

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO

JOÃO VINÍCIUS DA COSTA VERONESI

PODER CONSTITUINTE NA HISTÓRIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: USURPAÇÃO NO GOLPE MILITAR DE 1964 E RETORNO A
SOBERANIA POPULAR EM 1988

FLORIANÓPOLIS
2015

JOÃO VINÍCIUS DA COSTA VERONESI

PODER CONSTITUINTE NA HISTÓRIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: USURPAÇÃO NO GOLPE MILITAR DE 1964 E RETORNO A
SOBERANIA POPULAR EM 1988

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
UFSC, como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Luís Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

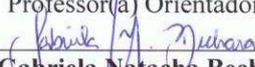
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Poder constituinte na história do ordenamento jurídico brasileiro: Usurpação na revolução de 1964 e o retorno à soberania popular na Constituição de 1988.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **João Vinícius da Costa Veronesi**, defendido em **10/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

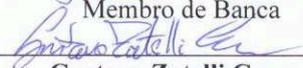
Florianópolis, 9 de Julho de 2015



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Gabriela Natácha Bechara
Membro de Banca



Gustavo Zatelli Correa
Membro de Banca

**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **João Vinícius da Costa Veronesi**

RG:

CPF:

Matrícula: **08222022**

Título do TCC: **Poder constituinte na história do ordenamento jurídico brasileiro: Usurpação na revolução de 1964 e o retorno à soberania popular na Constituição de 1988.**

Orientador(a): **Luis Carlos Cancellier de Olivo**

Eu, **João Vinícius da Costa Veronesi**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 9 de Julho de 2015



João Vinícius da Costa Veronesi

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto a discussão da legitimidade e titularidade do poder constituinte dentro da história do ordenamento jurídico brasileiro em dois momentos distintos: a ditadura militar iniciada em 1964 e a Assembleia Constituinte de 1987-1988. Para isso, inicialmente são tecidas considerações a respeito da história do poder constituinte, suas primeiras manifestações, bem como as construções doutrinárias brasileiras a respeito do tema. Em seguida, parte-se para a análise dos momentos históricos elegidos para a averiguação da legitimidade do poder constituinte expressados neles por meio da aplicação dos conceitos construídos a luz da cultura jurídica brasileira moderna.

Palavras-chave: Poder constituinte; legitimidade; titularidade; ditadura militar; Assembleia Constituinte; Constituição de 1988;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 TEORIA DO PODER CONSTITUINTE LEGÍTIMO.....	11
1.1 ORDEM NATURAL E PODER DIVINO.....	13
1.2 A DOCTRINA DAS LEIS FUNDAMENTAIS DO REINO.....	15
1.3 A DOCTRINA DO CONTRATO SOCIAL.....	16
1.4 O ABADE SIEYÉS E A PRIMEIRA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.....	20
1.5 PODER CONSTITUNTE: FATO E ENTIDADE ONTOLÓGICA.....	24
1.6 PODER CONSTITUNTE NA DOCTRINA BRASILEIRA.....	27
1.6.1 SOBERANIA, SOBERANIA POPULAR E SOBERANIA NACIONAL.....	28
1.6.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	33
1.6.3 LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	36
1.7 EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE.....	43
2. GOLPE MILITAR DE 1964 E O PODER CONSTITUINTE USURPADO.....	45
2.1 DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL, AGENTES SOCIAIS E O GOLPE DE 1964.....	46
2.2 “REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA” E O ATO INSTITUCIONAL 1...50	
2.3 ATO INSTITUCIONAL 2: CAMINHO PARA SUA EXPEDIÇÃO E A USURPAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DO POVO.....	55

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O RETORNO À SOBERANIA POPULAR.....	63
3.1 CAMINHO PARA A CONSTITUINTE DE 1987-88.....	63
3.2 ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E A SUA LEGITIMIDADE MITIGADA.....	66
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia será a análise da legitimidade do Poder Constituinte manifestado na história política e jurídica brasileira. Essa ambivalência científica se deve ao fato de o Poder Constituinte ser uma força política que possui a capacidade de criar o ordenamento jurídico de um Estado, impondo-lhe toda a organização institucional.

O estudo do Poder Constituinte demonstra-se uma tarefa de difícil execução, uma vez que não se trata de um conceito jurídico estanque, de fácil teorização pela cultura jurídica e que não se altere ao longo do evolução da ciência jurídica e política.

Ademais, uma crítica que é realizada ao movimento constitucionalista moderno refere-se justamente a essa tentativa de “constitucionalizar” o Poder Constituinte, tolhendo-lhe, dessa forma, sua característica primordial que é a insubordinação ao fenômeno jurídico, já que sua faculdade constitutiva se sobrepõe ao próprio direito e a ele impõe as regras que serão seguidas¹.

Assim sendo, definir o poder constituinte e teorizá-lo em definitivo não será o objeto do presente trabalho, considerando-se que essa missão seria impraticável no âmbito de uma monografia, demandando, para tanto, uma pesquisa muito mais longa, abrangente e aprofundada.

Será o objetivo desta pesquisa buscar estabelecer parâmetros que permitam a averiguação da legitimidade que o poder constituinte possuía ou não ao ser manifestado dentro da história do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, foram selecionados dois recortes históricos em que se encontram formas de expressão do poder constituinte diametralmente opostas, quais sejam: o golpe militar de 1964 e a Assembleia Constituinte de 1987-1988.

¹ NEGRI, 1994, p. 28-29, *El Poder Constituyente*.

Cabe ressaltar que a pesquisa não tentará apresentar todo o relato histórico dos dois recortes selecionados, mas sim apresentar os pontos mais relevantes dos acontecimentos com o intuito de possibilitar a verificação da legitimidade ou não dos dois momentos constituintes da história do ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia de legitimidade do poder constituinte será a hipótese central desta pesquisa, que pretenderá lograr sua análise mediante uma construção da forma de exercício do poder constituinte vislumbrada pela doutrina nacional.

A ideia da pesquisa surge de uma necessidade e uma vontade de fomentar o desenvolvimento de uma cultura jurídica brasileira própria, que possua consciência de sua história política e jurídica e que não se limite a reproduzir modelos eurocêntricos. Isto porque cada país possui a sua configuração política, social e, conseqüentemente, jurídica.

A doutrina brasileira possui divergências sensíveis no que tange o poder constituinte e a sua teorização. Uma teoria do poder constituinte genuinamente brasileira não existe de maneira uniforme, o que acaba dificultando a verificação de pontos como a legitimidade. Esta, ponto central da presente monografia será avaliada e construída através do que foi escrito por juristas nacionais em seus manuais de direito constitucional e obras específicas a respeito do tema. Ademais, se utilizará alguns autores estrangeiros com o objetivo de ampliar a visão e trazer pontos distintos, sem, é claro, olvidar-se do contexto histórico e social brasileiro.

No primeiro capítulo, traçaremos um breve panorama do surgimento da teoria do poder constituinte, observando manifestações de poderes instituidores da ordem social que podem ser relacionados com o que viria a ser a moderna concepção do poder constituinte. O objetivo será demonstrar como o poder criador da ordem social, mesmo em tempos nos quais a construção teórica não era precisa quanto ao conceito de poder constituinte, sofria limites e necessitava de alguma legitimidade para reger sobre as sociedades. Além da exposição histórica, realizaremos uma análise da teoria do poder constituinte criada pela doutrina

brasileira. Por intermédio dessa observação doutrinária, iremos extrair os pontos mais relevantes e que permitirão a conclusão a respeito da legitimidade do poder constituinte.

Forçoso afirmar que as construções doutrinárias brasileiras estão alicerçadas e foram concebidas sob a influência de teorizações externas. Entretanto, a finalidade da análise será perceber o que a doutrina brasileira criou a respeito do assunto, mesmo que fundamentada em doutrinas externas. Isto porque julga-se ser de extrema importância explorar a construção nacional, uma vez que é ela que é reproduzida em larga escala nas instituições de ensino de direito pelo país a fora.

O segundo capítulo tratará da usurpação ilegítima do poder constituinte por parte das forças “revolucionárias” que deflagram o golpe militar de 1964. Realizará essa construção recorrendo ao exame de fatos nevrálgicos que culminaram com o desencadeamento do golpe e a ilegitimidade constituinte que permeou todo o regime militar e a sua legislação excepcional.

Por fim, o terceiro capítulo tratará, brevemente, da Assembleia Constituinte de 1987-88, da sua convocação e do procedimento utilizado para a feitura da Constituição, assim como os fatores que levam a compreensão que aquela manifestação do poder constituinte foi legítima ao contrário do que sucedeu em 1964 e nos primeiros anos do regime militar. Além dessas considerações, será empreendida uma pequena crítica à própria Assembleia Constituinte.

O método escolhido para a realização da seguinte monografia foi o histórico-dedutivo, mediante o qual será realizada a confirmação da ideia defendida. A escolha se deve ao fato de entender que a metodologia selecionada possibilita a melhor compreensão possível a respeito do tema, uma vez que consubstancia a análise dos recortes históricos elegidos com o possibilidade de comprovação da hipótese principal do trabalho.

1 TEORIA DO PODER CONSTITUINTE LEGÍTIMO

Inicia-se a dissertação apresentando uma panorama histórico a respeito do poder constituinte que permita observar como essa força se manifestava nas sociedades passadas. Entretanto, antes que se adentre o trajeto histórico. É necessário elucidar alguns termos que serão utilizados durante a pesquisa, bem como delinear de maneira clara o que será feito dentro do roteiro histórico.

Como primeira consideração a respeito do poder constituinte, é mister que se diferencie e se esclareça os termos: poder constituinte e teoria do poder constituinte. Isto porque, ao longo do presente texto, os dois termos surgirão em momentos distintos e será indispensável que os conceitos não se confundam

O primeiro deles, o poder constituinte sempre existiu como uma força onipotente capaz de criar uma ordem social nova ou destituir uma ordem já estabelecida e instituir uma nova². Como um ser ontológico que realiza suas construções sociais através do poder político que possui, o poder constituinte poderia ser apontado em diversos momentos da história como a força criadora de uma nova organização social, seja ela qual for e em qualquer conjuntura histórica em que se estabeleça³. Contudo, tal conceito de acepção onipotente no tempo e no espaço não será aplicado à presente análise. Utilizar-se-á a construção hodierna do poder constituinte, cunhada em fins do século XVIII e que será amplamente utilizada pelas doutrinas constitucionalistas do nosso tempo⁴.

O segundo termo, teoria do poder constituinte, será entendido, nesta monografia, como uma construção teórica que atribuí ao poder constituinte significados jurídicos. Neste sentido, Bonavides afirma, com lucidez, o que seria uma teoria do poder constituinte:

² BONAVIDES, 2011, p. 141

³ Trataremos essa noção de poder constituinte como um ser ontológico mais adiante e com maiores considerações na página 25.

⁴ A respeito dessa afirmação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos ensina: "A ideia da existência de um poder que estabelece a Constituição, não obstante encontre raízes remotas na Antiguidade, surge tão só no século XVIII, associada a ideia de poder político." (2007, p.3)

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das constituições rígidas. (BONAVIDES, 2011, p. 145)

A afirmação feita por Bonavides auxilia a delimitar e enxergar a teoria do poder constituinte no âmbito da sua formação histórica, uma vez que a relaciona com a existência de uma Constituição nos moldes da moderna cultura jurídica. Contudo, não é simples dissociar o poder constituinte de sua teoria levando-se em conta que as teorias do poder constituinte sempre tratarão sobre os seus aspectos e características mais fundamentais. Dentre elas, a legitimidade se destaca por conseguir legitimar toda a construção normativa feita pelo poder constituinte.

Apresentados os dois conceitos, cabe agora definir como eles serão utilizados para fins de precisão terminológica. Este trabalho, por discutir o poder constituinte no âmbito da história do ordenamento jurídico brasileiro e procurar estabelecer critérios para averiguar a legitimidade do poder constituinte, abandonará a ideia de um poder constituinte onipotente e onipresente no espaço e tempo e enfocará nas doutrinas e teorias forjadas pelas concepções do constitucionalismo moderno, o que, por sua vez, inclui as construções doutrinárias brasileiras. Desta forma, sempre que o termo poder constituinte for mencionado, estaremos aludindo à sua ideação teórica com os valores que lhe são inerentes. A única exceção a essa regra ocorrerá quando tratarmos do poder constituinte nas sociedades antigas, o que será breve e receberá uma indicação para evitar uma confusão terminológica.

Uma ideia de poder constituinte próxima ao que é ensinado, discutido e teorizado nas doutrinas brasileiras e mundiais surgiu apenas no século XVIII. Entretanto, ao longo de toda a história do que podemos denominar de “sociedade”, existiram poderes capazes de estabelecer uma organização social, de destituí-la ou alterá-la. Na antiguidade clássica, é possível encontrar algumas diferenciações entre

o que seriam leis que estruturam a política⁵ - responsáveis por criar e estabelecer a organização do governo - e as demais leis, criadas pelos órgãos incumbidos de fazê-lo em benefício de toda a estrutura social⁶.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na sua obra “O Poder Constituinte”, apresenta uma série de apontamentos históricos que comprovam a manifestação do que poderia ser denominado como revelações de um poder constituinte insipiente, bem como elenca um panorama histórico do desenvolvimento do poder constituinte no transcorrer dos séculos. Dessa forma, utilizaremos a sua construção cronológica como um roteiro para desenvolver e apresentar essas aparições e complementaremos essa estrutura com textos de outros autores a fim de concatenar uma ideia de poder organizador da ordem social.

1.1 ORDEM NATURAL E O PODER DIVINO

Aristóteles acreditava que o mundo estava organizado em função da natureza e como fim em si mesmo. Cada componente do universo possuía o seu lugar no mundo em virtude da sua própria existência, como se possuíssem um gene que lhe atribuíssem esse local dentro de um mundo ordenado. No que tocava a sociedade, esse gene definia a vocação que cada indivíduo guardava no seio social, ou seja, aqueles que ocupavam as posições políticas e assim desempenhavam suas funções, o faziam visando o bem comum. Assim sendo, o mundo estaria ordenado segundo uma ideia de “cosmos” e tudo que se estabelecia dentro das sociedades da época seguia essa concepção de ordenamento⁷.

Ainda dentro da construção aristotélica, cabe ressaltar a *Política* como uma obra que possui relevância para o presente estudo. Isto porque em seu texto, é possível identificar que para o Autor existiam leis responsáveis pela organização do

⁵ FERREIRA FILHO, 2007, p. 3.

⁶ Idem, p. 3.

⁷ HESPANHA, 2009, p.102-103.

governo e as demais leis. Essa noção, de que existiam normas mais fundamentais ao funcionamento e organização do governo, aparece em mais de um dos filósofos da época, essas normas estabeleciam a estrutura das cidade-estado, definiam o conceito de cidadania, estipulavam quem poderia participar das assembleias e ter poder de decidir sobre a vida pública ateniense⁸.

As referidas leis possuíam superioridade hierárquica em relação às outras, sendo possível, inclusive, impugnar a criação de leis através de uma ação específica, muito similar ao que seria hoje uma ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, mesmo com essa diferenciação entre a hierarquia das normas, ainda carecia ao pensamento helênico uma observação do poder que instituía essas leis fundamentais, de sua legitimidade para instituir as leis ou da titularidade dessa potência de transformação social⁹.

A noção de ordem natural criada por Aristóteles foi absorvida pela cultura jurídica medieval. Contudo, a ideia de “cosmos” seria atribuída, dentro de um contexto social cristão, ao próprio criador e, sendo assim, tudo que ocupava o seu lugar no mundo, incluindo-se aí as posições políticas e a própria organização social era proveniente do Criador. Nesta conjuntura, Deus aparece como o legítimo fundador da ordem social. Muitas construções da hierarquia social medieval virão desse poder criador outorgado a Deus, legitimando, dessa forma, a ordem social vigente¹⁰.

