

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Vitor Caputo Dias Coelho Guimarães

**Usos e abusos da teoria do Poder Constituinte na América Latina: um estudo sobre
Brasil e Venezuela a partir do Direito Constitucional Comparado**

Brasília/DF

2023

VITOR CAPUTO DIAS COELHO GUIMARÃES

**Usos e abusos da teoria do Poder Constituinte na América Latina: um estudo sobre
Brasil e Venezuela a partir do Direito Constitucional Comparado**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para a conclusão da graduação
em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Orientador: Raphael Peixoto de Paula Marques.

Brasília/DF

2023

Folha de aprovação

USOS E ABUSOS DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE NA AMÉRICA LATINA:
UM ESTUDO SOBRE BRASIL E VENEZUELA A PARTIR DO DIREITO
CONSTITUCIONAL COMPARADO

Trabalho julgado como requisito para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito pela EDAP-IDP.

Área de concentração: Direito Constitucional
Comparado.

Vitor Caputo Dias Coelho Guimarães

Raphael Peixoto de Paula Marques
(Professor Orientador)

Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Leonardo Augusto de Andrade Barbosa
(Membro da Banca Examinadora)

Analista Legislativo da Câmara dos Deputados e Assessor Jurídico da Secretaria Geral da
Mesa

Ilton Norberto Robl Filho
(Membro da Banca Examinadora)

Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento deste trabalho é para minha família, minha mãe e meu pai, Sérgio e Cristiane, e ao meu companheiro de todos dias, Bacon, os melhores amigos e para quem não consigo achar palavras para descrever meu amor e gratidão por tudo que fizeram e fazem por mim, meu avô, Miguel, sem ele, talvez não conseguiria estar aqui escrevendo este agradecimento, a ele dirijo apenas toda minha admiração, amor e gratidão, à minha avó Maris, que também tornou possível a minha graduação, à minha avó, Suelene, sempre me apoiando na minha jornada acadêmica, às minhas tias Lucienne e Isabela e ao meu tio Osório os quais em todos momentos apoiaram a mim e à minha família, à minha prima Liana, por ter me passado um conselho que jamais vou esquecer e à todos primos, tios e tias que sempre fizeram questão de me ajudar sempre que precisei, obrigado.

Deixo aqui um agradecimento especial ao meu orientador Raphael Peixoto, por instruir um estudante tão inexperiente nos formalismos da academia, e por me guiar com toda a paciência e expertise do mundo, naturalmente, sem ele, nada disso seria possível, obrigado, de coração, Rapha.

À minha segunda família, meus amigos, João Gabriel, Guilherme Moraes, Gabriel Cabral, Felipe Abbott, João Rodopoulos, Diego André, José Luís, Henrique Cavalcanti, Pedro Henrique, Pedro Furtado, Caio Fontes, João Pedro Assis, Lucas Azuma, Gabriel Carneiro, Artur Zorrón. Falar sobre eles é difícil pois sempre faltarão nomes nesse agradecimento, mas, graças a Deus, não me faltam amigos, já peço desculpas àqueles que não foram mencionados, obrigado por me aturarem, amo todos vocês.

Gostaria de agradecer ao Petrarca Advogados escritório o qual não faço mais parte no momento em que escrevo, mas foi o ambiente que me formou profissionalmente além de me trazer colegas e amigos incríveis, deixo um muito obrigado especial aos queridos amigos e chefes, Carolina, Daniel, Carla, Cássio, Felipe, Dannubia, Thais e Amanda, não excluindo corpo técnico do escritório que tanto me ensinou. Não poderia deixar de mencionar os amigos que fiz ali: Ana Carolina, Guilherme, Matheus, Túlio, Lucca e Felipe, obrigado a todos vocês.

Um agradecimento à Mariana e toda sua família, em especial, Lucimar, Luís Carlos, Mayara e Carlos, todos vocês sempre terão um enorme espaço no meu coração, sem o seu suporte durante tanto tempo, nada disso seria possível, obrigado por participarem na formação da pessoa que sou hoje.

Gostaria de encerrar, fazendo um agradecimento a Deus e particularmente, a mim por ter acreditado que estaria aqui hoje escrevendo este texto. Me sinto orgulhoso por não ter desistido e, mesmo que hoje tenha dificuldade em reconhecer, entendo que isso que conquistei é sinônimo de uma enorme vitória.

Obrigado a todos.

RESUMO

O trabalho busca fazer uma revisão sistemática da literatura constitucional tanto nacional quanto internacional, buscando entender se a teoria tradicional constitucional ainda é adequada para pensar a elaboração de Constituições, utilizando como parâmetro histórico-factual os acontecimentos da Ditadura Militar no Brasil e do governo Chavez na Venezuela. Este trabalho apresenta uma análise comparativa entre teorias constitucionais tradicionais e contemporâneas buscando mostrar a necessidade de se repensar as discussões sobre Poder Constituinte, criação de Constituições e legitimidade democrática das Constituições. A presente pesquisa é baseada na revisão de bibliografias de diversos juristas, buscando mostrar as críticas a teoria tradicional. Verificou-se que muitos dos acontecimentos no Brasil e na Venezuela se deve desconexão entre a teoria constitucional tradicional e a legitimidade do Poder Constituinte e a Democracia, exatamente onde a teoria contemporânea irá fundamentar suas críticas. A partir das conclusões obtidas através desta revisão bibliográfica pode-se entender que de fato as discussões sobre Poder Constituinte e teoria constitucional precisam ser resgatadas observando os paradigmas da legitimidade constitucional e sempre se atentando ao fato de que as Constituições são sinônimos a Democracia respeitando as garantias e direitos individuais

Palavras-chave: Constituição, Poder Constituinte, Ditadura Militar, Venezuela, Direito Constitucional Comparado, Democracia, Legitimidade Democrática

ABSTRACT

This paper seeks to make a systematic review of the constitutional literature both nationally and internationally, seeking to understand whether traditional constitutional theory is still adequate to think about constitution-making, using as a historical-factual parameter the events of the Military Dictatorship in Brazil and the Chavez government in Venezuela. This paper presents a comparative analysis between traditional and contemporary constitutional theories seeking to show the need to rethink the discussions on Constituent Power, constitution-making and democratic legitimacy of constitutions. The present research is based on the revision of bibliographies of several jurists, seeking to show both the evolution and the criticism to the traditional theory. It was verified that many of the events in Brazil and Venezuela are due to the disconnection between the traditional constitutional theory and the legitimacy of the Constituent Power and Democracy, exactly where the contemporary theory will base its criticism. From the conclusions obtained through this literature review, one can understand that in fact the discussions about Constituent Power and constitutional theory need to be rescued observing the paradigms of constitutional legitimacy and always paying attention to the fact that the Constitutions are synonymous with democracy respecting the guarantees and individual rights.

Keywords: Constitution, Constituent Power, Military Dictatorship, Venezuela, Comparative Constitutional Law, Democracy, Democratic Legitimacy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – A TEORIA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE: UM BREVE RESGATE INTELECTUAL	3
1.1. A proposta de Emmanuel Joseph Sieyès e o Revolucionário “ <i>pouvoir constituant</i> ”	4
1.2. A ideia de Poder Constituinte e o debate entre Kelsen e Schmitt	8
1.3. O Poder Constituinte na literatura constitucional brasileira.....	15
CAPÍTULO 2 – OS (AB)USOS DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-COMPARATIVA	22
2.1. A ideia de Poder Constituinte e revolução permanente na Ditadura Militar brasileira (1964-1985).....	23
2.2. Poder Constituinte e constitucionalismo abusivo na Venezuela (1999)	29
CAPÍTULO 3 – O PODER CONSTITUINTE AINDA É UMA CATEGORIA ADEQUADA PARA PENSAR A ELABORAÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO? A RESPOSTA DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	35
3.1. David Landau e Rosalind Dixon	35
3.2. Menelick de Carvalho Netto	39
3.3. Carlos Bernal Pulido	42
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O Poder Constituinte é um tema de grande relevância no campo do Direito Constitucional Comparado, tendo em vista que suscita debates acerca de seu uso legítimo e dos abusos que podem ser cometidos em seu exercício. Em razão da dimensão da mencionada teoria, pretende-se analisar seus limites, com foco nos registros históricos e nos abusos legais que ocorreram na Venezuela, durante o governo de Hugo Chávez, e no Brasil, durante a Ditadura Militar. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é compreender se a teoria tradicional do poder constituinte ainda é adequada para pensar a elaboração de constituições, especialmente considerando a questão da legitimidade democrática.

A pesquisa examinará algumas abordagens da teoria constitucional contemporânea que considera a vertente tradicional inadequada ao Estado Democrático de Direito". O tema escolhido para este trabalho ainda é pouco discutido em âmbito nacional, dado que não há muitos estudos que dialogam concomitantemente com literaturas tradicionais e contemporâneas, tanto nacionais quanto estrangeiras, a fim de evidenciar pontos de vista do Direito brasileiro e do Direito internacional. A maioria dos manuais de direito constitucional ainda utilizam os princípios tradicionais do Poder Constituinte. O debate no campo do direito constitucional, contudo, encontra-se bem desenvolvido com livros (alguns que serão estudados na presente pesquisa) e artigos publicados em periódicos. A edição mais recente do *International Journal of Constitutional Law*, por exemplo, traz o artigo do professor Sérgio Verdugo “Está na hora de abandonar a teoria do poder constituinte”.¹

A presente investigação adota como metodologia a revisão bibliográfica da literatura, incorporando uma análise comparativa entre Brasil e Venezuela. A utilização de uma perspectiva do direito constitucional comparado tenta incorporar as advertências metodológicas feitas por Neyer (2019) e Veçoso (2019), evitando-se a mera descrição de legislação estrangeira. O objetivo é comparar os usos da teoria tradicional do poder constituinte à luz da contextualização fática e institucional dos dois países.

¹ Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/21/1/14/7174335?redirectedFrom=fulltext>. Infelizmente não consegui ter acesso ao referido texto.

No Capítulo 1, a origem do Poder Constituinte será explanada, revisitando as contribuições de diversos autores. Como sustentação, serão utilizadas as análises da teoria de Siyès, considerado o criador do conceito, realizadas pelos professores Joel Colón-Rios e Lucia Rubinelli, bem como as interpretações propostas por Kelsen e Schmitt. Além disso, serão exploradas as perspectivas de juristas brasileiros, como Pontes de Miranda, Victor Nunes Leal, Paulo Bonavides, José Alfredo de Oliveira Baracho e André Ramos Tavares, no que diz respeito à compreensão e aplicação do tema.

No Capítulo 2, será observado como o conceito tradicional de Poder Constituinte e as suas lacunas possibilitaram abusos durante momentos históricos e específicos, conforme aqueles presenciados na Ditadura Militar brasileira e no governo de Hugo Chávez. Ademais, espera-se evidenciar como a falta de limites claros, a ausência de mecanismos de controle e a instrumentalização desse poder em benefício de interesses particulares resultaram na violação dos princípios fundamentais do Estado de Direito.

Por fim, o Capítulo 3 se atentará às críticas apresentadas por juristas contemporâneos, como Rosalind Dixon, David Landau, Menelick e Pulido, com o intuito de examinar as convergências de suas reflexões ao apontar que a teoria tradicional do Poder Constituinte negligenciou a importância do constitucionalismo e da democracia na concepção e no exercício desse poder, posto que argumentam que a construção de uma Constituição legítima demanda a participação efetiva da sociedade, o respeito aos direitos fundamentais e a consolidação de um ambiente democrático.

Diante dessas considerações, este trabalho busca contribuir para o aprimoramento do entendimento do Poder Constituinte, visando à consolidação de um sistema constitucional sólido e comprometido com os valores democráticos, e refletir sobre a necessidade de revisar as bases teóricas e práticas desse poder a fim de prevenir abusos, assegurar a proteção dos direitos e das garantias constitucionais, bem como promover uma sociedade mais justa e igualitária.

CAPÍTULO 1 – A TEORIA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE: UM BREVE RESGATE INTELECTUAL

Neste primeiro momento, serão demonstrados dois tipos de análise para que se esclareça o advento do Poder Constituinte: o primeiro é teórico, com o fito de abordar brevemente as noções do surgimento da sociedade e o que levaria os seres humanos a chegarem à ideia de uma constituição; e o segundo é histórico, o qual tratará sobre a concepção e as diferentes interpretações do termo “Poder Constituinte” ao longo do tempo.

Ao dar início à noção do Poder Constituinte, identifica-se a necessidade de falar sobre filosofia, pois aqueles que dialogavam acerca do tema costumavam se apoiar nos pensamentos de grandes filósofos da época para conferir maior credibilidade a suas teses. Dessa forma, cabe registrar que parte da teoria de Jean-Jacques Rousseau merece destaque, visto que ele influenciou ativamente estudiosos de diversas áreas de conhecimento.

