



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Revolução Como Forma de Manifestação do Poder Constituinte Originário e o Artigo 5º,  
XLIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Gabrielle de Azevedo Machado

Rio de Janeiro  
2010

GABRIELLE DE AZEVEDO MACHADO

A Revolução Como Forma de Manifestação do Poder Constituinte Originário e o Artigo 5º,  
XLIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Artigo Científico apresentado à Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup> Mônica Areal  
Prof. Guilherme Sandoval  
Prof<sup>ª</sup> Kátia Silva

Rio de Janeiro  
2010

## **A REVOLUÇÃO COMO FORMA DE MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E O ARTIGO 5º, XLIV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**Gabrielle de Azevedo Machado**

Graduada pela Universidade do Rio de Janeiro – UNIRIO. Pós-Graduada pela Universidade Gama Filho –UGF. Advogada.

**Resumo:** A revolução é considerada pela doutrina como forma de manifestação do poder constituinte originário. A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece o povo como o titular deste poder, mas ao mesmo tempo tipifica como crime inafiançável e imprescritível a manifestação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado. Houve uma mitigação à incondicionalidade do poder constituinte originário ou a norma faz uma distinção entre revolução e golpe de Estado? O presente trabalho tem como finalidade distinguir revolução como forma de manifestação do poder constituinte originário do denominado “golpe de Estado”.

**Palavras-chaves:** Poder Constituinte. Poder Constituinte Originário. Incondicionado. Revolução. Golpe de Estado.

**Sumario:** Introdução. 1 – A doutrina do Poder Constituinte. 1.1 – Poder Constituinte Originário: conceito, características e formas de expressão. 1.2 – A questão da limitação do poder constituinte. 2 – Revolução como fenômeno social e jurídico. 3 – Revolução e Golpe de Estado: distinção. 4 - Poder constituinte originário à luz da história brasileira. 5 – O art. 5º, XLIV da CRFB/88: inconstitucionalidade, mitigação ou vedação ao golpe de Estado? Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O Direito Constitucional, em sua visão clássica, desenvolve a chamada doutrina do Poder Constituinte a partir das teses elaboradas, no século XVIII, pelo francês Emmanuel Joseph Sieyès.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos<sup>1</sup>, “o poder constituinte é aquele que põe em vigor, cria ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional”, sendo exercitado em ocasiões excepcionais.

Há uma tradicional divisão do Poder Constituinte entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado, sendo apenas o primeiro objeto do presente estudo.

A titularidade do poder constituinte originário é, atualmente, atribuída ao povo, havendo quatro características essenciais deste poder: ser ele permanente, inicial, ilimitado e incondicionado. Particularmente quanto a esse último aspecto, significa dizer que o aludido poder não está condicionado a uma forma determinada de manifestação, ou seja, não há uma maneira prefixada para que possa se expressar.

A revolução é considerada por alguns doutrinadores como a forma mais radical, embora não exclusiva, de manifestação do poder constituinte originário, enquanto outros chegam até mesmo a afirmar não haver exercício deste poder, com a consequente elaboração de uma Constituição, que não seja através de um movimento revolucionário.

Em que pese tais premissas, o art. 5º, inciso XLIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) possui a seguinte redação: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civil ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Se ontologicamente revolução está associada a uma ruptura violenta do *status quo*, indaga-se como seria possível, em tese, considerar constitucional e legítima à luz da atual Constituição da República uma manifestação revolucionária do poder constituinte originário,

---

<sup>1</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Ed. Malheiros Editores, p45.

ou se em verdade, a interpretação a ser dada ao art. 5º, inciso XLIV, CRFB/88 é a que dele se extrai a vedação ao denominado “golpe de Estado”.

O presente trabalho tem como desafio interpretar a norma constitucional em comento à luz da Teoria da do Poder Constituinte, notadamente no que diz respeito à característica da incondicionalidade, de maneira a distinguir a revolução como forma constitucional e legítima de sua manifestação do fenômeno do golpe de Estado.

## **1 – A DOUTRINA DO PODER CONSTITUINTE**

A doutrina de direito constitucional refere-se à Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1839) como sendo o principal teórico da teoria do Poder Constituinte, em razão de sua obra “Que é o terceiro Estado?”, elaborada no século XVIII, que traça pela primeira vez a distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos.

Emmanuel Joseph Sieyès foi participante ativo da Revolução Francesa. Sua obra, marcada pelas aspirações da burguesia frente à nobreza e o clero, desenvolve-se com base em três indagações: “Que tem sido o terceiro Estado?”, “nada”, repondendo o autor; “Que é?”, “tudo”, e “Que pretende ser?”, “alguma coisa”, afirma.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos<sup>2</sup>, Sieyès foi buscar no direito natural os fundamentos jurídicos para as reivindicações da classe burguesa. Para tanto, construiu um conceito racional de poder constituinte, decorrendo sobre sua titularidade e natureza.

