá ser compreendido tomando-se o estudo dos séculos anteriores "para se ter compreensão dos motivos de aparecimento de uma Constituição é preciso voltar no tempo alguns séculos".

quando, na realidade, esse Poder pela força, teria de mesma forma derrubado a ordem e constituído outra (ainda que não atendesse as condições dogmáticas)? Ou será que nesse caso o Poder não poderia ser reconhecido como Poder Constituinte Originário e, portanto, não poderia ser considerado legítimo? A resposta, para o autor, é a de que o conceito de Poder Constituinte Originário, tal como utilizado pela doutrina de direito constitucional, não é adequado para revelar o fenômeno que pretende descrever.

É como se o conceito de Poder Constituinte Originário fosse apenas um rótulo que de modo nenhum pode corresponder ao conteúdo que engendra. O conteúdo não se torna o que menciona o rótulo, o normal seria o contrário, o rótulo designar o que vai no conteúdo. Portanto, segundo determina a classificação acima referida, o conceito de Poder Constituinte Originário romperia com os limites da linguagem normativa, uma vez que não seria capaz de dar conta do fenômeno com o qual trabalha.

2 O conceito de Poder Constituinte Originário como limite externo da linguagem normativa

O exemplo acima mencionado e a forma mediante a qual se encara o conceito em discussão (Poder Constituinte Originário) revela o ponto mais importante do debate sobre os limites externos da linguagem normativa. Diante disto, Carrió (1990, p.246) tentará demonstrar que não existe sentido, justificativa ou fundamentação fidedigna para atribuir a uma palavra um significado que ela não pode comportar. O que acontece é que mesmo não tendo a palavra o condão de significar o fenômeno (em casos como o tratado), é possível que a comunidade se conforme com a leitura do termo em um sentido específico (diferente do seu significado direto), o que gera uma mentira coletiva, raramente debatida, como explica Ferraz Júnior (1987, p. 20):

> Quando se pensa em Constituição, como produto da vontade popular, pensa-se em pacto social. E daí surge a ideia de contrato. E a ideia de contrato induz a que as Constituições deveriam ser fruto de pactos entendidos como contratos, embora se deva lembrar que, de fato, nem todas as Constituições sejam como que o produto expresso de um pacto ou um contrato. O problema, admitida a ideia de um pacto ou um contrato social, é saber quem representa e como se fazem representar os pactuantes.

Em outras palavras, pactua-se de maneira fictícia que algo é o que não é, e assim no convívio geral aquele algo passa a ser aquilo que não é, não porque efetivamente tenha se tornado aquilo, mas em virtude do consenso a respeito (DERRIDA, 2007). Talvez seja esse mesmo o sentido, a justificação, a fundamentação da estrapolação dos limites da linguagem: criar um sentido ideológico para justificar o injustificável (LÉVI-STRAUSS, 2003).

Pode uma ordem normativa conferir atribuições para que a substituam pela força? Se a resposta for positiva, então a ordem normativa em análise está assumindo que apenas se mantém pela força e sucumbirá diante de uma nova força, desde que mais eficaz (o que é o mesmo que reconhecer a fragilidade e a baixa legitimidade da ordem em vigor. Os Estados Constitucionais precisam de algo além da força para se legitimar. Por isso se diferenciam dos Estados Monárquicos e dos Estados Feudais, como explica Muller (2004, p. 23):

> nas suas origens o Estado Constitucional burguês da modernidade constituiu-se por legitimação intramundana; embora os padrões feudais de justificação ainda interferissem durante muito tempo – a medida que este Estado Constitucional ainda estava subdesenvolvido. Ele precisava agora acabar com as contradições reais diariamente experimentadas, usando seus próprios recursos. Fazem parte desses recursos, em grau reforçado, o de uma linguagem que se racionaliza e sistematiza e, nesse sentido específico, se torna mais cientifica.

Se a resposta for negativa, então a ordem normativa utiliza como fundamentação para si, algo que consideraria ilegítimo (a força) caso fosse substituída em virtude de uma ação revolucionária. Há ainda aqui a possibilidade de a ordem normativa se considerar baseada em algo que não a força, mas admitir o uso da força para impedir a ascensão de outra ordem (o que demonstraria uma contradição interna nos argumentos da ordem vigente).

