

# PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E SUA LEGITIMIDADE: O CONSENSO E A DEMOCRACIA COMO ELEMENTOS INSUFICIENTES À CARACTERIZAÇÃO DE UM EXERCÍCIO LEGÍTIMO DESTE PODER

Eduardo Mombrum de CARVALHO \*

## RESUMO

A questão que trata este artigo é a relação de obediência entre governantes, que se instaura na manifestação do poder constituinte, já que ele criará a base de todo o ordenamento jurídico estatal e como subproduto mediato às novas correntes.

**Palavras-chave:** Legitimidade, legalidade, democracia, poder constituinte, poder político.

## SUMMARY

The main topic of this article is the relation of obedience among governors, which sets up in the manifestation of the constituent power that will create the basis of all the state-owned legal ordering and as a by-product mediated to the new thoughts.

**Key words:** Legitimacy; legality; democracy; constituent power; political power.

## 1. Introdução

O poder constituinte como poder criador da Constituição traça a organização estatal na esteira de sua manifestação, que gera um grupo de poderes e atribuições apoiados no ordenamento jurídico do Estado.

A questão de que trata este artigo é a relação de obediência entre governantes e governados, que se instaura na manifestação do poder constituinte, já que ele criará a base de todo o ordenamento jurídico estatal e como subproduto mediato às normas decorrentes.

\*1.Mestrando em Direito das Relações Públicas pela UNIMAR - Marília.SP.

2.Professor de Direito Constitucional da UNIMAR - Marília.SP.

É de suma importância saber se o poder constituinte deve ou não guardar intrinsecamente uma legitimidade, que caracterizará essa relação política. Assim, o exercício do poder constituinte deve se dar dentro de certas condições que exijam uma manifestação legítima por parte desse poder? Existem certos “requisitos” a serem preenchidos, para que se tenha um exercício legítimo do poder fundacional?

Antes de responder à questão, procurar-se-á explicitar uma noção a respeito das teorias sobre a legitimidade.

## 2. Legitimidade

Inicialmente, não se poderia falar em legitimidade sem fazer referência ao pensamento de Max Weber. Para ele, a obediência a uma dominação pode decorrer de elementos como o *costume*, o *afeto*, a *razão* ou o *interesse material*.

Apesar disso, Max Weber entende que somente essas motivações não são necessárias para fundamentar uma relação de dominação e assim diz: “Normalmente, junta-se a esses fatores outro elemento, a crença na *legitimidade*.”<sup>1</sup>

Conforme esse autor, a experiência ensina que qualquer dominação procura obter a crença de que ela é legítima, como forma de garantia daquela, que se processa em graus diferentes de intensidade e de legitimidade.

Max Weber contenta-se com uma noção de legitimidade *provável*, como a *possibilidade* de ser reconhecida e assim tratada como legítima determinada dominação, pois nem sempre essa obediência provém dessa crença.

Para identificar-se uma dominação, ele assim diz: “O decisivo é que a própria *pretensão* de legitimidade, por sua *natureza*, seja ‘válida’ em grau relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos”.<sup>2</sup>

Max Weber afirma que há três tipos “puros” de dominações, cuja legitimidade pode ser:

“1. [...] de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou

2. de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim,

3. de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)”.<sup>3</sup>

1. WEBBER, M. *Economia e Sociedade*, p. 139.

2. Idem, *ibidem*, p. 140.

3. WEBER, Max, *op. cit.*, p. 141.

A respeito de legitimidade, Hermann Heller assim diz:

*“Como acontece com toda a realidade social, o que interessa na conduta constitutiva do poder do Estado que os súditos seguem, não é só o seu valor de consciência moral, mas além disso o seu valor de ação política. Evidentemente que a aceitação é tanto maior e tanto mais reduzida a coação e tanto mais forte o poder de conjunto quanto mais firme for a crença na legitimidade do direito formador de poder.”*<sup>4</sup>

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a submissão ao poder, o que Weber chama de dominação, a maioria das vezes não advém da força ou de outro fator, mas da crença na legitimidade desse poder. Legitimidade seria a adequação do poder nos moldes de sua atribuição, modo de exercício e limites a serem mantidos, vigentes em uma sociedade. Afirma, então: “Essa crença se insere num quadro mais amplo, que em última análise define o que é justo, ou direito, numa sociedade determinada.”<sup>5</sup>

Enquadrado naquilo que o povo entende como, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz, “critério legítimo de apropriação do mando”<sup>6</sup>, todo poder tende a ser obedecido. Ao contrário, estabelecido contra essa legitimidade, tende a ser desobedecido.

Obtido o poder pela força ou astúcia, este só será mais duradouro se obtiver a legitimação durante o período de coerção. Se, por intermédio da propaganda, o monopólio e o controle da informação, do partido único etc., consiga incutir no povo o sentimento da legitimação desse poder obtido, a princípio ilegitimamente.