O contratualista Rousseau entendia que os homens nasciam livres, mas, por necessidade de subsistência, uniam-se como nação, depositavam sua liberdade no Estado e passavam a conviver em sociedade. Ele também postulava que apenas a nação poderia propor leis fundamentais e, portanto, as outras regras criadas pelo Estado precisariam ser convenientes para o povo (CÓLON-RIOS, 2020).

Para posicionar factualmente o cunho do termo “Poder Constituinte”, será utilizado o ponto de vista do professor Colón-Rios (2020), o qual entende que o léxico foi amplamente citado em momentos históricos distintos – como quando usado no plural, na Grã-Bretanha, referia-se ao corpo cidadão como um todo, sendo este superior à Assembleia Legislativa Ordinária. Contudo, indiscutivelmente, não só para Colón-Rios, mas também para Lúcia Rubinelli (2020) e inúmeros estudiosos do Direito Constitucional, o conceito de “Poder Constituinte” surge, pela primeira vez, na Revolução Francesa, com Emmanuel Joseph Sieyès, como “algo” que valida, de fato, a produção de um texto Constitucional.

1.1. A proposta de Emmanuel Joseph Sieyès e o Revolucionário “*pouvoir constituant*”

Antes de adentrar profundamente no que Sieyès entendia como “*pouvoir constituant*” e expor como essa noção se tornou a gênese da teoria constitucional e de variadas discussões no âmbito do Poder Constituinte, precisa-se compreender as origens, as vivências e as principais influências do autor.

Emmanuel Joseph Sieyès foi um revolucionário, teórico político e abade francês que teve papel importantíssimo no que viria a ser a Revolução Francesa. Era, ainda, um crítico da organização político-normativa francesa e defendia amplamente o fim do regime absolutista, buscando uma convivência igualitária entre todos os franceses. Vale ressaltar que o literato viveu o período em que o país se dividia como uma espécie de castas, onde o Primeiro Estado era composto pelo clero; o Segundo Estado, pela nobreza; e o Terceiro Estado, por burgueses e camponeses — em suma, a maioria da sociedade.

Esses Estados compunham o *Estates General*, um tipo de Assembleia Geral responsável por decidir o futuro dos franceses mediante um sistema de votação. O procedimento funcionava da seguinte forma: cada Estado representava sua casta e tinha direito a um voto, independentemente da quantidade de integrantes. Portanto, ainda que a maioria da sociedade constituísse o Terceiro Estado, a pauta era decidida pelos outros dois representantes, visto que sempre votavam de maneira igual.

Sieyès era radical quanto à existência do Primeiro e do Segundo Estado, pois entendia que, pelo fato de a França operar em função do Terceiro Estado, os dois primeiros eram objetivamente desnecessários. Além disso, como a contribuição dos outros estados era praticamente nula para a manutenção do país, ele entendia que o Terceiro Estado possuía todas as prerrogativas para existir como uma nação por si só, a saber:

O que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo que é acorrentado e oprimido. O que ele seria sem a ordem privilegiada (demais Estados)? Tudo, mas um tudo que seria livre e próspero, nada daria certo sem o Terceiro Estado, mas tudo daria certo sem os outros dois (SIEYÈS, 2003, pág. 96, tradução nossa).

Em conformidade com o autor, para que uma nação sobreviva, são necessários serviços públicos e empregos no setor privado. No contexto da iniciativa privada, havia quatro tipos ou graus de trabalhadores: o primeiro exercia o ofício no campo; o segundo preparava os produtos para venda; o terceiro era integrado por mercantes e vendedores, os quais comercializavam os referidos itens; e o quarto desempenhava atividades mais especializadas. Naquela conjectura, 19 a cada 20 funcionários do setor público também eram membros do Terceiro Estado (SONENSCHER, 2003).

A teoria de Sieyès foi demonstrada no *Estates General* em 1789, onde se debatia a respeito do futuro França e de sua forma de governo. De um lado, havia aqueles que defendiam a soberania real e o direito ao voto real; do outro lado, aqueles que defendiam a democracia e o referendo como única possibilidade para estabelecer a soberania popular (RUBINELLI, 2020).

Dito isso, há uma diferente perspectiva para essa discussão. Sieyès propõe que, em ambos os lados, se tenha uma Constituição acima de todas as outras leis — com prerrogativas de liberdade, divisão social do trabalho e papel popular no sistema político —, embasada por aquilo que ele batizou de “*pouvoir constituant*” (RUBINELLI, 2020). O Poder Constituinte legitimaria um protótipo de Assembleia Constituinte para escrever o texto constitucional francês.

Outrossim, Sieyès concorda com Montesquieu quanto ao papel da Constituição: além de refletir a vontade da nação, deveria estabelecer os ordenamentos jurídicos da sociedade, criar os órgãos públicos e atribuir as funções e missões de cada um destes, assim como promulgar a divisão dos poderes.

Considerando que a Constituição era sinônimo de “forma de governo”, a “Constituição da França” era a monarquia absolutista. No entanto, para Sieyès, representava muito mais do que isso; tratava-se de um sistema racional de organização política de acordo com a “lei natural”. Caso houvesse debate sobre o que era a Constituição, a nação incumbida do Poder Constituinte responderia à questão (CÓLON-RIOS, 2020).

Inicialmente, Sieyès atribuiu essa capacidade política e seu exercício ao *Estates General*, contudo, como crítico do sistema, ressaltava que o único que poderia, de fato, desempenhar o Poder Constituinte seria o Terceiro Estado, pois este representava a nação. Diferentemente de Rousseau, o autor entendia que o exercício do Poder Constituinte dependia de um sistema de representação, resultando na participação indireta da população (CÓLON-RIOS, 2020).

Isso pode ser verificado em um trecho do manifesto “O que é o Terceiro Estado?” (1791), onde há o seguinte destaque: os representantes do Terceiro Estado deveriam ser efetivamente membros daquela casta, capazes de ouvir e entender as demandas e representar a população perante o *Estates General*. Sieyès chegou a evidenciar que os mencionados representantes poderiam ser destituídos do poder e que sua liberdade de ação seria restringida, isto é, limitada.

Nesse contexto, é imprescindível ressaltar os esforços do pensador para que o Poder Constituinte não fosse confundido com aquele que é imbuído do Poder Constituinte ou “Constituído” (CÓLON-RIOS, 2020). Sieyès chegou a estabelecer que qualquer legislação seria responsável por dar a si mesma a sua constituição.

Segundo o teórico francês, há dois componentes necessários para a Constituição: o Poder Ativo, no qual a comunidade deveria atingir seus objetivos com a criação do normativo; e o Poder Legislativo, que se refere à representatividade e à atuação na criação de legislações. É nesta segunda premissa que se nota certa concordância com Rousseau, já que as leis deveriam refletir as vontades da nação (CÓLON-RIOS, 2020).

Em outras palavras, o Poder Constituinte possibilitaria a criação de um texto constitucional por uma Assembleia Constituinte, a qual seria composta por representantes do Terceiro Estado, visto que os outros dois seriam desnecessários para a existência da nação francesa. Entretanto, os representantes teriam poderes limitados aos interesses do próprio Estado, podendo ser desempossados do cargo a qualquer momento.

Em suma, a teoria de Sieyès pode ser resumida da seguinte forma: o Poder Constituinte criaria uma Constituição, isto é, um conjunto de leis superiores que deveriam refletir a vontade da nação, a qual seria composta apenas pelo Terceiro Estado francês e

representada por membros escolhidos pelo próprio povo. Henrich Schneider entendia que “Sieyès, um teólogo, passou à nação as prerrogativas tradicionais de Deus (como no cristianismo)”. Por seu turno, Colón-Rios complementa:

Com isso, Sieyès afasta o lócus de Deus e dos reis absolutistas, definindo a nação como um corpo associativo de pessoas que vivem sob a égide de uma mesma lei, representado pela mesma legislatura (CÓLON-RIOS, 2020, p. 60, tradução nossa).

De acordo com Lúcia Rubinelli, a ideia de poder constituinte de Sieyès pode ser sintetizada da seguinte forma:

A inovação mais importante que advinha dos pensamentos de Sieyès, provavelmente, foi a diferenciação que ele estabeleceu, tanto teoricamente quanto praticamente, entre o Poder Constituinte, o poder da população (nação) de autorizar a Constituição, e os constituídos do Poder Constituinte, ou seja, as autoridades representantes da nação, mas limitadas pelo texto constitucional no executivo e no legislativo (2020, p. 53, tradução nossa).

Para o teórico francês, o Poder Constituinte era o poder do povo para criar e estabelecer uma nova ordem política ou constituição. Em outras palavras, cabia ao povo decidir o tipo de governo que queria, bem como criar as instituições necessárias para tornar esse governo uma realidade (SIEYÈS, 2003). Além disso, a natureza do Poder Constituinte funcionária da seguinte forma: como a nação e a sua vontade, onde se origina o Poder Constituinte, são conceitos baseados no Direito natural, conseqüentemente o Poder Constituinte também seria algo proveniente desse Direito (SANTOS, 1976).

Segundo Rubinelli (2020), o conceito de Poder Constituinte de Sieyès era radical, tendo em vista que desafiava a noção tradicional de que a autoridade política derivava da monarquia ou de outras instituições estabelecidas. Efetivamente, o francês argumentava que o poder político se originava, em última análise, do próprio povo, e que este, se assim desejasse, tinha o direito de estabelecer uma nova ordem política.

Para Sieyès, a essência da discussão é a seguinte: o Poder Constituinte é o direito da nação de escolher a sua forma de governo e seus representantes. Ademais, consoante a Rubinelli (2020), o escritor francês entendia que os representantes precisavam ser eleitos pela nação, tornando-se aqueles com “poderes constituídos”, a fim de criar uma constituição nos moldes de governo do povo, o verdadeiro titular do Poder Constituinte.

Nesse sentido, o conceito de Poder Constituinte foi um componente-chave da Revolução Francesa, do movimento mais amplo pela democracia e da autodeterminação que surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, permanecendo de extrema relevância para a filosofia e teoria política contemporânea, pois levanta questões fundamentais sobre a natureza da autoridade política e a relação entre o Estado e a nação.

Como se pode depreender, Sieyès criou a discussão sobre Poder Constituinte e, futuramente, outros pensadores a aprimoraram. Portanto, a Teoria Racional Ideal, como ficou conhecida a Teoria Constitucional, é fundada no princípio da liberdade advinda de direitos e não de privilégios — na qual a nação é um ente de Direito natural —, no sistema de representação-imputação, e na criação de um Poder Constituinte.

1.2. A ideia de Poder Constituinte e o debate entre Kelsen e Schmitt

Com o intuito de aprofundar a discussão e avançar ainda mais na história, este subtópico analisará as teorias do Poder Constituinte propostas pelos juristas contemporâneos Hans Kelsen e Carl Schmitt, respectivamente, nos livros “Teoria Pura do Direito” e “Teoria da Constituição”, os quais foram publicados entre 1996 e 1998.

Antes de explanar as duas novas perspectivas, faz-se necessário esclarecer que os autores viveram durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, períodos extremamente conturbados para aqueles que se dedicavam à reflexão do Direito.

Carl Schmitt nasceu em Plettenberg, na Alemanha, em 1888 e se tornou uma personalidade relevante no cenário político-jurídico. Além de discutir a respeito de filosofia, Poder Constituinte e origem da Constituição, o estudioso inspirou debates importantes sobre a concepção da Teoria do Estado e foi extremamente relevante para o

estabelecimento jurídico e para a validação normativa do governo nazista, já que ocupava uma posição muito influente em seu partido.

Já Hans Kelsen nasceu em Praga, em 1881, e foi um jurista renomado por sua obra antológica, tendo se tornado referência em estudos de princípios no campo do Direito. Diferentemente de Schmitt, o austríaco defendia fortemente a democracia como forma de governo e, inclusive, foi um dos responsáveis pelo estudo da criação do Estado de Direito e do Poder Constituinte. Em sua investigação, eram prioridade a validação e o objetivo da Constituição como corpo normativo.

Agora que se sabe quem são Kelsen e Schmitt, parte-se para a análise de cada um a respeito da Teoria Constitucional e do Poder Constituinte. Kelsen acreditava que o sistema legal era um conjunto hierárquico de normas criado por um sistema legal existente e argumentava que uma nova Constituição ou emenda, por exemplo, só poderia ser feita por meio de canais legais, tais como o processo de emenda constitucional ou a criação de novas leis (KELSEN,2006).

Para adentrar de forma mais profunda em sua teoria, é necessário entender que, para o filósofo, uma norma jurídica só teria validade caso outra ordem jurídica a concedesse essa validade, respeitando o seu sistema de hierarquia normativa, onde a norma superior valida as inferiores (KELSEN,2006). Sendo assim, um elemento relevante para que todo o seu sistema funcione é a ideia de norma fundamental:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem (KELSEN,2006, p. 136, tradução nossa).

