VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PODER CONSTITUINTE NÃO ESTÁ LATENTE

THE CONSTITUENT POWER IS NOT IN LETHARGY

André Ribeiro Leite [1]

Resumo

O presente artigo versa sobre aspecto da teoria do Poder Constituinte. Analisa a possibilidade de sua manifestação após a confecção da Constituição. Identifica o Poder Constituinte com o seu titular, o povo, em regimes democráticos. Observa a ocorrência de reformas constitucionais na América Latina mediante consultas populares como possível manifestação do Poder Constituinte sem ruptura da ordem anterior. Afirma que o fenômeno deve ser estudado enquanto realidade social e que pode ser aceito se respeitados princípios de democracia.

Palavras-chave: Poder constituinte, Povo, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The article studies one of aspect of the Constituent Power theory. Checks if the Constituent Power may act after the Constitution has been promulgated. Identifies the Constituent Power as its own subject, the people, when in democratic regimes. Reports that constitutionals reforms are taking place in Latin America by public consultation, without meaning a rupture with the previous stabilishent. Observes this latin american phenomenon worth to be studied as a social reality that may be accepted by Constitutional Law if according to democratic principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constituent power, People, Democracy

[1] Procurador do Município de Nossa Senhora do Socorro/SE/Brasil, Mestre em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) e Doutorando em Ciências Jurídicas Gerais pela Universidade do Minho

1. Introdução.

O presente artigo tem como objeto a possibilidade de identificação como manifestação do Poder Constituinte originário recente fenômeno de reforma dos textos constitucionais em diversos países da América Latina através de consulta popular - em regra pela via do referendo. Em muitos dos casos consiste em verdadeiro pressuposto de validade para que redação de reforma ou revisão, após regular trâmite formal perante os órgãos legislativos, ingresse no ordenamento jurídico com a natureza de norma fundamental, com todos os requisitos que lhe são intrínsecos, como validade, obrigatoriedade e eficácia.

Preocupar-se-á em especial, nesta pesquisa, quanto à identificação de possível viés democrático desse fenômeno, a representar o contínuo exercício geracional e direto dos titulares do Poder Constituinte – o povo – quanto a sua própria soberania, de forma a evitar relativa estagnação do texto constitucional e a consequente submissão de gerações futuras aos desejos remotos de legisladores passados, ou mesmo se se está em frente a aparentes golpes constitucionais, a minar garantias em momentos de populismo ou comoção, estes camuflados sob pseudo manto democrático, em mácula incompatível com a teoria do Poder Constituinte e a segurança jurídica.

Serão utilizadas bases teóricas advindas das Ciências Jurídicas e Política, bem como daquelas que investiguem o papel do Estado de Direito Democrático e os institutos que o protegem, especialmente o exercício da democracia e idéia de legitimidade dos comandos normativos.

Não se intenta esgotar o objeto de pesquisa, mas indicar o surgimento de fenômeno que merece atenção e deve ser estudado.

2. A segurança jurídica como razão do Estado constitucional e o princípio democrático.

A criação do Estado moderno, caracterizado pela existência de um Governo central, foi politicamente defendida durante o período pós-renascentista como necessária para a proteção dos indivíduos contra as ameaças do estado de natureza[1]. Este talvez tenha sido o

[1] Estado de natureza é um conceito a que se reportam os filósofos liberais clássicos para descrever o período anterior à vida em sociedade civil, ou seja, antes do advento do Estado. Embora haja certa discordância acerca da ameaça que recaia sobre o homem nessa circunstância, concluía-se que a criação de uma entidade estadual seria imprescindível para a garantia de bem fundamentais ao ser humano, como a vida. Nesse sentido, respectivamente defendendo que o estado de natureza seria o estado em que o homem permaneceria em condição de guerra consigo mesmo pela ausência de restrição a sua liberdade e seus sentimentos intrépidos, ou que então corresponderia ao estado de insegurança resultante da desigualdade natural ou social dos homens um com os outros, consultar:

primeiro conceito de segurança - ainda munido de natureza eminentemente material - enquanto função a ser provida pelo Estado, uma entidade centralizadora da força e dotada de poder de império sobre a população de dada circunscrição territorial. Ao Estado moderno, portanto, competia promover a segurança entre os homens, em especial, do direito mais básico que se lhe considerava natural, que é a própria vida. Como se percebe, o Estado moderno formou-se, precipuamente, da necessidade contemporânea ao universo político desfragmentado e muitas vezes belicoso inerente à Idade Média, de forma a propiciar a segurança, na lição de ÁVILA, "(...) no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), como ocorre no caso em que o homem pretende ficar protegido contra a violência, o crime ou a dor" (ÁVILA, 2016, p. 119).

A evolução histórica desse paradigma, no entanto, em especial as naturais alterações que a existência de um Estado com poder de império centralizado promoveu na dinâmica social de seu tempo, fez com que surgisse nova urgência, desta vez consistente na imprescindibilidade de proteção dos homens contra o próprio Estado, cuja titularidade da força sem limites de exercício passou a lhes representar ameaça. Afinal, consoante destaca MIRANDA,

> (...) o Estado estamental cedo seria substituído pelo Estado absoluto, o qual, afirmando o princípio da soberania, não mais aceitaria qualquer interposição a separar o poder do príncipe e os súditos. Ora, desaparecendo as ordens e as classes enquanto portadoras de faculdades políticas, perante o poder soberano todos os grupos e todos os homens são iguais. O rei atinge a todos e todos estão sujeitos ao rei. Sob este aspecto, o Estado absoluto – que, aliás, se pretende legítimo, e não tirânico – viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades. (MIRANDA, a, 2017, p. 26).