### 3. Legitimidade e legalidade

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que não se deve confundir *legitimação* com *legalização*. A primeira pretende ganhar legitimidade, age sobre as consciências para obter delas a adesão; a segunda é a consagração jurídica do poder estabelecido, que se dá nos dias de hoje, por intermédio de uma Constituição formal.

Conforme o mesmo autor, não se deve diminuir a importância dessa legalização e assim ele a concebe: “Ela é um primeiro passo, mas importante, para a legitimação, na medida em que atualmente se vê na adequação à Constituição uma justificação suficiente para o Poder.”<sup>7</sup>

O autor chama atenção para uma forma de legitimação ocorrida a partir da segunda metade do século, não examinada por Weber, que é a “legitimação pelo êxito”<sup>8</sup>, apontada por Jouvenel.

---

4. HELLER, H. *Teoria do Estado*, p. 237.

5. FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e Governabilidade*, p. 86

6. Idem, ibidem, p. 87.

7. FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 88.

8. JOUVENEL, Bertrand de. *Du principat*, p. 79. Apud FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 88.

A realização de metas desenvolvimentistas, resultando numa melhoria da condição de vida da comunidade, possui a tendência de legitimar o poder, ainda que a legitimidade favoreça a *racionalidade* ou a *tradição*.

Recuando a questão da legitimidade um pouco mais atrás, no tempo, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto afirma que, nas civilizações antigas, a legitimidade só dizia respeito aos governantes. De forma progressiva, o regime político (configuração constitucional concreta), a própria existência de um domínio dos homens sobre os homens (Estado - instituição), tudo vai requerendo justificação.<sup>9</sup>

A partir do surgimento do Estado de Direito, onde a lei, fruto da vontade geral, passa a substituir a vontade do soberano, a legalidade *substitui a noção de legitimidade*.

No Estado de Direito burguês do século XIX passa a ser legítimo aquilo que é legal, isto é, feito em obediência aos procedimentos formais de produção da lei.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita Carl Schmitt, quando afirma que a contraposição destes termos, legalidade e legitimidade, iniciou-se na França:

*“Primeiro para opor a raiz do regime monárquico – a legitimidade – ao Código Civil – a legalidade – pois fruto de um poder efetivo, contudo ilegítimo. Depois de 1830, para distinguir os monarquistas partidários dos Bourbons dos adeptos ou seguidores de Luís Felipe, e dos Orleans em geral.”*<sup>10</sup>

Conforme Antônio Carlos Wolkmer

*“[...] os juristas tendem tradicionalmente a identificar e a apresentar como sinônimos as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambas expressam genericamente uma conduta ou realidade compatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis.”*<sup>11</sup>

Com exceção ao pensamento positivista, entende-se como legítimo o que se coaduna com um Direito mais alto, transcendente ao Direito Positivo, enquanto *legal* é o que está em conformidade com a lei positiva. Assim, pode haver o desacordo, havendo a necessidade de fazer a distinção entre *legalidade* e *legitimidade*, pois nem tudo que é legal é legítimo e vice-versa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que os filósofos da política empregam o termo *legitimidade* como “adequação a um ideal”<sup>12</sup>, e *legalidade*, entendida “como simples submissão à regra obrigatória.”<sup>13</sup>

Para o positivismo jurídico de Hans Kelsen, ambas as expressões são sinônimas; uma vez que todo o Direito resume-se ao Direito Positivo, o que é legal é legítimo.

9. CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 17.

10. Schmitt, C. *Legalidad y legitimidad*, p. XXV. Apud Ferreira Filho, M. G. op. cit., p. 85.

11. WOLKMER A. C. *Uma Nova Conceituação Crítica da Legitimidade*, p. 25.

12. FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 86.

13. Idem, *Ibidem*.

Hans Kelsen afirma que a validade da norma jurídica corresponde a sua legitimidade. Qualquer alteração na validade, que não a prevista no ordenamento, como exemplo do próprio autor, por meio de uma revolução, opera-se de uma forma ilegítima.

Assim, esse autor diz: “Elas (as normas jurídicas) permanecem válidas a medida em que não tenham sido invalidadas da maneira que a própria ordem jurídica determina. Este é o princípio da legitimidade.”<sup>14</sup>

A esse respeito, afirma J. J. Gomes Canotilho: “Para os positivistas, a legitimidade de um ato constituinte não é uma qualidade jurídica; é uma *qualidade ideológica* - a sua concordância com determinadas idéias políticas.”<sup>15</sup>

Antônio Carlos Wolkmer acredita que, ao contrário da legalidade, que corresponde à obediência a um conjunto de normas postas, necessariamente, dependente da existência de leis, a legitimidade

*“[...] incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogada pela coletividade.”*<sup>16</sup>

Dessa forma, conclui que

*“[...] legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Direito e ao Estado que tem um forte apelo de teor ideológico e intenta produzir integração. A legitimidade possibilita a coesão de uma organização social, criando, como as reais condições de adesão e conformidade.”*<sup>17</sup>

Paulo Bonavides, alertando sobre o perigo de uma valorização excessiva da legalidade em detrimento da legitimidade, diz:

*“A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre garantia do poder livre da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.”*<sup>18</sup>

Analisando-se essa relação entre *legalidade* e *legitimidade*, com as teorias de limitação e ilimitação do poder constituinte, depara-se com uma interessante situação, a seguir descrita.