No que tange à titularidade do poder constituinte, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>3</sup> assevera que o aspecto fundamental do pensamento de Sieyès é a distinção entre nação e

---

<sup>2</sup>BASTOS, Celso Ribeiro.ob.cit.p.48.

<sup>3</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.O *poder constituinte*. 5.ed.rev.São Paulo: Saraiva, 2007.p.23

povo. Enquanto povo é o conjunto de indivíduos que estão sujeitos a um poder, nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, cujos interesses não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem. Nação não se confunde com o conjunto de homens, sendo a expressão dos interesses permanentes de uma sociedade.

Face a tal distinção, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup> ressalta que a doutrina da soberania nacional traçada por Sieyès historicamente contrapõe-se à doutrina da soberania popular de Rousseau, apontada em sua obra *Contrato Social*.

Isso porque, quando Sieyès contrapõe nação a povo está a afirmar que o poder não está à disposição dos indivíduos em si. Já na concepção de Rousseau, governo legítimo é o governo da vontade geral, assim compreendida como aquela estabelecida pela participação de cada um individualmente nas tomadas de decisões, permitindo um sufrágio universal, o que vai de encontro ao conceito de nação desenvolvido por Sieyès, em que nenhum indivíduo é detentor de qualquer parcela da soberania, mas sim a nação, que atribui a quem ela quiser o poder de falar por ela, o que autoriza, por exemplo, a limitação do sufrágio, que é a hipótese do voto censitário.

Em que pese essa discussão, modernamente atribui-se a titularidade do poder constituinte originário ao povo, sendo esta a posição adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art.1º, parágrafo único, com a seguinte redação: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Apesar de “povo” denotar uma concepção mais ampla, não significa a inclusão de todas as pessoas existentes em uma base territorial. No caso do Brasil, por exemplo, o povo envolve apenas quem está em gozo de seus direitos políticos.

Em relação à natureza do poder constituinte, segundo Celso Ribeiro Bastos<sup>5</sup> o

---

<sup>4</sup>Idem, p.24.

<sup>5</sup>BASTOS, Celso Ribeiro.*op.cit.*,p.51/51.

pensamento de Sieyès é jusnaturalista, ou seja, baseia-se na juridicidade deste poder, e encontra-se relacionado às suas características essenciais, quais sejam, sua ilimitação, seu incondicionamento e seu caráter inicial.

Mas, justamente em virtude dessas características, há quem sustente, como Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>, que o poder constituinte é algo pré-jurídico por preceder a formação do direito.

Seja ou não um fato jurídico, a doutrina nacional reproduz as características traçadas por Sieyès, que serão abordadas no próximo tópico.

Apesar de grande parte da doutrina brasileira de direito constitucional desenvolver o tema sobre poder constituinte com base nessa visão clássica de Emmanuel Joseph Sieyès, existem outras teorias a respeito, que trabalham não com a tese unitarista do poder constituinte originário, tal como a apresentada pelo abade francês, mas com base em uma concepção dualista, que é o caso do Professor Maurício Antonio Ribeiro Lopes,<sup>7</sup> mestre e doutor em Direito, professor da UNESP e Promotor de Justiça em São Paulo.

Em síntese, o referido autor trabalha com a concepção de HAURIOU<sup>8</sup>, e distingue o poder constituinte originário em fundacional e revolucionário, sendo que o primeiro se subdivide em fundacional primário e secundário.

O Poder Constituinte fundacional primário é aquele que se manifesta pela primeira vez no âmbito de um território com a formação do Estado, ao passo que o poder constituinte fundacional secundário é a criação de Estados a partir dos preexistentes, e talvez o único processo possível atualmente.

Existem dois processos típicos que dão origem a novos Estados: o fracionamento, em que parte do território desmembrado de um Estado dá origem a um novo, e a união, em que se

---

<sup>6</sup>MELLO, Celso Antonio. *Poder Constituinte*. Revista de Direito Constitucional 4/69

<sup>7</sup>LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Originário. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ano 85, v.727, p.623-635, maio de 1996.

<sup>8</sup>*La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

adota uma Constituição comum em lugar das que regulavam os Estados preexistentes.

Infelizmente, o professor Maurício Lopes não traz em seu artigo o conceito de poder constituinte revolucionário, mas apenas de revolução, que segundo ele é “o movimento libertário, contra o terror e não para meros câmbios políticos instauradores de regimes de exceção”.<sup>9</sup>

### **1.1 – PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FORMAS DE EXPRESSÃO**

José Afonso da Silva<sup>10</sup> conceitua poder constituinte como sendo o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição, sendo a mais alta expressão do poder político por ser a energia capaz de organizar política e juridicamente uma Nação.

A doutrina nacional costuma distinguir o poder constituinte em poder constituinte originário e poder constituinte derivado, sendo apenas o primeiro objeto deste estudo.