O conceito de Kelsen para a norma fundamental muito se aproxima do atual conceito de Constituição, apesar de, na visão dele, não serem a mesma coisa. O escritor entende que a Constituição não é o ápice, o topo da pirâmide jurídica, mas, sim, que existe uma norma superior à própria Constituição, uma norma pressuposta e não positivada, a qual ele denominou *Grundnorm* (KELSEN,2006). Esta norma seria aquela que valida por

completo o Estado de Direito e a sua existência. Seguindo a lógica, a Constituição deriva da *Grundnorm*, assim como todas as outras normas do ordenamento jurídico, conforme esclarece Martin Loughlin:

Mas se a lei é uma hierarquia de normas, eventualmente a cadeia de autorização acaba por se esgotar. Ficamos com uma *Grundnorm* (norma fundadora) no ápice, que autoriza as normas inferiores, mas não é ela própria autorizada por uma norma superior. Esta *Grundnorm* é a constituição original da ordem legal (LOUGHLIN, 2014, p. 222, tradução nossa).

Desse modo, deve-se levantar a seguinte questão: onde se encaixa o Poder Constituinte, aquele que de fato cria a o texto Constitucional? A verdade é que este debate não interessava a Kelsen, visto que, em sua opinião, se trata de um problema político e não puramente jurídico, não cabendo a ele ou a qualquer outro jurista responder à questão.

Esta *Grundnorm* é a constituição original da ordem legal. Quem autoriza essa constituição original? Kelsen responde que, em legal ciência, esta questão – a questão do poder constituinte – não pode ser abordada: a *Grundnorm* só pode ser pressuposta. O Poder constituinte – a vontade que torna a constituição – é, para Kelsen, uma questão política e não uma questão legal. Na ciência jurídica positivista, o conceito de Poder Constituinte pertence ao mundo do mito – um mito político que fundamenta a autoridade da norma básica – ou é uma expressão de poder bruto. É uma expressão política, metafísica ou teológica, conceito sem significado jurídico (LOUGHLIN, 2014, p. 224, tradução nossa).

O poder de criar uma Constituição não foi investido ao povo, mas, sim, ao sistema jurídico existente. Kelsen argumentava que o sistema jurídico era a última fonte de autoridade e que o povo tinha o poder de exercer os seus direitos e as suas liberdades no quadro da lei. Ademais, o teórico acreditava que qualquer alteração no sistema jurídico deveria ser feita no âmbito do quadro jurídico em vigência e estar em conformidade com os procedimentos legais (KELSEN, 2006).

A opinião de Kelsen sobre o conceito de Poder Constituinte, tido como um mito político, baseava-se em sua teoria de direito puro, tendo em vista que ele acreditava que a lei era um sistema autônomo, independente de quaisquer considerações políticas ou

morais. O filósofo austríaco argumentava que a lei poderia ser estudada e compreendida sem referência a fatores externos (KELSEN, 2006).

Pois bem, o ponto de partida para introduzir a teoria constitucional de Carl Schmitt é a concepção de Constituição. Em sua obra “Teoria da Constituição”, a qual foi utilizada como base para as discussões propostas nesta seção, o autor dedica três capítulos à conceitualização da Constituição, fixando-se nos quatro seguintes conceitos: absoluto, relativo, positivo e ideal. Nesse sentido, convém ressaltar que, no presente estudo, se optou pelo raciocínio final do político alemão, que observava a Constituição como um conjunto de decisões políticas do Poder Constituinte (SCHMITT, 1996, tradução nossa) ou um “produto circunstancial de condições históricas particulares. É o resultado de uma decisão política específica, na qual é dada materialização como o Poder Constituinte” (LOUGHLIN, 2013, tradução nossa).

Enquanto Siyés entendia o Poder Constituinte como algo muito ligado ao Terceiro Estado francês, com um conceito pouco trabalhado, Kelsen, como visto anteriormente, atribuía um caráter puramente político ao Poder Constituinte.

Em contraposição, Schmitt foi um dos primeiros juristas a atrelar a Constituição diretamente ao Poder Constituinte, uma vez que:

O Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de tomar a decisão concreta da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo (SCHMITT, 1996, p. 93, tradução nossa).

O autor também fazia questão de afastar sua visão de conceitos etéreos, pois entendia que a Constituição não busca a sua validade em uma norma justa. Para ele, a Constituição se apoia e busca validade em uma decisão política que deriva de “Ser Político”, o qual pode ser entendido como o mesmo que ter para si a vontade política capaz de criar a Constituição (SCHMITT, 1996, tradução nossa).

Derivado da sua teoria de Estado e Constituição, o argumento de Schmitt postulava que o Estado representa a unidade política de um povo, podendo apenas ser

mantida através do estabelecimento de um meio para ultrapassar conflitos internos. Para tanto, uma potência soberana deve impor a sua vontade em resposta a quaisquer ameaças à unidade política. Em tempos de paz, a existência de um poder soberano pode ser ocultada, e mecanismos constitucionais formais são suficientes para resolver disputas (SCHMITT, 1996, tradução nossa). Contudo, uma vez que é improvável prever as questões que podem pôr em perigo a unidade, a rendição da vontade soberana não é uma opção. Como tal, o soberano torna-se a entidade que reconhece as situações excepcionais em que a unidade é ameaçada e toma medidas para as resolvê-las (SCHMITT, 1996, tradução nossa).

O ponto de vista de Schmitt distingue-se dos juristas que veem a Constituição como um contrato. O político argumenta que se trata fundamentalmente de uma decisão que emana da vontade soberana e implica um exercício do Poder Constituinte. Por outro lado, os juristas normativistas pretendem retirar qualquer referência à existência deste ato de vontade soberana do reino do pensamento jurídico. Os decisores, no entanto, acreditam que ao separar as normas de ordem jurídica das realidades da existência política, o normativismo distorce a compreensão das disposições constitucionais (SCHMITT, 1996, tradução nossa).

Cada vez mais o conceito de Poder Constituinte evolui e se aproxima de algo comparável com o que existe atualmente na visão de alguns constitucionalistas. Isso fica claro quando Schmitt começa a atribuir características já familiares ao Poder Constituinte, como a ideia de continuidade, unitariedade e indivisibilidade, a saber: “Uma vez exercido, não é por essa razão que está terminado e desapareceu. [...] O Poder Constituinte é unitário e indivisível” (1996, p. 94, tradução nossa).

O jurista argumentou que o Poder Constituinte repousava nas mãos do povo e que criar uma Constituição ou reformar uma já existente não era um ato sujeito a restrições legais ou institucionais. Ele acreditava que o referido poder não derivava de qualquer quadro jurídico ou institucional pré-existente, mas era um direito inerente da nação (SCHMITT, 1996, tradução nossa), tratava-se de uma manifestação da soberania do povo e estava, portanto, acima do sistema legal.

Schmitt postulava que a validade real da Constituição dependia da origem de um poder ou autoridade constituinte, bem como do seu estabelecimento pela vontade desta entidade. Qualquer coerência presente na Constituição decorre de uma vontade pré-existente e unificada, que não é inerente às normas, mas apenas existe no contexto político do Estado (SCHMITT, 1996, tradução nossa).

Para compreender a importância do Poder Constituinte na ideologia de Schmitt, é crucial reconhecer que o Estado não é estático; ele está em contínua evolução e demonstra “o princípio da emergência dinâmica da unidade política, do processo de formação constantemente renovado e da emergência desta unidade a partir de um poder e energia fundamental ou, em última análise, eficaz” (SCHMITT, 1996). Portanto, o Poder Constituinte não se limita exclusivamente a ser aquilo que Schmitt apelidava de soberania; significa também o processo formativo através do qual essa vontade soberana se manifesta ao longo do tempo.

Em suma, Kelsen e Schmitt possuíam opiniões tanto contrastantes quanto semelhantes. Pode-se destacar que as suas teses se parecem muito no momento pré-constitucional, ou seja, antes de a Constituição ser criada. Ambos os pensadores têm para si que a criação da Constituição é um momento político. Como citado anteriormente, Kelsen evidenciava que a composição de uma Constituição, por meio da *Grundnorm*, seria uma “questão política e não legal”, logo não cabe a ele, um jurista, opinar.

Schmitt muito se aproximava de Kelsen nesse aspecto, visto que, em sua teoria, o momento de criação da Constituição é um resultado de uma decisão política advinda do que ele chama de “Ser Político”. A semelhança está no fato de ambos acreditarem que a movimentação pré-constitucional é um momento político, ainda que Schmitt elabore e desenvolva um pouco mais a sua hipótese.

Kelsen argumentava que o sistema legal era a fonte última de poder e que quaisquer mudanças no sistema legal deveriam ser feitas dentro da estrutura legal existente e cumprir o processo legal. Ele acreditava que qualquer tentativa de criar ou emendar uma Constituição fora da instituição violava o Estado de Direito e poderia levar à anarquia. Ademais, postulava que o conceito de Poder Constitucional era político e não legal, devendo ser exercido legalmente.

Diferentemente, Schmitt justificava que o conceito de Poder Constituinte era uma parte necessária à ordem política, cabendo à nação o ato de criar constituições ou reformar as existentes. O escritor acreditava que esse poder não estava sujeito a nenhuma autoridade legal ou institucional e defendia que o poder do povo só poderia ser exercido por meio da tomada de decisão política.

Contudo, os juristas tinham opiniões fundamentalmente diferentes em certos pontos. Por exemplo, sobre a natureza e o papel do Poder Constituinte na ordem política, Kelsen declarava que se trata de um mito e que qualquer exercício do poder deveria ser feito mediante canais legais. Afirmava, ainda, que o poder de criar uma Constituição ou de reformar uma já existente era unicamente do sistema jurídico em vigor, enquanto Schmitt assegurava que o poder de criação ou reforma de uma Constituição era incumbência do povo.

Outrossim, talvez a principal diferença entre os juristas seja observada após a criação e implementação da Constituição, no momento de funcionamento do Estado de Direito. Kelsen, ao constatar que as normas concretas posteriores precisavam obedecer à dinâmica de hierarquia normativa e ser validadas, estabelece um conceito para operacionalizar a sua teoria, a norma pressuposta:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo (KELSEN, 2006, pág. 140).

Já para Schmitt, a grande questão após a Constituição ter sido criada e promulgada também se dá em contexto político. Como o normativo era fruto da vontade de um “Ser Político”, em determinados momentos, essa Constituição poderia não representar a vontade da nação. À vista disso, ele estabelece que o Poder Constituinte também poderia modificar o texto constitucional conforme as seguintes regras:

Reformas inconstitucionais da Constituição: alterações constitucionais feitas sem observância do procedimento previsto na lei constitucional; Emendas constitucionais à Constituição: emendas à Constituição com observância do procedimento previsto nas leis constitucionais para tais emendas e revisões (revisão constitucional no sentido próprio); Violação inconstitucional da Constituição: violação por meio de uma exceção legal-constitucional de uma previsão jurídico-constitucional sem seguir o procedimento de procedimento para emendas constitucionais; Violação constitucional da Constituição: violação excepcional de uma exigência legal-constitucional para um ou mais casos específicos, se tal violação excepcional for permitida por uma lei ou o procedimento previsto para emendas à Constituição é observado (SCHMITT, 1996, pág. 115).

O filósofo alemão observou que a sua forma de pensar o Estado de Direito, levando em consideração a vontade do “Ser Político” da nação, estaria aberto a possíveis incoerências, uma vez que o texto constitucional poderia não cumprir mais o seu objetivo. Sendo assim, nota-se que Schmitt propôs alternativas para preencher as lacunas de sua teoria, diferenciando-se de Kelsen.

A disputa entre os juristas sobre o conceito de Poder Constitutivo refletiu não apenas suas divergências acadêmicas, mas também suas visões radicalmente diferentes a respeito da natureza do Direito e da política. Kelsen acreditava que o Direito era um sistema autônomo independente de considerações políticas ou morais, enquanto Schmidt presumia que a ordem política consistia na distinção entre amigos e inimigos.

Em última análise, cabe frisar que a disputa entre Kelsen e Schmitt sobre o conceito de Poder Constituinte permanece sem solução, sendo um tema de debate na teoria jurídica e política. Inegavelmente, esse assunto chegará ao Brasil e instigará pensadores e juristas que se dedicam aos temas de Direito e Poder Constitucional brasileiros.

1.3. O Poder Constituinte na literatura constitucional brasileira

No Brasil, o debate sobre o Poder Constituinte e o seu papel na formação e interpretação da Constituição vem ocorrendo há muitos anos. Os juristas brasileiros reconheceram as ideias de Schmitt e Kelsen, por exemplo, como relevantes e adaptaram-nas ao Direito Constitucional do Brasil, especificamente ao contexto dos procedimentos

de emenda constitucional e dos poderes judiciais. Assim, neste capítulo, serão analisados alguns dos juristas que falaram acerca do assunto, começando pelo reconhecido Pontes de Miranda.

Para o jurista brasileiro supramencionado, a discussão sobre Poder Constituinte começa a partir de dois conceitos distintos, sendo eles: construção do Estado e constituição do Estado, entendendo-se que a construção estatal é o *modus operandi*. “O poder de construir-se vem desde o direito das gentes ao mais inexpressivo dos atos estatais internos” (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 113), ou seja, construir-se é falar desde o direito macro, o “Direito Civil”, até cada ato que o Estado pode ou não fazer, por mais insignificante que aparente ser.