Ao adotar a teoria da ilimitação desse poder (sob uma ótica do positivismo jurídico) por normas preexistentes à sua manifestação, não haveria problemas quanto à legalidade do poder constituinte, uma vez que não há

---

14. KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 121.

15. CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 101.

16. WOLKMER, A. C. op. cit., p. 26.

17. Idem, ibidem, p. 27.

18. BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 344.

ainda ordenamento (manifestação originária) ou não estaria preso, enquanto energia ou poder de fato, ao ordenamento jurídico positivado. Visto como poder de fato, a legalidade de seu exercício lhe é indiferente.

J. J. Gomes Canotilho, ao falar da juridicidade do poder constituinte revolucionário, afirma: “A revolução será um facto antijurídico, ou melhor, antilegal, em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derubada, mas isto não impede a sua classificação como movimento ordenado pelo e regulado pelo próprio direito.”<sup>19</sup>

Segundo esse mesmo autor, é a substituição de uma idéia de Direito por outra. Mas, perpetuado esse enfoque, como fica a legitimidade do poder constituinte?

Conforme já referido sobre a legalidade, quanto à legitimidade não existe um ordenamento jurídico-normativo que legitime esse poder, ou, se existe, a manifestação de um poder constituinte tende a romper com esse ordenamento, negando-o e substituindo-o por outro, tornando-o imprestável como *legitimador* desse poder.

Como fica a questão da legitimidade do poder constituinte, sem apoio na legalidade, que virá posteriormente ou apoio na anterior negada, destruída?

Paulo Bonavides afirma que os publicistas, adeptos da idéia de poder constituinte como uma questão de fato, acreditam que o poder constituinte, ao transcender o Direito Positivo, o faz assentando sua legitimidade em si mesmo e não em seu titular.

Esse autor resume essa teoria da seguinte forma: “A livre decisão sobre a modalidade e a forma de existência política cabe faticamente a quem o arrebatou.”<sup>20</sup>

O poder constituinte, assim, possuiria uma legitimidade em si mesmo; quem o toma para si toma sua legitimidade, independentemente de qualquer valor. O referido autor faz um alerta: essa visão aceita qualquer conteúdo que uma constituição possa atribuir.

Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, a este respeito, cita Héraud, que afirma:

*“ O poder originário não tem necessidade nenhuma de legitimação jurídica porque ele encontra a sua legitimação no próprio facto de existir. Se se pretende que o poder constituinte originário seja um poder jurídico, para que desse modo seja um poder legítimo, é então necessário admitir que a juridicidade, no caso especial daquele poder, não decorre da circunstância de estar habilitado por uma norma jurídica, mas do facto de sua efetividade [...] ”*<sup>21</sup>

Segundo a mesma estudiosa, Héraud afirma que juridicidade não é sinônimo de legalidade e sim de eficácia. Se o direito que esse poder impõe é obedecido, esse poder possui eficácia e então é jurídico, e, conseqüentemente, é legítimo.

---

19 CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 101.

20 BONAVIDES, P. op. cit., p. 125

21 CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 47.

Isto é, efetivado o poder pela adesão popular, este é legítimo.

Para Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, essa visão do positivismo jurídico equivale e identifica-se com a legitimidade daquele que se impõe pelo uso da força, contra a vontade da maioria reprimida pelo temor. Como observa a autora, para o positivismo, se do ponto de vista moral é preferível a legitimidade pela adesão à força, do ponto de vista jurídico isto pouco importa.

Segundo Paulo Bonavides, esse enfoque faz do poder constituinte, “[...] um poder que não se analisa em termos jurídicos formais e cuja existência e ação independe de configuração jurídica.”<sup>22</sup>

A identificação da *legitimidade* com a *legalidade*, simplificação do positivismo jurídico, como já se afirmou, respondem à questão do *legítimo* como o simples preenchimento do quesito *legal*; pelo simples fato de constar de uma norma, observados seus requisitos formais de produção.

Dessa forma, entendido o poder constituinte um poder de fato, que se dá num momento anterior à existência do Direito, quando não se pode falar ainda em *legalidade*, a legitimidade desse poder se dá *em si mesmo*. É, visto desse modo, *um atributo natural* desse poder, intrínseco a sua posse e exercício.

Uma idéia de legitimidade que passe unicamente pela questão da legalidade não revela, a este estudo, uma justificação suficiente para entender-se uma manifestação constituinte como legítima. Como referido anteriormente, adotado o enfoque do positivismo jurídico, a legalidade surge após a manifestação constituinte, sendo imprestável como forma justificadora da legitimidade, devido a sua *inexistência*. A questão da legitimidade passa por sua titularidade, o fundamento do poder, do direito de mando e justificação do seu exercício.