Foi assim que, durante a era dos Estados nacionais e das monarquias absolutas europeias, emergiu a filosofia liberal, que propagou a defesa do indivíduo contra o Estado mediante a submissão desse ente político ao governo das leis, sem as quais, alertava-se, necessariamente haveria o arbítrio e, quiçá por isto, o retorno ao estado de natureza[2]. Sob esta ótica, o movimento liberal fundamentou-se na ideia de transferência da titularidade do poder soberano do príncipe para o povo, ou seja, na subordinação do Estado à vontade geral do grupo

---

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 113-121; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens.** São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 57-84.

[2] Montesquieu expõe que as instituições restariam corrompidas quando o povo ou seus governantes deixassem de respeitar a organização constitucional e o império das leis, conduta que os faria retornar à condição semelhante ao que se definiu como estado de natureza. Nesse sentido, consultar: MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Vol. I. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 153-168.

que o constituiu, despersonalizando-o, deste modo, da figura de um regente ou titular que com ele anteriormente se confundia[3]. Foi dessa busca pela limitação do poder estadual, aliás, que se erguerem as primeiras bases para o surgimento do movimento constitucionalista que originou o contemporâneo conceito de Estado de Direito, tão comum às nações ocidentais, e cuja principal característica é a acepção do Estado como o produto de um poder soberano capaz de restringir a ele e a seus indivíduos pelo estabelecimento de regras imperativas, usualmente escritas em uma Constituição[4].

Como se observa, o conceito de Estado enquanto unidade nacional, que originariamente fundou-se na busca pela segurança de ordem eminentemente material entre os homens, de proteção à vida e à existência, após a transformação resultante de sua própria implantação e dinâmica com o sistema social, evoluiu para o conceito de Estado enquanto ordem jurídica, criado e limitado pelas leis. É o que outra vez leciona MIRANDA, ao expor que

> Além de criar condições jurídicas de igualdade, o Estado absoluto suscitaria objetivamente (ou, se se quiser, dialecticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no "século das luzes". E também a burguesia ascendente reclamaria zonas de liberdade económica, carecidas de justificação sem uma nova referência global a direitos e liberdades individuais. (MIRANDA, a, 2017, p. 26).

O Estado de Direito então se tornou a nova fórmula imprescindível para a concretização da demanda geracional que surgia, cuja aspiração passou a ser pela segurança

---

[3] Trata-se da ideia de contrato social defendida por ROUSSEAU, em que os indivíduos, em prol da segurança jurídica, pactuam restringir sua própria liberdade perante o Estado e seu poder legiferante (ROUSSEAU. 2000, p. 69-71), o que se assemelha ao conceito de norma fundamental aludido por KELSEN, em que ela "(...) limitar-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema" (KELSEN, Hans. 2006, p. 219). O contrato pode ser compreendido como uma alusão à teoria do poder constituinte originário.

[4] De acordo com ROUSSEAU, o ente constituído pelo contrato social encontraria limites nos termos deste pacto. Daí porque afirma que "(...) o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não passa nem pode passar dos limites das convenções gerais, e que todo o homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções, de seus bens e de sua liberdade, de sorte que o poder soberano jamais tem o direito de onerar mais a um cidadão do que a outro, porque, então, tornando-se particular a questão, seu poder não é mais soberano" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. 2000, p. 98). É, pois, o limite do fundamento do contrato social, qual seja, a segurança jurídica contra as ameaças do estado de natureza mediante a garantia da preservação de valores como a busca da felicidade ou bem comum, estes até hoje encontrados nos textos constitucionais contemporâneos como objetivos do Estado. Para tanto, consultar os arts. 1.º, da Constituição da República Portuguesa; e 3,º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

não simplesmente enquanto garantia de existência e respeito da vida entre e pelos os homens sob a gerência de um Estado, mas sim pela segurança que propiciasse não apenas a vida meramente aferível enquanto condição de existência, mas sim a vida ativa, caracterizada por maior exercício do livre arbítrio por cada um dos membros da sociedade, algo que somente seria possível com a ideia de segurança jurídica. Nese ponto, a segurança passaria deter duas acepções básicas:

a) a necessidade de segurança dos homens contra as ações do próprio Estado e dos agentes que sob seu comando e circunscrição agiam, fossem eles públicos ou privados.

b) a certeza de realização do direito, posto que o cumprimento das leis representaria o parâmetro da segurança e limite da ação estadual em si.

Quando, então, a segurança enquanto necessidade para a criação do Estado passou a se caracterizar como o respeito ao limite imposto pelo império da lei, ou seja, com a segurança jurídica, em que o poder de força do Estado passava a ser previsível aos governados, pois todas as condutas passavam a ter limite na lei, o uso da força restringiu-se à eventual necessidade de fazer a lei ser respeitada, a ser aplicada em momento superveniente, mas não para a sua edição e imposição. Não é por outra razão, aliás, que CANOTILHO identifica o Estado de Direito – ou governo das leis, em que o Estado se inspira na ideia de respeito e subordinação a um ordenamento jurídico capitaneado pela Constituição – como formado por três pressupostos fundamentais: a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais (CANOTILHO, a, 2010, p. 243).