Pedro Lenza<sup>11</sup> conceitua poder constituinte originário como “aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente”, e destaca que seu objetivo fundamental é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente.

O referido autor elabora uma subdivisão do poder constituinte originário em “histórico”, que seria aquele que estrutura pela primeira vez o Estado, e o “revolucionário”, que seriam todos os posteriores ao primeiro e que rompem por completo com a antiga ordem,

---

<sup>9</sup>LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. ob.cit.p.634

<sup>10</sup>SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)*. Malheiros Editores, p.67

<sup>11</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Saraiva, 2008, p.84

instaurando uma nova.

Já o poder constituinte derivado consiste no poder de reforma da Constituição, tendo como pressuposto a existência de uma constituição rígida e escrita.

Com relação às características do poder constituinte originário, a visão clássica afirma, em geral, com base na doutrina de Emmanuel Joseph Sieyès, ser o poder constituinte originário inicial, ilimitado, incondicionado e permanente.

Inicial porque dá origem a uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a anterior, que não o limita, na medida em que é ilimitado. O Poder Constituinte não está de modo algum limitado pelo direito anterior. Incondicionado porque não está sujeito a qualquer forma prefixada de manifestação, eis que não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo. O povo não tem que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização. Permanente porque o poder constituinte não desaparece com sua obra realizada, ou seja, a elaboração de uma Constituição é exercício do poder constituinte que, todavia, não desapareceu.

Pedro Lenza traz a autonomia como característica do poder constituinte, “visto que a estruturação da nova constituição será determinada, autonomamente, por quem exerce o poder constituinte originário”<sup>12</sup>.

O poder constituinte derivado, ao contrário, seria decorrente, por ser fruto do poder constituinte originário, além de limitado e condicionado aos parâmetros a ele impostos por seu criador.

Já no que diz respeito às formas de expressão, Ruy Ruben Ruschel<sup>13</sup>, professor titular da Unisinos e membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), assevera que a mais radical forma de expressão do poder constituinte originário é a revolução.

---

<sup>12</sup>LENZA, Pedro. ob.cit.p.84

<sup>13</sup>RUSCHEL, Ruy Ruben. O Poder Constituinte e a Revolução. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. Ano1, n.2, p110-116, março de 1993.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>14</sup> afirma que a revolução é o instrumento pelo qual se concretiza a manifestação do Poder Constituinte. Entretanto, é possível a manifestação deste poder sem a necessidade de revolução.

Exemplos de exercício do poder constituinte por procedimentos populares, sem ser o revolucionário, são fornecidos por José Afonso da Silva<sup>15</sup> e são eles: exercício direto por referendo ou aclamação; exercício indireto, e a forma mista.

A aclamação é uma reminescência histórica. O referendo consiste na aprovação popular direta de um projeto de constituição, sem passar pela deliberação de uma Assembléia Constituinte.

O exercício indireto decorre da criação de uma constituição mediante uma Assembléia Constituinte composta por representantes eleitos.

Por fim, na forma mista há um projeto de constituição elaborado pela Assembléia que deverá ser submetida a referendo popular.

Nesse sentido, em que pese não ser a única forma, a revolução é reconhecida pela doutrina como forma de expressão do poder constituinte originário, correspondendo ao seu exercício direto pelo povo, que é o titular deste poder.

Citando CANOTILHO, Maurício Lopes<sup>16</sup> assevera que o ato revolucionário é uma fonte de direito por criar órgãos a quem confere o poder de criar direito. A revolução teria um tríptico papel: de legitimação, de interpretação hermenêutica e de dimensão institutiva.

Relacionando os temas formas de expressão e características do poder constituinte originário, é possível afirmar que a revolução está em consonância com o incondicionamento deste poder, eis que não há qualquer forma prefixada para sua manifestação.

Isso significa dizer que o tema “revolução” deve ser abordado sob o prisma da

---

<sup>14</sup>ob.cit.p34

<sup>15</sup>SILVA, José Afonso da, ob.cit.p70/71

<sup>16</sup>LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, ob.cit.p.633

característica do “incondicionamento” do poder constituinte originário, razão pela qual não sofre diretamente a interferência da doutrina moderna que aponta as limitações ao poder constituinte originário.

## 1.2 – A QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

A problemática a respeito da limitação do poder constituinte guarda relevância com o conteúdo da nova ordem jurídica a ser por ele estabelecida. Essa premissa é fundamental para que se tenha claro que, seja por um processo revolucionário ou via representação popular, há limites de ordem material a serem observados pela nova Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O próprio Emmanuel Joseph Sieyès, em razão de seu pensamento jusnaturalista, afirmava que o poder constituinte estava limitado ao Direito Natural.

Entretanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>17</sup> esclarece que a questão a respeito da limitação do poder constituinte originário sofre diferentes abordagens conforme o ponto de partida filosófico. Na perspectiva positivista, a assertiva é sempre pela ilimitação, eis que não há direito que possa ser invocado contra ele, ao passo que a tese jusnaturalista é pela limitação pelo direito natural ou pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.