Isso significa que, mantida essa ótica, a legitimação do poder constituinte passa a ser unicamente fática, não jurídica, não demonstrável sob o prisma do Direito, com todos os riscos decorrentes da aceitação dessa teoria: *o totalitarismo*.

Parece que a ligação do poder constituinte ao Direito, sua feição jurídica reconhecida desde o seu aparecimento ou manifestação inicial, traz a possibilidade de se demonstrar a sua legitimidade, não pelo Direito Positivo, mas pelo respeito a determinados valores.

Visto o poder constituinte como um poder não jurídico, ilimitado pelo Direito, essa teorização afasta-o de uma legitimidade demonstrável.

Opta-se por negar aceitação a ambos os enfoques apresentados: o de que a questão da legitimidade se responde pela existência da legalidade, inútil como justificadora do exercício de um poder constituinte anterior a ela ou destruidor da mesma, e que o poder constituinte justificar-se-ia faticamente pela simples “usurpação” (legitimidade intrínseca), a posse, a tomada deste por qualquer um que assim o fizesse.

Retornando-se, então, à questão formulada no início deste item, acredita-se que a *legalidade*, a adequação à lei (entendida como legal a norma integrante do ordenamento jurídico positivado) não é um *requisito* ou uma *condição* que legitime a manifestação do poder constituinte.

22. BONAVIDES, P. op. cit., p. 126.

Mas se não é a legalidade a resposta à pergunta, a questão permanece.

Interessante posição possui Paulo Thadeu Gomes da Silva a respeito dos elementos caracterizadores do exercício legítimo do poder constituinte, em sua obra *Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos*.

Ele acredita que uma constituição que se origine do consenso e de uma prática democrática estará legitimada pelo seu próprio procedimento.

Como conceito de *consenso*, Paulo Thadeu Gomes da Silva cita o de Sani: “[...] acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar.”<sup>23</sup>

Para Paulo Thadeu Gomes da Silva, a idéia de consenso forçosamente remete ao contrato; a definição parte da idéia “de avença, de contratação.”<sup>24</sup>

Esse autor afirma que não faz uso de uma idéia jusnaturalista como base exclusiva que forneça seus elementos e justifique o acordo. Ele é partidário de um conceito de Direito Natural axiológico e preso a um referencial histórico (valor), que, somado a uma normalidade social (fato) e ao direito positivo (norma), dá ao consenso o seu conteúdo.

Para o autor, o consenso legitima à medida que faz constar de um documento positivado aqueles princípios e regras que fizeram parte desse consenso.

Além do consenso, ele também elege como necessário o procedimento “radicalmente democrático”<sup>25</sup>, que significa decisão majoritária e também corresponde à defesa dos direitos humanos.

Paulo Thadeu Gomes da Silva diz:

*“Se a democracia é adjetivo da única legitimidade possível contemporaneamente, só teremos uma ordem política válida se ela, a democracia legítima, se manifestar, realizando-se através da legalidade, que nada mais é que a finalidade do pco (poder constituinte originário).”*<sup>26</sup>

Reconhecem-se como válidos, então, dois elementos que tornariam identificável a legitimidade da manifestação do poder constituinte: o *consenso* e a *democracia*.

Sobre o consenso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a manifestação do poder constituinte se legitima à medida que preenche “a idéia de direito que tem por si o consensus.”<sup>27</sup>

O autor ressalta a importância do consenso em relação à legitimidade. E assim diz: “[...] quando propriamente existe consenso – ou seja, a aceitação do princípio justificativo do Poder é amplamente majoritária – difícil é arrai-

23. SANI, G. *Dicionário de Política*. Apud GOMES DA SILVA, P. T. op cit., p. 34.

24. GOMES DA SILVA, P. T. op. cit., p. 34.

25. Idem, ibidem, p. 84.

26. Idem, ibidem, p. 87.

27. Idem, ibidem, p. 44.

gar-se um Poder que a contrarie. Caso contrário, abrem-se oportunidades de contestação e até de conflito.”<sup>28</sup>

Para o autor, não se deve confundir *oposição* (críticas e condenação à política governamental) com *contestação* (atuação contra as bases do sistema).

Uma vez não legitimado o poder, é necessário que se faça a sua legitimação, que se dê pela aceitação dos governados, sob pena de ineficácia desta manifestação.

Destaca Norberto Bobbio: “O princípio de legitimação das sociedades políticas é exclusivamente o consenso.”<sup>29</sup> E, segundo ele, foi Locke quem tratou com maior precisão a questão da legitimidade pelo consenso.

Na dogmática contratualista de Locke, o contrato (que subentende o consenso) tem a finalidade de permitir firmar um princípio de legitimação, oponível a outros princípios.<sup>30</sup>

Se a única forma de legitimação do poder político pode advir com o consentimento dos governados, esse consentimento só pode ter sido dado, pelo menos tacitamente, por aqueles que deram vida a determinada sociedade.