O poder constituinte¹¹ nestas conjunturas sociais era conferido à entidades superiores capazes de organizar toda a vida social, seja o “cosmos” grego ou a divindade representada na figura do Deus cristão medieval.

⁸ FERREIRA FILHO, 2007, p. 4.

⁹ FERREIRA FILHO, 2007, p. 4.

¹⁰ HESPANHA, 2009, p. 101-104

¹¹ Poder Constituinte aqui como a entidade ontológica e, por isso, com as iniciais maiúsculas.

1.2 LIMITAÇÕES AO PODER DIVINO: A DOCTRINA DA LEIS FUNDAMENTAIS DO REINO

Como pôde ser observado anteriormente, a doutrina do poder divino serviu para legitimar as ordens sociais medievais e absolutistas, que atrelavam a Deus o papel de criador do mundo, da ordem social, bem como das posições sociais de cada indivíduo, legitimando os Reis como detentores da capacidade organizadora do Estado e de certa forma, constitutiva¹².

Neste contexto, surge uma segunda aparição de um poder constituinte insipiente, no âmbito do absolutismo francês e com a denominação de “Doutrina das Leis Fundamentais do Reino”. A doutrina previa que algumas normas jurídicas que versavam sobre a estruturação política do reino eram superiores às demais e, ainda, superiores ao próprio monarca¹³.

Essas normas foram criadas por legistas franceses com o intuito de limitar os atos do monarca, como, por exemplo, impedir atos que atentassem contra a nação ou a sua organização política fossem praticados discricionariamente. Preocupados com a manutenção do Estado, estes legistas instituíram um modelo de controle desses atos¹⁴.

Com maior precisão sobre o assunto, o Professor Airton Seelander discorre a respeito da Doutrina das Leis fundamentais:

Em meio a crises dinásticas e à instabilidade política, a reflexão sobre a “Lex Salica”, sobre os princípios gerais da sucessão monárquica, sobre a extensão do poder do Príncipe e sobre os meios de garantir a continuidade, a integridade e a independência do reino produziu, na França, um dos conceitos nucleares do direito público moderno: o de *lei fundamental*. Fruto da época das “guerras de religião”, ele já figurava em 1571 e em 1576 nas obras de Innocent Gentillet (+1588) O conceito logo se tornou um ponto de

¹² Constitutiva aqui como uma capacidade de gerir o ordem social, decidir questões de Estado, julgar conflitos, entre outras potencialidades do Rei e não como a moderna concepção que a palavra possui no Direito Constitucional.

¹³ FERREIRA FILHO, 2007, p. 5.

¹⁴ Idem, p. 5.

referencial literatura política calvinista, tendente a destacar os limites do poder real. (SEELAENDER, 2006, p.199)

Pode-se perceber uma preocupação dos juristas daquele período em manter a ordem social, que deveria estar estabelecida e fundada em princípios estáveis que impedissem acordos escusos ao reino - uma tentativa de cercear os mandos e desmandos reais, impedir que outras nações reclamassem o trono e, conseqüentemente, o reino, em função de alguma junção familiar real supranacional.

Ponto importante que merece ser citado a respeito da doutrina das leis fundamentais do reino e que a relaciona a um moderno conceito de poder constituinte é a existência de um procedimento especial capaz de alterar essas leis ditas imutáveis no contexto do ordenamento jurídico francês da época. Tais alterações, livres da arbitrariedade pura do monarca, necessitavam da reunião dos três estados juridicamente constituídos à época: o Clero, a Nobreza e povo - ou seja, uma reunião de entes representativos com o poder necessário para alterar leis ditas imutáveis¹⁵.

Esta observação nos permite vincular com maior firmeza e clareza a doutrina das leis fundamentais do reino com a construção teórica que seria forjada no século XVIII. Porém, assim como em Atenas, nesta doutrina, não existia uma ideia de um poder criador, capaz de instituir a organização social¹⁶.

1.3 VOLUNTARISMO E A DOUTRINA DO CONTRATO SOCIAL

O roteiro histórico nos leva agora ao período das formulações da doutrina do contrato social. Seu período de desenvolvimento ocorreu ao longo dos séculos

¹⁵ FERREIRA FILHO, 2007, p. 5

¹⁶ FERREIRA FILHO, 2007, p. 5

XVI, XVII e, finalmente, no século XVIII, em que alcançou a sua maior repercussão¹⁷.

Sua importância como salto teórico para o nascimento de uma moderna teoria do poder constituinte é gritante, uma vez que foi por intermédio das suas reflexões que se deslocou a gênese da sociedade da ordem puramente natural, do “cosmos” ou da divindade criadora e para uma construção social embasada na razão humana. Além desta grande diferença basilar, a doutrina do contrato social permitiu mudanças na hierarquia social, cambiando, em alguns de seus expoentes, não só a forma de governo, como quem deveria exercê-lo.

O cerne destas teorias encontrava-se no “acordo de vontades”, por meio da qual o homem abria mão da defesa de todos os seus direitos à sociedade, que a partir de então se responsabilizaria por zelar e defendê-los do espólio alheio¹⁸. Esse acordo, base para toda a fundamentação da teoria do contrato social, seria assinado, tacitamente, por todos os seres humanos que fizessem parte da sociedade. Evidente ressaltar que os expoentes dessa doutrina, em sua maioria, não eram ingênuos ao ponto de imaginarem e escreverem em suas obras que existira uma efetiva assinatura de um contrato por todos os seus agentes sociais e que a partir de então a sociedade passaria a existir. A ideia de um contrato consistia em um acordo aceito por todos os seres humanos que estavam inseridos na sociedade e que dele se beneficiariam - até porque seria ilógico imaginarmos que os seres humanos se submeteriam a um acordo que atentasse negativamente contra os seus direitos. Entretanto, não existia assinatura de contrato ou mesmo um momento de assembleia. O que ocorria era suposição que, em um determinado momento, as pessoas realizaram esse acordo de vontades e o contrato fora livremente consentido. Certo é que esse contrato, como fundamento de toda a sociedade humana, não poderia ser uma construção simples, e suas diversas repercussões, características e especificidades seriam motivo de divergência entre os autores,

¹⁷ FERREIRA FILHO, 2007, p. 6.

¹⁸ Idem, 2007, p. 7.

possibilitando a criação de uma miríade de teorias sobre o mesmo assunto. Para fins didáticos, escolheu-se os três maiores expoentes da doutrina do contrato social para analisarmos suas diferenças e são eles: Hobbes, no *Leviatã*, de 1651; Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, no século XVII; e Jean-Jacques Rousseau, no *Contrato Social*, de 1762¹⁹.

“O homem é o lobo do homem”: através dessa máxima de Hobbes, é possível extrair boa parte de seu pensamento e o que ele viria a fundamentar. Hobbes acreditava em que, na ausência de uma sociedade organizada, o que existiria seria a guerra de todos contra todos, um contínuo estado de guerra (já que os indivíduos tenderiam naturalmente a espoliar-se mutuamente). Neste contexto, os seres humanos aceitariam reunir-se em sociedade com o intuito de obter a paz, e em troca abririam mão de todos os seus direitos naturais, celebrariam um contrato que fundasse a sua sociedade e entregariam o encargo de manter a paz a um terceiro – fato que pode ser resumido com a expressão “estipulação em favor de terceiro”, o qual, no pensamento Hobbesiano, seria o monarca, e este não faria parte do contrato, figurando apenas como o beneficiário da estipulação²⁰.

Locke, ao contrário de Hobbes, traz uma noção diferente da auto conservação humana. Enquanto Hobbes prega que no estado de natureza sempre existiria a guerra de todos contra todos, Locke afirma que isso não ocorreria necessariamente. enxergando as pessoas como possuidoras de capacidade racional e auto controle, Locke asseverava que a liberdade-propriedade é capaz de satisfazer as necessidades humanas e que aquelas podem manter uma determinada ordem, mesmo no estado de natureza, em função dessa noção. O momento político para Locke ocorre quando se abandona o estado de natureza e se entrega ao soberano a competência para reforçar e manter essa ordem instituída num período pré-político²¹.

¹⁹ FERREIRA FILHO, 2007, p. 7.

²⁰ Idem, p.8.

²¹ COSTA, Pietro, 2010, p. 85.

Rousseau possui uma importância histórica mais relevante do que os outros autores porque atribui a fundamentação do seu contrato social na vontade geral, que pode ser considerada uma fonte de interpretação do moderno conceito de democracia²²²³ e se aproxima mais da doutrina do Poder Constituinte.

A estrutura fundante da sua doutrina está no pacto, que o autor define da seguinte forma:

Cada um, enfim, dando-se a todos, a ninguém se dá; e como em todo sócio adquire o mesmo direito que sobre mim lhe cedi, ganho o equivalente de tudo quanto perco e mais forças para conservar o que tenho.

Se afastamos pois do pacto social o que não é da sua essência, achá-lo-emos reduzido aos termos seguintes: *cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo.* (ROUSSEAU, 1762, p. 30)

O exercício teórico proposto por Rousseau, representava a entrega de todos os direitos do indivíduo, incluindo a si mesmo, bem como seu poder à direção da vontade geral²⁴. Esta cessão, criou um precedente doutrinário único, diferente de Hobbes e Locke, por ousar questionar a ordem social característica da Europa do século XVIII²⁵. Dessa forma, executou uma ruptura com o modelo absolutista-monárquico vigente em grande parte do continente, através de uma revisão do pacto social, que entendia ser necessária para que o contrato social se adequasse às liberdades individuais. Contudo, a maior inovação apresentada por Rousseau e que serviria de base para construção de uma teoria do poder constituinte será sua noção de soberania²⁶.

²² FERREIRA FILHO, 2007, p. 8.

²³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra intitulada “A Democracia Possível”, afirma que a obra de Rousseau representava a mais perfeita racionalização da Democracia. (FERREIRA FILHO, 1972, p. 11)

²⁴ Aqui percebe-se a gênese do moderno conceito de democracia representativa.

²⁵ FERREIRA FILHO, 2007, p. 9.

²⁶ O Conceito de soberania em Rousseau será apresentado em outro momento do texto, por intermédio da leitura feita pela doutrina brasileira e que servirá de base para construção do conceito de legitimidade.

Ainda sobre as teorias do contrato social, é importante ressaltar que como elas estavam fundadas no acordado de vontades, alguns expoentes da história do direito atribuíram a essas doutrinas a denominação “voluntarismo”. Isto porque a vontade, dentro da construção teórica do voluntarismo, possuía o poder de criar os direitos, estes não existiam previamente e foram instituídos com base na vontade de constituir uma ordem social estável e segura, em que fosse possível realizar a manutenção dos direitos de cada um que compunha a sociedade²⁷.

Evidente que estas construções, como restou demonstrado acima, alicerçavam esse acordo de vontades sob diferentes figuras e, ao longo de todo um período de amadurecimento das teses, de demandas sociais e mudanças de titularidade do poder constituinte da época, as teorias jusnaturalistas perderam força e deram lugar às doutrinas contratualistas. Entretanto, é forçoso salientar que o Estado, em sua acepção moderna, não existia, estava em formação, e por isso não é possível projetar conceitos atuais a estes momentos históricos.

Essa abertura no leque de possibilidades de legitimação de toda uma ordem social a partir do poder da vontade²⁸ caracteriza a ascensão do pensamento jusracionalista. A vontade humana passava agora a ter uma posição de destaque na construção da sociedade. As teorias começaram a enxergar os indivíduos não apenas como possuidores de direitos, pois além de garantir os direitos dos seus cidadãos, as doutrinas do contrato social passaram a atribuir às pessoas a capacidade genitora da ordem social. Sendo esta, a maior contribuição que pode se extrair dessa evolução teórica.

1.4 O ABADE SIÉYES E A PRIMEIRA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Dando prosseguimento na linha histórica da evolução do conceito de poder constituinte, chegamos ao momento mais sensível e formador dessa

²⁷ HESPANHA, 2009, p. 310-312.

²⁸ Idem, p. 310.

edificação, a obra do Abade Sieyès, *Qu' est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro estado?). Construção teórica fundamental para o desenvolvimento da teoria do poder constituinte, tal obra pode ser apontada como a primeira teorização efetiva. Sua importância histórica, tanto para o seu país como para o mundo, é clara, haja vista que, além de servir de base para a revolução francesa, fundamentando um discurso revolucionário no âmbito de seu país, também influenciou determinantemente a produção constitucional global²⁹.

Pela primeira vez, surgiu uma noção efetiva de poder constituinte como fundador de uma ordem constitucional, já que o autor afirma, não somente na obra citada, mas também na continuação do desenvolvimento do seu pensamento, que todo o Estado possui uma constituição e que essa é arquitetada por um poder - no caso, o poder constituinte - que deve ser anterior a Constituição e é capaz de gerar os poderes do estado, os poderes constituídos, hierarquicamente inferiores ao poder constituinte³⁰.

A relevância histórica e as diferenças quanto às doutrinas do contrato social podem consistem, em grande parte, no fato de que Sieyès, utilizando-se de um conceito de Rousseau – o de soberania popular – para estipular que os poderes políticos da sociedade possuem como fonte única o povo, sendo assim, o povo torna-se o único titular do poder constituinte. Contudo, a astúcia de Sieyès está no fato de que o autor afirmar que o exercício do poder constituinte não precisa ser realizado de maneira direta pelo povo como em Rousseau³².

A estrutura da obra gira em torno da pergunta que a nomeia: o que é o Terceiro Estado, que política e juridicamente na França absolutista era quase nada, porquanto não possuía privilégios e voz dentro da sociedade quando comparado ao Clero e a Nobreza. Contudo, o Terceiro Estado era o Estado em si, representava uma comunidade perfeita, uma vez que concentrava a produção econômica da nação em suas mãos. Por último, a obra responde uma terceira pergunta: o que

²⁹ FERREIRA FILHO, 2007, p. 12

³⁰ Idem, p. 12-13.

³¹ BONAVIDES, 2011, p. 142.

³² Idem, p. 145.

pretende ser o Terceiro Estado? “Alguma coisa”. Dentro desta resposta, enquadra-se o próprio programa de reivindicações da Revolução³³.

Alguns pontos fundamentais do poder constituinte são encontrados na obra de Sieyès. O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho elenca alguns destes pontos: titularidade; permanência; e superioridade.

O primeiro deles, a titularidade, é entregue à nação pelo Abade. Para Sieyès, a nação incorpora a permanência de uma comunidade, ela expressa os seus interesses permanentes, contrapondo-se a ideia de interesses dos seres humanos que a constituem - como viu-se na doutrina contratualista, a qual dita que os indivíduos, buscando garantir os seus interesses, abrem mão do direito de tutelar seus direitos e entregam essa tutela ao Estado. Na teoria de Sieyès, os interesses das pessoas não necessariamente refletem os interesses da nação, podendo existir contradições entre os interesses de quem compõem uma nação e o interesse da nação propriamente dito. Neste ponto, o autor referido alega que o poder constituinte pertence à nação e manifesta sua vontade quando cria as instituições que vão governar a comunidade³⁴.

A questão da permanência do poder constituinte na obra de Sieyès é outro ponto que merece atenção. Discorre-se que o poder constituinte não se exaure após a promulgação da Constituição, e sim permanece existindo, podendo-se comprovar essa afirmação quando se observa o que o autor constrói a respeito da titularidade do poder constituinte. Parte-se da ideia de que a nação é a expressão de uma comunidade e a manifestação de sua vontade e, desta forma, pode-se concluir que a nação possui poderes para criar uma nova Constituição. Entretanto, há uma questão de extrema importância e que repercutirá em todo o desenvolvimento de uma teoria do poder constituinte e, conseqüentemente, nas temáticas do Direito Constitucional, que é a subordinação e a relação da nação com constituição instituída pelo poder constituinte e os poderes constituídos por ela³⁵.

³³ FERREIRA FILHO, 2007, p. 12.

³⁴ Idem, p. 13.

³⁵ FERREIRA FILHO, 2007, p. 14.