Nesse ponto, convém ressaltar outro aspecto já sugerido: o de que a indicada evolução do Estado absoluto para o Estado de Direito revela que o Estado se funda em um único poder de império, indivisível e soberano, conceitos que até hoje estão positivados, a exemplo dos arts. 3.º, n.º 1; e 108.º, da Constituição Portuguesa, segundo os quais a soberania reside no povo, que também é o titular do poder político. A importância dessa constatação circunscreve-se ao fato de que o Estado de Direito, enquanto garantidor da segurança jurídica, ao necessariamente ter como o titular de sua soberania o povo, não mais pode ser desvinculado da noção de legitimidade. A partir daí, não somente o Estado deve se fundar no poder soberano do povo, como também deve atuar em seu benefício e de acordo com os limites impostos por ele, o povo, através das leis – em regra de uma Constituição. Longe desses parâmetros, não será possível

falar-se em segurança jurídica, pois, sintetiza MIRANDA, ao tratar de direitos fundamentais e de sua necessidade de previsão em uma Constituição enquanto norma limitadora do poder estadual,

> (...) não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder político, não absorvendo este a sociedade em que eles se movem.
> (...) não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiado de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das instituições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada; não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite ou que os proteja. (MIRANDA, a, 2017, p. 12).

Do exposto até o presente momento, afere-se que o Estado transmutou-se ao longo do processo histórico de uma entidade de poder imposta a dada população para uma entidade de poder criada para proteger esta mesma população, que de uma ou de outra forma subjugou a ordem anterior para esse fim, assumindo o controle de seus próprios desígnios em prol de sua segurança jurídica, condição primeira para sua evolução como povo organizado, sociedade civil. Esse fenômeno foi estudado pela teoria constitucional, que caracterizou o Estado moderno como resultante do estabelecimento de uma Constituição por força de um Poder Constituinte a que chamou de originário, responsável por redigir o regramento máximo de conduta do novel Estado para as futuras gerações.

Não obstante, estaria a manifestação do Poder Constituinte originário restrita ao momento de elaboração da Constituição, permanecendo latente, a partir de então, em plano meramente abstrato? Ou ele permaneceria vivo e atuante, manifestando-se de tempos em tempos com todo o seu poder vinculante?

Aparentemente, fenômeno que ocorre na América Latina parece posicionar-se em favor de resposta positiva à segunda indagação. Antes, todavia, de descrição mais detalhada sobre ele, para melhor compreensão do problema, faz-se necessária uma breve compreensão acerca da natureza do Poder Constituinte.

2. A natureza do Poder Constituinte em um Estado Democrático.

Conhecido por cunhar um conceito sociológico sobre a Constituição, LASSALLE formula assertiva que parece se reafirmar no contemporâneo fenômeno de um Poder Constituinte vivo. De acordo com seus ensinamentos,

> Uma Constituição real e efetiva possuem-na e hão de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.
> Não é certo isso.
> Da mesma forma, e pelo mesmo princípio normativo da necessidade que todo 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 determinantes reais do poder, quaisquer que eles sejam. (LASSALLE, 2009, p. 35).

A lição supra sugere a existência dois pontos que não podem ser ignorados:

a) o de que a Constituição não seria anterior à existência do Estado que regulará;
b) o de que a Constituição encontra limites para tratar de alguns assuntos.

Evidencia, sobremaneira, a limitação da Constituição, que a despeito de ser a norma fundamental do Estado, parâmetro de validade para todas as demais normas, encontra limites de atuação. A norma fundamental não seria onipotente, sobremaneira, porque sua fonte criadora, o Poder Constituinte, também não o seria.

Em alegoria sobre o assunto, BRITTO transcreve diálogo que mantivera com seu filho quando este tinha cinco anos. Conforme narra o autor, certa feita fora indagado por seu filho:

> - Meu pai, é verdade que Deus tudo pode?
> - É verdade, sim, meu filho. Deus tudo pode.
> - E se Deus quiser morrer?
> - Bem, aí você me obriga a recompor a idéia. Deus tudo pode, é certo, menos deixar de tudo poder. Logo, Deus tem que permanecer vivo, porque somente assim Ele vai prosseguir sendo Aquele que tudo pode. (BRITTO, 2002, p. 06).

Com o diálogo acima, o autor, sob lógica que ele próprio classifica como idealista ou espiritualista à moda hegeliana, afirma ser Deus uma "(...) instância transcendente que tudo pode, sim, menos deixar de ser essa instância transcendente que tudo pode" (BRITTO, 2002, p. 06). O autor que ilustrar caracterísitica do Poder Constituinte, sensível no momento de sua manifestação criadora da Constituição, quando aparentemente não tem à frente qualquer limite para atuar enquanto força criadora de uma nova ordem jurídica. Conforme leciona BRITTO, o Poder Constituinte encontra seu primeiro limite em sua própria existência como máximo imperativo, que não pode se restringir enquanto manifestação e, por conseguinte, igualmente não tolera a existência de outro de igual natureza. Afinal, se assim aceitasse, necessariamente reconheceria limitação por dualidade de existência, a lhe subtrair área de atuação, o que

eventualmente poderia implicar subjugação e mesmo extinção, ao gradualmente transformar seu *status* de poder fundamental para poder subjugado. O Poder Constituinte é, portanto, o único poder, e como tal, não pode negar essa condição. Daí porque, leciona,

> O primeiro juízo que passamos a formular, então, já a título de execução do nosso pessoal estudo comparativo entre Deus e o Poder Constituinte, é exatamente este: aquele que tudo pode com inicialidade é a fonte mesma do seu e de qualquer outro poder. Sua realidade prescinde da noção da causa, por ser a própria causa de tudo o mais. Logo, em última análise, aquele que tudo pode com inicialidade só existe mesmo para tudo poder com inicialidade. Esta é a sua natureza, o seu núcleo duro (expressão muito a gosto dos publicistas norteamericanos, alemães e portugueses), aquilo que responde pela sua *raison d´être*.
> É auto-evidente o consectário dessa afirmação de que existe um ser que tem no tudo poder com inicialidade a sua própria *ratio essendi:* o ser que só existe para tudo poder como inicialidade não pode se demitir do seu papel de tudo poder com inicialidade. Não faz sentido de que a fonte de todo o poder use o seu poder originário para se fazer secar enquanto fonte mesma. Não há como conceber a substância de um ser a conspirar, sozinha (Deus está sempre sozinho enquanto "substância"), contra a sua própria conservação. É de SPINOZA a categórica asserção de que todo o ser, na medida em que pode, se esforça por se conservar ou permanecer tal como é. Até mesmo um micróbio, uma bactéria, um vírus, todos eles reagem o quanto podem ao remédio com que são eventualmente combatidos. (BRITTO, 2002, p. 08-09).