O referido autor, citando a opinião de Paul Bastid<sup>18</sup>, afirma que, não obstante as concepções positivista e jusnaturalista, há limites de fato e de direito a serem observados.

Os limites de fato dizem respeito à eficácia do ato constituinte, na medida em que uma Constituição não pode contrariar as concepções da comunidade, sob pena de tornar-se

---

<sup>17</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, ob.cit.p.75

<sup>18</sup>ob.cit.p76

letra morta. Assim, o ato constituinte é um ato sujeito à condição de eficácia, que consiste na aceitação pelos governados.

Por outro lado, os limites de direito referem-se ao Direito Internacional, e não ao direito natural, especialmente no que toca as regras internacionais que tutelam os direitos do homem.

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, em seu *Curso de Direito Constitucional* traz um tópico específico denominado “modernas tendências” em que aponta a distinção entre o poder constituinte material e o formal com base na idéia de que quem determina o conteúdo fundamental da Constituição é a força política ou social.

O autor<sup>19</sup>, com base no conceito de Jorge Miranda acerca de direito prevalente, afirma que o órgão incumbido de fazer a Constituição não goza de uma liberdade plena, não podendo decidir por uma Constituição não-democrática.

O poder constituinte material precede o formal porque a idéia de direito precede a regra de direito, em outras palavras, o valor comanda a norma. Neste primeiro momento de autoconformação do Estado, o poder constituinte é só material. Entretanto, quando da decretação de normas com a forma e força jurídicas próprias das normas constitucionais este poder é simultaneamente material e formal.

Nesse sentido, não é toda obra, ainda que promanada de um poder constituinte democrático, que se legitima por si mesma.

Para Flávio Quinaud Pedron<sup>20</sup> o constitucionalismo moderno limita o Poder Constituinte sob a perspectiva de se manter uma contiuidade formal e material entre o novo texto e o seu antecessor. As limitações seriam de três ordens: espacial, porque o vincula a uma base territorial determinada; cultural, porque deve observar as tradições; e decorrente dos

<sup>19</sup>BASTOS, CELSO RIBEIRO.ob. cit.p71/72

<sup>20</sup>PEDRON, Flávio Quinaud.*Reflexões para uma nova Teoria sobre o Poder Constituinte*: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições.Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009

direitos suprapositivos, o que configura a retomada do pensamento jusnaturalista.

Possível traçar um paralelo entre esses limites de caráter substancial com o princípio da vedação ao retrocesso, segundo o qual o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados não pode ser objeto de retrocesso, não podendo ser excluídos.

## 2 – REVOLUÇÃO COMO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO

Segundo o dicionário Houaiss<sup>21</sup>, revolução é datada do século XV, com origem na expressão em latim *revolutio,ónis*, que significa ato de revolver, e designa "grande transformação", "movimento de revolta contra um poder estabelecido, e que visa promover mudanças profundas nas instituições políticas, econômicas, culturais e morais".

Numa visão político-social, Karl Marx, em sua clássica obra *O Manifesto do Partido Comunista*<sup>22</sup>, considera a revolução como uma ruptura das relações de produção, isto é, das relações sociais e, por consequência, com as idéias tradicionais. Nas palavras do filósofo, “a revolução comunista é a ruptura mais radical com as relações de propriedade tradicionais”. Lênin, citado por Paulo Bonavides<sup>23</sup>, afirma que “uma revolução ocorre quando a classe superior não pode e a classe inferior não quer prosseguir no velho sistema”.

Para Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*<sup>24</sup>, a revolução seria toda modificação ilegítima da Constituição por um meio nela não previsto. Desse conceito, constata-se que o autor não faz distinção entre golpe de Estado e revolução.

Ruy Ruben Ruschel<sup>25</sup>, no intuito de traçar um conceito sociológico de revolução,

<sup>21</sup>Disponível em <http://www.houaiss.com.br/>

<sup>22</sup>Disponível em [http://www.pcdob.org.br/documento.php?id\\_documento\\_arquivo=181](http://www.pcdob.org.br/documento.php?id_documento_arquivo=181)

<sup>23</sup>BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17ed. Malheiros Editores, p.435.

<sup>24</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Armênio Amado, 1962.

<sup>25</sup>RUSCHEL, ob.cit.p110

afirma tratar-se de um “processo de mudanças rápidas e profundas da estrutura de uma sociedade e de seu sistema de poder, geralmente acompanhada de muita violência”, e complementa que tais mudanças, obviamente, irão refletir na ordem jurídica.

Enquanto fenômeno jurídico, como visto, a revolução é forma de expressão do poder constituinte originário, através do qual se rompe com a ordem jurídica vigente e se estabelece uma nova.