Além disso, para o autor, o Estado também se constituirá estabelecendo sua organização e criando a hierarquia normativa: “o poder de constituir-se atende à organização interna do Estado, podendo esse adotar dicotomia tal das normas de organização que estabeleça a prioridade de algumas, ditas então, com exclusão das outras constitucionais” (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 113). Após fazer essa diferenciação, Pontes compreende que, antes de entender o que é o Poder Constituinte, precisa estabelecer o que seria o poder estatal e o que representa.

O poder estatal seria o “poder de construir e reconstruir o Estado” (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 113) e englobaria todos os atos estatais, isto é, os Poderes do estado, como o Constituinte e o Legislativo:

O conceito de poder estatal abrange todos os atos do Estado, normais (isto é, de acordo com as regras jurídicas, quer de direito interno quer de direito das gentes) e os infringentes de normas (como os atos ilícitos dos Estados no plano de direito das gentes e os anticonstitucionais e os ilegais, no plano do direito interno), os construtivos e os reconstrutivos, portanto, também os atos pré-constitucionais, os de constituição e os pós-constitucionais, normais ou não (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 114).

Estabelece-se, então, o poder estatal como a ideia de poder criador e reparador, uma ideia que muito se assemelha ao conceito da *Grundnorm*, de Kelsen, no que concerne ao quesito importância, pois tanto para o pensador alemão quanto para Pontes de Miranda

faz-se referência ao topo da pirâmide estatal dos poderes por analogia. Diante disso, todos os outros poderes do Estado derivariam do poder estatal. Sendo assim, Pontes de Miranda conceitua o Poder Constituinte da seguinte maneira:

O poder constituinte é apenas a mais alta espécie do poder de legislar, que se contém, como o de executar e o de julgar, no poder estatal” [...] poder constituinte é apenas a função de formular regras, ou adotar regras, que sejam, concretamente, o necessário, segundo o seu próprio critério, à atividade política do Estado (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 116).

O jurista também passa a explicar como se comportaria o Poder Constituinte e alguns pontos apresentados aproximam a sua visão à de pensadores mais recentes, como a indivisibilidade do poder e o fato de tratar-se de um poder interno:

O poder constituinte é interno, indivisível, e tem por atividade normação seletiva (atos de acordo com a Constituição e atos contrários à Constituição), de modo que é puro poder de elaboração de regras jurídicas [...] o poder constituinte é discriminatório do que se há de considerar, dentre esses atos, acorde, ou não, com a normação constitucional” (PONTES DE MIRANDA, 2005, pág. 114).

Pontes de Miranda discute e tenta recepcionar as teorias do Poder Constituinte e o debate ocorrido entre Kelsen, Schmitt e outros pensadores, citando, inclusive, Sieyès em sua exposição. O posicionamento de Pontes demonstra que os juristas brasileiros se apoiaram nas teorias europeias para estruturarem a tese da existência do Poder Constituinte, indicando onde nasce, quais são suas atribuições e como influenciará a existência do Estado de Direito brasileiro.

Contemporâneo às discussões propostas por Pontes de Miranda, tem-se o posicionamento do jurista Victor Nunes Leal. Nascido em Carangola, Minas Gerais, em 11 de novembro de 1914, foi Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1960, nomeado por Juscelino Kubitschek e teve papel relevante na criação dos cursos de Direito, Economia e Administração da Universidade de Brasília.

Vale ressaltar que o artigo tecido por Victor Nunes Leal a respeito do Poder Constituinte, o qual será analisado em sequência, foi escrito em junho de 1946, às vésperas da Assembleia Constituinte que criou a Constituição de 1946. Dado esse contexto, Leal introduz o seu pensamento da seguinte forma:

Dizer que o poder constituinte é o poder de elaborar a constituição é esclarecer quase nada. Restaria identificar o seu titular e indagar como se manifesta esse poder, e como atua. Restaria ainda esclarecer o que é a constituição (LEAL, 1946, pág. 214).

Para Leal, não basta dizer que o Poder Constituinte é aquele que redige e elabora a Constituição, ele questiona a discussão e introduz novos aspectos, como, por exemplo, quem é o titular do poder e como este se manifesta e atua. Para ele, citando Sieyès, não há que se prender a questões filosóficas e debater se a igreja ou os monarcas são os titulares do Poder Constituinte, estabelecendo que o titular desse poder é a nação.

O jurista desenvolve a seguinte lógica: sendo o povo o titular do Poder Constituinte, o comportamento e a atuação deste devem ser ilimitados e irrestritos, visto que qualquer restrição ou limitação poderia insurgir em contradição, já que limitaria a própria vontade da nação e de seus representantes:

Não seria possível, portanto, criar limitações ao exercício do poder constituinte do povo, sob pena de contradição, senão formulando outro princípio, em virtude do qual se transferisse o poder constituinte a outro titular (LEAL, 1946, pág. 215).

Nota-se que Leal não inovará a discussão, pois trará uma ideia parecida à de Sieyès e Pontes de Miranda, isto é, a nação como titular, estabelecendo que o Poder Constituinte se comportaria de forma irrestrita e ilimitada por ser um reflexo da própria nação, uma visão alinhada com os juristas de seu tempo.

A fim de seguir a linha cronológica das publicações dos autores que basearam este capítulo, será abordado o pensamento de um último jurista que contribuiu para o

desenvolvimento da teoria do Poder Constituinte dentro do Direito brasileiro, Paulo Bonavides, renomado ex-professor da Universidade Federal do Ceará e membro da Academia Cearense de Letras.

Bonavides (1978, pág. 17) define o Poder Constituinte como “a manifestação soberana da vontade popular de criar uma nova ordem jurídica”. Ele acredita que esse poder é originário e incondicionado, ou seja, surge do povo e não está sujeito a limitações ou condicionamentos externos. Além disso, Bonavides argumenta que o Poder Constituinte é ilimitado e pode alterar qualquer aspecto da ordem jurídica, incluindo as normas e instituições políticas. Percebe-se que, assim como Pontes de Miranda e Paulo Gusmão, Bonavides também possui uma visão semelhante, mostrando que o formato da teoria constitucional começa a ser criado.

Ademais, Bonavides, apesar de não ser o primeiro a fazer tal distinção, utiliza sua interpretação para demonstrar um grande divisor na teoria do Poder Constituinte, conceituando o que seria o mencionado poder, que ele chamará de Poder Constituinte Constituído, e diferenciando o conceito político do jurídico:

O conceito político de poder constituinte (o poder constituinte originário). Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído. O primeiro faz à Constituição e não se prende aos limites formais: é essencialmente político ou se quiserem extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto reformar o texto constitucional [...] O conceito jurídico de poder constituinte (o poder constituinte constituído). Pelo conceito jurídico, o poder constituinte toma a forma representativa, implica a existência prévia de uma organização constitucional da qual ele legitimamente emana para o desempenho de sua atividade” (BONAVIDES, 1978, pág. 19)

Bonavides apresenta a ideia de que o Poder Constituinte é mais denso do que um poder capaz de reformar e criar uma Constituição, ilimitado e amplo, sendo a manifestação da soberania da nação mediante Assembleia Constituinte. Estabelece-se, então, que o Poder Constituinte é aquele que de fato cria a Constituição, representando a vontade do povo, sendo um poder político; já o Poder Constituinte Constituído é aquele que reforma e modifica o texto já implementado para que mantenha o seu propósito.

Diante disso, percebe-se que os pensadores e os juristas brasileiros se apoiaram nas discussões de estudiosos europeus, o que possibilita a percepção de que a teoria constitucional começa de fato a tomar forma, e esses pensadores passam a ter pontos semelhantes e até idênticos entre suas teorias, pouco inovando e questionando pontos relevantes quanto ao Poder Constituinte, como a legitimidade de sua existência e de ações derivadas, bem como a sua relação com a democracia.

Contudo, Bonavides começa a elaborar pensamentos distintos daqueles já existentes, como se pode observar a seguir:

No Brasil um poder constituinte desse teor e organização (apresentado na sua teoria) ainda não funcionou, de modo à produzir em grau supremo uma Constituição de legitimidade democrática irrefragável (BONAVIDES, 1978, pág. 23).

A questão mais importante dessa colocação é que, até o momento da publicação da obra de Bonavides, o Poder Constituinte não havia funcionado no Brasil, especificamente na Ditadura Militar, evento histórico ocorrido entre 1967 e 1986, que será discutido na teoria constitucional brasileira e amplamente abordado no próximo capítulo.

Ademais, buscando demonstrar como a literatura da teoria constitucional e do Poder Constituinte evoluíram dentro do período da Ditadura Militar, a próxima obra que será citada é a do jurista José Alfredo de Oliveira Baracho, intitulada “Teoria Geral do Poder Constituinte”, de 1982. Baracho, professor e diretor na Universidade Federal de Minas Gerais, foi uma figura importante no cenário do estudo do Direito Público.

Ao mostrar os reflexos das indagações feitas por Paulo Bonavides, enquanto se fala da legitimidade do Poder Constituinte, Baracho cita Bonavides em diversos trechos para fundamentar a sua opinião sobre o Poder Constituinte, a sua origem, natureza, titularidade e o seu comportamento:

PAULO BONAVIDES acentua que fundamentalmente a teoria do Poder Constituinte é uma teoria da legitimidade do poder, que surge na ocasião em que nova forma, situada nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, toma relevo histórico e revolucionário em fins do século XVIII. Poder novo que surge oponível ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, transforma-se em dado essencial para as reflexões em torno das instituições políticas (BARACHO, 1982, pág. 49).

O grande ponto de análise do texto de Baracho, para demonstrar a o desenvolvimento do pensamento da teoria do Poder Constituinte, é a sua divisão em originário e derivado veja-se que essa é a divisão mais tradicional, a qual a maioria das pessoas conhece. O Poder Constituinte originário refere-se à visão mais tradicionalista, sendo inicial e ilimitado:

Como poder originário da sociedade política, somente o Poder Constituinte tem caráter inicial e ilimitado [...] Entre a criação ou recriação revolucionária de um ordenamento constitucional (Poder Constituinte originário) e sua modificação, sem solução de continuidade (Poder Constituinte derivado) (BARACHO, 1982, pág. 54).

É possível perceber que Baracho estabelece uma linha muito parecida com a visão de Bonavides para a sua teoria, em que há um poder ilimitado, inicial e irrestrito, fruto de uma “recriação revolucionária”, e o poder derivado, aquele que modificaria o texto constitucional para manter o andamento e o equilíbrio do Estado de Direito.

A fim de trazer uma literatura mais contemporânea e de analisar o cenário atual do Direito brasileiro e a teoria constitucional, será feita uma exposição sobre a obra de André Ramos Tavares, professor da Università di Bari e dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, e sua visão sobre a teoria do Poder Constituinte.

Tavares entende que a Constituição e a norma constitucional seriam o ápice do Direito, contudo, a Constituição não possui fundamento positivado, isto é, devidamente escrito, e o Poder Constituinte seria, então, o grande “escritor”, ditando o que deve constar na Constituição, mas ele entende que esse poder possui limites que delimitarão a sua atuação:

É aceito que, por definição, não existe norma jurídica superior à constitucional. Esta, portanto, ocupa o patamar último do Direito. Nesse sentido, o fundamento da Constituição não poderá ser encontrado em nenhuma regra de matiz jurídico-positivo. O poder constituinte é o supremo fornecedor das diretrizes normativas que constarão desse documento supremo. Não obstante isso, referido “poder” encontra limitações que lhe balizam o atuar, e que adiante serão desenvolvidas (TAVARES, 2012, pág. 34).

O jurista adiciona o traço moderno à teoria constitucional, entendendo que existe a divisão entre o que é o Poder Constituinte originário e o derivado, obedecendo-se à visão moderna para atuação de ambos, em que o primeiro atua para implementar a Constituição e logo se extingue, e o segundo atua por meio dos legisladores para aditar e emendar o texto constitucional vigente:

“poder” constituinte originário corresponde à possibilidade (poder) de elaborar e colocar em vigência uma Constituição em sua globalidade. Esta, por sua vez, entende-se como o documento básico e supremo de um povo que, dando-lhe a necessária unidade, organiza o Estado, dividindo os poderes (constituídos) e atribuindo competências, que assegura a necessária proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e traça outras regras que terão caráter cogente para o legislador ordinário [...] Já a noção de poder “constituente” derivado é utilizada para designar aquela parcela de competência atribuída, geralmente, ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, e que no caso brasileiro é, como se sabe, atribuído ao Congresso Nacional [...] Trata-se, portanto, do poder de reforma da Constituição, previsto por ela mesma, vale dizer, por ela instituído, regulado e limitado (TAVARES, 2012, pág.37).