Emerge desse primeiro limite de atuação uma característica peculiar do Poder Constituinte. É que, como fonte ou causa primeira da norma fundamental, por não depender de fonte ou causa anterior para existir e igualmente por ser é incapaz de recusar sua própria existência, seu primeiro e mais explícito limite de atuação, o poder constituinte não pode ser desvinculado de um sujeito. Confunde-se com uma entidade e existe por ela e em função dela. Afinal, consoante continua a lecionar BRITTO,

> Com um pouco mais de interesse especulativo pelo tema, avançamos no raciocínio para entender que o sujeito (à falta de melhor palavra para a qualificação ontológica de Deus), cuja natureza é a de tudo poder não têm o poder como algo distinto de sua subjetividade. Esse tipo de poder não é algo que o sujeito possua, no sentido de se colocar perante esse mesmo sujeito como um predicado ou uma virtude. Nada disso! O poder não é distinto do sujeito, por ser o próprio sujeito. Ambos surgem no mesmo instante, como o corpo humano já nasce com todos os seus órgãos elementares. (BRITTO, 2002, p. 10).

Sem incidir em ingenuidade nas considerações seguintes, a concepção sociológica de LASSALLE aludida no início deste tópico, segundo a qual todos os Estados sempre possuíram uma Constituição mesmo que não materializada conforme a concepção que nos é

contemporânea, não permite negar a existência de fatores reais de poder capazes de impor uma ordem constitucional por vias como a da força, ou mesmo agindo em sentido contrário à ordem posta, a limitá-la. É certo, conforme expõe o autor, que

> (...) um poder menos forte, porém organizado, pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país, até que a população um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e mais mal regidos e que tudo é feito contra sua vontade e contra os interesses gerais do Estado, levante-se contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada. (LASSALLE, 2009, p.34).

Não obstante, salienta BRITTO, quando a soberania manifesta-se pela vontade do povo, com ele confunde-se o Poder Constitunte. Para tanto, argumenta o multicitado autor,

> O povo só é povo, em termos jurídicos (não sob o prisma sociológico, ou histórico, ou étnico, etc.), quando pode dispor normativamente sobre si mesmo. Quando se autoqualifica juridicamente. E isto já significa a emergência de um Ordenamento Jurídico próprio. Emancipação política (soberania) para o povo poder se irrogar tal Ordenamento, que tem no Estado a sua própria condição da aplicabilidade e expansão. (BRITTO, 2002, p. 18).

Afinal, continua,

> Sem o povo, a soberania é forma pura, isenta de toda matéria, e, portanto, vazia. E sem a soberania, que é o povo? Matéria humana coletiva ainda juridicamente privada de sua definitiva forma. Um ser jurídico ainda carente de totalidade, a meio caminho da autoconsciência, porque, nele, a soberania permanece nima dimensão apenas virtual. Daí a asserção de que, sem a incorporação da soberania, o povo não dá a si próprio uma Ordem Jurídica e deixa de se personalizar no Estado. E assim juridicamente incompleto e estatalmente irrealizado é que o povo não consegue superar o estágio político de simples população, que é o inconcluso estágio de crisálida. (BRITTO, 2002, p. 22).

Daí porque, conclui, "(...) o Poder Constituinte é o criador da Constituição porque ele, sendo a primeira manifestação da soberania, é o próprio povo" (BRITTO, 2002, p. 41). A subjetividade do Poder Constituinte, sua identidade com o povo e a soberania, como causa fundante da ordem constitucional, revela que a soberania ou o povo soberano sustenta a força da Constituição, que é a sua expressão, mas não o inverso. O povo não é soberano porque a Constituição assim o diz, mas por ser soberano, o povo criou um corpo político, o Estado, cujo documento fundamental - ou norma de fundação - é a Constituição. Por isso a assertiva de BRITTO, ao traçar distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado, no sentido de que

> (...) o Poder Constituinte está do lado de fora da Constituição. Faz a Constituição, claro, mas sempe do lado externo a ela. Não entra no corpo dos dispositivos constitucionais, porque, se entrasse, aí, sim, passaria a ser uma realidade tão normante quanto normada. Conheceria condicionamentos formais e finitude material, como é próprio de toda instituição ou de todo instituto que se torna objeto de norma jurídica. Dedução: o poder que fica do lado de fora da Constituição, no ponto de partida, fica para sempre do lado de fora. Ao reverso, o poder que fica do lado de dentro da Constituição, no ponto de partida, fica para sempre do lado de dentro. (BRITTO, 2002, p. 40).

Da subjetividade do Poder Constituinte, quando aliada à primeira limitação que lhe é inerente, a impossibilidade de negar a própria existência, decorre outra de ordem material, correspondente à impossibilidade de o povo atentar contra si próprio ao elaborar a Constituição.