Primeiramente, cabe apontar que os poderes constituídos ficam subordinados à Constituição: uma vez instituída a Constituição, não podem tais poderes alterá-la da maneira como bem entendem, uma vez que somente a nação possui a titularidade do poder constituinte. A Nação, por sua vez, pode alterá-la, como veremos na seguinte afirmação do autor:

Seria ridículo supor a nação ligada, ela própria, pelas formalidades ou pela Constituição com a qual ela subordinou os seus mandatários. Se fosse preciso esperar que ela para se tornar uma não tivesse uma maneira de ser positiva, ela não teria jamais sido organizada. A nação se forma pelo único direito natural.
(...)

Não somente a nação é submetida a uma Constituição, mas ela não o pode ser e não o deve ser, o que equivale ainda dizer que ela não o é. (SIEYÉS apud FERREIRA FILHO, 2014, p. 34)

Desta forma, chega-se à conclusão que a nação, como titular do poder constituinte, tem o poder de instituir uma nova Constituição, independentemente da existência de uma Constituição anterior - basta que a manifestação de vontade da comunidade possa ser expressa. Contudo, o que seria essa manifestação, como ela surge e a sua efetiva legitimidade ou não, serão temas tratados mais adiante dentro deste mesmo capítulo e com base nas modernas doutrinas jurídicas brasileiras a respeito do tema.

Quanto à ausência de limitação do poder constituinte, Sieyès afirma que ele não precisa respeitar os limites impostos pelo direito positivo anterior. Essas possibilidades de alteração do direito através do poder constituinte farão emergir um novo debate e novos conceitos na teoria moderna do poder constituinte, que será a subdivisão do poder Constituinte em poder constituinte originário e de revisão ou derivado. Este tema será debatido mais adiante no presente texto, cabendo agora sua menção apenas como uma observação acerca dos desdobramentos da obra de Sieyès³⁶.

³⁶ FERREIRA FILHO, 2007, p. 15

Por fim, o abade assegura a superioridade da Constituição sobre os poderes constituídos, firmando que qualquer manifestação destes deve estar de acordo com o texto constitucional e criando, embora sem muita precisão, o que viria a ser a noção de controle de constitucionalidade, aplicada posteriormente a quase todos os modelos de constituições rígidas³⁷.

1.5 PODER CONSTITUINTE: FATO E ENTIDADE ONTOLÓGICA

A compreensão do que é o poder constituinte exige uma abordagem sob diferentes prismas e perspectivas. Defini-lo, teoriza-lo e compreendê-lo não é uma tarefa simples se for imposta a noção de que o poder constituinte não está atrelado ao direito positivo, ao menos na sua concepção de poder constituinte originário, que atribui a ele a prerrogativa e a capacidade de criar o direito posto. Desta forma, para uma compreensão ampla, o presente trabalho abordará o poder constituinte, inicialmente, sob três diferentes facetas: poder constituinte como fato; como teoria e como entidade ontológica.

Observar o poder constituinte como um fato significa pensar na sua dimensão momentânea, ou seja, como ele surge dentro de um determinado Estado, como uma força política capaz de alterar toda a organização estatal, o modelo econômico, a forma de governo e, é claro, todo o ordenamento jurídico. Essa força avassaladora, esse fato criador, na grande maioria das ocasiões, não possui uma previsão social ou jurídica, pode ocorrer através de uma revolução social, um golpe de estado, ou, simplesmente, como uma transição social pacífica decorrente de mudanças necessárias numa determinada sociedade que deseja alterar a sua configuração estatal³⁸.

³⁷ FERREIRA FILHO, 2007, p. 15.

³⁸ BONAVIDES, 2011, p. 146-148

O fato capaz de redimensionar a sociedade pode muitas vezes ser manipulado ou direcionado por quem conseguir tomá-lo. Nesta perspectiva, o poder constituinte não possuiria legítimos titulares ou uma legitimação teórica construída, seria tão só um momento criador, um instante de completa mudança da ordem estabelecida³⁹.

Uma construção acerca do poder constituinte como fato e que repercute na sua face ontológica pode ser encontrada na obra de Donoso Cortes:

El poder constituyente no puede localizar-se por el legislador, ni formular-se por el filósofo: porque no cabe en los libros y rompe el quadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nuble, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue. (CORTES Apud BONAVIDES, 2011, p. 147.)

O conceito de Donos Cortes permite que se alcance o poder constituinte como um fato, porque o descreve como o instante, o momento, a força imparável e ilimitada que surge, rompe o céu como um raio, altera tudo e da mesma forma que surgiu, se extingue, deixando o reflexo de sua obra para que a sociedade lide com os seus efeitos jurídicos e sociais. Entretanto, quando se coloca o poder constituinte sob esse ângulo, a sua potencialidade torna-se, na visão da presente monografia, pernicioso à sociedade, pois enseja toda e qualquer mudança nos alicerces da estrutura política e jurídica sem uma vinculação e/ou legitimidade, deixando o poder constituinte a mercê de quem puder ser o seu titular sem criar uma titularidade vinculada à soberania popular.

Esta “titularidade”, entregue à soberania popular na obra de Rousseau e que será a opção teórica realizada no presente texto, será discutida mais adiante como o intuito de se estabelecer quem deve ser o legítimo titular do poder constituinte.

Do ponto de vista ontológico, o poder constituinte não possui vinculação com o ordenamento jurídico, existe por si só e é ele o responsável por criar todo o

³⁹ BONAVIDES, 2011, p. 148.

conjunto de normas que servirá de base para o mundo jurídico⁴⁰. É uma força política onipotente e desvinculada do ornamento jurídico⁴¹. Esta concepção, desenvolvida por Antonio Negri, formula uma crítica ao constitucionalismo moderno, que, na tentativa de domar o poder constituinte e alocá-lo dentro dos poderes constituídos como um mero poder reformador, retiraram dele a sua natureza fundamental⁴².

A obra de Negri também questiona o conceito de soberania popular. O autor empreende uma separação do poder constituinte do conceito de soberania e uma posterior conexão do conceito de poder constituinte com a democracia. A radicalidade e a onipotência que entrega ao referido poder é quase que total, colocando-o num patamar de entidade política com vida própria, como sujeito da própria vontade de construir a democracia - ou seja, o governo absoluto do povo⁴³.

Todavia, ao intentar a criação do seu ser ontológico, que se desvincula da soberania e alcança um patamar próprio, a reflexão de Negri acaba por se contradizer. A respeito dessa contradição, Gilberto Bercovici apresenta uma reflexão que suscita alguns problemas acerca da construção de Negri:

Para Negri, o poder constituinte é ontológico, um produto da descontinuidade radical, não podendo ser vinculado à soberania, que é o seu oposto. A soberania é poder constituído, que busca bloquear e neutralizar o poder constituinte. O poder constituinte cria a democracia, o governo absoluto da multidão, contraposto ao governo limitado do constitucionalismo. A concepção jurídica de poder constituinte é, segundo Negri, contraditória, pois ignora seu caráter onipotente de potência da multidão. A democracia é a negação do constitucionalismo como poder constituído. O poder constituinte não esgota seus efeitos, é um movimento ininterrupto de construção do povo. Para Negri, o poder constituinte não vem depois da política, ele vem antes, é a própria definição de política. O problema essencial da concepção de poder constituinte de Negri é a sua tentativa de desvincular poder constituinte de soberania, que ele entende como contrapostos. O poder constituinte não é oposto a soberania, pelo contrário, é a sua manifestação máxima. Sem soberania, o conceito de

⁴⁰ NEGRI, 1994, p. 18.

⁴¹ BONAVIDES, 2011, p. 150.

⁴² NEGRI, 1994, p. 27-28.

⁴³ Idem, p. 31-33.

poder constituinte de Negri perde a base material de sustentação e se torna algo etéreo, metafísico. (BERCOVICI, 2013, p. 312)

Na opinião do autor do presente trabalho, essa postura de construir o poder constituinte como uma entidade ontológica, separando-o de um conceito de soberania, demonstra-se extremamente pernicioso do ponto de vista prático. Mesmo que a intenção de Negri fora atribuir ao conceito de poder constituinte a vontade democrática, separá-lo do conceito de soberania popular pode ensejar caminhos diametralmente opostos à democracia. Por isso idealizar que o poder constituinte, como entidade ontológica, conseguiria, por si só, instituir a democracia, não passa de uma ilusão, e basta que seja considerada a história política de nosso país para se chegar a essa conclusão. Nesse contexto, considera-se muito acertada a visão do professor Bercovici ao afirmar que, sem a soberania popular, esse conceito de poder constituinte criado por Negri se contradiz e perde o seu efeito democratizante⁴⁴⁴⁵.

Em função desta observação e do panorama histórico apresentado, iniciar-se-á agora uma construção teórica do poder constituinte, embasada no pensamento de alguns autores brasileiros que, mesmo com pensamentos formados a partir das doutrinas europeias, mais se aproximaram da realidade política e social brasileira ao aplicarem tais doutrinas e formarem um pensamento jurídico nacional. Por sua vez, tais concepções devem ser o norte para uma construção de uma teoria do poder constituinte sob a ótica da história brasileira, levando-se em conta erros e acertos do passado e experiências políticas frustrantes e revigorantes.

1.6 PODER CONSTITUINTE À LUZ DA DOCTRINA NACIONAL

A recapitulação histórica permite uma compreensão sobre o desenvolvimento de um conceito de poder constituinte. Entretanto, definir o poder

⁴⁴ BERCOVICI, 2013, p. 312.

⁴⁵ BONAVIDES, 2011, p. 149.

constituente de maneira pura e objetiva é uma tarefa impraticável. Basta que se observe a sua força e capacidade transformadora para compreender que quaisquer simplificações a respeito do assunto poderiam se tornar algo extremamente prejudicial ao ordenamento jurídico e à noção de soberania popular. O poder constituinte não pode ser definido pura e simplesmente, é necessário empreendê-lo como um todo complexo, possuidor de diferentes aspectos que precisam ser considerados, estudados e construídos⁴⁶ de uma forma que possibilite o desenvolvimento de uma construção teórica sólida.

Uma teoria do poder constituinte nada mais é do que uma tentativa de positivar a força criadora da ordem social. Sob o ponto de vista jurídico, o trabalho intentado por juristas antigos e modernos busca dar um significado normativo ao poder constituinte e alocá-lo dentro do ordenamento legal de alguma forma - o que, pela própria natureza, soa contraditório, uma vez que o poder constituinte é uma força política transformadora. Desta forma, o ponto principal desta monografia será desenvolver elementos capazes de colaborar para uma futura formulação teórica do poder constituinte vinculada ao conceito de soberania popular e de democracia, ensejando a edificação de novos parâmetros para a análise de momentos históricos distintos e com um enfoque na legitimidade e titularidade do poder constituinte nos dois momentos históricos selecionados⁴⁷

Assim sendo, a partir deste ponto serão abordados alguns elementos da teoria do poder constituinte com o intuito de possibilitar uma análise acerca da legitimidade e da titularidade do poder constituinte nos dois momentos históricos selecionados: O golpe militar de 1964 e a constituinte de 1987-88.

1.6.1 SOBERANIA, SOBERANIA NACIONAL E SOBERANIA POPULAR

⁴⁶ BONAVIDES, 2011, p. 145-146.

⁴⁷ BERCOVICI, 2013, p. 314.

Estudar o conceito de soberania inserido no estudo de uma teoria do poder constituinte é fundamental, pois é justamente a partir de um conceito de soberania que será possível analisar outros pressupostos de uma teoria do poder constituinte, como a legitimidade e a legitimação, bem como a titularidade do poder constituinte. Sendo assim, abordaremos algumas concepções para que se alcance, primeiramente, um conceito de soberania aplicável aos momentos históricos estudados e, posteriormente, uma caracterização deste conceito no que tange à atribuição de valores da soberania nacional e da soberania popular.

Inicialmente, cabe alertar que a soberania não será definida aqui sob a ótica do direito internacional. Partindo-se da ideia de que o objeto desse estudo são dois momentos históricos de um Estado soberano, ou seja, que possui força e capacidade para instituir a sua organização e o seu funcionamento sem interferências externas diretas, não será concebido o conceito de nação soberana, mas sim, de soberania interna.

A soberania interna diz respeito à potencialidade de uma força política de instituir uma ordem social incontestável sob um determinado espaço físico e a uma população que ali reside. Desta forma, todos os poderes sociais existentes estariam subordinados a essa força soberana incontestável. A soberania monopoliza o poder mediante a coação que impõe a todos os agentes sociais. Desta forma, pode-se afirmar que a soberania nada mais é do que a força organizadora capaz de impor sua ordem a um determinado Estado⁴⁸.

Outro conceito interessante de soberania pode ser encontrado na obra de Pietro Costa:

Somente um poder ao qual nada possa resistir é soberano: se alguma coisa pudesse contrastá-lo, novamente viria à tona aquele conflito contra o qual a soberania foi inventada. Não se conhece ordem sem instância unificadora de uma soberania irresistível. (COSTA, Pietro, 2010, p. 84)

⁴⁸ BONAVIDES, 2014, p. 132-135.

A partir dessa ideia, pode-se relacionar o conceito de soberania com uma teoria do poder constituinte, visto que este se caracteriza justamente por essa onipotência social; a soberania, como força motriz do poder constituinte, não só possui algumas características próximas às do poder constituinte, como serve para atribuir-lhe a devida legitimidade do seu titular.

Sobre a ideia de soberania popular, existem duas concepções amplamente difundidas que descendem da obra de Rousseau e da obra de Sieyès – quais sejam: a soberania nacional e a soberania popular.

A soberania popular, criada por Rousseau em *O Contrato Social*, afirma que aquela é a soma das distintas frações de soberania, ou seja, que cada indivíduo da comunidade possui uma parte dessa soberania e, dessa forma, cada um exerce a soberania participando da escolha dos governantes⁴⁹.

A doutrina da soberania popular possui duas versões: a versão francesa (revolucionária) e a versão americana; ambas derivadas da obra de Rousseau, mas com consequências diferentes⁵⁰.

A versão francesa se afasta do Rousseau do Contrato Social, uma vez que entrega o poder constituinte nas mãos dos cidadãos, ou seja, uma soberania das massas de cidadãos, tomando, dessa maneira, uma forma representativa na qual o poder constituinte se confunde com a própria constituinte⁵¹.

Essa confusão do poder constituinte com o próprio órgão causou consequências funestas e perniciosas, porquanto, ao se delegar o poder constituinte a uma assembleia e com ele confundir o próprio poder, ensejou-se um panorama de usurpação do poder constituinte. Confundindo o mandatário com o mandante, que deveria ser subalterno à vontade popular, possibilitou que as Constituintes onipotentes impusessem um governo à Nação, e como a constituinte já

⁴⁹ BONAVIDES, 2011, p. 155.

⁵⁰ Idem, p. 155.

⁵¹ Idem, p. 155.

representava a própria vontade do povo, não era necessário uma ratificação póstuma à elaboração da Constituição⁵².

A versão americana, ao contrário, acreditava que a assembleia deveria sim possuir poderes ilimitados, desde que entre esses poderes estivessem as “faculdades constituintes do povo”, que deveriam ser o titular da soberania⁵³.

O exercício constituinte ocorreria de maneira limitada mediante a utilização das denominadas “Convenções”, as quais possuíam a incumbência de redigir um projeto de constituição que seria submetido ao voto popular⁵⁴.

Resumindo, existem duas alternativas teóricas a respeito da doutrina da soberania popular: a francesa, segundo a qual a Constituinte é o povo (concepção equivocada, já que a soberania é de natureza indelegável), e a americana, que enxerga a Constituinte ou Convenção apenas como um mecanismo de criação da constituição, limitada pelo seu propósito fundador e que se legitima apenas pela aprovação popular⁵⁵.