A respeito dessa legitimação, segundo Locke, as obrigações são fundadas em três tipos clássicos: *ex generatione*, advinda da relação de parentesco entre pais e filhos, gera aos filhos a obrigação de obediência aos pais; *ex delicto*, é por intermédio de um *delito* ou *castigo* que surge a obrigação do escravo em obedecer seu dono; *ex contractu*, é pelo instrumento contratual que nasce a obrigação do súdito em obedecer a seu soberano.

Decorre disto que o governante necessita que sua autoridade se legitime pelo consentimento dos governados. Assim, governos paternalistas ou despóticos não são governos legítimos e os súditos não são obrigados a obedecer-lhes.

Locke afirma que o que diferencia esses três tipos de sociedades é a autoridade: o seu fundamento, a obediência devida e sua legitimidade.

Isto é claro quando, ao estabelecer a diferença entre o *poder político* e os outros *poderes*, assim diz: “[...] é preciso mostrar a diferença entre o governante de uma sociedade política, o pai de uma família e o capitão de uma galera.”<sup>31</sup>

A respeito do consenso que dá início às sociedades políticas, Locke diz:

*“Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo*

28. FERREIRA FILHO, M. G. *Poder Constituinte*, p. 44.

29. BOBBIO, N. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, p. 61.

30. Vide nota de rodapé n. 7.

31. LOCKE, J. *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, Livro II, 2, p. 381

*mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o consentimento da maioria.*<sup>32</sup>

Segundo José Eduardo Faria, a aceitação do sistema normativo pelos governados passa pela obtenção de um *consenso* que se baseia não no uso exclusivo da força, no monopólio da violência, nem se apóia numa razão positivista pura.

Para ele, é nessa problemática que se insere a questão da legitimidade, apoiada no consenso da opinião pública, como um caminho de equilíbrio na aceitação das obrigações jurídicas e políticas exigidas.

Diante do exposto, aceitar-se-á o consenso como um elemento integrante da noção de exercício legítimo do poder constituinte. A ressalva a ser feita fica por conta de que o consenso em si mesmo, isolado nesse processo, pode não trazer a legitimação à determinada escolha.

Tome-se, como exemplo, a hipotética realização em nosso país de um plebiscito visando a saber se haveria o consenso para instituir-se a pena de morte como punição a determinados crimes. Fatalmente essa opção odiosa seria acatada pela maioria.

Deve-se entender que, visto isoladamente, separado de um conjunto axiológico, o consenso torna-se uma *idéia esvaziada da maioria*. Há no reconhecimento e respeito do direito à vida um valor fundante e integrante de uma relação política. O consenso por si só não se perfaz num elemento de legitimação do ato constitutivo de um Estado, à medida que ele pode estar contaminado por um vício: a *falsidade*, produto de uma tomada de decisão setorizada e “maquiada” como sendo uma decisão comum.

A respeito desse assunto, afirma André Ramos Tavares:

*“Estamos falando do processo de alienação do ser humano, e de manipulação das informações, o que se dá principalmente através dos meios de comunicação de massa. A ignorância pode causar os consensos mais extravagantes, e a história é prova disso (o consenso criado no povo alemão a respeito da “solução final” como política de governo). Daqui surge a necessidade de um consenso que seja precedido de uma discussão racional, sem o que o mero consenso seria totalmente oco e, pois, destituído de validade justificante.”*<sup>33</sup>

Assim, o consenso deverá estar *instrumentalizado* por determinados valores, aceitos pela sociedade como necessários a seu próprio bem-estar na relação política.

---

32. LOCKE J. op. cit., Livro II, 96, p. 469.

33. TAVARES, A. R. *Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléia e da competência constitucional reformadora*, p. 233.

#### 4. Democracia

Os direitos fundamentais são a expressão do valor-fonte que indica um caminho seguro à instrumentalização do consenso constitucional. Os valores instrumentalizariam o consenso, que criaria novos valores, que serviriam de novo subsídio a um novo consenso, e assim por diante, numa espiral dialética.

Para tanto, além do consenso, precisar-se-á de um segundo elemento: a *democracia*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê, hodiernamente, um caráter unânime da democracia. Dessa forma, segundo ele, só se aceitaria como legítimo o governo advindo do povo e que visa a realizar o interesse geral. Contudo, conforme ele alerta, essa unanimidade adviria da imprecisão do termo democracia, que possui os mais diversos modos de compreensão.

Para esse autor, a democracia é inspirada diretamente por dois valores, que são a *“liberdade e igualdade”*.<sup>34</sup>

Apesar das diferentes visões teóricas a respeito de liberdade e igualdade (a liberal, a marxista, a econômica e a social etc.), o que importa salientar é o que se exigiria numa democracia para, no mínimo, dar um caráter legítimo a um exercício do poder constituinte. Dever-se-á partir de uma democracia representativa, com amplo direito de sufrágio, como forma de permitir a captação dos mais amplos interesses da sociedade, como mínimo para a caracterização da legitimidade.