E é desse dever que recai sobre a Constituição de não atentar contra o seu sujeito criador - que em verdade lhe deve ser tido como como característica intrínseca -, que se afere a real necessidade de a Constituição respeitar princípios de direitos fundamentais e de organização democrática do Estado. Tais limites materiais são explicitados por BACHOF, que ao formular teoria sobre normas constitucionais inconstitucionais – e aqui não se faz juízo sobre a correção de sua teoria em completude -, expõe que tais limites corresponderiam a um direito de natureza supralegal:

> A validade *(Geltung)* de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido da sua "existência como plano e expressão de um poder efectivo", a e "obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado".
> Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os "princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica" e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existirá ainda – e nesta medida vou além do limite antes mencionado traçado por E. V. Hippel – se o legislador atender aos mandamentos cardeias da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente. Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de Georg Jellinek, um "mínimo ético", a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito. (BACHOF, 2009, p. 42-43).

Afinal, continua o autor ao tratar de princípios constitucionais não escritos, que eles se encontram

> (...) à disposição do titular do poder constituinte. Já não estão, porém, senão muito condicionadamente – se é que em alguma medida o estão – ao dispor dos órgãos do poder constituído. Estes princípios não podem ser modificados

> à vontade, seguindo o caminho do processo de revisão regulado pela lei constitucional: a faculdade de revisão "não pode romper o quadro da regulamentação legal-constitucional em que assenta" (BACHOF, 2009, p. 42-43).

Sob tais parâmetros, eis que o princípio democrático emerge como essencial ao poder constituinte quando intrínseco à manifestação de soberania de um povo. Este, enquanto entidade coletiva, deve possibilitar a participação efetiva de todos os seus membros, sob pena de atentar contra sua própria existência pela desatenção a aspirações, interesses e necessidades de tutela, circunstância que pode dar ensejo a resistência contra o texto, a impor-lhe vigência não pacificada, não espontânea, mitigando seus efeitos, validade e, consequentemente, sua obrigatoriedade enquanto norma fundamental. Não é por outra razão que CABRAL PINTO afirma que "a existência de um procedimento constituinte democrático é condição inquestionavelmente necessária de legitimidade constitucional" (CABRAL PINTO, 1994, p. 11) e, porque não dizer, à existência da própria Constituição, que depende de sua harmonia com o Poder Constituinte para sustentar sua validade enquanto norma fundamental, poder extrínseco a si e que se confunde com seu titular, o povo.

3. A tensão pelo transcurso do tempo para a Constituição. A sujeição das gerações futuras aos desígnios do passado.

Em harmonia com o exposto no tópico anterior, CANOTILHO ressalta a necessidade de o Poder Constituinte se relacionar com o pressuposto democrático de autodeterminação de seu titular, o povo, assim como da necessária relação de força que a Constituição exercerá em proporcional medida à legitimidade aferida quando do momento de sua confecção. Segundo o autor,

> No plano político, o modo de revelação de um poder constituinte conexiona-se com o pressuposto democrático da autodeterminação e auto-organização de uma colectividade. Sob o ponto de vista jurídico, o poder constituinte convoca irrecusavelmente a "força bruta" que constitui uma ordem jurídica para o terreno problemático da legitimação e legitimidade. (CANOTILHO, a, 2010, p. 67).

CANOTILHO, todavia, levanta questão importante e consequente ao estabelecimento de uma Constituição enquanto documento fundamental do Estado pelo Poder Constituinte, sobretudo em razão de características que lhe são próprias, a exemplo da superior hierarquia

normativa e, consequentemente, dos parâmetros de rigidez para fins de reforma pelo Poder Constituído Derivado. É que, segundo salienta,

> A domesticação jurídica do poder constituinte veiculada pelo estabelecimento de limites ao poder constituinte derivado ou poder de revisão originará, por sua vez, outros momentos de perplexidade jurídica e política. Referimo-nos ao chamado *paradoxo da democracia*: como "pode" um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma constituição colocar-nos perante um *dilema contramaioritário* ao dificultar deliberadamente a "vontade das gerações futuras" na mudança das suas leis? Revelar-se-á, assim, o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo "cadeias para o futuro" (Rousseau)? (CANOTILHO, a, 2010, p. 74).

Conforme se observa da explanação do citado autor, o momento histórico de manifestação do Poder Constituinte originário perpetua-se com considerável grau de rigidez para as futuras gerações, que se encontrarão vinculadas ao projeto de nação estipulado pela geração fundadora, das quais são seus herdeiros políticos. Não se trata, porém, necessariamente de uma falha, mormente porque a Constituição indiscutivelmente deve preservar parâmetros básicos para organização da vida social e do Estado, o que faz, em especial, pela preservação de princípios de democráticos de Governo e de proteção dos direitos fundamentais. Conforme visto, a Constituição decorre do imperativo de segurança jurídica para a construção do Estado pelo povo e, para tanto, a estabilidade de seus preceitos se faz necessária. É o que leciona CANOTILHO, ao expor que

> Em primeiro lugar, qualquer constituição é o "presente do passado", pois não deixa de ser "memória na história" mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou não) com o passado, Em segundo lugar, é o "presente do presente", pois ela dedica sempre uma indispensável *atentio* à conformação da ordem jurídica actual. Pretende ser – nalguns casos, como veremos, de forma utópico-programática -, o "presente do futuro, mas, sobretudo, ao antecipar expectativas de se converter em lei para as gerações futuras. (CANOTILHO, b, 2012, p. 26).

Não obstante, atualmente, em alguns países da América Latina, emerge fenômeno que aparenta revelar que o exercício do Poder Constituinte por seus titulares não permanece latente, mas, ao contrário, de tempos em tempos, manifesta todo o seu potencial vinculante e definidor da ordem social - embora ainda não em plenitude, conforme será visto -, mediante reforma do texto constitucional através de participação direta de seu titular, o povo.