A doutrina francesa da soberania nacional se estrutura mediante a ideia de que o poder constituinte deve recair num órgão distinto dos órgãos constituídos. Esse poder, possuirá a discricionariedade de formular os poderes constituídos: Legislativo; Judiciário e o Executivo.

Independentemente da característica do poder constituinte – originário ou de revisão – ele não poderá ser exercido por um poder constituído.

A concepção de soberania nacional estabelece a Constituinte como um poder à parte, criado para regulamentar apenas o que foi imputado a sua competência - seja uma revisão total do texto constitucional ou uma reforma parcial. Findo o processo constituinte, elaborada ou reformada a nova Constituição, a assembleia se extingue e a Constituição deve passar por um processo de ratificação do povo ou da nação.

⁵² Idem, p. 156.

⁵³ Idem, p. 157.

⁵⁴ BONAVIDES, 2011, p. 157

⁵⁵ Idem, p. 157

Do ponto de vista ideológico, a teoria do poder constituinte segundo a soberania nacional se vincula à concepção de Estado Liberal, pois foi com base nela que a burguesia francesa legitimou instituições representativas como o sufrágio limitado e o mandato representativo. Através do implemento das Constituições rígidas, a presença dos governados foi institucionalizada na formação da vontade oficial, embora não conforme a vontade de todos, e sim de uma parcela significativa da população, criando e instituindo o princípio democrático no sistema representativo do Estado Liberal⁵⁶.

A separação do poder constituinte dos poderes constituídos tornou-se uma garantia de natureza formal, acauteladora dos direitos e garantias individuais que não mais poderiam ser alterados pelo legislador ordinário⁵⁷.

A doutrina de Rousseau é oposta à doutrina de Sieyès, pois aquele afirma que cada um possui uma parcela da soberania, enquanto que Sieyès afirma que somente o interesse coletivo contínuo de uma comunidade constitui o legítimo detentor da soberania e, portanto, do poder constituinte⁵⁸.

Como consequência dessas duas noções, encontramos em Rousseau uma necessidade da participação de todos na constituição da vontade geral e na subsequente manifestação do poder supremo do estado, ou, ainda, uma representação-expressão, visto que essa seria efetivamente a legítima expressão da vontade geral. Por outro lado, em Sieyès é possível identificarmos uma representação-imputação, que nada mais é do que a possibilidade de entrega do poder supremo do Estado a alguém, desde que esteja legitimado pela soberania nacional.

As duas ideias são interessantes e possibilitaram desdobramentos contínuos que podem ser observados até os dias de hoje. Quando falamos em reforma política, esses conceitos criados há mais de 100 anos ainda encontram

⁵⁶ BONAVIDES, 2011, p. 154

⁵⁷ SILVA, 2007, p. 124.

⁵⁸ Luís Roberto Barroso afirma, inclusive, que a noção de soberania criada por Rousseau foi substituída pelo conceito criado por Sieyès, o que, por sua vez, permitia a legitimação do Terceiro Estado como o legítimo titular do poder constituinte, uma vez que ele representaria a Nação. (BARROSO, 2015, p. 132)

utilidade nos debates atuais, especificamente quando se fala em sufrágio universal obrigatório ou não - para Sieyès o sufrágio é uma função; para Rousseau, é uma obrigação⁵⁹.

Tanto a noção de soberania nacional quanto a popular entregam, de uma certa forma, o poder constituinte ao povo, mesmo que indiretamente quando se trata da soberania nacional. Todavia, o maior problema que encontramos ao observar os desdobramentos históricos provenientes de ambas as teorias, consiste em suas deturpações⁶⁰.

Limitando-se ao caso brasileiro, existiram diversos momentos constituintes, mas nem todos podem ser atribuídos a poderes constituintes legitimados. Ao longo de nossa história constitucional, houve usurpações da legitimidade constituinte e é justamente nestes momentos de usurpação que a doutrina da soberania nacional será utilizada para autorizar o esbulho do poder constituinte do povo. O debate, com base na história do nosso ordenamento jurídico e no que foi construído pela doutrina brasileira, permitirá visualizar e apontar a usurpação realizada pelo regime militar com o golpe de 1964 por meio da utilização de uma legislação excepcional⁶¹. Após essa análise, será possível vislumbrar os fundamentos teóricos que levarão a conclusão de que Assembleia Constituinte de 1987-1988 esteve embasada na soberania popular.

1.6.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Aqui se inicia um dos temas mais polêmicos a respeito do poder constituinte: apontar, sem equívocos e com precisão teórica, quem é ou deve ser o seu titular.

⁵⁹ Ainda sobre a questão do sufrágio, Jose Afonso da Silva assevera que a doutrina da soberania nacional de Sieyès, possibilitou o advento do sufrágio restrito e censitário do constitucionalismo do século XIX, com repercussões no constitucionalismo brasileiro. (SILVA, 2014, p. 224-225)

⁶⁰ No caso brasileiro, em especial, a soberania nacional possibilitou o advento da doutrina do poder constituinte presente nos Atos institucionais do regime militar e que serão discutidos mais adiante.

⁶¹ SILVA, 2011, p. 80.

Um olhar sobre a história política brasileira e global permite entender os motivos que dificultam o estabelecimento dessa titularidade. Ao recapitular-se a parte histórica do trabalho, será possível constatar que o poder constituinte – aqui como entidade ontológica – mudou de titularidade em diversos momentos da história: já foi atribuído a Deus, ao monarca soberano, à soberania nacional e à soberania popular⁶². Todavia, mesmo em situações nas quais a titularidade deveria ser de um ou de outro, as circunstâncias históricas e sociais de cada momento ensejaram tomadas do poder constituinte por quem conseguisse alcançá-lo, seja por meios populares ou pelo uso da força. Neste contexto, muitos autores afirmam ser impossível determinar a devida titularidade⁶³, visto que esta não significa, necessariamente, legitimidade para manifestar o poder constituinte.

Por outro lado, lançando um olhar acerca do panorama doutrinário brasileiro, parte majoritária da doutrina atual afirma ser o povo o verdadeiro titular do poder constituinte.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre o tema, assevera:

Assim, a problemática da titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica, porque está intimamente ligada à concepção política predominante num determinado momento. Hoje, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo. (FERREIRA FILHO, 2014, p. 50.)

Em sua definição de poder constituinte, José Afonso da Silva firma a titularidade do povo de forma direta:

Poder constituinte, pois, é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela “energia” capaz de organizar política e juridicamente a Nação. (SILVA, 2015, p. 226)

⁶² BONAVIDES, 2011, p. 158.

⁶³ Ferreira Filho aponta a impossibilidade científica de se estabelecer a titularidade do poder constituinte, mas a atribui ao povo, deixando este conceito de povo sem uma formulação efetiva. *O Poder Constituinte*, 2014, p. 51: “Assim, o estudo deste ponto – titularidade do Poder Constituinte – nos leva, tristemente, a uma conclusão frustradora, a de que é quase impossível, ou é impossível mesmo, num estudo científico, determinar quem é o titular do Poder Constituinte. O Poder Constituinte tem por titular o povo. Mas a obscuridade permanece relativamente ao que é o povo”.

Os dois constitucionalistas afirmam a titularidade do povo em suas obras, mas cada um deles possui diferentes maneiras de encarar o exercício do poder constituinte por parte do povo. Todavia, a simples concessão da titularidade do poder constituinte ao povo, não permite uma constatação a respeito da sua legitimidade efetiva, é necessário que se delimite com maior clareza o que seria o povo e porque ele é o legítimo titular do poder constituinte, bem como que se estabeleça o que essa outorga da titularidade do poder constituinte ao povo significa e reverbera.

Paulo Bonavides, por sua vez, apresenta um panorama histórico ao falar da titularidade do poder constituinte. Analisando-se as mudanças de titularidade ao longo da história, percebe-se que essa titularidade recaiu sob o domínio de Deus, de um monarca ou príncipe, do povo ou da Nação e até de um parlamento ou uma classe social⁶⁴.

Dessa forma, o autor evita firmar a titularidade da Nação ao citar autores que asseveram ser a titularidade uma questão de circunstâncias político-sociais, ou seja, são as forças capazes de assumir a titularidade do poder constituinte nos momentos de crises sociais. Contudo, cabem a observação e o estudo das repercussões e seus efeitos ao longo do tempo para avaliar quais são as melhores alternativas no que tange à abordagem da titularidade do poder constituinte⁶⁵. A elaboração de Bonavides possui relevância pois ao invés de simplesmente conferir ao povo a titularidade do poder constituinte, problematiza as suas repercussões e enseja uma reflexão sobre a valoração do poder constituinte pela sua moderna doutrina⁶⁶.

Porém, é Luís Roberto Barroso, quem constrói uma concepção indispensável à contenda sobre a titularidade. Por meio de uma valoração ética,

⁶⁴ BONAVIDES, 2011, p. 158.

⁶⁵ Idem, p. 158.

⁶⁶ Para uma melhor compreensão da problemática orquestrada por Bonavides, ver sua obra, *Curso de Direito Constitucional*, 2011, p. 157-161.

constrói o autor a sua noção de titularidade partindo da ideia de que o poder constituinte, como todo o poder efetivo, pressupõe manifestação de vontade por parte de quem o exerce e consentimento ou sujeição por quem a ele se sujeite, fundamenta, ainda, que todo o exercício de autoridade necessita de justificação. Em última instância, o exercício do poder constituinte como não se sujeita ao direito preexistente, precisa atender a valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política⁶⁷. Esta noção, aproxima a doutrina do poder constituinte ao direito natural. Entretanto, o que se tem agora é um atrelamento da doutrina do poder constituinte às concepções hodiernas criadas pelo constitucionalismo moderno.

O que se extrai, ao analisar as diferentes construções doutrinárias brasileiras, é a necessidade de valorar a titularidade mediante critérios que permitam conferir legitimidade ao titular que esteja exercendo o poder constituinte. Isto também é forçoso porque, como veremos adiante, o exercício do poder constituinte permite a verificação sua legitimidade.

Além disso, como o presente trabalho entende que a titularidade do poder constituinte deve ser do povo, faz-se essa opção calcando-se nas construções doutrinárias nacionais e na doutrina da soberania popular de Rousseau preterindo-se a construção do Abade. A escolha decorre da compreensão que o povo e a sua vontade deve prevalecer, pois uma soberania nacional permite desvios dessa vontade, manipulações e distorções por parte de interesses ocultos. Outrossim, entende-se que quando a Nação se sobrepõe ao seu povo, perde-se a ideia de Estado Democrático de Direito⁶⁸.

1.6.3 LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

⁶⁷ BARROSO, 2015, p. 138-139.

⁶⁸ Sobre o tema do Estado Democrático de Direito ver a obra de José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2009, p. 112-120.

Como pode intuir-se da construção empreendida até o momento, o poder constituinte existe como um fato, no espaço e tempo, que possui a força criadora da ordem política e jurídica. A este fato são atribuídos valores, desenvolvidos ao longo de construções doutrinárias e que podem ser observados no decorrer da evolução histórica da teoria do poder constituinte. Esta valoração colige ao redor do referido poder as características formadoras da teoria do poder constituinte e, dentre elas, a legitimidade e a legitimação figuram como uma das mais fundamentais, porque emprestam o critério da validade a todo o ordenamento jurídico imposto por aquele poder constituinte originário.

Sendo assim, buscando estabelecer o critério que determinará, dentro da presente pesquisa, a legitimidade do poder constituinte que construiu a Constituição de 1988 e a ilegitimidade do poder constituinte que instituiu o regime militar em 1964, inicia-se uma análise acerca dessas duas características formadoras da teoria do poder constituinte.

Utilizando-se como base o pensamento de quatro doutrinadores distintos do Direito Constitucional brasileiro, será construída uma fórmula de averiguação da legitimidade do poder constituinte e a posterior legitimação.

Paulo Bonavides cria um mecanismo de avaliação da legitimidade do poder constituinte, alicerçado na vontade dos governados e no princípio democrático da participação popular e apresenta uma dupla extensão, horizontal e vertical, que possibilita verificar a força e a intensidade do exercício do poder⁶⁹.

A primeira delas diz respeito à participação popular efetiva dos cidadãos que compõem o Estado decidirem sobre a matéria constituinte ou elegerem os seus representantes a uma assembleia constituinte, tendo o sufrágio como critério e referência para auferir e definir o grau de legitimidade democrática. Neste contexto,

⁶⁹ BONAVIDES, 2011, p. 161.

quanto maior a participação e menores as restrições, maior será o grau de legitimidade atingido pela constituinte⁷⁰.

A extensão vertical permite calcular os diferentes níveis de participação dos governados e se estrutura em três pontos: primeiro, o poder decisório sobre o tema constitucional, pela utilização de meios plebiscitários ou mediante *referendum*; segundo, a responsabilidade de eleger os membros da Assembleia Constituinte; terceiro, a capacidade de nomear um Congresso ordinário, que possua competência constituinte. Ressalta o autor, ainda, que quanto maior a distância e debilidade da interferência dos governados nesses 3 pontos, mais baixos serão os níveis de legitimidade constituinte⁷¹.

O segundo doutrinador escolhido, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na sua obra intitulada “O Poder Constituinte”, trabalha os conceitos de legitimidade e legitimação sob um ângulo distinto do primeiro doutrinador.

A fala deste autor começa com a criação do conceito de *consensus*. O *consensus*, denominado cosmovisão social, seria a hierarquia de valores, de conceito de mundo e vida e do direito existentes dentro de uma determinada sociedade⁷². Uma ideia de justo, dentro de seus valores, e uma ideia de justo dentro da sua política, que se tornaria “ideia de direito”, como assim chama Bourdieu⁷³. Observa-se que desta derivam todas as ideias concernentes à soberania e ao supremo poder do Estado, bem como que essa ideia de direito é sempre invocada por aqueles agentes que estão realizando a revolução e, conseqüentemente, manifestando o poder constituinte⁷⁴. Após essa estruturação entre ideia de direito e poder revolucionário, o autor realiza a idealização da sua ideia de legitimidade, que merece ser apresentada:

⁷⁰ Idem, 2011, p. 161.

⁷¹ BONAVIDES, 2007, p. 161.

⁷² FERREIRA FILHO, 2014, p. 67.

⁷³ Citado por FERREIRA FILHO, *O Poder Constituinte*, 2014, p. 67.

⁷⁴ FERREIRA FILHO, 2014, p. 68.

“No plano do direito positivo, a obra revolucionária é sempre inconstitucional ou ilegal. Não é preciso demonstrá-lo. Essa obra, porém é legítima ou ilegítima, segundo o *consensus*, conforme a ideia de direito predominante. É legítima a tomada de poder para a realização da ideia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao direito positivo. Em relação ao direito positivo, mede-se a legalidade, e não a legitimidade. A obra constituinte do grupo revolucionário pode ser legítima, mas é ilegal. Esse grupo chega ao poder. Se ele tem sobre si a legitimidade, que lhe resta fazer? A legalidade, a legalização, que é o passo seguinte. Essa legalização é a edição da Constituição. Essa edição é o ato constituinte. No caso de uma revolução que tem por si a legitimidade, a transformação do ato constituinte em Constituição é simples, fácil e praticamente imediata. Porque o ato constituinte dessa revolução legítima conta de imediato com a aceitação dos governados.” (FERREIRA FILHO, 2014, p. 68)

Mediante esta concepção, é possível estabelecer que aqueles que detiverem o *consensus* ou a ideia de direito predominante podem e devem exercer o poder constituinte. Entretanto, o conceito de legitimidade criado por intermédio dessa construção resta muito vago, não permitindo uma constatação clara da legitimidade constituinte, visto que deixa à mercê da ideia de direito a vontade constituinte do povo sem a efetiva participação deste no processo de elaboração da constituição - ou, ainda, pressupõe a aceitação imediata em função dessa ideia de direito.