Ruy Ruschel<sup>26</sup> sustenta que haverá verdadeira revolução quando a Constituição for substancialmente substituída por outra ou quando esta substituição se operar em desacordo com o que determinava a parte orgânica da anterior.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>27</sup> entende que o Poder Constituinte originário pode vir a manifestar-se quando a Constituição anterior perdeu a eficácia, deixando de ser, assim, uma verdadeira Constituição. Esta perda de eficácia estabeleceria um vázio, e isto conseqüentemente representaria uma revolução, mas jurídica, com a quebra, o rompimento da Constituição anteriormente estabelecida.

Os conceitos político-social e jurídico de revolução, em verdade, se entrelaçam, tal como a premissa traçada por Jorge Miranda de que o valor comanda a norma. A ruptura da Constituição anterior por uma nova necessariamente decorre de uma alteração na sociedade. Sieyès, a fim de fundamentar juridicamente a ascensão da burguesia, desenvolveu a doutrina do poder constituinte, o que demonstra o diálogo entre as ciências política e jurídica.

Isso não significa dizer que toda ruptura da ordem jurídica vigente se dá através da revolução, apesar de ser esta a forma mais autêntica de manifestação do poder constituinte originário. Possível a instauração de uma nova ordem através do denominado golpe de Estado, que não deve ser confundido com revolução.

Apesar das premissas da teoria do poder constituinte, é de se estranhar o entedimento

---

<sup>26</sup>Idem, ob.cit.p.111

<sup>27</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*,22ed.São Paulo: Saraiva, 1995,p.22

doutrinário a respeito da ilegalidade da revolução, apesar do reconhecimento de sua possível legitimidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>28</sup> afirma que no “plano do direito positivo a obra revolucionária é sempre inconstitucional ou ilegal”. Porém, poderá ser legítima ou ilegítima, segundo o *consensus*. Pode acontecer que o movimento, ainda que triunfante, não obtenha a aceitação dos governados, não tendo nem legalidade nem a legitimidade. Nesse sentido, o ato constituinte decorrente da revolução está sujeito à essa condição de eficácia, qual seja, a aceitação pelos governados.

Para o autor em comento, existem quatro tipos de poder. O primeiro é caracterizado por se tratar de um poder legítimo e legal. Legal porque estabelecido de acordo com as leis, legítimo por ser aceito.

No segundo poder há apenas a legitimidade, podendo a revolução ser aqui enquadrada. O terceiro, o poder é ilegítimo, mas legal. E, por fim, há a quarta possibilidade de poder que não é legítimo nem legal.

Já para Paulo Bonavides<sup>29</sup>, as revoluções são sempre legitimadas, mas não legítimas, eis que se legitimam pela mudança operada na ordem jurídica.

Em que pese tais entendimentos, afirmar que a obra revolucionária é sempre inconstitucional ou ilegal simplesmente pelo fato desta forma de manifestação não estar previamente fixada na Constituição vigente como forma de sua alteração parece ir de encontro com as características do poder constituinte originário.

Isso porque, se a revolução é a forma mais autêntica de manifestação do poder constituinte, que é inicial, ilimitado, incondicionado e permanente, não se pode deixar de afirmar que há uma desarmonia entre essas características e a compreensão de que o exercício concreto da revolução é um ato de ilegalidade, notadamente porque o povo não tem que

---

<sup>28</sup>Idem, *O poder constituinte*, p.48.

<sup>29</sup>BONAVIDES, Paulo.ob.cit.p.442

seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização.

Ainda que vise a destruição da ordem jurídica vigente, o fundamento de constitucionalidade e de legalidade do exercício do poder constituinte reside no simples fato de ser o povo o seu titular. Aliás, essa é a conclusão lógica da permanência do poder constituinte.

Em relação ao aspecto de sua legitimidade, esta é imprescindível ao conceito de revolução em si, na medida em que corresponde a sua aceitação em massa.

Se há mitigação a característica da ilimitação do poder constituinte originário, o próprio processo revolucionário deve observar essas limitações de cunho material. Pode-se afirmar que sob esse prisma incide o princípio da vedação ao retrocesso, ainda que se trate da inauguração de uma nova ordem jurídica.

Destarte, será inconstitucional, ilegal e ilegítimo qualquer contestação da ordem social e jurídica que não seja expressão do exercício, direto ou indireto, do poder constituinte, e que não observe o princípio da vedação ao retrocesso. Por essa razão, torna-se imprescindível não confundir revolução, aceita na doutrina como forma de manifestação direta do poder constituinte pelo povo, com golpe de Estado.

### **3 – REVOLUÇÃO E GOLPE DE ESTADO: DISTINÇÃO**

Apesar de Hans Kelsen não fazer distinção entre os conceitos de revolução e golpe de Estado, na ciência política e até mesmo na doutrina de Direito há entendimento no sentido de distinguir tais institutos.