Consultas populares para reforma constitucional, via referendo ou plebiscito, ocorrem com regularidade no continente latino americano desde o início do presente século sem que

esse chamado ou manifestação espontânea do titular do Poder Constituinte represente ruptura com a ordem anterior. O Poder Constituinte originário aparenta tornar a se manifestar sem, no entanto, substituir a ordem vigente como é tão ordinário à teria constitucional moderna.

Essas consultas populares que aparentem acordar o Poder Constituinte de seu estado de latência não passam longe de discussão acerca de sua legitimidade. FLORES, constitucionalista mexicano, ao abordar o tema da reforma constitucional via referendo, defende-a mediante a exposição de que

> Como todas las formas de democracia directa o indirecta, la iniciativa popular encuentra al menos em teoria muchas ventajas: Su consecuencia con la teoria de la soberania popular; se corrigen abusos y desaciertos de los gobernantes; evita la dictadura de los partidos, mejora la educacíon popular y evita câmbios avanzados sin debida justificacíon. (FLORES, 2015, p. 223).

Há, todavia, críticas em doutrina da Colômbia, a exemplo de RAMÍREZ, para quem, sobre o assunto, “el reformismo constitucional opera como una eficaz estrategia de autolegitimacíon mediante la cual los sectores dominantes han intentado crear un consenso y han logrado prevenir um cambio” (RAMÍREZ, 2015, p. 12).

4. O fenômeno latino-americano: a alteração da Constiuição via consulta popular.

a) Das consultas.

No ano de 2003, teve lugar referendo na Colômbia para alteração de quinze artigos da Constituição, cujo resultado apenas possibilitou a reforma de um, pertinente à proibição de que pessoas condenadas por delitos de corrupção se candidatassem a cargos públicos ou firmassem contratos com o Estado.

Já no dia 02 de Dezembro de 2007, foi realizada consulta popular na Venezuela, para que o povo pudesse aprovar ou rejeitar emendas propostas à alteração de quarenta e seis artigos da Constituição daquele país pela Presidência da República e pelo Congresso. O conjunto da reforma constitucional foi votado em dois blocos identificados pelas letras "A" e "B", a exemplo da redução da idade mínima para votar, redução da jornada de trabalho, fim da autonomia do Banco Central e controle da política econômica pela Presidência da República, dentre outras. Todas as propostas foram rejeitadas à época.

O mesmo não ocorreu 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, como a presidência da república.

No Equador, no ano de 2008, teve lugar referendo que resultou na ratificação do texto constitucional esboçado pela Assembléia Constituinte após anterior referendo que autorizou sua convocação no ano de 2007.

Posteriormente, no ano de 2016, foi realizado referendo na Bolívia para confirmar reforma constitucional que permitisse maior númeor de reeleições do Presidente da República. A consulta popular resultou na rejeição da proposta.

b) Das previsões constitucionais para as consultas.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela é um dos poucos textos constitucionais da América Latina, se não o único, que expressamente se reporta ao Poder Constituinte, o que faz através de seus arts. 347 e 348, a seguir transcritos:

> Artículo 347. 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.
> Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos y electoras en el registro electoral.
> Artículo 349. El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.
> Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Constituyente.
> A efectos de la promulgación de la nueva Constitución, ésta se publicará en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Constituyente.

O art. 347 expresamente reconhece que a titularidade do Poder Constituinte é do povo venezuelano, assim como lhe garante o direito de convocar uma Assembléia Nacional Constituinte, respeitados os requisitos de iniciativa estipulados pelo seguinte art. 348.

O art. 349, por sua vez, reforça o princípio soberano do Poder Constituinte, ao estipular que o Presidente da República não poderá apresentar objeção à nova Constituição, assim como

em relação aos Poderes Constiutídos, que são probidos de impedir as decisões da Assembléia Nacional Constituinte. Este artigo, no entanto, a princípio revela sutil limite ao exercício do Poder Constituinte, pois sugere que os Poderes Constituídos, em especial do executivo, exercido pelo Presidente da República, não poderão ser substituídos, ao menos imediatamente, por força do decidido pela Constituinte. Aqui haveria incongruência ao exposto linhas atrás, acerca da impossibilidade de o Poder Constituinte ser regrado pela própria Constituição. Afinal, por ser o Poder Constituinte a causa ou o fundamento do texto do constitucional, por ele não pode ser delimitado, sob pena de se incidir em incompatibilidade invencível em relação a sua própria natureza, que é de ser circunscrito única e exclusivamente por sua própria existencia – e aqui recorda-se de sua identidade com seu titular, o povo, seu aspecto subjetivo -, mas não limitado por ente externo. O que é constituinte não pode ser constituído. Existe por si, por ser a causa primeira.

Em outro ponto, no que se reporta à confecção de emendas para a adição ou modifcação de um ou vários artigos da Constituição, respeitada sua estrutura fundamental (art. 340), há garantia de iniciativa popular igualmente por quinze por cento dos cidadãos inscritos no registro civil e eleitoral (art. 341, n.º 1), tal como ocorre para a convocação de Assembléia Nacional Constituinte (art. 348).

Para ser aprovado, o texto da emenda, após trâmite legislativo (art. 341, n.º 2), deverá ser submetido a referendo popular (art. 341, n.º 4), o que lhe representa pressuposto de validade.

O mesmo se dá com o instituto da reforma constitucional – leia-se Poder Constituinte Derivado -, que na Venezuela condiz com a revisão parcial da Constituição ou a substituição de uma ou de várias normas que lhe modifiquem a estrutura ou seus principios fundamentais (art. 342). De acordo com seu art. 343, a iniciativa também pode se dar por ação de 15% (quinze por cento) dos eleitores inscritos nos registros civil e eleitorais, que após trâmite definido pelo art. 344, deverá ser submetido a referendo (art. 345).