É notável que a ótica moderna do Poder Constituinte se diferencia das apresentadas até o momento. Tavares tem uma visão limitadora e precisa, deixando claro o que cada um pode ou não fazer e quem é o titular em cada momento de elaboração e operacionalização do texto constitucional. Em resumo, a modernização da teoria constitucional dentro do Direito brasileiro demonstra um aprofundamento do pensamento devido aos acontecimentos que serão esmiuçados no capítulo subsequente.

CAPÍTULO 2 – OS (AB)USOS DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-COMPARATIVA

O primeiro capítulo do trabalho foi um apanhado histórico de toda a teoria constitucional: de seu surgimento, discussões, evoluções até os reflexos na literatura

constitucional brasileira. Uma das grandes questões dessa teoria, mais especificamente da teoria do Poder Constitucional, é a sua imprecisão quanto aos limites, como observado nos posicionamentos distintos de todos os juristas citados no Capítulo 1. A ausência de limites, inevitavelmente, gerou problemas, como descreveu Bonavides a respeito da desenvolvimento da teoria do Poder Constituinte durante o período da Ditadura Militar no Brasil:

Ao contrário: em 1967 houve um retrocesso com à chamado poder constituinte delegado, que fez a Constituição daquele ano, no exercício de uma competência de legitimidade duvidosa e contestada, porquanto se tratava de poder constituinte constituído e não originário. Podia reformar a Constituição, mas não podia fazer uma nova Constituição, como efetivamente fez,

O processo constituinte autoritário, usurpatório da soberania popular, já deu ao Brasil, por via de outorga, duas cortas constitucionais: uma monárquica, a do Império; outra ditatória, a do Estado Novo (BONAVIDES, 1978, pág. 23).

Bonavides destaca que a Ditadura Militar e a Constituição do Brasil de 1967 foram grandes retrocessos dentro da teoria constitucional. Assim, neste capítulo, serão abordados os abusos do Poder Constituinte ocorridos tanto no Brasil quanto na Venezuela. O primeiro caso a ser analisado será o período da Ditadura Militar no Brasil, com início em 1964.

2.1. A ideia de Poder Constituinte e revolução permanente na Ditadura Militar brasileira (1964-1985)

Nesta seção, será tratada a questão do Poder Constituinte durante a Ditadura Militar brasileira e a ideia de “revolução permanente” que foi usada para a criação de atos institucionais a fim de que os militares pudessem passar o que lhes interessava e se manterem no poder. Contudo, antes disso, cabe destacar e entender, mesmo que em uma breve passagem, o cenário político-social que culminou na ascensão da Ditadura no país.

Em meados da década de 50 e início dos anos 60, o Brasil enfrentava uma série de desafios sociais e políticos, apesar da ascensão, com a construção de Brasília, do bom cenário com as empresas de capital exterior e do cumprimento do Plano de Metas (50

anos em 5) durante o governo do então Presidente Juscelino Kubitschek. Esse avanço veio com um custo muito elevado, a dívida externa brasileira subiu muito no período, o que ocasionou a alta da inflação.

Em 1961, o Brasil elegeu Jânio Quadros como Presidente. Quadros era uma figura controversa, que fez campanha em uma plataforma anticorrupção e prometeu limpar a política brasileira. No entanto, sua presidência durou pouco. Apenas sete meses após assumir o cargo, renunciou à presidência, alegando oposição política.

Quadros foi sucedido por seu Vice-Presidente, João Goulart, ainda mais progressista. A presidência de Goulart foi marcada por uma série de reformas econômicas e sociais, incluindo reformas agrárias e aumento do salário-mínimo. Contudo, essas políticas foram vistas como radicais por muitos conservadores no Brasil, os quais temiam que Goulart estivesse conduzindo o país para o socialismo.

Em 1964, um grupo de líderes militares, apoiado por poderosos interesses empresariais, lançou um golpe de Estado contra Goulart. Os militares justificaram as suas ações alegando que estavam defendendo o Brasil contra o comunismo e protegendo as instituições democráticas do país. A promessa dos militares sempre foi a de assumir o poder para proteger o país do comunismo e, assim que essa ameaça fosse contida, o governo seria devolvido aos populares para uma nova eleição, mas não foi isso que aconteceu.

O cenário político e jurídico que os militares assumem é este, logo neste começo já temos um tópico muito controverso no começo do regime militar, a criação de uma nova Constituição. Essa seria a tendência contudo, como ocorreu em 1930 com Getúlio Vargas, os militares decidem manter a Constituição de 1946 em vigor e, em um primeiro momento, não se faz outra Constituição:

“Para a ditadura militar, o problema constitucional se inicia cedo. A emergência de um novo regime sugere o advento de uma nova Constituição. Porém, da mesma forma que em 1930 Vargas manteve em vigor a Constituição de 1891, em 1964 optou-se por manter em vigor a Constituição de 1946 (BARBOSA, 2012, pág. 52)

Este é o cenário político brasileiro em abril de 1964: os militares haviam assumido o poder. Por meio do Ato Institucional nº 1, criaram um paralelismo entre os Atos e a

Constituição, uma espécie de organismo legal diferente da Constituição, mas que a modificaria:

No dia 9 de abril foi divulgado o Ato Institucional (não numerado naquela ocasião) subscrito por três comandantes militares que estiveram à frente do golpe de Estado. Já no seu artigo 1º vinha apresentada a fórmula de convivência entre normas constitucionais e atos institucionais que seria renovada ao longo de todo o regime: “São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato [...] Qual é a sinalização que vem do art. 1º? A princípio, a mutilação seletiva da ordem constitucional. O Ato afirma que a Constituição então vigente estaria mantida, mas acrescida das alterações trazidas pelo próprio Ato, ou seja, o regime se colocava na posição de modificar a ordem constitucional por meio de uma decisão unilateral e não sujeita a nenhum tipo de aprovação pelo Congresso ou controle judicial. Mas ao mesmo tempo a Constituição de 1946 não é inteiramente revogada ou substituída por outro tipo de norma jurídica (PAIXÃO, 2020, pág. 231).

Foi no primeiro Ato Institucional que o termo “revolução” se tornou importante para que os militares pudessem criar os Atos Institucionais da forma que quisessem, deixando claro que o que ocorreu no Brasil em abril de 1964 foi uma “uma autêntica revolução” (PAIXÃO, 2020, pág. 231). Ao ser denominada como revolução, os militares entendem que essa ruptura com o antigo organograma político evoca a instituição do Poder Constituinte:

Pouco depois de “fixar o conceito” do golpe como revolução, o texto assinala: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte (...) Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte

Ao invocar o poder constituinte, o regime invoca para si o poder de reescrever a Constituição, pois entende que essa conduta está autorizada pelo movimento que se autodenomina “revolucionário”.

Afinal de contas, prossegue a exposição de motivos, “a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória (PAIXÃO, 2020, pág. 232).

Concernente a esse período, alguns tópicos merecem destaque, tais como o conflito que logo se instaura assim que o Ato Institucional nº 1 é publicado e o debate entre revolução e reforma, o que de fato teria ocorrido no Brasil. Para os militares, seria necessário que fosse instaurada a ideia de revolução, contudo não há o devido

rompimento com o ordenamento antigo, visto que a Constituição de 1946, permaneceu, assim entendeu Heloisa Fernandes Câmara:

O preâmbulo (do Ato Institucional nº1) apresenta a síntese do conflito inicial do regime, o qual pode ser expresso no embate entre as noções de reforma e revolução. Ao mesmo tempo em que se ancora na teoria do poder constituinte do francês Emmanuel-Joseph Sièyes, estabelece autorrestrrição, à primeira vista incompatível, com o processo revolucionário. Manteve-se a Constituição de 1946, porém submetida ao ato institucional – que foi considerado, hierarquicamente, lei constitucional especial” (Câmara, 2021, pág. 285).

A narrativa criada pelos militares foi linear: tomam o poder do Presidente da República democraticamente eleito, alegando ameaça comunista no país; denominam o processo como “autêntica revolução”; e utilizam o fato como justificativa para evocar o Poder Constituinte. Nesse viés, militares continuaram a utilizar o Poder Constituinte para embasar a edição dos Atos Institucionais, sempre alterando significativamente o maquinário político ao seu favor.

Após as derrotas nas eleições dos governos federais e a perda de apoio dos populares em 1965, o governo militar, sentindo-se ameaçado em meio a diversas emendas constitucionais, publica um ato para estabelecer as eleições indiretas, modelo este que só será fixado na sequência com o Ato Institucional nº 3 – AI-3, em 1966. O AI-3 tem, em sua exposição de motivos, a ratificação da importância do Poder Constituinte para prolongar a permanência do governo militar: “CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs”.

Quanto ao AI-3, a ideia de “revolução permanente” precisa ser mais bem destrinchada. Os Atos Institucionais foram redigidos de forma parecida com o AI-3, deixando a entender que o Poder Constituinte foi instrumento e fruto da “revolução permanente” no Brasil durante o governo militar, como se observa no preâmbulo do AI-2:

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos (Preâmbulo do AI-2).

Mais uma vez, em 1966, tem-se o AI-4, que utiliza o Poder Constituinte para escrever uma nova Constituição dois anos depois da suposta revolução que teria rompido com o antigo organograma legal, invocando o Poder Constituinte. Esse Ato Institucional promoveu uma convocação extraordinária para que o Congresso promulgasse o que se tornou a Constituição de 1967, a qual ratificou, em seu art. 173, todos os AIs até então promulgados.

Um dos grandes movimentos do governo militar para reforçar a sua narrativa como aqueles imbuídos e titulares do Poder Constituinte foi o trabalho para retirar do Congresso a prerrogativa de legitimidade do regime, alegando que o regime se autolegitimava, ou seja, dando ao próprio regime a capacidade de se validar e de se intitular como devido titular do Poder Constituinte. Esta também foi a narrativa utilizada e reforçada no AI-4:

“Desde o primeiro ato institucional, os militares deixaram claro que o Congresso não era a fonte de legitimidade do novo regime. Este se legitimava por si só, a partir do poder revolucionário, cuja potência constituinte é intrínseca. O Ato Institucional nº 4 seguia essa tradição e, em momento algum, reconhecia ao Congresso poderes constituintes com os quais viesse a desempenhar o múnus que lhe era atribuído. Pelo contrário, afirmava-se expressamente que o governo permanecia de posse dos poderes revolucionários e, portanto, dos poderes constituintes.” (BARBOSA, 2012, pág. 108)

Até janeiro de 1967, data de promulgação do Ato Institucional nº 4, o Poder Constituinte, ou ao menos a interpretação utilizada pelos militares, foi ponto central para justificar a deposição de um Presidente eleito, convocar novas eleições para Governadores de forma indireta, institucionalizar a ideia de revolução permanente para que os militares pudessem continuar no poder e a utilizar do Poder Constituinte. Entretanto, mesmo após tudo isso, ocorreu o mais brutal de todos: o AI-5.

O AI-5 é tido como o ponto de radicalização da repressão, como diz Cristiano Paixão Apesar de se tornar conhecido por ter sido o ato que limitou os direitos de *habeas corpus*, não foi diferente em nenhum aspecto quando se fala da base normativa, ou seja, manteve em vigor a Constituição de 1967 de forma seletiva, com os artigos e as

disposições que interessavam apenas aos militares, atitude esta que se transformou em um comportamento comum durante o regime, visto que os Atos 1 e 2 tiveram os mesmos efeitos.

O AI-5 exerceu um papel muito importante para que se mantivesse o autoritarismo do Regime Militar, sendo um grande exemplo de como os militares utilizaram do Poder Constituinte e do texto constitucional para permanecer no poder. Ao contrário dos Atos 1 e 2, o AI-5 não possuía data de vigência, funcionando como “carta na manga” do regime para ser utilizado sempre que necessário. Em 17 de outubro de 1969, surge a Emenda Constitucional nº 1, especificamente o seu Art. 182:

O art. 182 reitera que o AI-5 e seus atos complementares continuam em vigor, ou seja, não são suplementados ou substituídos pela Emenda Constitucional. Temos então uma vigência concomitante de um ato institucional e uma emenda constitucional, ambas normas de exceção, que mantêm a circularidade interna – são intercambiáveis – e se prolongam no tempo. O AI-5 passa a ser um trunfo apto a ser invocado a qualquer momento (PAIXÃO, 2020, pág. 235).

O AI-5 tornou-se a epifania do que foi exemplificado no início deste capítulo, o interruptor, a possibilidade dos militares de entrarem e saírem do texto constitucional no momento que lhes conviesse. Com isso, observa-se como o Poder Constituinte foi perigoso quando manipulado por aqueles que tinham intenções autoritárias, isto é, tudo o que ocorreu com a legislação brasileira durante o período de Ditadura teve o fundo e a base no Poder Constituinte.