A respeito de democracia, importante é a afirmação de José Afonso da Silva, de que a democracia é um “conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem.”<sup>35</sup>

Norberto Bobbio ressalta que os direitos de liberdade foram a condição necessária para que o jogo democrático se desenvolvesse e se afirmasse e que esse desenvolvimento se tornou a principal ferramenta na defesa destes direitos. Ele manifesta: “Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos”<sup>36</sup>.

Apesar da noção de democracia estar atrelada à realização dos direitos fundamentais, entende-se e reconhece-se que os diferentes estágios de desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos impedem o exercício de uma democracia *modelo* por todos os Estados, de uma forma idêntica e unificada.

Interessante observação é a de Clèmerson Merlin Clève, a respeito da produção de leis, por meio da atividade legislativa, e democracia.

Ele afirma que, inicialmente, desde a Antigüidade, passando pela Idade Média, a questão da produção da lei ligava-se ao seu sentido material: à

---

34. FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 97.

35 SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 126.

36 BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*, p. 44.

*justiça, ao bem comum.* Com o nascimento do Estado moderno, a noção de conteúdo material da lei é substituída pela idéia de uma lei desprovida de um conteúdo necessário.

Assim, no Estado liberal, o Parlamento, onde antes se visava à elaboração racional de uma lei que fosse adequada e justa, passa, em razão do acesso democrático de todas as classes sociais, a produzir a lei como uma simples manifestação de uma determinada vontade política.

Dessa maneira, a lei passou a ser unicamente a forma de veiculação de uma decisão política (da *vontade da maioria*) e é resultante de uma intensa luta política. E Clèmerson Merlin Clève conclui: “o fato da democratização da sociedade que consegue trazer legitimidade para o universo político, paradoxalmente quebra a legitimidade do universo jurídico, por que o direito vai se distanciando de exigências do cunho material”.<sup>37</sup>

Segundo esse autor, com a evolução do Estado liberal para o Estado social, onde o Poder Público atribui para si a regulação de uma série de situações antes afetas à atividade da autonomia da vontade, surge um novo conceito de lei que não mais se encaixa no conceito iluminista. Mas, ele ressalta que essa busca por um novo conceito não é acompanhada nem aceita por uma série de constitucionalistas.

Esse autor diz que isto ocorre em razão “[...] da descoberta indesejada de que a realidade jurídica não está se ajustando mais aos velhos conceitos ditados pela teoria constitucional dos séculos XVIII, XIX e o início do século XX”<sup>38</sup>.

Para José Eduardo Faria, a democracia não esgota a questão da legitimidade. Ele diz que “o problema da legitimidade não se limita a uma avaliação dos modelos representativos oriundos do contratualismo resultante dos séculos XVII e XVIII”<sup>39</sup>.

Também a esse respeito, Fábio Konder Comparato afirma que a democracia moderna nada tem a ver com a democracia grega. Nesta, o exercício é direto, nunca representativo, o que significa que o poder supremo (*kyrion*) pertence ao povo. Já a democracia moderna foi

*“[...] reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política inventada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do ancien régime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a maioria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável”*.<sup>40</sup>

37 CLÈVE, C. M. A. *Lei no Estado Contemporâneo*, p. 127.

38 CLÈVE, C. M. op. cit., p. 128.

39. FARIA, J. E. op. cit., p. 67

40. COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 39.

Dessa forma, entende-se que, ainda hoje, há países que compartilham da visão de uma democracia resultante da expressão de uma decisão que advém da maioria, *independente do seu conteúdo* (pode-se dizer o mesmo em relação ao consenso). Assim, tal visão aplicada a uma manifestação constituinte, sob o ponto de vista fático e dogmático, pode albergar-se no “formalismo” das normas constitucionais, desprovidas de qualquer conteúdo axiológico ou princípio lógico.

Apesar de a Constituição não ser entendida como um simples ordenamento superior, um conjunto de normas constitucionais, e sim um referencial de valores e princípios, são as normas, sempre, um veículo de expressão destes.

É a positivação de determinados valores um elemento de legitimação jurídica do poder constituinte pela Constituição, que traz por intermédio de sua positivação a sua *certeza e efetividade*.

André Ramos Tavares afirma que hodiernamente a legitimidade do poder constituinte encontra referência no princípio democrático da soberania popular. Mas faz a seguinte ressalva:

*“Não obstante isto, cumpre investigar qual o alcance deste princípio, e em quais situações deve ser empregado. Por outro lado, a dignidade do ser humano é, fora de dúvida, um critério a mais que serve para auferir a legitimidade de qualquer ordem constitucional [...] não poderemos olvidar o surgimento de novos valores, que emergindo do seio social, alçam-se, no cotejo da ordem jurídica, a paradigmas legitimadores.”*<sup>41</sup>

A idéia de uma manifestação legítima do poder fundacional pela existência prévia de um consenso e de um procedimento democrático não afasta o *risco de uma ausência* de direitos fundamentais constitucionalizados.<sup>42</sup>

Quanto à questão da legitimidade aferível pelo respeito aos direitos fundamentais, Luzia Marques da Silva Cabral Pinto afirma: “É também nossa a convicção de que, no momento actual, as pesquisas acerca de uma ordem constitucional legítima (digna de reconhecimento) não podem dissociar-se da temática dos direitos fundamentais”.<sup>43</sup>

Essa autora acredita que sobre a proteção dos direitos humanos convergem dois aspectos da legitimidade, ressaltados por J. J. Gomes Canotilho: a *justificação* do domínio e a *fundamentação* final da ordem normativa.