A discussão traçada pode ter como causa o fato de que a expressão em destaque lança mão de dois conceitos muito diferentes que no caso acabam por se igualar: legitimidade e força. Ter força para derrotar um governo e substituí-lo não pode ser a mesma coisa que ter atribuições e competência para tanto. Não é porque alguém tem força para bater em outrem, que tem legitimidade para tanto, por exemplo:

> del hecho de que alguien haya conseguido derrocar a un gobierno para sustituirlo por outro no se sigue que tuviera atribuiciones para efectuar tal sustitución ni, mucho menos, que otros tengan em el futuro iguales atribuciones frente a otros gobiernos. Quien pretendiera inferir estas

> atribuciones del êxito de aquella empresa estaria incurriendo en algun tipo de falácia que no debe ser difícil desenmascarar si no está ya desenmascarada (CARRIÓ, 1990, p. 243-244).

Para os constitucionalistas, o Poder Constituinte é o criador da Constituição, inicial, autônomo e incondicionado: inicial porque não há outro acima dele, autônomo porque não depende de nada e incondicionado porque não se subordina a nenhuma regra. Nesse sentido:

> é um poder originário, isto é, alheio a toda a competência prévia, a toda a regulamentação predeterminada, diferente dos poderes constituídos, não existe dentro mas fora do Estado, é um poder extra-estatal que transcende a ordem jurídica positiva: por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é autoridade suprema, incondicionada, livre de toda a formalidade ou coação: é unitário e individual, serve previamente a todos os poderes constituídos, é permanente e inalienável; o seu exercício o exterioriza acima da ordem que cria: é portador de eficácia atual, com força histórica e efetiva, apta para realizar os seus fins.(XIFRAS HEROS, 1957, p. 143).

Mas, aqui é preciso verificar: essas características mencionadas advêm da força que o poder constituinte originário detém? Ou são conferidas a esse poder de maneira legítima? Em outras palavras: será que o significado da palavra poder para o direito, pode ter o mesmo significado que a palavra apresenta para o âmbito político? Quem tem poder político para criar uma nova ordem, tem poder jurídico para isso? Quem tem força, tem poder? (CARRIO, 1990, p. 245).

A crítica se volta principalmente para o fato de que o conceito de Poder Constituinte Originário é uma tentativa de utilizar a linguagem normativa para justificar ou explicar um acontecimento revolucionário – político e eminentemente ocasional. Todavia, na prática diária dos juristas o conceito não se assume a jurídico, mas, por outro lado, se coloca como presente dentro de uma ramificação que engloba o próprio direito, mas é maior que ele. Para justificar a sua utilização busca-se fundamentá-lo em algo ainda anterior ao Estado, a ordem jurídica ou a Constituição. Defende-se que o Poder Constituinte Originário advém de uma competência anterior, pois seria a manifestação do direito perene da coletividade de realizar a sua organização política e jurídica, o poder do povo de se organizar politicamente, como defende Silva (2002, p. 68):

> Poder Constiuinte é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela energia capaz de organizar política e juridicamente a nação (...) o poder constituinte repousa no povo, é a vontade política do povo capaz de constituir o Estado por meio de uma constituição.

No fim das contas o Poder Constituinte Originário se fixaria em alguma espécie de limbo metafísico do qual surgem naturalmente as coisas, tais como elas são.

Para fundamentar a crítica lançada, Carrió realiza um paralelo entre o conceito de Poder Constituinte Originário e o conceito de Deus em Spinoza (1950) assim, pretende demonstrar que o conceito ultrapassa os limites externos da linguajem normativa. Para Spinoza, Deus é também um conceito que surge do nada, como criatura e criador de tudo:

> Dios (o Naturaleza) es el inevitable nombre de la única, infinita e omnicomprensiva substancia. Es livre y existe por la mera necesidad de su propia naturaliza y esta determinado em sus aciones unicamente por sí mismo.(..) Dios (o la naturaliza) es eterno, auto-creador y auto-creado, posse atributos infinitos y es libre en el sentido de que actua meramente com arreglo a las necesárias leyes de su propia naturaliza (CARRIÓ, 1990, p. 251).