Vale ressaltar que, durante todo o regime militar, sempre se almejou à ilusão de legalidade, procurando justificativas legais ou, como visto, alterando o texto constitucional para justificar ações. Essa postura não seria possível sem alguém com notório saber jurídico que integrasse o corpo de militares e entendesse como poderia usar o Poder Constituinte para representar a pauta e as vontades dos militares, tal como Francisco Campos:

Francisco Campos teve papel fundamental na elaboração da estratégia de legitimação jurídica do regime militar. Desde 7 de abril, Campos esteve no gabinete do General Costa e Silva, onde explicou a legalidade do poder revolucionário (CÂMARA, 2021, pág. 282).

Em síntese, a Ditadura que ocorreu no Brasil só foi possível devido à interpretação abusiva do Poder Constituinte dada por Francisco Campos e pelos militares, legitimando as alterações feitas em todo o organograma constitucional dentro do período militar, com o qual os militares anularam eleições, alteraram-nas para o formato indireto, substituíram a Constituição, prenderam e exilaram pessoas, tudo isso com uma falsa ideia de legalidade.

2.2. Poder Constituinte e constitucionalismo abusivo na Venezuela (1999)

Um dos intuítos deste trabalho é comparar períodos históricos entre países da América Latina e mostrar abusos que ocorreram com o uso ilegítimo e antidemocrático do Poder Constituinte. Neste capítulo, o país escolhido para servir de comparação com os acontecimentos da Ditadura Militar no Brasil foi a Venezuela, mais especificamente no período que se inicia em 1999, momento em que Hugo Chávez assume a presidência do país e há convocação da Assembleia Constituinte de 1999.

Ressalta-se que, para fazer esse paralelo com o Brasil, poderiam ter sido escolhidos outros países latinos, visto que, entre 1900 e 2008, os países latino-americanos passaram por uma significativa instabilidade constitucional, tendo, em média, 5,7 Constituições por país. No entanto, ao analisar apenas a Venezuela, desde a sua independência, atingiu-se a marca de 26 Constituições, até firmar a de 1999, que se encontra em vigor até os dias atuais, conforme o trecho abaixo:

Os países da América Latina tiveram uma média de 10,7 constituições por país entre a independência e 2008; mesmo deixando de fora o volátil período inicial pós-independência, eles tiveram uma média de 5,7 constituições por país entre 1900 e 2008. No entanto, existe uma variação significativa: o número de constituições desde a independência varia entre 26 na Venezuela e quatro na Argentina (LANDAU, 2019, pág. 568, tradução nossa).

Antes de discorrer sobre o que aconteceu em 1999, precisa-se tomar conhecimento do principal evento que levou a Assembleia Constituinte a ser convocada: a eleição de Hugo Chávez. Na primeira metade do século 20, a Venezuela já era um dos maiores países produtores de petróleo do mundo, mas a produção estava com empresas estrangeiras,

enquanto o governo enfrentava sucessivas crises políticas. Após a queda do regime militar de Marcos Pérez Jiménez, em 1958, o país viveu os melhores 30 anos de sua história econômica.

Entre 1959 e 1983, a taxa de desemprego do país permaneceu em 10%. No mesmo período, o país cresceu uma taxa média anual de 4,3% – a inflação também era menor do que em outros países latino-americanos. Na década de 1970, os venezuelanos tinham o maior poder de compra de qualquer país da América Latina.

Apesar do crescimento econômico e da melhoria da infraestrutura, a Venezuela nunca conseguiu resolver seus piores problemas, como, por exemplo, o sistema educacional. Mesmo com políticas públicas e tentativa de massificação do ensino, a educação pública continuou excludente para parte da população mais pobre. Em 1983, o país passou a enfrentar uma crise econômica, a pobreza voltou a crescer exponencialmente depois de três décadas em queda, resultando em um aumento drástico dos índices de corrupção².

Todos esses problemas levaram a população a procurar uma solução instantânea nas eleições de 1998, alguém que representasse o imediatismo necessário para tirar o país situação de agonia, que promettesse mudanças verdadeiras, como uma nova Constituição. Assim, a Venezuela elegeu o Tenente-Coronel Hugo Chávez e, como analisou David Landau:

Em 1998, por exemplo, o Presidente Hugo Chávez ganhou a presidência como um *outsider* da ordem política existente. Concorreu à presidência como inimigo declarado dos dois partidos dominantes, prometeu realizar uma Assembleia Constituinte para reescrever a Constituição em vigor (LANDAU,2019, pág. 577, tradução nossa).

² PARDO, Diego. Como era a 'Venezuela saudita', um dos países mais ricos dos anos 50 e 80. **BBC News**, São Paulo, p. 1-5, 2 mar. 2019.

Chávez assume o poder e, como uma de suas promessas de campanha, a criação de uma nova Constituição. Para que houvesse convocação de Assembleia Constituinte, precisou-se debater temas como a soberania do povo venezuelano e o papel do Poder Constituinte no processo de desenvolvimento de uma nova Constituição para a Venezuela. Em um primeiro momento, as discussões se dedicaram a decidir se a população deveria ou não participar do processo de criação e isso se dava pela redação do Artigo 4º da Constituição de 1961, que dizia: “A soberania reside no povo que a exerce, por meio do sufrágio, pelos órgãos do Poder Público”.

Após alguns debates, em que se entendeu que a soberania popular havia sido transferida para o Estado, fixou-se o entendimento de que tanto pelo supracitado Artigo 4º quanto pelo Artigo 50 da Constituição, o povo teria “soberania ilimitada e original” para participar do processo constituinte:

O povo possuía um direito “soberano, ilimitado e principalmente originário” para participar diretamente na alteração do texto constitucional. O fato de tal direito não ser explicitamente reconhecido significava apenas que era um dos direitos não enumerados aludidos no artigo 50 da Constituição de 1961. (Cólón-Rios, 2020, pág. 282, tradução nossa).

O povo venezuelano participou de um referendo para decidir se convocariam uma Assembleia Nacional Constituinte com o objetivo de transformar o Estado e criar uma ordem jurídica que permitisse o funcionamento efetivo de uma democracia social e participativa, bem como de ratificar as Bases Comiciales emitidas pelo Conselho Nacional Eleitoral, as quais se referiam ao sistema de eleição dos membros da Assembleia, bem como à natureza da própria assembleia. As Bases Comiciales diziam que a Assembleia Constituinte:

[...] tem como limites os valores e princípios da nossa história republicana, bem como o cumprimento dos tratados e acordos internacionais [...] e o caráter progressivo dos direitos fundamentais do homem e das garantias democráticas (COLÓN-RIOS, 2020, pág. 283).

Para que se entenda o cenário do Poder Constituinte dentro da Venezuela, é preciso analisar a fala de um dos membros da Assembleia Constituinte, Allan Brewer Carías, sobre a Assembleia não possui nenhum tipo de soberania e que esta, assim como

o Poder Constituinte, reside com o povo, não podendo ser transferido ou delegado à Assembleia (SOBRENOME, ano).

Entretanto, apesar de ter facetas democráticas, as próprias Bases Comiciales da Assembleia Constituinte não seguiam um ideal totalmente democrático, visto que as regras de eleição da Assembleia e de como esta funcionaria não tiveram participação popular, não respeitando a suposta soberania popular do povo venezuelano:

Em ambos os países (Peru e Colômbia), tal como na Venezuela, as regras eleitorais para a convocação da Assembleia e as regras processuais para o seu funcionamento foram redigidas unilateralmente por presidentes poderosos (Chávez), em vez de serem negociadas com o Congresso ou outras instituições (LANDAU, 2019, pág. 579).

Quando a Assembleia Constituinte começou a operar de fato, apesar de toda narrativa sobre soberania popular intransferível, a prática não foi bem assim. A Assembleia e os seus membros funcionaram como operadores do Poder Constituinte, ou seja, não possuíam limite de conteúdo, a não ser o que foi votado no próprio referendo, que autorizou a criação de uma nova Constituição. Este é o entendimento de Colón-Rios:

A assembleia deve ser entendida como um mecanismo para o exercício do poder constituinte originário do povo, como um meio que é utilizado para o exercício desse poder na ausência de uma alternativa melhor. Isto significa que a assembleia não está sujeita a limites em termos do conteúdo constitucional que pode aprovar, com exceção de quaisquer condições impostas pelo povo soberano através do seu voto em referendo (Colón-Rios, 2020, pág. 592, tradução nossa).

O autoritarismo e a divergência da narrativa de soberania popular da Assembleia Constituinte ficam mais claros a partir do Artigo 1º das diretrizes internas, o Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, que possuía a seguinte redação: A Assembleia, no exercício das atribuições que lhe são inerentes, pode limitar ou ordenar a cessação das atividades das autoridades que compõem o Poder Público”.

O mencionado artigo é de suma importância para encerrar a ideia de soberania popular, pois passou-se a obrigar todos os outros órgãos do maquinário público a se submeterem hierarquicamente à Assembleia. A respeito disso, Colón-Rios diz:

Além disso, a mesma disposição (Artigo 1) expressa que todos os Poderes Públicos (isto é, as instituições ordinárias do governo) estavam “subordinados” à assembleia e obrigados a cumprir (e a garantir que outros cumpram) as suas decisões. Consolidando plenamente o estatuto da assembleia como uma entidade soberana (Colón-Rios, 2020, pág. 285, tradução nossa).

A partir daquele momento, a Assembleia Constituinte venezuelana tomou para si o Poder Constituinte, esquecendo a narrativa de soberania popular e utilizando-se dessa prerrogativa para tomar diversas atitudes antidemocráticas, como, por exemplo, declarar estado de exceção, após submeter todos os órgãos à sua autoridade, mais uma vez contrariando a Constituição em vigor. Essa declaração serviria para que, nas palavras de Colón-Rios, a Assembleia “reorganizasse todos os órgãos do Poder Público”.

As atitudes da Assembleia Constituinte se tornaram cada vez mais autoritárias. Em uma atitude extremamente parecida com o que ocorreu no Supremo Tribunal Federal no Brasil, foi declarado que o Poder Judiciário venezuelano também estava em estado de exceção e sofreria mudanças. Assim, cria-se uma comissão especial com poder de suspender qualquer juiz ou quaisquer funcionários, caso entendessem que eram suspeitos de corrupção, mas não só isso:

A Comissão pode igualmente afastar os juízes do cargo (bem como outros funcionários judiciais) por diversas razões, incluindo o fato de os seus acórdãos serem sistematicamente anulados devido a um manifesto mal-entendido da lei, ou de usufruírem de um nível de riqueza económica que não pudesse ser explicado (Colón-Rios, 2020, pág. 285, tradução nossa).

Após todas as medidas citadas e outras não tão relevantes, um dos movimentos mais impactantes da Assembleia e a maior afronta à legitimidade do Poder Constituinte e à democracia viria a acontecer após a Constituição de 1999 ter sido devidamente implementada. Em uma decisão que surpreendeu os locais, a Assembleia não iria se dissolver após a Constituição de 1999, sendo uma violação expressa ao referendo que autorizou a existência da Assembleia.

Em seguida à decisão de permanecer em vigor, a Venezuela entrou em uma situação muito delicada, pois a Assembleia, em conluio com o Presidente Hugo Chávez, fechou o Congresso, substituindo-o por um órgão controlado por eles, chamado de Comisión Legislativa Nacional, renomeou todos os juízes da Suprema Corte, a qual passou a ser chamada de Supremo Tribunal de Justiça, com membros indicados pelo regime da Assembleia e pelo Presidente.

O Poder Constituinte na Venezuela possuía sua narrativa atrelada ao povo soberano, participante e atuante, todavia, apesar de um início promissor e participativo, o processo constituinte foi totalmente deturpado e o primeiro passo foi retirar do povo, mediante o Art. 1º das Bases Comiciales, a prerrogativa do Poder Constituinte. Após isso, este poder, assim como no Brasil, foi utilizado para mudar a estrutura do Estado venezuelano e criar uma Constituição, mudando completamente o funcionamento do o país.

CAPÍTULO 3 – O PODER CONSTITUINTE AINDA É UMA CATEGORIA ADEQUADA PARA PENSAR A ELABORAÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO? A RESPOSTA DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Esta pesquisa teve a intenção de estabelecer uma linha lógica de exposição, demonstrando, primeiramente, a origem do Poder Constituinte e a sua evolução, tanto na teoria europeia e global quanto na brasileira, passando por Sieyès, Kelsen, Schmitt e por vários juristas brasileiros. Após, o trabalho trouxe exemplos práticos de como essa teoria do Poder Constituinte, muito desenhada pelos juristas analisados, possibilitou a ocorrência de abusos e atitudes antidemocráticas fazendo com que governos e presidentes estabelecessem pautas autoritárias.

Os abusos não ocorreram apenas no Brasil e na Venezuela, mas também em outros países da América Latina e Europa, apesar de não estarem dentro do escopo da presente pesquisa. Devido a esses acontecimentos, os juristas que se dedicam à teoria constitucional atualmente começaram a repensar a teoria do Poder Constituinte, passaram a se perguntar se realmente a teoria constitucional, que estava posta para eles desde, era ideal para escrever e criar uma Constituição. Diante desse questionamento, teóricos afirmam que a teoria constitucional entrou em crise e uma nova vertente teórica passa a repensar o Poder Constituinte e o direito constitucional.