41. TAVARES, A. R. *Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléa e da competência constitucional reformadora*, p. 234.

42. A experiência constituinte vivida pela Venezuela se deu num clima de risco à proteção dos direitos humanos. Com a eleição de um presidente populista, aos moldes dos caudilhos sul-americanos, que detinha o controle da assembléa constituinte por ter a maioria de seus membros fiéis a ele, sua influência e poder para ditar os termos da constituição alcançou um nível perigoso à democracia e proteção dos direitos fundamentais.

43. CABRAL PINTO, L. M. S. op. cit., p. 141.

Dessa forma, ela afirma que, sendo o poder constituinte que estabelece “o estatuto de governantes e governados, isto é, o domínio de homens sobre homens”<sup>44</sup>, este não pode dissociar a fundamentação da legitimidade do poder dos direitos humanos, uma vez que a causa final de toda a organização política são os indivíduos.

E assim ela conclui: “[...] ou seja, uma estrutura de domínio justificar-se-á quando o poder se institua pela vontade dos cidadãos e tenha por telos a emancipação humana”<sup>45</sup>.

Para a autora, o poder encontra sua justificativa na realização dos direitos humanos.

Quando J. J. Gomes Canotilho, na exposição de sua obra *Direito Constitucional*, fala a respeito dos paradigmas da modernidade e pós-modernidade, no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política, diz que, em relação aos Direitos Individuais, sua obra se assentará “na idéia de os direitos fundamentais continuarem a consistir a *raiz antropológica* essencial da legitimidade da constituição e do poder político”<sup>46</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXI, inciso 3, prevê: “A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

Apesar de fazer referência ao consenso (a vontade do povo) e à democracia (eleições periódicas, sufrágio universal e liberdade de voto), a própria Declaração intenta fazer com que os Estados apliquem as disposições nela constantes. Assim, será entendido como legítimo o governo do Estado que se origine da vontade popular e que, também, respeite e preveja os direitos elencados nessa Declaração.

## 5. Requisitos a um exercício legítimo do Poder Constituinte

Mediante essas digressões, optou-se por entender como elemento integrante do sentido de um exercício legítimo do poder constituinte, além do *consenso* e *democracia*, elementos importantíssimos, um terceiro elemento: *a efetiva observância dos direitos fundamentais e sua constitucionalização*, nos moldes mínimos daqueles positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e seus Pactos e Convenções subsequentes.

Assim, em resposta à questão formulada no início deste item, acredita-se que o exercício do poder constituinte, para ser considerado legítimo, deve atender a três requisitos:

- 1) ser fruto de um consenso;
- 2) manifestado por intermédio de um procedimento democrático, nos moldes já referidos, e

---

44. Idem, *ibidem*, p. 142.

45. Idem, *ibidem*.

46. CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*, p. 19.

- 3) como decorrência necessária desse exercício, constarem do texto constitucional, direitos fundamentais que correspondam àqueles estabelecidos nas Declarações, Pactos e Convenções contemporâneos.

Após a indicação da efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, como requisito demonstrativo do exercício legítimo do poder constituinte, cabe ressaltar que essa exigência decorre do reconhecimento desses direitos como expressão do valor-fonte. É o valor, discutido no item anterior, o elemento que fornece o referencial de um exercício legítimo do poder constituinte, porque é capaz de responder sobre a questão da *justeza* da constituição.

Para J. J. Gomes Canotilho, a respeito da questão da legitimidade da Constituição criada pelo exercício do poder constituinte, esta se resume em saber se “as soluções materiais e os seus projectos regulativos podem ser reconhecidos pela comunidade como «intrinsecamente justos”<sup>47</sup>.

Paulo Bonavides questiona se, politicamente, deve-se tratar o poder constituinte como uma questão de fato, fora da dimensão dos valores, ou associar o poder constituinte a um princípio de legitimidade que permitiria a manifestação preferencial de valores pelos seus titulares. Quanto a tratá-lo como uma questão de fato, já se fez referência a isso quando da exposição do pensamento de Paulo Bonavides, anteriormente.

A respeito do enfoque que atribui valores atrelados aos fatos, não excluindo assim a apreciação da legitimidade desse poder, esse autor diz:

*“Foi precisamente uma profunda análise racional da legitimidade do poder, contida nas reflexões do contrato social, que fez brotar a teoria do poder constituinte. Quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo essa ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crença ou princípio.”<sup>48</sup>*

Para ele, o problema dessa teoria está em separar o detentor e o titular legítimo, titularidade e exercício da mesma.