No Equador, o art. 103, da Constituição, versa sobre a democracia direta, e posibilita que 1% (um por cento) do eleitorado apresente proposta de reforma constitucional, que deverá ser apreciada pela Função Legislativa, sob pena de posibilitar que os mesmos proponentes solicitem ao Conselho Nacional Eleitoral que convoque consulta popular.

Na Colômbia, o art. 374, da Constituição, prevê que sua reforma poderá ocorrer pelo Congresso, por Assembléia Constituinte ou mesmo referendo popular, sendo que seu art. 155 possibilita que mais de 5% (cinco por cento) do eleitorado do país poderá apresentar projeto de reforma à Constituição.

Já o art. 377 afirma que deverão se submeter a referendo as reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso quando se refiram aos direitos fundamentais, exigindo-se a participação de 5% (cinco por cento) dos cidadãos que participem do censo eleitoral.

Por fim, o art. 378, da Constituição, garante a iniciativa dos cidadãos, respeitadas as exigencias do art. 155, para que projeto de reforma à Constituição seja submetido a aprovação via referendo.

Na Bolívia, o art. 411 estabelece que a reforma total da Constituição ou aquela que afete a suas bases fundamentais, direito e garantias ou à primazia e reforma da Constituição, terá lugar através de uma Assembléia Constituinte Originária ativada por vontade popular mediante referendo. A convocação do referendo se realizará por iniciativa cidadã, com a assinatura de ao menos 20% (vinte por cento) do eleitorado, por maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa Plurinacional ou pelo Presidente do Estado.

A reforma parcial, de acordo com o mesmo art. 411, igualmente poderá ser originada por iniciativa popular, com a assinatura de, ao menos, 20% (vinte por cento) do eleitorado, por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional. Em qualquer caso de reforma parcial, todavia, o referendo é obrigatório.

Já em países como Argentina e Brasil, não é prevista a reforma constitucional via referendo.

A título de herança ou influência histórica, enquanto nações colonizadoras, apesar de a Constituição de Portugal não prever a possibilidade de revisão via referendo, atribuindo a competencia para esse fim aos deputados, de acordo com seu art. 284.º, em Espanha, ao contrário, o art. 168, ao cuidar da revisão total da Constituição, ou então parcial que afete seus Títulos referentes aos direitos fundamentais e liberdades públicas, assim como à Coroa, em seu número 3, determina que, aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, estas compostas pelo Congresso de Deputados e Senado (art. 66), ela será submetida a referendo para sua ratificação.

5. O exercício das funções do poder soberano (constituinte) após o surgimento do Estado pelos órgãos de soberania e a legitimidade dos atos em um Estado de Direito Democrático. Uma possível abordagem.

A possibilidade de manifestação do Poder Constituinte originário, a manifestação de seus titulares para a reforma da Constituição, deve respeitar o princípio democrático, sob pena

de não poder ser tida como crível. Para tanto, necessário fazer paralelo entre o exercício dos poderes constituídos e seus parâmetros de legitimidade.

O exercício do poder de império do Estado ocorre em três vias de manifestação, usualmente designadas de funções ou poderes constituídos. São a função legislativa, a função administrativa e a função jurisdicional, que na Constituição da República Portuguesa se apresentam nos arts. 2.º e 111.º, n.º 1. Todas elas decorrem diretamente do Poder Constituinte originário, que é uno e indivisível, daí porque melhor se valer da terminologia função.

A Constituição, aliás, evidencia essa afirmação ao classificar como órgãos de soberania as entidades que detém a competência para o exercício dessas funções, a exemplo dos Tribunais, da Assembleia da República, do Governo e da Presidência (CR; art. 110.º, n.º 1).

No que se reporta à acepção do termo Governo, no entanto, deve se valer da lição de HERINGA e KIIVER, os quais, dentre três possíveis acepções, citam

> Government as in state order. In that sense, government, or system of government, broadly refers to the entirety of the organs of public authority, including lawmakers, ministers, and judges. Thus, legislature, executive and judiciary are referred to as the three "branches of government". (HERINGA, KIIVER, 2012, p. 10)

Deste modo, a compreensão do que se deve ter por Governo deve ir além do estabelecido pelo art. 110.º, n.º 1, da Constituição, para então ser entendido como composto pelos titulares da competência para exercício das funções do poder soberano. Assim, a conclusão é que não apenas o Primeiro-Ministro e seu gabinete constituem o Governo, mas também desempenham essa função o Presidente da República, cada um dos membros da Assembleia da República, assim como os integrantes dos Tribunais e os Juízes. Portanto, cada um deles, em maior o menor grau de atuação dentro da função do poder soberano que lhes compete, são governantes. Note-se, todavia, que eles exercitam as funções do poder constituinte no momento posterior à criação do Estado, mas não são os titulares do poder em sim, que é o povo, a origem de seu poder.

Ao contrário, em um regime não democrático, mas de índole totalitária - independente de qual grau seja -, mesmo que haja Estado de Direito, este se resume à aplicação da lei pela força ao invés do uso circunstancial da força para aplicar a lei. Quando a primeira hipótese se caracteriza, apenas ocorre a imposição da vontade do titular da soberania, que não será o povo,

mas sim o tirano, o partido ou grupo político que governe, ou então de quem quer que seja o titular do poder de império.