3.1. David Landau e Rosalind Dixon

Os primeiros juristas que estão no escopo da pesquisa e que trazem a sua visão a respeito dos abusos do Poder Constituinte são os professores universitários e juristas David Landau e Rosalind Dixon. Na obra “Abusive Constitutional Borrowing”, eles falam a respeito de como a teoria constitucional teria de evoluir para que esses abusos decorrentes do Poder Constituinte fossem impedidos de acontecer.

Para que se entenda a opinião dos Professores sobre como evitar a mencionada problemática e a nova visão da teoria constitucional, precisa-se esmiuçar o termo que dá nome à obra, em tradução livre, o “empréstimo constitucional abusivo”. Dixon e Landau enxergam esse conceito como “a apropriação de conceitos constitucionais democráticos

liberais para alavancar pautas ou projetos autoritários” (LANDAU; DIXON, 2021, pág. 3, tradução nossa).

Ademais, durante a presente pesquisa, estabeleceu-se que, para a teoria constitucional tradicional, a Constituição é o topo do organograma jurídico, sendo fruto do Poder Constituinte. Logo, o conceito de “empréstimo constitucional abusivo” é simples; ocorre quando aqueles imbuídos do Poder Constituinte usurpam o seu propósito para avançar em seus ideais autoritários.

Concernente aos exemplos trabalhados no Capítulo 2, o “empréstimo constitucional abusivo” é nítido em diversos momentos da história do Brasil e da Venezuela. No Brasil, Francisco Campos distorce a ideia de “revolução permanente” para justificar a continuidade do Poder Constituinte, ao mesmo tempo que os militares também pegam para si a ideia de “estado de exceção” para que possam aprovar qualquer medida de seu interesse.

Na Venezuela, há uma deturpação do conceito de “soberania popular” e de “Assembleia Constituinte”: o primeiro refere-se a uma prerrogativa constitucional estabelecida na Constituição de 1961, ignorada pela Assembleia Constituinte. Apesar de nunca a ter atribuído para si, a utiliza para se constituir. Todavia, em 1998, passa a ser órgão absoluto e soberano que comanda o país. A ideia de Assembleia Constituinte se torna uma instituição superior a qualquer outro órgão do sistema político prevalecendo após a efetivação da Constituição.

Após dissertar a respeito de diversos acontecimentos de “empréstimo constitucional abusivo”, como o da Venezuela e de outros países que não são do escopo da pesquisa, Dixon e Landau passam a tentar elencar maneiras e mecanismos para coibir esses acontecimentos, a serem inseridos no processo de construção da Constituição, da hierarquização e do sequenciamento das normas, bem como da divisão da capacidade de nomear, como observado a seguir:

Hierarquização das normas, para que o núcleo mínimo democrático da Constituição seja feito, especialmente resiliente contra movimentos antidemocráticos, enquanto outras partes da Constituição estarão mais flexíveis para emendas constitucionais [...] Sequenciamento das normas, onde

mudanças em leis e normas do núcleo constitucional demorariam bem mais para serem aprovadas, criando barreiras que possam diminuir a velocidade de projetos com teses e pautas que tenham intenções autoritárias [...] Divisão da capacidade de nomeações para os tribunais superiores e outras instituições independentes de responsabilização entre uma variedade de diferentes organismos e a criação de regras que permitam hierarquizar e sequenciar as alterações às disposições sensíveis que estabelecem esses procedimentos podem ajudar a criar uma forma de constitucionalismo democrático mais robusto face às ameaças colocadas pela erosão democrática e pelos empréstimos constitucionais abusivos (LANDAU; DIXON, 2021, pág. 178, tradução nossa).

Outrossim, os doutrinadores elencarão os resultados que essas medidas podem causar, como o desenvolvimento dentro das discussões e do meio jurídico sobre a prevenção contra o “empréstimo constitucional abusivo”, como, por exemplo, a conscientização dos juristas e do público que lidam com o Poder Constituinte:

Audiências transnacionais e internacionais podem tornar-se mais sofisticadas no controle de formas abusivas de empréstimos sem cair em várias armadilhas reveladas pela nossa análise. Vários acadêmicos chamaram recentemente a atenção para o potencial papel das instituições transnacionais no monitoramento e na sanção de alterações constitucionais abusivas. Se houver uma monitorização adequada, as audiências internacionais podem ser capazes de denunciar casos de empréstimos abusivos e, assim, minar a capacidade dos apelos a práticas e precedentes comparativos para gerar apoio doméstico e internacional mais alargado a alterações constitucionais abusivas (LANDAU; DIXON, 2021, pág. 180, tradução nossa).

Landau e Dixon acreditam que outro resultado acarretado pelas medidas sugeridas pode ser a impossibilidade daqueles que detêm o poder de legislar, de formular leis e normas *ex ante*, ou seja, normas feitas antes do acontecimento, estabelecendo que o legislador, a partir de certo ponto na história legislativa, não poderia legislar preventivamente, apenas reativamente. Contudo, os juristas deixam claro que isso é uma medida drástica e que tende a não acontecer.

Sendo assim, eles estabelecem outra medida mais viável, que é a conscientização daqueles chamados de “criadores ou disseminadores do normativo liberal democrático”, isto é, os legisladores, para que as normas ou leis se tornassem resistentes a pautas e movimentos antidemocráticos, conforme o trecho abaixo:

Uma resposta possível, embora radical, ao problema do empréstimo abusivo seria os atores democráticos liberais democráticos liberais deixarem de desenvolver e aplicar normas que possam ser identificadas *ex ante* como especialmente susceptíveis de abuso ou de empréstimo abusivo. Parar o desenvolvimento de normas é claramente uma resposta extrema, mas pode ser apropriada em casos limitados, e nós identificamos alguns candidatos a partir de exemplos que utilizámos em capítulos anteriores. Uma resposta alternativa, mais limitada, seria os criadores ou divulgadores das normas democráticas liberais desenvolverem-nas de forma a torná-las conscientemente menos susceptíveis de abuso. É impossível ter êxito total na prevenção da distorção ou subversão das normas democráticas liberais para fins antidemocráticos. Mas uma concepção cuidadosa pode, pelo menos, ter algum impacto no sentido de tornar os abusos menos prováveis. Neste sentido, a "prevenção de abusos" é um empreendimento que vale a pena (LANDAU; DIXON, 2021, pág. 182, tradução nossa).

Por fim, Landau e Dixon acreditam que, apesar de não possuírem uma solução concreta, o constitucionalismo liberal democrático, ou seja, a teoria constitucional tradicional está em crise. Para que se possa resgatá-lo, eles tentam incentivar, por meio de seu livro e suas reflexões, juristas a pensarem a respeito e perceberem que, para prevenir o “empréstimo constitucional abusivo”, é preciso trabalhar em outras áreas, como imigração e políticas econômicas. Nesse sentido, Dixon e Landau ressaltam que, para resolver a crise da teoria constitucional, os profissionais do Direito precisam se questionar, entender que a teoria presente não é a única opção:

O empréstimo constitucional abusivo é problemático não só porque persegue objetivos antidemocráticos, mas também porque esconde alguns dos desafios que a democracia liberal enfrenta e, por vezes, faz parecer que as iterações atuais do modelo são as únicas opções. O domínio retórico da forma democrática liberal, e a conseqüente prevalência da imitação, pode impedir uma contestação mais transparente sobre a sua substância. O constitucionalismo democrático liberal está enfrentando uma crise inegável. Para salvá-lo, devemos encorajar uma contestação e uma experimentação alargadas, talvez mesmo em algumas áreas sensíveis, como a imigração e a política econômica, sob reserva do imperativo de proteger o mínimo democrático (LANDAU; DIXON, 2021, pág. 184, tradução nossa).

Em suma, Landau e Dixon procuram soluções para o “empréstimo constitucional abusivo” de maneiras não tradicionais, pois, apesar de sugerirem maneiras concretas para solucionar a questão, por meio da hierarquização, do sequenciamento e da divisão, os

reflexos dessas medidas, as consequências, aquilo que de fato mudará e prevenirá atitudes antidemocráticas e o “empréstimo constitucional abusivo” é a conscientização daqueles que detêm as ferramentas legislativas, sendo, talvez, o ponto de maior relevância para aqueles que possuem o Poder Legislativo e o Poder Constituinte.

3.2. Menelick de Carvalho Netto

Os juristas brasileiros também começaram a repensar a teoria do Poder Constituinte e a não mais utilizar a teoria constitucional tradicional, tal como o Professor da Universidade de Brasília – UnB, Menelick de Carvalho Netto. Nesta seção, serão analisados dois de seus textos: “A urgente revisão da teoria do Poder Constituinte: da impossibilidade da democracia possível” (2006) e “A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem a Constituição da República Federativa de 1998 e as potencialidades do poder revisional nela previsto” (2001).

Para que se entenda as críticas à teoria tradicional feitas por Menelick Netto, é preciso entender as críticas aos teóricos que tentaram, de alguma maneira, justificar a Ditadura Militar. O autor questiona o conceito de “democracia possível”, cunhado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu livro “A democracia possível” (1976), considerando não ser constitucional nem democrático, sendo apenas uma falácia jurídica construída pelos juristas à época do Regime Militar:

[...] (o conceito de democracia possível) não é democracia porque, sob o argumento da governabilidade, construído de tal sorte a afirmar a infantilização do povo e que somente o exercício da tutela protecionista e sábia dessa elite teria o condão de, com o tempo, transformar a massa infantil e imatura em povo capaz de exercer por si só a sua cidadania, na verdade, promoveu a eliminação de opositores, privatizou o espaço público deliberativo, desenvolveu a ditadura. Não é constitucional porque, sob o argumento de que o exercício consciente da cidadania requereria a consecução de uma igualdade material mínima para todos por meio da prestação de serviços estatais céleres e eficientes, sacrificou conquistas formais centrais do constitucionalismo, impediu a discussão sobre quem somos nós (NETTO, 2006, pág. 25).

Menelick Netto também questionará a ideia de Poder Constituinte Autoritário da doutrina clássica da teoria constitucional, estabelecendo que seria “apenas uma forma inadmissível de se tentar usar o constitucionalismo contra ele próprio” (NETTO, 2006, pág. 21), como uma clara manipulação autoritária e abusiva do constitucionalismo. O jurista acredita que a crise constitucional não se resolve com uma nova Constituição, assim como Landau e Dixon, ele entende que a crise é um problema jurídico, político e institucional.

Nesse viés, passa-se a entender que as críticas de Menelick Netto se enquadram no que Dixon e Landau entendem ser a solução para salvar o “constitucionalismo liberal democrático”: liberdade de expressão e opinião. Enquanto Dixon e Landau consideram que, para que se possa resolver uma crise, seria necessário questionar o sistema constitucional em que se vive, Menelick Netto criticará a Ditadura Militar e, por consequência, a teoria tradicional, pois uma Constituição nunca pode existir sem democracia, ou seja, o teórico defenderá o direito de questionar o que Dixon e Landau ressaltam precisar existir: “Constituição não é constitucional se não for democrática; que a democracia só é democrática se observar os limites constitucionais, não existe um sem outro” (NETTO, 2006, pág. 22).

O ponto central da crítica de Menelick Netto é a relação da teoria constitucional tradicional com a democracia e legitimidade. Pode-se depreender, pelas obras do professor, que a relação estabelecida entre esses conceitos é um entendimento que também pode ser encontrado nos trabalhos de diversos juristas brasileiros: a teoria constitucional tradicional não conectou a legitimidade de uma Constituição ao conceito de democracia. Diante desse fato, acontecimentos como os abordados neste estudo, relacionados ao Brasil, à Venezuela e a outros, Argentina ou Colômbia, por exemplo, foram possíveis, pois os juristas manipularam o Poder Constituinte para construir Constituições ativamente antidemocráticas.

Menelick Netto ainda irá mais fundo, ressaltando novamente alguns elementos necessários para assegurar a democracia, os quais também foram expostos pelos Professores Dixon e Landau, como a conscientização das pessoas, a liberdade de opinião e o debate:

O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucionais, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade com as futuras (Netto, 2006, pág. 24).

Diante do contexto, Menelick Netto demonstrará, mediante uma breve análise do processo constitucional brasileiro que resultou na Constituição de 1988, como uma Constituição pode buscar a sua legitimidade na participação popular e na democracia. Após a Ditadura Militar, o Presidente civil eleito foi Tancredo Neves, que faleceu antes de assumir, assurgindo a dúvida sobre quem deveria assumir o comando do país, se seria José Sarney, Vice-Presidente, ou se outra solução deveria ser criada, tensão que possibilitou o retorno do governo militar.

Esses acontecimentos fizeram com que a população e, principalmente, o *Diretas já*, movimento social que buscava o retorno das eleições diretas no Brasil, passassem a focar na Assembleia Constitucional, a qual havia sido convocada para redigir o que viria a se tornar a Constituição Federal de 1988. A mudança de foco fez com que a população se manifestasse pela participação popular no processo de construção e redação da Constituição, o que trouxe legitimidade ao processo de redação:

Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra todas as previsões, subitamente não mais pôde ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis - a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial - e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte, o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão. Foi desse processo, profundamente democrático, que a Constituição hauriu sua legitimidade original, resultando de uma autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado (NETTO, 2006, pág. 24).