Segundo a teoria clássica (jusnaturalista), sendo o titular do poder constituinte a nação, esta não é organizada pela Constituição, somente o Governo o é. Logo, esse poder não se encontra regrado ou disciplinado pela Constituição, podendo *fazer tudo o que quiser*.

Paulo Bonavides comenta que o poder constituinte tomado pelo *aspecto político* “só tem uma função capital: a de fazer que a Nação ou o Povo, os governados enfim, sejam sujeitos da soberania”<sup>49</sup>.

O mesmo autor diz que a criação dessa teorização só se explica na função de evitar a *usurpação* de grupos ou minorias do poder, apartando a participação dos governados da organização política e social.

---

47 CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 97.

48 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 126.

49 Idem, *ibidem*, p. 128.

Para Paulo Bonavides, qualquer dúvida na relação de obediência entre os governados e os governantes, quanto a sua legitimidade, passa por um exame dos valores presentes que justifiquem essa obediência. Dessa forma, diz:

*“O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor, como o poder que deve ser, conforme o título de legitimidade que lhe sirva de respaldo na consciência dos governados”<sup>50</sup>.*

Assim, Paulo Bonavides reconhece a existência do poder constituinte como fato e como valor também, e acrescenta: “A doutrina do poder constituinte não nasce do fato, mas do valor anexo ao fato”<sup>51</sup>. Valor este que, para ele, é usado pela autoridade como justificativa de um exercício legítimo do poder constituído.

A esse respeito, José Eduardo Faria também preceitua: “Sempre a consideração da legitimidade vai esbarrar em indagações acerca de quais são os valores que a penetram e por que são eles legítimos; de qualquer forma, sempre implicará também o consenso da opinião pública”<sup>52</sup>.

Parece correta a noção proposta por Miguel Reale, quando trata de *legitimidade* da norma, ao afirmar que esta se dá “na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido”<sup>53</sup>. E ele conclui: São os *fundamentos* dos preceitos jurídicos os *valores* “capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres”<sup>54</sup>.

## 6. Conclusão

O que se pretendeu neste artigo foi demonstrar que o preenchimento unicamente formal de dois “requisitos” para o exercício legítimo do poder constituinte originário (o consenso e o processo democrático) não é garantia suficiente ao exercício legítimo desse poder.

Um discurso pomposo pode ser esvaziado de conteúdo, apesar de ser apresentado numa belíssima forma. Pode o exercício do poder constituinte atingir um *conteúdo formal* satisfatório, mas manter um *conteúdo material* humanisticamente frustrante. Pode ser formalmente legal, mas materialmente ilegítimo.

Deve existir, então, na idéia de legitimidade, a possibilidade de uma *comprovação axiológica*: a de estabelecer se algo é legítimo por estar ocorrendo dentro dos limites impostos por certos valores aceitos, o que se poderia chamar de um *conteúdo axiológico* demonstrável na legitimidade. Seria legítimo à medida que preenchesse plenamente determinados valores universalmente reco-

---

50 BONAVIDES, P., op. cit., p. 138.

52 FARIA, J. E. *Poder e Legitimidade*, p. 84

53 REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 15.

54 Idem, *ibidem*, p. 15.

nhecidos.

O horizonte axiológico a ser usado como parâmetro de um exercício legítimo do poder constituinte originário já está positivado entre nós. Esse local encontra-se numa dimensão histórico-normativa: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, como *base*, e em seus decorrentes *pactos* (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais etc.) e *convenções* (Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos da Criança etc.).

A obediência e observância às regras dispostas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tomada como referência básica, é o caminho inicial que deverá ser trilhado pelo legislador constituinte, ao elaborar a Constituição, pois a ausência da previsão de direitos fundamentais na Constituição representa uma grave falta: a *ilegitimidade dessa manifestação constituinte*.

O poder constituinte deve ser legítimo, como forma de justificar a sua obediência, seu acatamento. Há legitimidade quando o exercício desse poder se dá em conformidade com um consenso que albergue os valores mais altos de uma sociedade e uma real participação popular, por intermédio de uma Assembleia Constituinte representativa, e que esses elementos influam verdadeiramente na positivação de direitos fundamentais no texto da Constituição a ser criada.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Brasiliense, 1997.
- BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 3. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CABRAL PINTO, L. M. da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição. *Boletim da Faculdade de Direito, "Studia Iuridica"* 7. Coimbra: 1994.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CLÈVE, C. M. A lei no estado contemporâneo. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. 5, n. 21: p.125-138, out./dez. 1997.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FARIA, J. E. *Poder e legitimidade, uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FERREIRA FILHO, M. G. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e Governabilidade. ensaio sobre a (in)governabilidade brasi-*

- leira. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES DA SILVA, P. T. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- HELLER, H. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, s.d..
- KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, M. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, A. R. Reflexões sobre a legitimidade e as limitações do poder constituinte, da assembléia e da competência constitucional reformadora. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 5, n. 21, p. 221-238, out./dez. 1997.
- WEBER, M. *Economia e sociedade*. 3. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- WOLKMER, A. C. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 2, n. 5, p. 25-31, out./dez., 1998.