Em um regime não democrático, a segurança jurídica tem seu sentido mitigado, pois lhe carece o conceito de legitimidade, posto que a segurança se confundirá com a própria vontade estadual, que necessariamente será a resposta tida como legalmente correta, ou seja, praticamente livre de qualquer possibilidade jurídica de ser classificada um erro. Não é por outra razão, aliás, a lição de MIRANDA no sentido de que, na ausência de democracia,

> (...) os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição (em sentido institucional) lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha ou nos seus actos de governantes" (MIRANDA, b, 2013, p. 256).

Trata-se, pois, de uma autocracia, em que o governo se confunde com os governantes e aje de acordo com a vontade destes últimos, à revelia da maioria governada.

Em assim sendo, há mínima relação de diálogo entre Estado e povo, ausência persuasão de interesses e, em última instância, carência de legitimidade. Nessa via de mão única, de pura hierarquia, não há espaço para o reconhecimento do erro, da lesão a direitos, pois o que o Estado pronuncia é o que deve ser tido como certo, como a verdade legal. A mera pronúncia do Estado será suficiente para estabelecer o que se deve entender como garantia da segurança jurídica naquela sociedade, independente de legitimidade. Não é, pois, exagero afirmar que nessas situações vigora a irresponsabilidade ou infabilidade dos atos de governo.

Já em um regime democrático, em que o titular da soberania é o povo e o governo necessariamente deverá representá-lo, continua o citado autor,

> (...) os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a actividade que conduzem" (MIRANDA, b, 2013, P. 257).

Governo e governados aqui não se confundem, pois a democracia demanda representatividade e, como assim conclui,

> (...) representação postula inidentidade e, depois, relação. Ela redunda num fenómeno de relação e de comunicação: para que os governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação" (MIRANDA, b, 2013, p. 261).

Em suma, ao contrário da via única do Estado totalitário, no Estado democrático há dinâmica e interação. Os governados, em um Estado de Direito Democrático, devem ter direito à persuasão dos governantes, à comunicação com eles, o que conferirá legitimidade às emanações estaduais.

O decurso do tempo, todavia, pode gerar descompasso político entre o firmado pela geração fundadora e a por si dirigida pela Constituição por aquela instituída, a despeito de agora ocupar o lugar dos fundadores enquanto titular do Poder Constituinte. Assim, conforme leciona CANOTILHO, "em palavras luhmannianas: as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas" (CANOTILHO, b, 2012, p. 28). Essa tensão entre passado dirigente e presente dirigido é incompatível com a primeira característica do Poder Constituinte, que é a impossibilidade de se combater, de negar sua existência e de agir contra si. Deste modo, ao menos aparentemente, parece possível a manifestação posterior do Poder Constituinte - que sempre se localiza fora do texto constitucional enquanto seu fundamento de validade -, para adequar a compatibilidade entre o texto da norma constitucional e sua real vontade, preservando o estado e a segurança jurídica da sociedade pela via da legitimidade. No entanto, válido o alerta de CABRAL PINTO, que ao indicar falhas nos processos de sufrágio, as quais jamais poderão ser desconsideras. Segundo a autora,

> (...) a função do procedimento da eleição política (...) não reside exatamente na que lhe é oficialmente atribuída, a de selecionar os melhores representantes do povo para os cargos políticos", com o que se teria em vista assegurar as decisões mais correctas do ponto de vista dos eleitores. Trata-se aí de uma ilusão (funcionalmente necessária) que esconde o verdadeiro objetivo desse acto: "a eleição traz, numa situação crítica, um contributo para a diferenciação do sistema polítco". Além disso, "oferece uma oportunidade para exprimir o descontentamento sem perigo para a estrutura" e dessa forma serve para a "absorção de protestos". "O resultado e uma extraordinária autonomia, altamente operacional, do sistema político. (CABRAL PINTO, 1994, p. 59).

5. Conclusão.

Conforme exposto no início deste tópico, longe de esgotar a temática, o objetivo deste artigo é revelar fenômeno que deve ser objeto de estudo do direito constitucional, com assim foi o constitucionalismo à época de transição dos Estados Absolutos para as democracia constitucionais. Resposta à presente questão necessariamente passará pelos instrumentos de democracia postos à disposição do cidadão para seu exercício. Certo é que, além da ocorrência do fenômeno da alteração de textos constitucionais por consulta direta à população, nem sempre

ela desagua na simples manipulação das massas, conforme a rejeição de grande parte das propostas dessas consultas assim revela.

6. Bibliografia.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros. 4.ª ed. 2016.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** São Paulo: Almedina Brasil. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. 1994.

a) CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.8.ª reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2010.

b) CANOTILHO, J. J. Gomes. "Brancosos" e Interconsititucionalidades. Coimbra: Almedina. 2.ª ed. 2012.

FLORES, Armando Soto. In **Teoría de la Constitucíon**. Cidade do México: Ed. Porrúa. 2015.

HERINGA, Aalt Willem; KIIVER, Philipp. **Constitutions Compared**. Portland: Ed. Metro. 2012.

HOBBES, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Nova Cultural. 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 3.ª ed. Campinas: Ed. Russel. 2009.

a) MIRANDA, Jorge. **Direitos Fudamentais**. Coimbra: Ed. Almedina, 2017.

b)MIRANDA, Jorge. Os Princípios da Democracia. *In* **Constituição, Política e Cidadania**. João Pessoa: GIW Editora Jurídica. 2013.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Vol. I. São Paulo: Nova Cultural. 2000, p. 153-168.

RAMÍREZ, Manuel Fernandez Quinche. **Derecho Constitucional Colombiano**. 6.ª ed. Bogotá: Editorial Temis. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens.** São Paulo: Nova Cultural. 2000.