A diferença entre os conceitos (de Deus ou de Poder Constituinte Originário) seria unicamente a de que as especulações de Spinoza foram rechaçadas uma a uma pelo conhecimento científico enquanto que o Poder Constituinte originário continua sendo utilizado no direito como dogma respeitável sem que contra ele não se apresente uma objeção significativa (CARRIÓ, 1990, p. 252).

O mesmo aconteceria pela necessidade de se atribuir um conceito ou uma definição jurídica a um acontecimento político, como no caso, se pretende explicar as atribuições do Poder Constituinte Originário, nomeando-as de competências –totais e absolutas. O problema é que o termo jurídico – competência – sua construção, seu significado, não abarca a idéia ou que se quer chamar competência no fenômeno do Poder Constituinte Originário. Para a teoria do direito constitucional o Poder Constituinte Originário teria uma competência ilimitada que seria atribuída por um titular indeterminado, como afirma Wachowicz (2000, p. 76):

> A convocação Constituinte não é expressão de prerrogativa que se atribua a determinado órgão ou à determinada pessoa (...) a convocação Constituinte é, portanto, dever de todos não havendo, pois que se indagar sobre a competência ou não de órgãos, ou dos Poderes da Constituídos, que os

> revestem, se a manifestação do Poder Constituinte material já se faz perceptível no tecido sócio estatal.

Ocorre que, em direito, não se pode conceber um sujeito jurídico dotado de competência total e ilimitada – porque aquele objeto que possui todas as qualidades, logo, não possui nenhuma. Se todos são brancos logo nenhum é branco porque a diferenciação entre eles baseando-se nesse critério não faz qualquer sentido: "un sujeto jurídico dotado de una competência total e ilimitada es tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propriedades posibles" (CARRIÓ, 1990. p. 245). De mesma forma: se um ente tem todas as competências, então não há sentido em chamar isso de competência. O vocábulo competência só faz sentido quando relacionado a limitação do Poder.

Portanto, o conceito de Poder Constituinte Originário é um conceito que extrapola os limites da linguagem normativa, pois a linguagem normativa não é capaz de dar conta de um fenômeno que não é normativo e não está na sua esfera de compreensão, tal como Deus não está na esfera de compreensão do homem.

2.1 A crítica ao conceito de Poder Constituinte e a relevância da sua compreensão

O termo Poder Constituinte Originário já é problemático, primeiramente, por contar com a palavra "poder" em sua composição. Isso porque a palavra poder, em si, possui já diversas significações muito diferenciadas que podem ser moldadas ao interesse do interlocutor: "A veces esta palabra quiere decir potestade (atribución, competência, faculdade, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y otras veces según el contexto, quiere decir "fuerza" (potencia, poderio, domínio, dominación, etcétera)" (CARRIÓ, 1990, p. 241).

Ademais, a utilização da expressão Poder Constituinte Originário também se mostra frágil, na medida em que apenas pode ser utilizada após o acontecimento do fenômeno. Antes da revolução, ninguém é capaz de afirmar que agentes serão os representantes do dito poder e em que limites o exercerão, o que demonstra que a expressão não significa propriamente nada antes da revolução, mas apenas se presta a justificar algo pré-estabelecido (algo estabelecido pela revolução, mais precisamente depois dela):

> si para saber, si estamos o no em presencia de um acto del poder constituyente originário, de um ejercicio de su incondicionada e ilimitada

> competência, hace falta la plena consumación del hecho, los enunciados que afirman que algo es (ha sido) uma manifestación o ejercicio del poder constituyente originário sólo pueden referirse al pasado. Hay que esperar a que la revolución tenga êxito para poder decir que, al instaurar um nuevo gobierno y, en su caso, reformar la Constitucion, los revolucionários ejercieron el poder constituyente originário o, lo que es lo mismo, realizaron actos y dictaron normas em ejercício de competências o prerrogativas propias de dicho poder (CARRIÓ, 1990, p. 256).