Em resumo, Menelick Netto criticará a teoria constitucional tradicional por não associar a Constituição à Democracia e terá um entendimento muito parecido com o de Landau e Dixon, buscando demonstrar que não se pode ter uma Constituição que não prese pelo diálogo e pelo debate, que não busque ser inteiramente democrática, pois um não existe sem o outro, e esse foi o espaço que possibilitou diversos abusos do texto constitucional.

3.3. Carlos Bernal Pulido

Neste trabalho, o último jurista que trará críticas à teoria constitucional tradicional analisada será o professor e magistrado do Tribunal Constitucional da Colômbia, Carlos Bernal Pulido, especificamente com seu artigo “Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição” (2019). Pulido disserta que muito se utilizou a narrativa do Poder Constituinte para que se justificassem diversas mudanças constitucionais em vários países, como nos expostos no capítulo 2 deste estudo, conforme se vê a seguir:

Não pretendo elaborar um ataque completo à Teoria do Poder Constituinte, mas destacar, conceitualmente, porque é equivocado empregá-la para justificar a realização ilimitada de substituições e revisões constitucionais — em casos como os das substituições extraconstitucionais da Colômbia e da Venezuela — e, assim, compreender a natureza do poder de criação constitucional (PULIDO, 2019, pág. 63).

O professor criticará certos pontos da teoria constitucional tradicional, mas sempre tendo como crítica principal o aspecto ilimitado do Poder Constituinte, argumentando que “o poder de criação constitucional não pode ser conceitualmente ilimitado” (PULIDO, 2019, pág. 63). Dito isso, Pulido fundamenta sua crítica com base no argumento do resultado e da competência, os quais buscam mostrar como o caráter ilimitado do Poder Constituinte é central para a crise constitucional atual. No presente caso, será mantido o argumento do resultado, que é o que mais atende ao escopo da pesquisa.

Pulido (2019, pág. 64) defende que “o argumento do resultado indica que o poder da criação constitucional é uma competência jurídica destinada a institucionalizar o constitucionalismo”. Assim, entende-se que o jurista adotará o conceito de Constituição que carrega alguns elementos principais, tais como: separação de poderes, proteção aos direitos individuais ou interesses garantidos pela Constituição e a ideia de que o governo e, conseqüentemente, a Constituição só terão legitimidade se houver consentimento da população, ou seja, se houver democracia.

O conceito de constituição, que utilizamos tanto na linguagem ordinária corrente como em linguagem técnica, implica, pelo menos, quatro elementos essenciais: estado de direito; Princípio da Separação de Poderes; algum tipo de proteção aos direitos individuais ou, pelo menos, a interesses garantidos pela constituição ou pela legislação⁸⁶; e, finalmente, o entrincheiramento da ideia democrática de que a legitimidade do governo depende do consentimento dos governado (PULIDO, 2019, pág. 64).

Para Pulido (2019, pág. 64), o outro ponto é o constitucionalismo, que será definido por ele como “o meio de promover e realizar o conceito de estado de direito. É a estratégia que gera incentivos para as autoridades políticas atuarem de acordo com a lei”. Ademais, o jurista entende que não existirá a Constituição sem o constitucionalismo:

De acordo com a concepção normativo-empírica da constituição defendida aqui, um arranjo institucional do Estado pode ser considerado uma constituição se, e somente se, for promulgado por meio de autoridades, gozar de reconhecimento social como uma constituição e incluir, em seu teor, determinados elementos essenciais à institucionalização do constitucionalismo. Em síntese: não pode haver constituição sem constitucionalismo (PULIDO, 2019, pág. 64).

O conceito de constitucionalismo tem como intenção institucionalizar uma forma de governo em que o poder do Estado é controlado e limitado; o povo tem o poder de controlar as fontes da lei e os órgãos do governo estão sujeitos à vontade do povo. Assim, entende-se que o papel do constitucionalismo é estabelecer um governo democrático, com legitimidade advinda da soberania popular, o qual somente poderia ser estabelecido

seguindo as quatro diretrizes do constitucionalismo e a concepção normativo-empírica de Constituição:

A utilização dessa concepção (normativo-empírica) para avaliar uma substituição ou uma revisão constitucional implica reconhecer que uma mudança constitucional somente será justificável se, e apenas se, a nova constituição ou a constituição revisada incorporar, de algum modo, os mencionados quatro elementos constitucionais essenciais⁹⁴. Esses quatro elementos são independentemente necessários e cumulativamente suficientes para o constitucionalismo (PULIDO, 2019, pág. 65).

Sabendo-se que, para Pulido, um governo para ser legítimo terá de buscar o constitucionalismo e respeitar as suas quatro balizas, as Constituições brasileiras e venezuelanas abordadas nesta pesquisa não carregaram consigo esta visão do jurista. Pulido ainda dará destaque a umas das Constituições do período de Hugo Chávez enquanto presidente da Venezuela:

A Constituição Venezuelana de 1999 (é) como (uma) mera expressão de poder autoritário, em virtude das suas deficiências na institucionalização dos princípios do estado de direito e da separação de poderes⁹⁵. De fato, em razão da concentração de poderes no executivo e das mudanças relativas à autoridade o Presidente para nomear juízes e exercer influência sobre o Judiciário, há de se entender que o processo constituinte venezuelano de 1999 desconstruiu o constitucionalismo (PULIDO, 2019, pág. 65).

Nota-se que as críticas elaboradas por Pulido conversam com as críticas apresentadas por Landau, Dixon e Menelick Netto. Todos possuem entre si um ponto convergente, que é a questão da legitimidade do Poder Constituinte, além de chamarem a atenção para o fato de que a teoria constitucional tradicional não estabelecerá a necessidade de a Constituição ser inteiramente democrática, abrindo oportunidade para que aqueles que estivessem imbuídos do Poder Constituinte modificassem o texto para atender aos seus interesses, não respeitando, por exemplo, as quatro balizas estabelecidas por Pulido.

As ideias de Pulido se aproximam das de Dixon e Landau, pois ele estabelece diretrizes práticas do que seria uma Constituição democrática e procura trazer o conceito

de constitucionalismo a fim de que se entenda que um não existe sem o outro. Além disso, estabelece, assim como Menelick, a importância de direitos individuais, debate, consciência popular e soberania, mencionando que o povo não poder ser deixado de lado, visto que um dos pilares da mencionada teoria é justamente que os indivíduos concordem e validem o governo e a Constituição.

Portanto, as críticas de Pulido, Landau, Dixon e Menelick convergem em relação à questão da legitimidade do Poder Constituinte, pois juristas ressaltam a falha da teoria constitucional tradicional ao não exigir que a Constituição seja totalmente democrática, o que abre espaço para que aqueles que detêm o poder modifiquem o texto de acordo com seus interesses, sem respeitar os princípios estabelecidos. Como dito anteriormente, Pulido se aproxima de Dixon e Landau ao propor diretrizes práticas para uma Constituição democrática. As mencionadas perspectivas enfatizam, assim, a necessidade de envolver o povo no processo constituinte.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foram examinados os usos e abusos do Poder Constituinte no contexto do Direito Constitucional Comparado entre Venezuela e Brasil. No Capítulo 1, rememorou-se a origem do Poder Constituinte, abordando as contribuições de Sieyès, Kelsen, Schmitt e alguns juristas brasileiros, como Pontes de Miranda, Victor Nunes Leal, Paulo Bonavides, José Alfredo de Oliveira Baracho e André Ramos Tavares. Foram avaliadas e analisadas literaturas tradicionais do Direito nacional e internacional, procurando demonstrar que a criação de um Poder Constituinte tem de ser ilimitada e irrestrita, com sua titularidade atribuída à nação ou ao povo, mas sua legitimidade não estava ligada ao constitucionalismo ou à democracia.

No Capítulo 2, explorou-se o conceito tradicional de Poder Constituinte, o qual, com suas lacunas, possibilitou abusos durante a Ditadura Militar brasileira e o governo de Hugo Chávez na Venezuela. Foi demonstrado que a falta de limites claros e a ausência de salvaguardas democráticas permitiram a instrumentalização desse poder em benefício de interesses particulares, comprometendo os princípios fundamentais do Estado de Direito. Os Atos Institucionais da Ditadura Militar possuíam como base, em seus preâmbulos, a narrativa criada por Francisco Campos e outros juristas, isto é, “revolução possível” e “revolução permanente”, a fim de justificar os usos do Poder Constituinte pelos militares.

Na Venezuela, o Poder Constituinte foi utilizado para dar início, por meio de um referendo, a uma Assembleia Constituinte, respeitando a soberania do povo venezuelano, titular do respectivo Poder, segundo a Constituição em vigor à época. Contudo, essa mesma Assembleia, mediante as diretrizes que a institucionalizaram, tomou para si a autoridade e se tornou um órgão soberano, controlando, inclusive, todo o Poder Judiciário venezuelano. Durante o período, múltiplas Constituições foram escritas a fim de manter a narrativa de soberania de interessados que estavam no poder.

Por fim, no Capítulo 3, discutiram-se as críticas dos juristas contemporâneos Rosalind Dixon, David Landau, Menelick Netto e Pulido, os quais convergem na análise de que a teoria tradicional do Poder Constituinte pecou ao não reconhecer a interdependência entre Constituição, constitucionalismo e democracia. Logo, a ausência

desses elementos fundamentais resultou nos abusos constatados nos estudos de caso expostos.

Diante disso, percebe-se como é crucial repensar e atualizar o conceito de Poder Constituinte, incorporando salvaguardas democráticas e garantias de respeito aos direitos fundamentais. O aperfeiçoamento do Direito Constitucional exige a compreensão de que a construção de uma Constituição legítima requer a participação efetiva da sociedade, a promoção do diálogo pluralista e a proteção dos valores democráticos, pois somente assim será possível prevenir abusos e assegurar a preservação dos direitos e das garantias constitucionais.

Este estudo ressalta a importância de uma abordagem crítica e reflexiva sobre o Poder Constituinte, visando ao aprimoramento do ordenamento jurídico e à consolidação de um sistema constitucional sólido e comprometido com os princípios democráticos. Espera-se que as reflexões aqui propostas motivem pesquisadores a estudarem as raízes dos abusos constitucionais ocorridos, procurando entender se também há relação com a teoria tradicional do Poder Constituinte e, assim como Landau e Dixon, instigar o debate a respeito do tema, visto que somente dessa forma será possível sair da presente crise constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, L. A. D. A. **Historia Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. p. 1-420.
- BARACHO, J. A. D. O. Teoria Geral do Poder Constituinte, **Revista Informações Legislativas**, Brasília, 1982, p. 33-68.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; **Constitutional and Political Theory: Selected Writings**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 1-186.
- BONAVIDES, Paulo. O poder constituinte. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1978 p. 1-532.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. In: CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.
- CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional – inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. **História do Direito**, Curitiba, 2021, p. 272-299.
- COLÓN-RÍOS, Joel. **Constituent Power and the Law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 1-333.
- DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 1-224.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-281.
- LANDAU, David. Constituent power and constitution making in Latin America. In: LANDAU, D; LERNER, H. (org.) *Comparative Constitution Making*. Cheltenham, UK • Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2019. PARDO, Diego. **Como era a 'Venezuela saudita', um dos países mais ricos dos anos 50 e 80**. BBC News, São Paulo, p. 1-5, 2 mar. 2019.
- LEAL, Victor Nunes. Doutrina: Poder Constituinte. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1946, p. 1-532.
- LOUGHLIN, Martin. The concept of constituent power.: **European Journal of Political Theory**: subtítulo da revista, Londres, v. 13, n. 2, 2014, p. 218-237.

MIRANDA, Pontes De. Poder Estatal. Poder Constituinte. Poderes Constituídos **Revista Forense Comemorativa - 100 Anos**, Rio de Janeiro, 2005, p. 113-154.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: Normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito**, Curitiba, 2020, p. 227-241;

PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 9, n. 2, p. 1-602, mai./2023.

RUBINELLI, Lucia. **Constituent Power: A History**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 1-255.

SANTOS, A. M. A. **A natureza e titularidade do Poder Constituinte**: subtítulo do artigo. **Justitia**: ed. São Paulo, v. 95, n. 1, p. 9-39, 1953.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 1-377.

SIYÈS, Emmanuel Joseph. **Political Writings**: Including the Debate between Sieyès and Tom Paine in 1791. Tradução de Michael Sonenscher. Hackett Publishing Company, 2003, p.1-255.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1-1101.

VEÇOSO, Fábria Fernandes Carvalho. Achtung Baby! Ou porque meu trabalho acadêmico não precisa de direito comparado...até que se prove o contrário. In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (org.). **Metodologia da pesquisa em Direito. Técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019.