Ferreira Filho também constrói um conceito de legitimação que merece ser aludido para fins de crítica e elaboração de uma ideia de legitimação:

Mas pode ocorrer que o movimento que triunfe não tenha por si o *consensus*, não tenha por si, portanto, nem a legitimidade nem a legalidade. Para obter-se a aceitação dos governados, é preciso realizar então um trabalho de legitimação. A legitimação é, assim, a conquista direta ou indireta da aceitação dos governados. E, antes de se operar esse processo de legitimação, não ocorre a eficácia, não se implementa a condição de eficácia. (FERREIRA FILHO, 2014, p. 69)

Mais uma vez, o autor não expressa de maneira clara o seu conceito, pois não especifica os artefatos mediante os quais se atingiria essa legitimação. Uma legitimação direta ou indireta pode deixar margem para muitas interpretações, bem como deturpações da legitimidade e da legitimação do poder constituinte.

Além dessa fragilidade conceitual ao legitimar o poder constituinte, o doutrinador firmará, quando tratar das formas de expressão do poder constituinte, o incondicionamento formal da manifestação do poder e da outorga⁷⁵ - o qual, na visão de outros doutrinadores⁷⁶, consiste numa deturpação do poder constituinte, pois permite a declaração unilateral do agente desse poder, possibilitando que a participação popular seja preterida das decisões constituintes.

Aplicando-se o modelo proposto por Bonavides ao procedimento de outorga, resta-se facilmente comprovado que os índices de legitimidade encontrados seriam baixíssimos.

Outra construção doutrinária que merece uma avaliação é a de José Afonso da Silva, através da análise de sua obra “Poder Constituinte e Poder Popular”⁷⁷. Neste texto, encontram-se subsídios consistentes para o entendimento de uma concepção democrática e popular do poder constituinte.

Servindo-se de um exame histórico e conceitual, o doutrinador sobrepõe os conceitos de poder constituinte de fato e a ideia de poder popular. A concepção estabelecida relaciona o poder constituinte com princípios democráticos e de justiça social⁷⁸, bem como atribui os critérios de legitimidade a necessidade de participação popular descartando a outorga como forma legítima de exercício do poder constituinte⁷⁹. Ademais, atribui a ela os vícios já mencionados anteriormente, como também as repercussões históricas derivadas de sua aplicação. Um trecho de sua obra merece ser transcrito, visto que consubstancia boa parte do que foi exposto até

⁷⁵ FERREIRA FILHO, 2014, p. 82-83.

⁷⁶ José Afonso da Silva descarta, categoricamente, o que ele denomina de *processos de outorga constitucional* como uma forma de exercício e, conseqüentemente, legitimação do poder constituinte. Vale a reprodução do texto para elucidarmos a posição do autor, *Poder Constituinte e Poder Popular*, 2007, p. 70: “Este é um poder que pertence ao povo, que tem de exercê-lo direta ou indiretamente. Descartemos, desde já, as formas autocráticas de fazer uma constituição: os *processos de outorga constitucional*. Pois não são formas democráticas, não constituem modos de exercício do poder constituinte, que tem como único titular o povo. A outorga constitucional é forma de usurpação do poder constituinte do povo”.

⁷⁷ Importante ressaltar que, além desta obra citada explicitamente, serão utilizados outros textos do autor no decorrer do trabalho.

⁷⁸ Para uma maior compreensão a respeito da justiça social no âmbito do Estado Democrático de Direito, ver José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2009, p. 119-120.

⁷⁹ SILVA, 2007, p. 66-67.

o momento e apresenta uma ideia clara de um poder constituinte calcado na soberania do povo:

O poder constituinte repousa no povo. É a vontade política do povo capaz de constituir o Estado por meio de uma constituição. Quando surge uma situação constituinte – ou seja, situação que reclama a criação de nova constituição, que consagre nova ideia de Direito, como está ocorrendo no Brasil de uns três anos para cá [referência aos movimentos para a reconstitucionalização do país no início dos anos 80], o espírito do povo se transmuda em vontade social e reivindica a retomada do seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da Nação pelo exercício do poder constituinte. (SILVA, 2007, p. 68)

Nesta definição, encontram-se fundidos todos os conceitos lavrados até aqui, porquanto a aceção criada pelo autor não só atribui a titularidade do poder constituinte ao povo como estabelece que o poder deve ser uma vontade política forjada por anseios populares legítimos e soberanos do povo. Ao articular, ainda, a forma de manifestação do poder constituinte dentro do limites de uma Assembleia Constituinte Soberana – ou seja, que se funde na vontade popular e permita a participação democrática dos governados – o autor aproxima-se de um conceito de poder constituinte atrelado à ideia de democracia.

Por fim, as reflexões realizadas por Luís Roberto Barroso a respeito da legitimidade do poder constituinte merecem ser consideradas por apresentarem um panorama contemporâneo do assunto.

Como primeira consideração a respeito da concepção desenvolvida por Barroso, é importante salientar que o autor trata as questões da legitimidade em conjunto com a titularidade⁸⁰. Ao iniciar sua construção, autor se utiliza de uma recapitulação histórica na qual demonstra a evolução e as mudanças ocorridas tanto na titularidade como na legitimidade do poder constituinte⁸¹, fixando, ao final de sua exposição a teoria da soberania popular, que entrega a titularidade e a legitimidade

⁸⁰ BARROSO, 2015, p. 138.

⁸¹ Idem, p. 140-142.

ao povo, como a vitoriosa na história⁸². Em conclusão, firma o doutrinador que no âmbito da dogmática pós-positivista, o poder constituinte deve estar limitado pelos valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. A força bruta não se legitima por si mesma na teoria jurídica contemporânea, devendo respeitar os critérios básicos de justiça com a intenção de diferenciar o direito do “não direito”⁸³.

A doutrina brasileira está longe de ser unânime quanto a legitimidade do poder constituinte, entretanto, o que se consegue assimilar da análise empreendida é que a legitimidade está muito mais atrelada a essa construção pós-positivista mencionada por Barroso do que um conceito estanque fundado pela doutrina de Rousseau. O paradigma da legitimidade do poder constituinte no contexto do constitucionalismo contemporâneo não se resolve mediante uma simples exegese de princípios doutrinários, é preciso que se observe a sua manifestação efetiva, como ele se coloca perante os seus cidadãos, como atende à demanda dos indivíduos a ele submetidos. Nesta acepção, pós-positivista, as garantias individuais, os direitos humanos, os valores justos e a própria ideia de justiça surgem como critérios preponderantes na averiguação da legitimidade do poder constituinte. Dessa forma, faz-se mister um estudo do exercício do poder constituinte com o intuito de estabelecer os parâmetros que serão utilizados na avaliação dos recortes históricos selecionados.

Em conclusão e com a intenção de estabelecer o critério da legitimidade e projetar a presente teorização sobre os recortes selecionados. A presente pesquisa se filia à posição criada por Paulo Bonavides e José Afonso da Silva como o marco teórico para executar a aferição do critério de legitimidade ao poder constituinte manifestado nos momentos selecionados. Além disso, a problemática orquestrada por Barroso será utilizada como um alicerce crítico.

⁸² Idem, p. 143.

⁸³ Idem, p. 145.

1.7 EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE

A fixação do critério de legitimidade, passará, indubitavelmente, por uma averiguação da forma de exercício do poder constituinte. Como vimos, o modelo criado por Bonavides enseja avaliar a legitimidade do poder constituinte através da maior ou menor participação popular no processo constituinte. Dessa forma, ao lançarmos um olhar nos recortes históricos selecionados mediante a apresentação dos acontecimentos, será possível definir um grau de legitimidade maior ou menor e afirmar com precisão porque a manifestação em um determinado momento foi legítima e no outro não.

Além da aferição do critério de legitimidade mediante o exame da participação popular, cabe descrever o momento constituinte de maneira pormenorizada para que esse critério possa adquirir validade prática.

O primeiro ponto a ser considerado será a ideia de uma Assembleia Constituinte Soberana, ou seja, que possua a autonomia necessária para realizar a obra constituinte. Essa noção é importante porque se vincula à moderna concepção criada pela doutrina brasileira elegida como marco teórico. Sua origem remete ao constitucionalismo norte americano⁸⁴ que prescrevia a necessidade da existência de uma Assembleia Constituinte livre e com a competência limitada⁸⁵. A ideia de soberania da Assembleia Constituinte remete a um problema referente ao paradigma poder constituído e poder constituinte que levanta o debate a respeito da possibilidade de coexistência do poder legislativo com o poder constituinte, bem como da composição do poder constituinte por membros do legislativo, o que por

⁸⁴ Para uma melhor compreensão a respeito do constitucionalismo norte americana, ver, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, José Afonso da Silva, 2014, p. 229-240.

⁸⁵ BONAVIDES, 2011, p. 157.

sua vez, ensejaria uma diminuição da legitimidade da obra constituinte em função de um equívoco procedimental⁸⁶.

O segundo ponto concerne em expor a ideia de limitações ao poder constituinte. Existem duas formas de limitação do poder constituintes enquanto ele e se manifesta, são elas as de cunho pré-constituinte e as de cunho pós-constituinte⁸⁷. Elas representam condicionamentos impostos ao poder constituinte em momentos adversos. A primeira delas refere-se às condições impostas ao poder constituinte antes que este elabore a sua obra. Podem elas versar sobre o processo de formação da Assembleia Constituinte, sua forma de deliberação, a maneira escolhida para a composição da assembleia, bem como o próprio conteúdo da nova Constituição⁸⁸. A segunda das limitações ao poder constituinte consiste na ratificação da obra constituinte por parte da população que a ela se submeterá. Denominado como referendo popular⁸⁹, essa tradição constituinte, remete-nos, novamente ao constitucionalismo norte americano, precursor dessa forma de legitimação do poder constituinte pelo consentimento popular⁹⁰.

A esses dois pontos, aplica-se o critério de legitimidade criado por Bonavides e selecionado pela presente monografia como forma de verificar o grau de legitimidade da atuação constituinte. Sendo assim, tanto a formação da Assembleia Constituinte como a imposição de limitações a sua ação por intermédio da escolha do povo, possibilitam a concessão da legitimidade ao processo constituinte. Evidente que a formulação empreendida não resolve a problemática complexa e ampla a respeito do poder constituinte. Entretanto, faculta a resolução do problema da presente pesquisa, qual seja a verificação da usurpação do poder

⁸⁶ Sobre essa problemática, José Afonso da Silva se posiciona totalmente contrário a uma composição constituinte por membros do legislativo, por entender que esse ato interfere de maneira decisiva na obra constitucional que será realizada como um freio a inovação necessária. Isto porque, dessa maneira, a Assembleia Constituinte não estaria se desvinculando completamente da ordem vigente. (SILVA, 2007, p. 72-73)

⁸⁷ BARROSO, 2015, p. 146 e 148.

⁸⁸ Exemplos dessas limitações podem ser encontrados no processo de formação das modernas Constituições europeias, a respeito do tema ver, José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, 2014, p.257-259; Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Contemporâneo*, 2015, p. 145-147.

⁸⁹ José Afonso da Silva assim o denomina. (SILVA, 2007, p. 75)

⁹⁰ BARROSO, 2015, p. 148.

constituente durante o golpe militar de 1964, assim como a percepção de que a soberania popular retomou o poder constituinte com o advento da Assembleia Constituinte de 1987-1988 e a subsequente promulgação da Constituição de 1988.

2. GOLPE MILITAR DE 1964 E O PODER CONSTITUINTE USURPADO

O Golpe Militar de 1964 iniciou um dos períodos mais tenebrosos e infelizes da história constitucional brasileira, neste contexto, as garantias individuais, a participação popular, bem como o próprio Estado Democrático de Direito foram tomados do povo brasileiro, que se viu entregue à discricionariedade e à violência do governo militar que comandou o país por mais de 20 anos.

Neste período, o poder constituinte restou usurpado da soberania popular mediante a utilização dos regimes dos atos institucionais e da promulgação de 2 Constituições ilegítimas.

Com o intuito de investigar e averiguar a usurpação do Poder Constituinte da soberania popular e constatar a ilegitimidade constitutiva do regime a partir desta noção de soberania, este capítulo versará sobre:

- a) Fatores que influenciaram a deflagração do Golpe, a conjuntura política da época, bem como a Escola Superior de Guerra e doutrina da segurança nacional.
- b) O regime dos atos institucionais e a promulgação das Constituições Militares do período.
- c) Por fim, realizar-se-á uma aplicação dos conceitos desenvolvidos no capítulo 1 aos fatos históricos vividos no Brasil durante o regime militar com a finalidade de constatar a ilegitimidade do Poder Constituinte utilizado pelo regime.

2.1 DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL, AGENTES SOCIAIS E O GOLPE DE 1964

A história política e constitucional brasileira, especialmente a partir da eleição de Getúlio Vargas para um mandato no qual prometia uma plano econômico e social mais inclusivo, excitaram forças conservadoras da sociedade brasileira, o que, por sua vez, culminou no suicídio de um presidente, na renúncia de outro e no Golpe Militar que depôs o Presidente João Goulart⁹¹. (Silva, 2007, Pg.103)

O contexto histórico demonstra que o Golpe militar deflagrado em 1964 contou com o apoio de parte da opinião pública, com a anuência de muitos meios de comunicação⁹², bem como com a participação de importantes instituições civis à época. Fator decisivo para a eficácia do Golpe de 1964 e que não pode passar despercebido em qualquer estudo que pretenda investigar os agentes e a construção social que levou ao golpe é o acirramento e a polarização das opiniões políticas da época. Se por um lado, em 1961, durante a primeira tentativa de deposição do presidente João Goulart não encontrava suporte na opinião pública, em 1964 o contexto era outro, existia uma intensa agitação social a respeito da temática do avanço comunista e uma vinculação do presidente e o seu governo a um projeto de revolução socialista que estava prestes a ser deflagrada na sociedade brasileira^{93,94}.

Grande exemplo dessa comoção social e do apoio ao que mais tarde se auto intitularia como a “Revolução Democrática Brasileira” pode ser encontrado na Marcha da Família com Deus pela Liberdade, ocorrida em 19 de março de 1964 e

⁹¹ SILVA, 2011, p. 103.

⁹² O autor Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, em sua tese de doutorado intitulada “História Constitucional Brasileira”, assevera sobre a manifestação e o alinhamento de diversos meios de comunicação da época com a ideologia pregada pelos militares e articuladores da “revolução de 1964”. “Já em 1964, periódicos como o *Jornal do Brasil*, *O Globo*, *O Estado de S. Paulo*, *Folha de S.Paulo* e o *Correio da Manhã* alinhavam-se aos militares”. (BARBOSA, 2012, p. 49)

⁹³ SILVA, 2011, p. 103.

⁹⁴ BARBOSA, 2012, p. 50.

que congregou mais de 200 mil pessoas⁹⁵. O próprio nome atribuído à marcha permite entender um pouco da sua matriz ideológica. A liberdade ali expressa advinha de uma doutrina forjada sob a influência norte americana. Em plena vigência da Guerra Fria, o governo norte americano, mediante o seu *National War College*, desenvolveu uma doutrina e que visava frear o avanço comunista pelo mundo sob os dizeres da democracia e da liberdade⁹⁶.

Essa doutrina, nomeada no Brasil como a “Doutrina da Segurança Nacional”, foi criada no seio da ESG (Escola Superior de Guerra), e possuía como princípio a ideia de que a guerra não era mais um acontecimento histórico nefasto e oportuno, mas sim que a ameaça comunista impedia a existência de uma paz duradoura e que era necessário estar pronto para a possível investida vermelha a qualquer momento⁹⁷.

A concepção de “Guerra Revolucionária comunista” surge dentro a ESG e representava a grande ameaça e o maior “inimigo” da democracia no Brasil e no mundo. Sob o pressuposto de que logo após o término da primeira guerra mundial os soviéticos fundaram o MCI (Movimento Comunista Internacional) com o objetivo de disseminar o modelo revolucionário teorizado por Lenin, Marx e Engels, uma guerra ideológica se apresentava ao mundo⁹⁸. Entretanto, esta guerra era distinta de qualquer outra guerra já ocorrido, visto que possuía meios ideológicos e militares originais. Dentro deste enredo, o papel norte americano estaria consubstanciado na defesa das fronteiras internacionais, enquanto que aos Estados vinculados a diretriz ideológica norte americana caberia a instauração de fronteiras internas para o Socialismo⁹⁹¹⁰⁰.