O conceito então não pode ser considerado como diretamente significativo ou esclarecedor do fenômeno, mas como justificativa do fenômeno depois que ele acontece. Afirmar que o Poder Constituinte possui poder (em caráter de competência) por ter vencido a revolução, significa o mesmo que nada afirmar, porque essa característica, de ter poder é exatamente a causa de ter vencido a revolução. É, como, por exemplo, afirmar que Deus ajuda aos maus, quando estão em maior número do que os bons (CARRIÓ, 1990, p. 258). Na verdade, essa afirmação jamais poderá ser válida, pois embora seja possível que exista alguma informação sobre o resultado da guerra, com relação às preferências de Deus, nada se pode saber, qualquer especulação não passa de proposição (não passa de especulação). Uma coisa é o que de fato existe, e isso não significa que efetivamente, diante de uma ordem normativa, exista de alguma maneira por legitimação daquela ordem normativa. Ou, nas palavras de Soler (1948): "todos décimos que la lluvia moja, a nadie se le ocorre decir que tiene competência para mojar".

Para Carrió a utilização do termo Poder Constituinte Originário, tal como feita pelos autores de direito constitucional chega a ser um equivoco grosseiro, na medida em que a linguagem teórica não deveria estar impregnada de impressões pessoais e nem deveria ser moldada de maneira a favorecer quem quer que seja "algo menos fácil es explicar por qué en el linguaje de todos los hombres y de todos los días, se siguen cometendo transgresiones tan gruesas a los limites del linguaje normativo – a los limites externos de el" (CARRIÓ, 1990, p. 241).

Assim, conclui que a utilização do Poder Constituinte da forma como realizada, longe de ser uma ferramenta útil de conhecimento do fenômeno que pretende demonstrar, não passa de um fator de complicação. Todavia, ainda que não tenha função teórica, o conceito pode ter alguma importância quando relacionado à ideia de que apenas pode ser atribuído legitimamente ao povo.

Relacionando o legitimado ao exercício do Poder Constituinte Originário com a ideia de povo, cria-se fundamentação para a defesa de que o Poder que cria uma nova ordem constitucional deve ser democrático. Dependendo do significado que se atribua a ideia de democracia, então o conceito de Poder Constituinte Originário poderá servir ideologicamente à proteção de um sistema de direitos fundamentais e de uma justa divisão dos bens, criando uma noção material para o conceito em discussão.

3 O conceito de Poder Constituinte para a doutrina de Direito Constitucional

Indagar-se pelo Poder Constituinte é também indagar-se pela própria Constituição. Se a Constituição positiva de um Estado tem algum fundamento, se ela se explica por algum motivo, teoricamente, é pelo fato de que em algum momento ascendeu na história a figura chamada Poder Constituinte Originário. É pelo acontecimento de ter em um determinado momento o titular desse poder realizado uma revolução e destituído a ordem anterior, que se fixa uma nova Constituição como ápice da ordem jurídica, e que se deve cumpri-la e respeitá-la (WACHOWICZ, 2000, p. 63).

A leitura que se tem do conceito não pode ser uma leitura ingênua. É preciso ter em consideração que a teoria do Poder Constituinte Originário foi criada em um momento histórico específico e teve uma finalidade determinada. Esse conceito, como outros conceitos jurídicos (leve-se em consideração, por exemplo, a norma hipotética fundamental, a verdade processual, o contrato social entre outros termos) representa na verdade, não a significação direta e real daquilo que pretende designar, mas uma versão daquilo, um ponto de vista, uma tese fictícia, porém fundamentada, sobre a qual se cria um consenso (também conscientemente fictício). Tal qual, efetivamente, um pacto, na medida em que se trabalha com o consenso como se verdadeiro fosse, sendo que todos sabem não ser ele verdadeiro, mas necessário: “O conceito de poder constituinte, como tantos outros que integram a dogmática constitucional, foi instrumento ideológico de uma crise política e que, por isso, traz a marca indelével do interesse de classe do grupo social que protagonizou essa crise” (PINTO, 2007, p. 06).

Em outras palavras: o conceito de Poder Constituinte Originário não pode efetivamente, de maneira alguma, pretender ser um conceito que esgote e represente

exatamente o fenômeno indicado. Isso porque, nesse caso, o acontecimento precede o conceito. Assim, o conceito criado não tem a finalidade de descrever objetivamente o fenômeno indicado, mas de explicá-lo como a causa de toda a ordem jurídica criada e da submissão dos indivíduos à ela. O conceito, efetivamente, é ideológico – para a doutrina de direito constitucional, assumidamente ideológico (PINTO, 2007, p. 11).