Jean Baechler<sup>30</sup>denomina de modo amplo todas as formas de constestação social como fenômenos revolucionários, elencando três tipos básicos. O primeiro se caracteriza pelo abandono e recusa às regras da sociedade, sem, todavia, visar à conquista do poder. O segundo é aquele que objetiva a tomada de poder, mas os meios utilizados são incapazes de alcançar tal objetivo. O terceiro utiliza-se dos meios adequados para conquista do poder e chega exatamente até ele, sendo a contestação social que de fato merece ser chamada de revolução.

Tais conceitos são insuficientes para a distinção entre revolução e golpe de Estado.

Ruy Ruschel<sup>31</sup>afirma que a revolução envolve movimentos de massa e tem mais profundidade, ao passo que um golpe de Estado “se caracteriza quando, por meios inconstituiconais, uma elite governante derruba e substitui outra no poder, sem reflexos profundos na sociedade”.

A contrário senso, pode-se afirmar que a revolução se caracteriza pela constitucionalidade. Ao tratar da legitimidade de uma revolução, Ruy Ruschel<sup>32</sup>elencas três correntes principais. Segundo uma solução jusnaturalista, o direito revolucionário somente se legitima quando vier a corrigir estruturas injustas. Os juspositivistas consideram legitimadas as normas da revolução quando se tornam eficazes e, por fim, a corrente democrática aponta que legitimidade ocorre quando o povo se manifesta favorável de maneira livre e inequívoca.

Segundo Paulo Bonavides<sup>33</sup>, a origem e causa das revoluções se prenderia a uma lenta acumulação de descontentamentos e impugnações da ordem de valores implantados ou impostos até a chegada de um momento crítico de deterioração final. Os golpes de Estado podem ser improvisados, as revoluções jamais.

De acordo com autor, golpe de Estado significa simplesmente a tomada do poder por

---

<sup>30</sup>BAECHLER, Jean. *Les phénomènes révolutionnaires*. Paris, PUF, 1970. Apud FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Op. cit., nota 9, p. 38-40.

<sup>31</sup>RUSCHEL, Ruy Ruben. ob.cit.p.110

<sup>32</sup>idem. ob.cit.p.114

<sup>33</sup>BONAVIDES, Paulo. ob.cit.p.445

meios ilegais, tendo como características a surpresa, a subitaneidade, a violência, a frieza do cálculo, a premeditação, a ilegitimidade. Já a revolução acarreta na mudança do sistema político, na remoção da velha ordem social com o advento de nova ideologia que sirva de inspiração e base para o novo regime. O golpe de Estado jamais toca nas raízes da organização social, nem cria um novo direito, limitando-se às circunstâncias mais favoráveis para determinado grupo por intermédio de pequenas reformas.

O golpe é a prevalência do interesse egoístico de um grupo ou a satisfação de uma sede pessoal de poder, enquanto que a revolução se caracteriza pelo atendimento dos anseios coletivos. O golpe é a usurpação e, portanto, é ilegal e ilegítimo; a revolução é a legitimidade.

Destarte, a revolução não se confunde com um golpe de Estado, na medida em que aquela é uma manifestação direta do exercício do poder constituinte originário pelo povo, ao passo que este se caracteriza como um movimento de usurpação do poder, sem a correspondente vontade popular.

Mauricio Lopes<sup>34</sup> assevera que a “revolução como fenômeno social tem uma realidade objetiva e um caráter específico, irreduzível, fundamental. A revolução entendida como um brusco desfecho de um trabalho lentamente amadurecido, constitui, precisamente, um dos modos normais de evolução.”

#### **4 - PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO À LUZ DA HISTÓRIA BRASILEIRA**

Ao longo da história brasileira, a elaboração de uma Constituição ora se deu através de um processo democrático, ora por imposição, justificando a classificação das

---

<sup>34</sup>LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. ob.cit.p.629

Constituições, quanto à origem, em promulgadas ou outorgadas, respectivamente.

De acordo com Pedro Lenza<sup>35</sup>, possível traçar um breve histórico das constituições brasileiras com base nesta classificação quanto à origem.

Após a declaração da independência do Brasil em 07 de setembro de 1822, elaborou-se a primeira Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, marcada pela figura do Poder Moderador, a caracterizar um forte centralismo administrativo e político. O governo era monárquico, hereditário, constitucional e representativo.

O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia-Geral constituída através de eleições indiretas, havendo sufrágio censitário.

O Poder Judiciário denominava-se “Poder Judicial” e era independente, sendo composto por juizes e jurados.

Esse período foi marcado pelas seguintes insurreições populares: Cabanagem (Pará, 1835), Farroupilha (Rio Grande do Sul, 1835), Sabinada (Bahia, 1837), Balaiada (Maranhão, 1838) e Revolução Praieira (Pernambuco, 1848).