Fomentadora desta doutrina no Brasil, a ESG foi criada pelo Decreto-lei nº 4.130/42 e tinha por escopo realizar cursos voltados aos oficiais de alto escalão das

⁹⁵ GASPARI, 2002^a, p. 48 apud BARBOSA, 2012, p. 48.

⁹⁶ FERREIRA, 1979, p. 250 apud COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 14.

⁹⁷ SILVA, 2007, p. 77.

⁹⁸ COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 9.

⁹⁹ SILVA, 2011, p. 77.

¹⁰⁰ SILVA, 2007, p. 103.

Forças Armadas que versassem sobre as “questões referentes ao emprego das Grandes Unidades estratégicas e à direção da guerra” nos moldes do já mencionado *National War College*. Subordinada ao Estado-Maior das Forças Armadas e como um oficial-general a comandando. A ESG logo ultrapassou as fronteiras da doutrina da guerra e direcionou a sua doutrinação para setores e âmbitos de atuação mais amplos, quais sejam os assuntos políticos em geral, os temas econômicos e administrativos da vida social brasileira. Essa alteração ocorreu com maior radicalidade após 1964¹⁰¹.

A doutrina da segurança nacional desenvolvida e propagada pela ESG para setores das Forças Armadas e da sociedade civil pretendia a disseminação dessa ideologia com a intenção de determinar diretrizes administrativas, econômicas e burocráticas para o governo brasileiro. A participação de civis dentro da ESG visava auxiliar na disseminação dessa doutrina fora do contexto das forças armadas e aumentar a sua legitimidade¹⁰². Um dos seus participantes mais ilustres, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, participou da ESG e ajudou a criar inúmeros trabalhos. O reconhecimento pela sua obra e participação fundamental na produção doutrinária jurídica da época é notável, não por acaso, o mesmo desempenhou papéis importantíssimos durante o regime militar como o de Vice-Governador do Estado de São Paulo, na Secretaria Geral de Justiça, entre outros.

Esta associação entre sociedade civil e Forças Armadas proporcionou ferramentas importantes para a deposição do presidente João Goulart em 1964, pois dela emergiu a “legitimação” doutrinária que transformava o golpe em uma realidade imperativa, ou, como muitos cidadãos brasileiros até hoje se referem, em um “mal necessário” para combater o avanço comunista e salvaguardar o Estado Democrático de Direito brasileiro¹⁰³.

¹⁰¹ COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 7.

¹⁰² COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 7.

¹⁰³ SILVA, 2007, p. 77

Foi dentro da ESG e mediante o desenvolvimento da sua doutrina que surgiram conceitos cruciais para a criação que influenciaram a opinião pública da época, entre eles, destacam-se: “segurança nacional”, “desenvolvimento”, “democracia” e “guerra revolucionária comunista”¹⁰⁴.

Um ponto medular da doutrina da segurança nacional estava relacionado ao combate a subversão ideológica, vista como uma patologia social que precisava ser combatida por todos os meios possíveis. Uma análise interessante sobre como funcionava esse ponto da doutrina da segurança nacional pode ser encontrado no estudo desenvolvido por um grupo de estudos da Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ), em 2009. A contribuição merece ser reproduzida na íntegra:

Também, levando em conta os propósitos deste trabalho, é fundamental considerar o *ethos* militar da escola, em que se exclui a noção de conflito como algo inerente à sociedade. Ou seja, no que tange aos princípios ou às linhas de ação, a discordância era vista como resultado de forças antagônicas ao grupo e, portanto, patológicas. Esse entendimento de conflito como algo patológico à sociedade vai ser de importância capital para o entendimento do regime militar de governo, pois os temas da política, absorvidos pelo conceito de segurança nacional, foram concebidos como verdades que não poderiam ser contestadas, uma vez que a contestação era considerada uma patologia social. Somado a isso, haja vista a amplitude do conceito de segurança nacional, a crítica política, econômica ou administrativa era facilmente assimilada como um perigo à segurança nacional; assim, o crítico transformava-se em um “inimigo” da Nação. Dessa forma, conforme Seabra Fagundes (1974), o conceito de segurança nacional era demasiado dúctil, a ponto de ampliar de forma excessivamente discricionária os poderes do Estado, nomeadamente da administração e dos órgãos de repressão, deixando ao arbítrio do governo a definição do tipo de manifestação da sociedade civil e, com isso, a definição e captura do “inimigo”. (COSTA e DIRSCHNABEL, 2012, p. 7)

A citação apresenta uma das instruções mais perniciosas que a doutrina da segurança nacional implantou, indiretamente, no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a intolerância política e ideológica que o regime militar viria a adotar como forma de combater as insurgências e discrepâncias que emergiriam de inúmeros setores da sociedade no desenvolver do governo militar. Além desta repercussão, o

¹⁰⁴ COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 7.

conceito de segurança nacional, forjado na ESG seria um dos maiores pilares ideológicos de todo o regime militar e, através da sua aplicação, “legitimaria” inúmeras violações aos direitos individuais e autoritarismo praticados pelo regime. Todavia, sua importância como locomotiva social para deflagração do Golpe de 1964 é o que possui relevância para o entendimento da adesão ocorrida por setores da sociedade que anteriormente não compactuavam com a deposição de um presidente democraticamente eleito¹⁰⁵.

2.2 “REVOLUÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA” E O ATO INSTITUCIONAL 1

Os atos institucionais foram as ferramentas utilizadas pelo golpe militar para, em primeiro lugar, depor o presidente eleito e instituir o seu regime de exceção e, num segundo momento, regulamentar toda a vida política da nação. A maneira como foram formulados, seus pontos chave e as transformações que orquestraram no regime constitucional brasileiro serão analisados a partir de agora. Esta análise acarretará, obrigatoriamente, uma recapitulação histórica com o fulcro de observar-se as relações entre o atos institucionais e o poder constituinte manejado pelo regime.

O início jurídico da “revolução” de 1964 ocorre na madrugada do dia 2 de abril de 1964, quando o então presidente do congresso nacional, o senador Auro de Moura Andrade, declara vaga a Presidência da República, ato este que já representava um desrespeito à Constituição vigente, já que o presidente João Goulart ainda se encontrava em solo brasileiro¹⁰⁶. Ranieri Mazzilli, presidente da câmara, toma posse como novo presidente até que uma nova eleição ocorra, sendo este um ponto da Constituição de 1946 que foi respeitado. Com Mazzilli a presidência, a revolução que iniciou-se mediante a utilização de um ato hostil ao ordenamento jurídico vigente, passara a respeitar a constitucionalidade vigente, num

¹⁰⁵ COSTA; DIRSCHNABEL, 2012, p. 8.

¹⁰⁶ GASPARI, 2002^a, p. 113 apud BARBOSA, 2012, p. 55.

ato confuso e incoerente como muitas das ações realizadas durante o regime e que voltariam a acontecer¹⁰⁷.

A sessão parlamentar que declara vaga a presidência é muito conturbada. Entretanto, o simples fato de que ela existiu demonstrava o apoio e o respaldo que o golpe encontrava dentro de setores do Congresso. Após uma acalorada discussão entre Auro de Moura de Andrade e Sérgio Magalhães, aquele passa à realizar a leitura de um ofício assinado por Darcy Ribeiro, então chefe da Casa Civil de Goulart. Neste ofício, Ribeiro afirma que “para preservar de esbulho criminoso ao mandato que o povo lhe conferiu, investindo-o na chefia do Poder Executivo, [o presidente] decidiu viajar para o Rio Grande do Sul, onde se encontra à frente das tropas militares legalistas e no pleno exercício dos poderes constitucionais”¹⁰⁸. A correspondência, que tinha como propósito asseverar ao Congresso que o presidente ainda se encontrava em território nacional, foi, praticamente, ignorada pela Mesa. Com a continuidade do trabalhos, a vagância foi declarada e, mesmo sob alguns protestos, não houve discussões a respeito do assunto, o que enseja a conclusão de que muitos parlamentares concordavam com o método golpista. Sob a alegação de que o presidente deixara a nação acéfala em um momento de grave crise da vida brasileira, a vagância é declarada. A partir daí, a Mesa, com fulcro no artigo 79 da Constituição Federal então vigente, passou a ser a responsável pela sorte da população do Brasil. O Sr. Ranieri Mazzilli, presidente da Câmara dos Deputados, é investido no cargo de Presidente¹⁰⁹.

Após a deposição do presidente Jango, o movimento civil e militar passou a preocupar-se com a regulamentação do golpe, era necessário normatizar os fatos ocorridos e vestir o movimento com as cores da legalidade. Essa necessidade levou a diversas formulações, muitos projetos emergiram de diversas fontes. Entretanto, existia uma hesitação por parte dos militares em realizar qualquer movimentação jurídica e formal em relação a situação. Curiosamente, foi o mesmo criador da

¹⁰⁷ SKIDMORE, 1988, p.46 apud BARBOSA, 2012, p.56.

¹⁰⁸ DCN, 03/04/1964, p. 90 apud BARBOSA, 2012, p. 54.

¹⁰⁹ DCN, 03/04/1964, p. 91 apud BARBOSA, 2012 pg.54.

Constituição de 1937, Francisco Campos¹¹⁰, quem logrou êxito em persuadir os militares a elaborarem o primeiro ato institucional, solicitando para a sua tarefa apenas papel e uma máquina de escrever. Neste momento, é importante ressaltar que o ato institucional não era numerado, haja vista que a ideia consagrada era apenas a criação de um governo de transição que pudesse restaurar a ordem social ameaçada pela radicalização à esquerda e pela corrupção desmesurada existente no governo da época¹¹¹.

Dessa forma, no dia 9 de abril de 1964, o movimento civil e militar que se auto intitulava revolucionário expediu o ato institucional 1. O ato manteve a ordem constitucional vigente, bem como o Congresso Nacional, impondo-lhe, todavia, mudanças e restrições¹¹².

O ato institucional 1 possui manifestações expressas do poder constituinte, evidente que a sua legitimidade poderia ser questionada. Com o objetivo de observar a técnica com a qual foi redigido e para que se possa empreender a efetiva crítica acerca da sua legitimidade, optou-se por transcrever partes do seu texto destinando-se a uma melhor visualização do seu conteúdo:

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.

(...)

Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da

¹¹⁰ SILVA, 2007, p. 77.

¹¹¹ BARBOSA, 2012, p. 52.

¹¹² SILVA, 2007, p. 104.

República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

O primeiro ponto a ser verificado no ato institucional é a sua vinculação à soberania nacional, mencionada no primeiro capítulo como um conceito volátil e ensejador de crises autocráticas, a soberania nacional é aqui invocada pelo ato institucional como uma primeira demonstração da sua legitimidade, visto que seria impossível falar em um poder constituinte legítimo que não estivesse realizando, ao menos, a vontade da nação. Todavia, é questionável, inclusive, essa vontade da nação em destituir o seu presidente democraticamente eleito e entregar aos “Chefes da revolução vitoriosa” a capacidade legislativa maior do seu Estado.

O Segundo ponto a ser considerado é a onipotência do poder constituinte auto proclamado pelo ato institucional, que se reveste da maior das capacidades legislativas do Estado. Fato este, curioso e contraditório ao mesmo tempo, uma vez que no próprio texto do ato, é firmado que a “revolução” não tenderia ao radicalismo, mas sim, se incumbiria de executar as mudanças necessárias para recuperar a ordem interna e prestígio internacional da pátria. Ora, porque evocar o poder constituinte originário com toda capacidade instituidora se só se pretendia realizar mudanças pontuais?

Um terceiro fator interessante que pode ser percebido da leitura do texto do Ato institucional é a presença da doutrina da segurança nacional. O texto alude expressamente a ameaça comunista existente e presente dentro de uma ordem constitucional que prestigiava a livre iniciativa e versava sobre direitos econômicos,

sociais e culturais do homem¹¹³. Ao utilizar-se de termos como “bolchevizar o País”, “bolsão comunista” e “ordem econômica e financeira”, a ato atesta não só a sua filiação à doutrina criada pela ESG, como a sua influência indireta nos rumos tomados no governo do País.

Por fim, a questão da legitimidade proclamada pelo Ato institucional merece consideração, visto que se trata do problema central do presente trabalho. Ao evocar a soberania nacional, o Ato firma sua legitimidade. Contudo, ao final do seu preâmbulo, ele reforça essa ideia ao se colocar acima do Congresso, alocando-se como legítimo titular do poder constituinte que seria “seria inerente a todas as revoluções”. A respeito do tema, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, afirmam que não só essa manifestação do poder constituinte era ilegítima, como também era autocrática, ou seja, sem a participação da soberania popular. O poder constituinte, neste ato, foi usurpado e manifestado sem a devido exercício proposto pelos autores como subsídio para a averiguação da legitimidade mediante a participação popular no processo¹¹⁴¹¹⁵.

Além dessas manifestações do Poder Constituinte, o Ato institucional 1 modificou a Constituição de 1946 no que concernia à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República, conferia aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluía a apreciação judicial desses atos, entre outras providências de cunho administrativo e legislativo¹¹⁶.

Iniciado a manifestação do Poder Constituinte por intermédio da expedição Ato institucional 1, seguir-se-á com a sucessão dos fatos e os Atos institucionais que foram expedidos em sequência e que constituíram o alicerce jurídico do regime ditatorial que se desenhava.

¹¹³ SILVA, 2007, pg. 75.

¹¹⁴ BONAVIDES, 2011, p. 165.

¹¹⁵ SILVA, 2007, pg. 70.

¹¹⁶ Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>.

2.3 ATO INSTITUCIONAL 2: CAMINHO PARA SUA EXPEDIÇÃO E A USURPAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DO POVO

Deposto o presidente, o golpe de 1964 entrega o poder a um Comando Militar Revolucionário que, como se viu, expede o Ato institucional 1, com a intenção de “restaurar a ordem econômica e social”, alguns juristas da época e a própria redação do ato institucional possibilitavam a compreensão de que se tratava de um governo de transição, mesmo que imbuído do Poder Constituinte Originário, como bem evoca o seu texto, o ato institucional não rompeu com a ordem constitucional vigente¹¹⁷. Ao invés disso, estabeleceu uma mandato provisório e convocou eleições para o ano de 1966. Todavia, sua expedição possibilitou a imposição de inúmeras cassações de mandatos parlamentares e a suspensão de direitos políticos de diversos cidadãos¹¹⁸.

O caminho até a expedição do segundo Ato institucional contém inúmeros momentos de indecisão e articulação política por parte dos militares e dos apoiadores do movimento. Um questão que merece ser mencionada é o caso da prorrogação do mandato de Castello Branco, uma vez que o próprio presidente não enxergava a medida como total segurança por ser um militar legalista e moderado¹¹⁹. A estratégia dos golpistas intentava permitir uma candidatura que se sagra-se vitoriosa no planalto nas eleições que estavam por vir. Isto porque as medidas de contenção inflacionário não lograram o êxito desejado colaborando, apenas, para gerar um descontentamento popular com o governo. Todavia, o próprio presidente era contrário a essa ideia pois afirmava que seu governo estava comprometido com os princípios do governo legal, constitucional e democrático, e, sendo assim, a prorrogação do seu mandato representaria a ilegalidade

¹¹⁷ BARBOSA, 2012, p. 60.

¹¹⁸ SILVA, 2011, p. 77.

¹¹⁹ BARBOSA, 2012, p. 62-63.

propriamente dita. Contudo, mesmo se sentido “levemente constrangido”, o marechal-presidente cedeu em julho de 1964¹²⁰.