Talvez seja necessário também compreender de onde data o conceito que se pretende aplicar e contextualizá-lo não apenas aos acontecimentos da atualidade, mas principalmente ao modo de compreensão de mundo e da elaboração de teorias. Sieyes (1986, p. 64), o fundador do conceito, o fazia mediante a lógica cartesiana, mediante a crença de que existia um objeto para estudo, que deveria ser analisado, desmembrado e compreendido: "Jamais se compreenderá o mecanismo social se não se tomar o partido de analisar uma sociedade como uma maquina ordinária e considerar separadamente cada uma de suas partes". Justificou então a sua teoria na fundamentação de que a sociedade é uma junção de diversos indivíduos isolados que formam uma nação. Daí que a vontade do povo seria também a vontade somada de cada um dos indivíduos. Essa teoria não mais se sustenta e não se sustentará, portanto, o conceito de Poder Constituinte Originário que queira manter como legitimado o povo, dessa maneira compreendido.

Portanto, a análise do conceito que parte da doutrina constitucionalista não poder ser uma análise superficial. Ela demanda a compreensão de que o conceito que se pretende aplicar para essa área do direito não corresponde exatamente ao fenômeno que intenta explicar, foi criado em uma circunstância específica e com uma finalidade demarcada. Todavia, ainda assim, poderá ser útil para a teoria da legitimidade da constituição, quando apresentado aos aliados corretos, na doutrina constitucionalista contemporânea.

3.1 A legitimidade do Poder Constituinte Originário

O conceito pode receber críticas e pode mesmo ser considerado frágil diante de um determinado do rol de críticas apresentado. Todavia, é preciso reconhecer que o Poder Constituinte Originário foi a estrutura que tornou possível exatamente a separação entre a mera força do agente que cria a Constituição e a sua legitimidade, possibilitando alguns parâmetros de controle ao poder que institui as Constituições (ainda que se diga ilimitado). A

existência do conceito e principalmente, a sua relação com a participação popular, é significativa para o florescimento do constitucionalismo e fornece algumas bases a doutrina atual do direito constitucional com relação, por exemplo, a força normativa da Constituição, a aplicação dos princípios constitucionais, a rigidez constitucional e etc:

> Não se pode subestimar a importância da teorização do poder constituinte como fundamental originário da ordem constitucional do Estado: essa teorização teve o mérito de trazer a constituição do inconsciente político e social para o consciente jurídico e para o discurso crítico da legitimação (PINTO, 2007, p. 11).

Assim, questionar a legitimidade, a existência ou a função do conceito de Poder Constituinte Originário, não deixa de ser uma forma de questionar sobre a própria legitimidade, existência ou função da Constituição em si (PINTO, p. 11). Nas palavras de Canotilho (1986, p. 34):

> O processo de fixação de um ordenamento constitucional é uma dimensão importante da legitimidade porque os problemas de distribuição de bens, de formação da vontade política, de determinação dos actos estaduais não se compadecem nem como legitimidade transcendentes ou ontológicas nem com qualquer processo arbitrário ou ditatorial de decisão.

Aqui, porém, é necessário fazer uma observação: todo o processo constituinte é de alguma forma conflituoso. Ainda que se queira relacionar a ideia de Poder Constituinte à ideia de legitimidade popular (ou de que o titular do Poder Constituinte é povo) com a finalidade de atribuir ao conceito algum conteúdo democrático (e não simplesmente aceitar que se trata de uma mera atuação da força), ainda assim é preciso reconhecer que mesmo o povo não é uma unidade, uma homogeneidade e mesmo o povo, pela forma democrática, terá dificuldades em tomar decisões, principalmente no processo de definição das decisões primeiras e, em alguma situações, imutáveis da comunidade:

> Pressões, coacções, precondicionamentos ou predeterminações (...) terão existido em todas as situações ou momentos constituintes (e a fortiori) naqueles que emergem de uma ruptura constitucional mais ou menos violenta); O poder constituinte não é um mecanismo de épocas tranqüilas: Burdeau; As revoluções são manifestações do poder constituinte originário: Carl Friedrich). Donde tomar a sua inexistência como condição de legitimidade processual significaria negar pura e simplesmente a <dignidade

> de reconhecimento> a toda e qualquer ordem jurídico-constitucional (PINTO, 2007, p. 07).