Em 24 de fevereiro de 1891, tendo como Relator da Assembléia Constituinte eleita em 1890 o Senador Rui Barbosa, e sob a influência da Constituição norte-americana de 1787, foi promulgada a primeira Constituição da República do Brasil, com a extinção do Poder Moderador e a adoção da tripartição de “Poderes” com base na teoria clássica de Montesquieu.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, com bicameralismo federativo. Estabeleceu-se, ainda, o poder legislativo no âmbito estadual. O sufrágio era direto.

No tocante às garantias constitucionais, houve pela primeira vez a expressa previsão do *habeas corpus*.

---

<sup>35</sup>LENZA, PEDRO, ob. cit., p31

A chamada “República Velha” encerrou-se com a “Revolução de 1930” que, através do Decreto 19.398/1930 instituiu um governo provisório, cujo comando pertencia a Getúlio Vargas, tendo por consequência a promulgação da Constituição de 1934, influenciada pelos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, caracterizada pela presença dos direitos humanos de segunda dimensão.

Sob a influência do movimento fascista, em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas promove um golpe ditatorial, fechando o Congresso Nacional e outorgando a Constituição de 1937, instalando-se o denominado “Estado Novo”, marcado por ideais fascistas e autoritários.

Num processo de redemocratização do país, em 01 de fevereiro de 1946 é instalada uma Assembléia Constituinte que veio a promulgar, em 18 de setembro de 1946, a Constituição de 1946.

Em verdadeiro retrocesso ao período de autoritarismo, em março de 1964 eclodiu o chamado “Golpe militar de 1964”, passando o país a ser governado através de Atos Institucionais e Complementares. O Congresso Nacional foi fechado em 1966 e posteriormente reaberto para outorga da Constituição de 1967. Em 17 de outubro de 1969, foi elaborada a Emenda Constitucional no. 01/69.

Por fim, em 05 de outubro de 1988, retomando a fase democrática, há a promulgação da Constituição de 1988, vigente até hoje.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) adota a República como forma de governo, o Presidencialismo como sistema de governo, ambos confirmados pelo plebiscito do art. 2º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e a Federação como forma de Estado.

De acordo com o seu preâmbulo, a CRFB/88 institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança,

o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A República Federativa do Brasil, nos termos do art.1º, constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

## **5 – O ART. 5º, XLIV DA CRFB/88: INCONSTITUCIONALIDADE, MITIGAÇÃO OU VEDAÇÃO AO GOLPE DE ESTADO?**

O art.5º, XLIV da CRFB/88 traz a regra de que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”

Em que pese tratar-se de norma constitucional originária, deve ser analisada sob o prisma da concepção dialética da história e à luz da doutrina do poder constituinte.

No capítulo anterior foi visto que a história das Constituições brasileiras é marcada ora por um período democrático, ora por concepções autoritárias e ditatoriais.

Particularmente em relação à CRFB/88, antecede à sua promulgação um período denominado de “Ditadura Militar”, caracterizado pela perseguição política e desrespeito aos direitos humanos de primeira e segunda dimensão. A bem da verdade, não foi uma particularidade do caso brasileiro, mas sim uma “epidemia” presente à época em todo o mundo, mas principalmente na América Latina.

Diante deste quadro, num primeiro momento compreende-se a intenção do constituinte originário em elaborar o art 5º, XLIV, CRFB/88, como se quisesse criar verdadeira norma preventiva contra futuras ditaduras. Entretanto, há que se interpretar a

aludida regra constitucional de acordo com a teoria do Poder Constituinte.

Como visto ao longo do presente artigo, predomina na doutrina clássica de direito constitucional<sup>36</sup> a concepção de poder constituinte apresentada pelo francês Emmanuel Joseph Sieyès, na qual há como uma de suas características essenciais a incondicionalidade. Significa dizer que o povo, titular do poder constituinte originário, não está condicionado a uma determinada forma de manifestação prefixada.

Nesse sentido, considerando que é legal e legítimo ao povo instaurar uma nova ordem jurídica, sem ter que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização, a norma contida no art 5º, XLIV da CRFB/88 seria, em princípio, inconstitucional se tivesse como destinatário, inclusive, o titular do poder constituinte originário, condicionando sua forma de expressão, ou melhor, proibindo que se manifeste através da revolução.

Entretanto, segundo a doutrina<sup>37</sup>, o Brasil não adotou a teoria desenvolvida por Otto Bachof<sup>38</sup> sobre a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, razão pela qual, no ordenamento jurídico pátrio serão sempre constitucionais as normas fruto do poder constituinte originário, não podendo ser objeto de controle de constitucionalidade.

Destarte, partindo da premissa de que o art 5º, XLIV da CRFB/88 é constitucional, é necessário, então, interpretá-lo de maneira harmônica com a sistemática decorrente da incondicionalidade do poder constituinte originário.