A prorrogação do mandato de Castello Branco foi apenas uma das ações tomadas pelo governo militar com a intenção de assegurar sua vitória eleitoral. Além desta medida, foram promulgadas inúmeras emendas constitucionais de cunho eleitoral, todas com iniciativa do Poder Executivo¹²¹. Entretanto, o caminho para o Ato Institucional 2 passa pelas eleições para governadores, nas quais os candidatos do governo saíram derrotados em Minas Gerais e no Rio de Janeiro¹²². Este fato, por sua vez, levou a uma crise institucional dentro do governo militar pacificada pelo então ministro da guerra Costa e Silva¹²³.

Assim como a derrota nas eleições governamentais em 1965 é apontada como um dos principais fatores que levaram a expedição do Ato Institucional 2, os embates políticos enfrentados pelo governo no Congresso Nacional - que se negava a votar e aprovar as propostas do governo militar que cada vez mais atribuíam e pretendiam entregar ao executivo poderes e prerrogativas de caráter autoritário - também possuem um papel determinante nessa radicalização por parte do movimento “revolucionário”¹²⁴.

Dessa Forma e dentro deste contexto de crise política, no dia 27 de outubro de 1965, o Ato Institucional 2 é expedido.

O Ato número 2 representou a verdadeira usurpação do poder constituinte do povo por parte da “revolução” de 1964 e que agora se caracterizava como um verdadeiro Golpe de Estado. Tanto Paulo Bonavides como Jose Afonso da Silva apontam esse ato como o que, efetivamente, retirou toda e qualquer possibilidade de legitimidade por parte do movimento¹²⁵¹²⁶. O motivo principal do ataque por parte

¹²⁰ SKIDMORE, 1988, p. 90 apud BARBOSA, 2012, p. 62.

¹²¹ BARBOSA, 2012, p. 65-68.

¹²² BARBOSA, 2012, p. 69-70.

¹²³ BARBOSA, 2012, p. 69-70.

¹²⁴ BARBOSA, 2012, p. 72-77.

¹²⁵ BONAVIDES, 2011, p. 167.

¹²⁶ SILVA, 2007, p. 104.

dos doutrinadores encontra-se na fixação do poder constituinte como um poder contínuo do qual o legítimo titular seria o movimento de 1964. Cabe reproduzir parte do seu texto e empreender uma análise no que tange ao poder constituinte por ele evocado.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização, do movimento de 31 de março de 1964 **foi dito que o que houve e continuará a haver**, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, **mas o interesse e a vontade da Nação**;

b) **a revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma**;

c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois graças à ação das forças armadas e ao **apoio inequívoco da Nação, representa o povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o povo é o único titular**.

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. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior. (GRIFO NOSSO)

Logo no início de seu texto, o ato invoca a Ato institucional 1 reafirmando a sua capacidade constituinte, bem como a continuação da “revolução” iniciada em 1964. O quinto grifo intenciona demonstrar a continuidade da “revolução” por parte do ato, bem como a manutenção da vida do poder constituinte.

No segundo grifo, pode-se perceber a teoria da soberania nacional consubstanciada na outorga realizada mediante a “vontade da Nação”. Entretanto, uma breve recapitulação ao que foi relatado anteriormente a respeito da situação política, econômica e social, permite compreender que, no que tange o “movimento

revolucionário”, bem como a vontade da Nação, não existia unanimidade no âmbito nacional. Sendo assim, a vontade de receber esse segundo ato institucional, não era certa.

O terceiro grifo ao texto é de vital importância para a análise e a atribuição da critério da legitimidade ou da sua inexistência por parte do movimento. No texto, o AI2 afirma a sua legitimidade mediante a investidura do Poder Constituinte por parte da “revolução”, “legitimando-se por si mesma”. Essas afirmações demonstram, na realidade a falta de legitimidade por parte deste titular momentâneo do poder constituinte e o caracteriza com o verdadeiro usurpador do poder Constituinte frente à soberania popular.

Para que se possibilite a comprovação da afirmação acima, é necessário que se remeta aos conceitos apresentados no primeiro capítulo do presente trabalho. Ao optar pelos modelos propostos por Bonavides e José Afonso da Silva, a monografia estabeleceu como critério de legitimação do poder constituinte a participação popular, a efetiva entrega à soberania popular do poder constituinte através da abertura do processo constituinte ao povo. Pouco adianta invocar o povo (como no quarto grifo), afirmar que ele é o seu único titular e, em contrapartida, manifestar o poder constituinte de forma completamente arbitrária, atendendo a interesses de pequenos grupos e excluindo todo o restante da população da criação da sua maior expressão constituinte que é a promulgação da sua Carta Magna.

Ademais, recordando o que foi exposto no primeiro capítulo, a técnica utilizada pelo governo militar na redação dos Atos institucionais para legitimar-se é a da outorga, ou seja, de acordo com o texto contido nos atos, o que se extrai é que a Nação, deliberadamente, entregou o poder constituinte nas mãos dos militares e, por isso, estes seriam os legítimos titulares do poder constituinte. Entretanto, mesmo que isso fosse verdadeiro, o poder constituinte manifestado pelo regime era um poder de fato, calcado na força e não na entrega democrática e soberana que demanda a soberania popular para validá-lo.

Por fim, o Ato institucional 2 apresentou reformas drásticas na Constituição de 1946. Alterou o processo legislativo, às próprias eleições – dentre as mudanças no sistema eleitoral, a mais importante dela encontrava-se no artigo 9º do ato que impusera a eleição indireta para a Presidência da República -, à organização dos três poderes; suspendeu as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo, excluiu da apreciação judicial os atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes, entre outras providências.

Na sequência histórica, vieram os atos institucionais 3 e 4, o terceiro ao dia 5 de fevereiro de 1966 e o quarto ao dia 7 de dezembro do mesmo ano. Cada um com o seu significado e legislando sobre matérias centrais da vida política e jurídica brasileira.

O primeiro deles estabelecia as eleições indiretas para o governo dos Estados (artigo 1º do AI3)¹²⁷, bem como prescrevia a nomeação dos prefeitos das capitais de cada Estado mediante nomeação dos seus Respective Governadores (Artigo 4º do AI3). Ademais, o ato ainda excluía da apreciação judicial os atos praticados de acordo com as suas normas e nos atos complementares a ele¹²⁸.

O quarto Ato institucional trazia em seu texto a gênese da Constituição de 1967, sob a justificativa de que a Constituição de 1946 torna-se obsoleta frente às “exigências nacionais”, o ato convocava o Congresso Nacional para a votação e promulgação de um novo projeto de Constituição, que por sua vez, seria de competência do Presidente da República.

Aqui, mais uma vez é possível perceber a ilegitimidade constituinte da “revolução”. A verdade é que todo e qualquer manifestação do Poder Constituinte por parte do movimento de 31 de março de 1964 seria ilegítimo por carecer da soberania popular como sua legitimadora. Todavia, o ato quarto trouxe no seu texto

¹²⁷ Luís Roberto Barroso, afirma que essa medida foi um clara retaliação à derrota nas eleições para o governos dos estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais, em 1965. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2015, p. 483.

¹²⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>.

não a convocação de uma Assembleia Constituinte Nacional, mas sim, um roteiro de promulgação de sua própria Constituição¹²⁹. Ao impor a convocação do Congresso Nacional para a aprovação de um novo projeto de Constituição criado sem a participação popular e mediante um procedimento arbitrário, o “movimento revolucionário”, mais uma vez, demonstrava o quanto carecia as suas manifestações do poder constituinte de legitimidade¹³⁰. Esta, é claro, observado sob a luz dos critérios estabelecidos no primeiro capítulo a respeito do tema.

Instaurados o procedimento de geração da nova Constituição, esta foi promulgada no dia 24 de janeiro de 1967¹³¹. Influenciada fortemente pela Constituição de 1937, isto porque o seu Redator fora o jurista Carlos Medeiros e Silva, assessor do Ministro Francisco Campos, que redigira a Carta Ditatorial de Vargas. A Constituição de 1967 recebia a doutrina da segurança nacional em seu texto, dessa forma, atribuía mais poderes à União e ao Presidente da República para que estes pudessem zelar pela segurança nacional¹³². Além disso, reformava o sistema tributário nacional e instituía normas de controle fiscal, bem como reduzia a autonomia individual, permitindo, inclusive, a suspensão de direitos e garantias constitucionais. De fato, era um instrumento autoritário de controle implementado com o Golpe¹³³.

Vigiu pouco a Constituição de 1967, após a sua promulgação, forças políticas buscaram movimentar o país numa ação contrária ao regime¹³⁴. Além da oposição que buscava uma maneira de se organizar e ir contra o movimento revolucionário, a situação econômica do país também não colaborava para uma

¹²⁹ SILVA, 2011, p. 78.

¹³⁰ Sobre o assunto, Paulo Bonavides preceitua: “O poder revolucionário, que conservara os dois instrumentos básicos do período antecedente – a Constituição de 1946 e o seu Congresso – entregava agora a este último a tarefa constituinte, em toda sua plenitude, convertendo-o, portanto, de poder constituído, em poder constituinte originário. Com essa distorção, mais uma fenda se abriu indubitavelmente na legitimidade do sistema, porquanto aquele Congresso era carente de competência para elaborar uma nova Constituição semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967, abrandada apenas, em parte, pelo teor liberal de sua declaração de direitos”. *Curso de Direito Constitucional*, 2011, p. 167.

¹³¹ BONAVIDES, 2011, p. 167.

¹³² SILVA, 2011, p. 79.

¹³³ SILVA, 2011, p. 79.

¹³⁴ BARBOSA, 2012, p. 120.

manutenção tranquila do governo militar. A política econômica, entregue nas mãos do executivo pelos mecanismos constitucionais concebidos pela nova Constituição, da mesma forma, geraram insatisfação popular. Um estudo realizado por Maria Helena Moreira Alves, e que abarcava os anos de 1966 a 1968, apontava que 12 a 26% das categorias submetidas ao estudo sofreram perda real de salário de mais de 30%¹³⁵. Essa perda real do salário aconteceu em função da política de controle salarial introduzida pelo governo¹³⁶. Juntos com as perturbações de cunho grevista, o movimento estudantil do mesmo modo incomodava o governo de Costa e Silva, dentre os inúmeros incidentes ocorridos no ano de 1968, a Passeata dos Cem Mil tomou as ruas do centro do Rio de Janeiro, sendo esta a maior manifestação estudantil durante todo o regime militar¹³⁷.

Outrossim, debates acalorados no Congresso Nacional também contribuíram para a radicalização da “revolução”. Em repúdio à violência policial praticada na época contra estudantes nas universidades (nota de rodapé falando sobre a UNB), o deputado Moreira Alves realizou um discurso contrário às ações do regime e acabou sofrendo uma tentativa de cassação que restou frustrada, aumentando, dessa forma o descontentamento de setores do regime com o Congresso nacional¹³⁸.

Desse contexto de insatisfação popular, manifestações estudantis e discursos contrário ao regime dentro do congresso, os militares, calcados na doutrina da segurança nacional enxergavam apenas insurreições subversivas que visavam desestabilizar o movimento revolucionário “legítimo” que buscava, em nome da Nação, promover a “restauração moral, política e econômica do país”, como bem aludia os textos dos atos institucionais. A necessidade de extremar o controle social fez com que, no dia 13 de dezembro de 1968, fosse expedido o Ato Institucional 5 que representa o golpe mais duro já recebido pelo país na sua história

¹³⁵ ALVES, 2005, p. 140 apud BARBOSA, 2012, p. 121.

¹³⁶ BARBOSA, 2012, p. 122.

¹³⁷ BARBOSA, 2012, p. 123-124.

¹³⁸ BARBOSA, 2012, p. 125.

constitucional. A partir deste ponto, rompeu-se com a ordem constitucional já ilegítima, pela falta de uma origem constituinte da Constituição de 1967.

Além do AI-5, mais 12 Atos Institucionais foram expedidos em 1969, culminando no que Paulo Bonavides denomina como o terceiro golpe de Estado, ocorrido em 31 de agosto de 1969, quando um triunvirato militar tomou o poder e a ditadura estabeleceu-se por completo¹³⁹.

Encerra-se aqui o estudo do primeiro recorte histórico selecionado. Contudo, concerne executar uma pequena reflexão antes prosseguir-se com o próximo período a ser analisado.

A usurpação do poder constituinte por parte do regime militar como se pode averiguar acima restou evidente. Mesmo que não seja possível realizar uma afirmação completamente unânime em função da complexidade que significa dissertar sobre o poder constituinte, bem como estabelecer uma teoria que o contemple precisamente, a doutrina brasileira fornece uma visão crítica e uma base teórica que permite vislumbrar como ocorreu essa avocação do poder constituinte mediante o golpe de estado e a utilização da técnica dos Atos institucionais.

Ademais, a redução gradual da participação popular nas decisões políticas do estado¹⁴⁰, a concentração de poderes no poder executivo, assim como a redução dos direitos e garantias individuais servem para coligir a ideia de ilegitimidade do poder constituinte utilizado pelo regime, pois se ele era permanente e não se extinguia com a sua primeira manifestação – conforme o texto do AI2 -, porque não possibilitar a participação popular nas suas expressões, visto que o povo era o seu legítimo titular como bem lhe atribuía o AI1?

As incoerências e falhas por parte do regime ao tentar legitimar as exteriorizações do poder constituinte são gritantes e comprovadas por grandes

¹³⁹ BONAVIDES, 2011, p. 167-168.

¹⁴⁰ Como demonstramos em alguns momentos da exposição as eleições para os cargos tanto do legislativo como do executivo tornaram-se indiretas, reduzindo a capacidade do povo em participar da vida política do país. Para maiores informações a respeito das alterações realizadas pelos atos, consultar um resumo das modificações implementadas por cada ato, bem como o seu texto na íntegra. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>.

expoentes do constitucionalismo brasileiro. Posição esta que este capítulo objetivou consolidar através da análise dos mecanismos sócias, doutrinários e jurídicos utilizados pelo regime e suas fissuras teóricas.

Cabe agora, adentrar o outro momento histórico selecionado para o estudo e investigar o seu desenvolvimento com a intenção de demonstrar os porquês que o levam a vestir as cores da legitimidade calcada na soberania popular.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O RETORNO À SOBERANIA POPULAR

O terceiro e último capítulo desta monografia tratará redemocratização da sociedade brasileira por intermédio da promulgação da Constituição de 1988. Todavia, é importante ressaltar que o recorte histórico não continuará onde encerrou-se o capítulo 2. Esta decisão de realizar um salto temporal é mister devido a multiplicidade de acontecimentos entre os dois períodos, da impossibilidade de realizar uma análise completa das transformações sociais e jurídicas ocorridas no período compreendido no meio dos dois momentos eleitos, bem como a própria delimitação do tema, que exige apenas a inspeção dos momentos específicos de expressão do poder constituinte e não uma exploração detalhada e minuciosa de todos os acontecimentos ocorridos a meio dos recortes históricos elegidos. Sendo assim, o capítulo terceiro dessa pesquisa analisará alguns acontecimentos de maior relevância para a convocação da Assembleia Constituinte, o procedimento utilizado para a manifestação do poder constituinte, a legitimidade dessa expressão e uma breve crítica à constituinte.

3.1 CAMINHO PARA A CONSTITUINTE DE 1987-88

A Constituição de 1988 possuía uma significação muito determinante para a história do constitucionalismo brasileiro, para a Nação e, conseqüentemente, para

a ideia de legitimidade do poder constituinte. Pela primeira vez na história do Brasil, a participação popular tornou-se efetiva – mesmo que ainda longe do modelo ideal e merecedora de críticas – pelo despertar do interesse popular para as questões da vida pública a partir da conscientização de que era possível participar das decisões políticas do país por intermédio da mobilização popular¹⁴¹. Demais, a Constituição de 1988 representa uma quebra do paradigma constitucional brasileiro, caracterizado, ao longo da sua história pelo regime autocrático das gêneses constitucionais¹⁴². Este ideário que se consubstanciaria na Carta Magna de 1988, obviamente, encontraria resistência dentro da conjuntura social, já que uma vez atingido um determinado posicionamento social e político que lhe favoreça, dificilmente, os detentores dessa posição, pretendem abandoná-lo e essa luta entre forças estabelecidas no poder e os anseios sociais seria uma grande marca da Constituição Cidadã, que se tornaria uma produção dialética no seio da sociedade brasileira durante o período de transição política ocorrido a partir da eleição de Tancredo Neves à Presidência da República em 15 de janeiro de 1985¹⁴³.