A definição de que o Poder Constituinte Originário deva necessariamente derivar de um órgão representativo da população, é de alguma forma, novamente, uma ficção jurídica que conta com um consenso silencioso.

Aqui, portanto, a questão não é tanto a de verificar empiricamente a ocorrência de um poder constituinte originário, verdadeiramente representativo da vontade popular ou verdadeiramente legitimado para elaborar essa Constituição. A questão não é tanto sobre a legitimidade que eles tem de tomar o poder, mas sobre a estrutura, sobre a legitimidade que qualquer homem tem para dominar outros homens e esse é um problema de toda a ciência política, de todo o direito, e não apenas do conceito de Poder Constituinte Originário: "não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um 'poder' ou 'domínio' sobre os homens" (CANOTILHO, 1982, p. 15).

Portanto, Carrió critica o conceito de Poder constituinte originário, por ele não dar conta da realidade. A doutrina de Direito Constitucional lança mão do conceito de Poder constituinte originário não porque ele dê conta da realidade, mas porque a partir dele é possível intentar verificar na realidade a legitimidade do poder que cria a Constituição, controlá-la e eventualmente, criticá-la.

4 A legitimidade da Constituição criada pelo Poder Constituinte Originário

É na modernidade que o homem tomará consciência (ou acreditará na ficção) de que é ele próprio o dominador do seu mundo e de que é ele próprio o criador das leis:

> aparece solipsisticamente o indivíduo empírico, com a razão natural, elevada à categoria de fundamento originário de toda a normatividade e política. O homem toma consciência do caráter autoconstituinte da sociedade e da natureza convencional e reversível das normas (CANOTILHO, 1982, p. 15)".

É nesse momento, portanto, que se cria a necessidade de fundamentar o poder em qualquer coisa além da simples força. É nesse contexto que o conceito de Poder Constituinte

Originário fará algum sentido, não porque determine exatamente o que aconteceu na revolução, mas principalmente porque explica que a revolução (no caso uma revolução específica, a revolução burguesa) é legitima, além da força. Nesse sentido, por esse ponto de vista, seria possível sim sob a lógica do Poder Constituinte Originário, taxar de legítimo ou de ilegítimo um qualquer vencedor da revolução. Nesse sentido, o advogado (do exemplo inventado por Carrió) poderia afirmar aos seus clientes, que a tomada de poder apenas seria legitima se contasse com o apoio popular (antes e não após a revolução).

Essa é mesmo uma alternativa sempre prevista, admite-se que para alterar cláusulas pétreas, por exemplo, seria necessária a revolução. A revolução que contasse com o apoio popular seria considerada legitima e instauraria outro regime. A nova Constituição então será legitima se espelhar os valores presentes naquela comunidade que pretende reger. Se assim não for, ainda que tenha poder, não será legítima e isso é o que diferencia uma Constituição de um Golpe (MIRANDA, 1986):

> Uma constituição será legítima, ou seja, <algo mais que uma relação fática e instável de dominação>, valendo como <ordenação conforme ao direito>, quando <constitui> o Estado em conformidade com os valores dominantes da consciência social, <com os sentimentos e as ideias geralmente difundidas numa comunidade> As normas processuais, procedimentais e materiais e uma constituição serão então reconhecidas como correctas pela massa dos cidadãos (PINTO, 2007, p. 20-21).

Portanto, para que exista alguma utilidade no conceito de Poder Constituinte Originário, deve-se relacioná-lo necessariamente com a noção de representatividade, de legitimidade popular, mas não somente com isto. Para que exista alguma utilidade no conceito deve-se pensá-lo também com um fator material, substancial. O conceito de Poder Constituinte não poderá esgotar-se na compreensão de que é legítimo em virtude de respeitar algumas regras referentes a elaboração da Constituição, pois o parâmetro material de controle, referente ao conteúdo das normas que cria, é o que sustentará a sua utilização na contemporaneidade:

> Não deixa, porém, de ser fortemente perturbador, mesmo para o mais elementar senso comum jurídico, o facto de poder pensar-se que o criar das normas fundamentais e fundamentares da ordem jurídica não tenha um fundamento de legitimidade superior ao de um salteador de estradas que, fora do controlo policial, ordem à sua vítima, sob cominação de qualquer

> pena, a entrega da sua bolsa (PINTO, 2007, p. 41).