Dentre as oposições enfrentadas pelo processo de entrega do poder constituinte à soberania popular, a resistência por parte de juristas brasileiros a entrega do poder soberano ao povo é uma questão que merece ser apontada e discutida. Um dos maiores críticos dessa concepção, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com a sua ideia de “democracia possível”, criada em plena ditadura militar representa bem o pensamento das mais eminentes mentes da ciência jurídica brasileira da época a respeito do tema¹⁴⁴. Advertiam, o juristas brasileiros, que a feitura de uma Constituição exigia uma técnica jurídica perfeita e, por isso, demandava a presença de mentes privilegiadas e com saber notável para sua execução¹⁴⁵.

¹⁴¹ BARBOSA, 2012, p. 145.

¹⁴² SILVA, 2011, p. 89.

¹⁴³ SILVA, 2011, p. 81.

¹⁴⁴ Para uma maior compreensão a respeito da visão do jurista ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A Democracia Possível*, 1972.

¹⁴⁵ BARBOSA, 2012 p. 146-148.

Esse conflito de concepções a respeito da feitura da Constituição mediante uma maior participação popular, representa bem o quadro político brasileiro encontrado nos anos que antecederam a constituinte. Contudo, o engajamento civil representava a maior vitória para a futura Constituição, assim como para a sua própria legitimidade, uma vez que, como foi fixado no primeiro capítulo deste trabalho, a maior ou menor participação popular no processo constituinte afirma retrata o maior ou menor grau de legitimidade da obra realizada por ele.

Uma ação importante para o início desse período de transição encontra-se no movimento pelas “Diretas Já”. Ocorrido no ano de 1984, requeria a convocação de eleições presidenciais diretas imediatamente, sua manifestação levou centenas de milhares de pessoas às ruas¹⁴⁶, numa demonstração do que podemos caracterizar como a vontade popular de alterar a legislação vigente, representação mais clara insatisfação do povo com o modelo político que o governava. Ao pensarmos nesta questão à luz do conceito de soberania popular, movimento das “Diretas Já” desempenha um papel fundamental na manifestação da vontade popular, que não mais concordava com o a organização estrutural do seu país e, por isso, clamavam pela alteração do seu quadro político. Contudo, a eleição de 1985 ainda foi realizada de maneira indireta, frustrando as expectativas populares em parte, pois a vitória de Tancredo Neves, que assumira como compromisso de chapa a convocação de uma Assembleia Constituinte foi celebrada pela população e marcou a vitória das forças democráticas¹⁴⁷¹⁴⁸. Tancredo era considerado um opositor moderado e o personagem político perfeito para conduzir a transição pacífica para um regime democrático¹⁴⁹, sua morte, em abril de 1985, nas vésperas da posse, causa uma enorme comoção nacional e permitiu a posse por parte do seu vice, Jose Sarney, um dos líderes políticos do regime militar, mas que contribuiria de

¹⁴⁶ BARROSO, 2015, p. 486.

¹⁴⁷ SILVA, 2011, p. 81.

¹⁴⁸ BARROSO, 2015, p. 486.

¹⁴⁹ BARROSO, 2015, p. 487.

maneira decisiva para a derrota dos militares nas eleições de 1985 ao se aliar aos opositores do regime¹⁵⁰.

3.2 ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E A SUA LEGITIMIDADE MITIGADA

A convocação da Assembleia Constituinte ocorreu, oficialmente, no dia 27 de novembro de 1985, mediante a aprovação da emenda constitucional nº 26. O projeto enviado ao Congresso Nacional pelo então Presidente da república José Sarney previa a convocação de um “Assembleia Nacional Constituinte” como constava no texto da emenda.

A partir da aprovação da emenda, iniciaram-se os debates a respeito do procedimento utilizado por ela para convocar o órgão constituinte e a sua forma de composição. A primeira das questões levantadas gerou uma polêmica abordada por juristas que defenderam e atuaram durante o regime militar. A ideia de uma constituinte convocada pelo poder instituído e não por intermédio de um rompimento total do poder constituinte com a ordem jurídica anterior ensejou a afirmação, por parte desses juristas, de que a nova constituinte não passava de uma poder constituinte derivado ou reformador em função de conter o vício de não ter realizado a “revolução” social necessária para caracterizá-lo como poder constituinte originário¹⁵¹. Essa ideia, em geral, intencionava asseverar que a ordem constitucional vigente era adequada e permitia a reforma constitucional sem a necessidade de rompimento com o ordenamento posto.

A tese levantada por Ferreira Filho não pode ser ignorada. Entretanto, deve-se criticar o formalismo excessivo invocado pelo jurista para justificar sua posição. Sob a afirmação de que a emenda constitucional não seria o método adequado para a expressão do poder constituinte, Ferreira Filho sustenta a sua

¹⁵⁰ SILVA, 2011, p. 83.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, 2014, p.177-183.

tese¹⁵². Contudo, ao observar-se o conteúdo do texto da emenda, percebe-se que ela não pretendia continuar com a ordem vigente, mas sim realizar a obra constituinte. Para uma melhor compreensão, cabe reproduzir o artigo 1º da emenda e analisar o seu conteúdo:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.¹⁵³

Os termos “livre e soberana” demonstram que a assembleia que seria formada, bem como a sua obra, não estariam vinculadas a nenhuma ordem vigente anterior, pelo contrário, ao proclamar “livre e soberana” a Assembleia Nacional Constituinte a ser formada, a emenda constitucional nº 26/85 entregava-lhe os plenos poderes para construir a nova Constituição. A respeito do tema, José Afonso da Silva prescreve:

Quando se reconhece soberania à assembleia constituinte está-se-lhe reconhecendo um poder revolucionário. É soberana porque não encontra limites na ordem jurídica vigente e anterior e porque não está condicionada a nenhum outro poder. É soberana no sentido de que, enquanto está em funcionamento, é o único poder real existente, porque, em princípio, não há outro poder efetivo funcionando. Poderão existir órgãos executivo e judiciário funcionando, mas não como poderes autônomos e independentes. (SILVA, 2014, p. 255-256).

E continua o autor:

É certo também que estávamos num processo constituinte atípico, o que dava à Assembleia Constituinte característica singular, por não provir de fato revolucionário. Por isso, a convocação não se deu por ato do Governo Provisório, de Junta Governativa ou de titular do poder revolucionário. Nos exemplos históricos de constituinte, nunca foi convocada quando estava funcionando um órgão regular de representação popular – o Congresso Nacional –, como então. Por essa razão é que o ato convocatório (Emenda Constitucional 26/1985) se processou por órgão de governo constituído: iniciativa do Presidente da República e elaboração do Congresso Nacional. O ato convocatório foi o resultado de conjugação de vontades: Presidente e

¹⁵² FERREIRA FILHO, 2014, p. 179-181.

¹⁵³ Texto disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc26-85.htm>.

Congresso. É de reconhecer, contudo, que, a rigor, não se trata de emenda constitucional, pois a função desta consiste em manter a Constituição vigente, com as modificações por ela introduzidas. No caso, foi bem o contrário disso, pois a Emenda 26/1985, convocando o Congresso Constituinte, caracteriza-se como ato revolucionário, na medida em que põe em questão a ordenação constitucional existente. A Emenda 26/1985 não visava a manter e atualizar a Constituição vigente, mas à sua substituição por outra, que haveria de ser elaborada pela Constituinte que ela convocava. (SILVA, 2014, p. 260).

Das citações acima, colhe-se que a Assembleia Constituinte de 1987-88 realmente representava uma manifestação do poder constituinte originário uma vez que pretendia, mesmo que de maneira pacífica, romper com a ordem constitucional existente e criar uma nova ordem que atendesse aos anseios populares. A tese formalista de Ferreira Filho não deve ser considerada correta porque despreza o conteúdo material da Emenda 26/1985 e fundamenta sua elaboração no conceito de emenda constitucional. Porém, como se pôde observar tanto da construção realizada por José Afonso da Silva, como do resultado prático, qual seja a promulgação de uma nova Constituição em 5 de outubro de 1988, a Assembleia Constituinte expressou a soberania popular e construiu uma nova ordem jurídica.

Ademais, a constituinte convocada pelo Presidente da República mediante proposta de emenda constitucional que deveria ser aprovada pelo Congresso Nacional posteriormente demonstra, uma mudança no paradigma vivido pelo país até então desde a deflagração da “Revolução Democrática” de 1964. Ao contrário da metodologia utilizada pelo regime, que, basicamente, consistia na concentração do poder constituinte originário nas mãos do executivo, ao convocar-se uma Assembleia Constituinte através de provocação do executivo e posterior sabatina do poder legislativo – mesmo que estes poderes ainda tenham sido compostos pela eleição indireta – ensejou-se uma construção constituinte mais democrática.

Outro ponto que precisa ser observado a respeito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 é a sua composição. Este tema motivou um debate fundamental acerca da constituinte e ocasionou um crítica sobre a legitimidade da

mesma. A maneira de composição da Assembleia Constituinte contida no artigo 1º da Emenda 26/1985 estabelecia que “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” iriam compor a constituinte “unicameralmente”, ou seja, um poder constituído iria realizar a obra constituinte.

A crítica reside no fato de não se ter composto uma Assembleia Constituinte exclusiva, isto é, uma assembleia eleita única e exclusivamente para a feitura da Constituição e que depois se dissolveria. Desta maneira, a separação entre poder constituído e poder constituinte restaria mais clara e impediria o questionamento da legitimidade da constituinte.

José Afonso da Silva critica essa forma escolhida para a composição da Assembleia Constituinte, afirmando que, de certa forma, a opção consubstanciada na Emenda 26/1985 não foi a melhor possível e sustenta que o deveria ter acontecido seria a convocação de eleições constituintes, nas quais o povo poderia eleger os representantes que iriam compor a assembleia¹⁵⁴. Barroso, por sua vez, afirma que chegou a sustentar, que a forma escolhida para a composição da Assembleia Constituinte teria comprometido a legitimidade democrática da Constituição¹⁵⁵. Contudo, o autor afirma ter revisto a sua posição em função de compreender que a conjuntura política da época não permitiu que esta separação ocorresse de maneira clara¹⁵⁶. Demais, assevera o autor, para justificar a mudança de sua posição a respeito do tema:

O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Nas sociedades democráticas, costuma vir associado a um momento cívico especial, caracterizado pela mobilização ampla do povo em torno de novos valores e de uma nova ideia de Direito. É fora de dúvida que todos esses elementos estavam presentes nas diferentes manifestações do conjunto da sociedade brasileira, que se densificaram nos anos de 1984 e 1985, exigindo o fim do regime militar, eleições diretas e uma nova ordem

¹⁵⁴ SILVA, 2014, p. 259.

¹⁵⁵ BARROSO, 2015, p. 488.

¹⁵⁶ BARROSO, 2015, p. 488.

constitucional. O mecanismo formal da emenda foi um ato de reconhecimento e de acatamento da vontade popular soberana. Vale dizer: do poder constituinte originário. (BARROSO, 2015, p. 488).

A expressão da vontade popular clamada por Barroso pode não ser a perfeita ou com o maior grau de legitimidade democrática que se poderia atingir com uma constituinte exclusiva e eleita pelo povo. Todavia, dentro do cenário político e social que vivia o Brasil, a Assembleia Constituinte e a posterior promulgação da Constituição de 1988 significaram uma resposta às pretensões de um povo que acabara de viver mais de 20 anos sob a égide de uma regime autocrático que ainda mantinha seus tentáculos dentro das engrenagens políticas e sócias da época. A ideia de que a transição política brasileira seria perfeita e não eivada de resquícios do regime militar é absolutamente utópica. Dentro do contexto social, foi a melhor Constituição que o Brasil pode ter.

Por fim, cabe empreender uma análise a respeito da legitimidade da Constituição de 1988 com base nas formulações apresentadas no primeiro capítulo, assim como foi feita no capítulo 2 no tocante ao poder constituinte expressado pelo regime militar.

O critério estabelecido pela presente monografia aufere um maior ou menor grau de legitimidade a obra constituinte por intermédio de uma maior ou menor participação popular na construção da constituição. Do ponto de vista formal, a participação popular efetiva na constituinte de 1987-88 restou-se prejudicada pela falta de possibilidade de eleição dos membros que comporiam a Assembleia Constituinte, visto que o que aconteceu foi a instauração do poder constituído para a elaboração da constituição. Por outro lado, como declarou Barroso, era evidente que a vontade popular da época foi escutada por esse poder constituído e realizou a obra constitucional mesmo que eivada do vício formal para a composição da constituinte. Entretanto, ressalta-se que durante o processo de elaboração da Constituição, foram utilizadas duas técnicas metodológicas importantes para aumentar esse grau de legitimidade da Constituição de 1988, quais sejam as

audiências públicas e a participação popular¹⁵⁷. Por meio de suas aplicações, foram apresentadas 122 emendas populares, contabilizando-se 12 milhões de assinaturas. Dentre essas emendas, encontravam-se propostas sobre os direitos da criança, a educação, introdução de mecanismos de participação popular¹⁵⁸. Essas possibilitam vislumbrar um maior grau de legitimidade da Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa conclui que a teoria da soberania popular que coloca o povo como o legítimo titular do poder constituinte deve ser um direcionamento na construção de uma moderna teoria do poder constituinte. Contudo, a análise histórica demonstra que mesmo que se tenha esse direcionamento como um conceito a ser seguido no exercício do poder constituinte, é difícil cotejá-lo com a realidade, visto que o poder constituinte é uma construção social complexa que sofre influência de muitos agentes. Neste contexto, a legitimidade precisa ser observada sob a ótica da participação popular.

A construção social realizada pela poder constituinte será mais ou menos legítima a medida que se possibilite uma maior atividade por parte do povo na construção da sua Carta Magna.

No que tange aos recortes históricos selecionados, deduz-se que o regime militar, assim como toda a obra do poder constituinte manifestado por ele carece de legitimidade por preterir a participação popular das suas realizações, utilizando-se do conceito de soberania nacional para usurpar o poder constituinte do seu legítimo titular.

A Assembleia Nacional Constituinte, por sua vez, mesmo eivada de vícios formais, concretizou uma manifestação legítima da soberania popular, que era a

¹⁵⁷ SILVA, 2011, p. 87.

¹⁵⁸ SILVA, 2011, p. 87.

restauração da democracia, do Estado de Direito e dos direitos e garantias individuais que ele pressupõe. Demais, a constituinte de 1987-88, proporcionou um momento único de conscientização política e união nacional em prol de uma causa.

Certo é que esta pesquisa não encerra o debate a respeito do poder constituinte, sua legitimidade ou sua teorização, mas deixa uma construção inicial que poderá ser aproveitada para construções posteriores sobre o assunto.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2012.

BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015

BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa Sobre a Crise Constituinte*. São Paulo: Lua Nova, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 21ª edição São Paulo: Malheiros Editores, 2014

BONVAIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Mauricio Mesurini da; DIRSCHNABEL, Leandro. *A doutrina da segurança nacional: justificação da ditadura militar e perseguição do "inimigo"*. Artigo publicado pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ), 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *O Poder Constituinte*. 6ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *A Democracia Possível*. São Paulo: Editora Saraiva, 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *O Estado de Sítio*. Dissertação para concurso à Livre Docência de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1964

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis, 2009.

NEGRI, Antonio. *El Poder Constituyente: Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1994

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais*. Florianópolis: Revista Sequência, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.