No entanto, a determinação do que seja o padrão material de legitimidade da Constituição e, por consequência, do Poder Constituinte Originário, segue sendo uma pergunta sem resposta, eis que o parâmetro não pode ser meramente metafísico. As condições que tornam boa ou má uma dada realidade social descrita e determinada por uma dada Constituição, é outro tema sobre o qual também debatem os filósofos e constitucionalistas

> Alternativas igualmente antipositivas, contudo já não metafísicas (<não há necessidade de invocar doutrinas teológicas ou metafísicas em apoio dos seus princípios> são as que procuram pás as decisões jurídico-políticas e prioritáriamente para as político-constitucionais, um fundamento intersubjectivo cuja garantia de racionalidade ou de justiça estaria nas condições formais de uma situação ideal de deliberação. Dentre essas alternativas, destacaremos a *teoria da justiça* de Rawls e a *teoria discursiva da legitimidade* de Habermas (PINTO, 2007, p. 41).

5 Conclusão

Portanto, o conceito de Poder Constituinte Originário não guarda o sentido literal, não pode realmente corresponder ao fenômeno prático de uma revolução e da tomada de poder com a consequente renovação da ordem jurídica. Se analisado o conceito de Poder Constituinte Originário como forma de fundamentar a ordem jurídica a partir da revolução, efetivamente o conceito resta sem serventia, uma vez que é evidente que qualquer força pode tomar o poder e ditar suas regras, tornando-as direito dali pra frente e determinando que esse direito seja considerado válido dali pra frente.

O conceito terá alguma importância quando relacionado com a ideia de representatividade popular, primeiramente. Isso porque estipulando que o único titular do Poder Constituinte Originário é o povo, conclui-se que qualquer movimento revolucionário que não conte com a aprovação popular não poderá ser considerado legitimo, ainda que vencedor da revolução. De outro lado, evidentemente esse conceito de povo deve atender a requisitos de representatividade que formem a presunção de que existe uma maneira válida de colher a opinião do povo e torná-la Constituição.

Por fim, ainda esse parâmetro formal não é capaz de dar conta efetivamente do

conceito de Poder Constituinte Originário. Para que esse conceito se preste a fundamentar a legitimidade da Constituição será necessário também um padrão material, que avalie a validade das decisões tomadas por esse povo segundo critérios de justiça, moralidade e respeito as minorias, entre outras possibilidades. Esses critérios, sempre em desenvolvimento, deverão acompanhar o caminhar das teorias constitucionais e filosóficas a respeito do tema, no momento absolutamente controverso (o que nos levará novamente a pergunta, quanto a funcionalidade do conceito de Poder Constituinte Originário).

Bibliografia

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **El poder constituyente del pueblo**: um concepto limite del derecho constitucional. In Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Tradução: Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguage**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DERRIDA, Jacques. **A força da lei.** O fundamento místico da autoridade. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte.** Assembleia, processo e poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. São Paulo: Positivo, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Raison et légitimité**. Probléme de légitimation dans le capitalisme avance. Paris: Payot, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que queremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

KROLL, Heloisa da Silva**. Reforma Constitucional: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba. PPGD/UFPR, 2007**.**

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. Tradução: Chaim Samuel Katz e Eginardo Pires. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**; ensaios sobre as alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2007.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**. Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph**. A Constituinte burguesa:** que é o terceiro estado? Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986.

SPINOZA, Benedictus. **Ética:** demonstrada a maneira dos geômetras. Tradução: Joaquim de Carvalho. Coimbra: Atlântida,1950.

SOLER, Sebatian. Los valores jurídicos. Buenos Aires: Balmes, 1948.

WACHOWICZ, Marcos. **O Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Perspectiva Histórico Constitucional. Curitiba: Juruá, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig**. Investigações Filosóficas.** Tradução: José Carlos Bruni**.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

XIFRAS HEROS, Jorge. **Curso de Derecho Contitucional**. Barcelona: Bosch, 1957.

MIRANDA, Jorge. Poder Constituinte. **Revista de Direito Público**, n. 80, p. 27-29, out/dez. 1986.