Foi visto, no item 1.2 deste artigo, que a única característica do poder constituinte que sofre mitigação pela doutrina é a ilimitação, na medida em que, há certos limites de cunho material a serem observados quando da instauração da nova ordem constitucional. Assim, a limitação é quanto ao conteúdo da nova Constituição, e não em relação à forma de

---

<sup>36</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O poder constituinte*, 5ed, São Paulo: Saraiva, 2007

<sup>37</sup>LENZA, Pedro, ob. cit.

<sup>38</sup>BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra:Almedina, 1994.

manifestação do poder constituinte, o que significa dizer que a característica da incondicionalidade não sofre qualquer mitigação.

Em não sendo possível limitar a forma de manifestação do poder constituinte originário, não pode a regra constitucional do art. 5º, XLIV da CRFB/88 ter como destinatário o povo, nem como conteúdo a criminalização da revolução.

Nesse sentido, o poder constituinte originário ao prever a redação do art 5º, XLIV da CRFB/88 está criminalizando o chamado golpe de Estado.

No capítulo três foi traçada a distinção entre revolução e golpe de Estado, e foi demonstrado que apenas a primeira pode ser considerada como forma legítima, embora não necessariamente legal para parte da doutrina, de exercício do poder constituinte originário.

Destarte, não há inconstitucionalidade no art 5º, XLIV da CRFB/88, tampouco mitigação à característica de incondicionalidade do poder constituinte originário. A norma constitucional a ser extraída deste dispositivo deve ser aquela fruto da interpretação no sentido da criminalização do denominado Golpe de Estado, tão somente.

## **CONCLUSÃO**

Desde a Constituição de 1824, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu as influências política, econômica e sociais decorrentes dos acontecimentos históricos no país e no mundo. O Direito está diretamente relacionado aos demais campos das ciências sociais.

A visão dialética da história aponta o desenvolvimento das civilizações ora com avanços, ora com retrocessos. O homem é a força motora deste processo.

Em determinadas situações, apenas um pequeno grupo, muito provavelmente

detentor do poderio econômico, irá colocar-se à frente e impôr que toda a ordem jurídica seja elaborada de acordo com seus anseios, dando ensejo ao denominado Golpe de Estado. Este movimento, seja ele violento ou não, não pode ser confundido com o exercício do poder constituinte originário, pois não está sendo levado a efeito por seu titular, o povo, ainda que este esteja, de fato, tolerando os acontecimentos. Na história do Brasil, as Constituições de 1937 e de 1967 são exemplos destes movimentos autoritários, sendo classificadas como constituições outorgadas.

A norma extraída do art 5º, XLIV da CRFB/88 criminaliza justamente o chamado Golpe de Estado, de acordo com uma interpretação baseada na concepção da Teoria do Poder Constituinte.

Como visto, foi o francês Emmanuel Joseph Sieyès o autor da Teoria do Poder Constituinte, tendo traçado características básicas deste poder: ser ele inicial, ilimitado, incondicionado e permanente.

Deste modo, e considerando que não é adotado no sistema jurídico nacional a tese do professor Otto Bachof a respeito da possibilidade de normas constitucionais originárias padecerem do vício de inconstitucionalidade, a norma constitucional em comento, qual seja, o art 5º, XLIV da CRFB/88 não pode ser interpretada de maneira a englobar a criminalização de movimento revolucionário visando a instauração de uma nova ordem jurídica, com a abolição da então vigente, sob pena de se estar retirando do poder constituinte originário a característica do incondicionamento.

Da mesma maneira, em razão da permanência do poder constituinte, não é possível falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade de seu exercício através da revolução.

Reconhecer a revolução como forma constitucional e legítima de manifestação do poder constituinte originário é deixar as portas abertas para o novo. Se assim não fosse, estar-se-ia impondo às futuras gerações toda uma concepção de mundo das gerações passadas.

Nesse sentido, a conclusão sobre a interpretação a ser dada ao art 5º, XLIV da CRFB/88 à luz da doutrina do Poder Constituinte não pode ser outra que não aquela que limita a criminalização prevista na norma ao denominado golpe de Estado, com a exclusão do exercício do poder constituinte originário através da revolução.

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BAECHLER, Jean. *Les phénomènes révolutionnaires*. Paris, PUF, 1970. Apud FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17a ed. Rio de Janeiro: Malheiros.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 22ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HAURIUO. *La teoría de la institución y de la fundación: ensayo de vitalismo social*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Originário*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 85, v.727, maio de 1996.

MARX, KARL. *O Manifesto do Partido Comunista*. Disponível em : [:http://www.pcdob.org.br/documento.php?id\\_documento\\_arquivo=181](http://www.pcdob.org.br/documento.php?id_documento_arquivo=181)

MELLO, Celso Antonio. *Poder Constituinte*. Revista de Direito Constitucional 4/69.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Reflexões para uma nova Teoria sobre o Poder Constituinte: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições*. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RUSCHELL, Ruy Ruben. *O Poder Constituinte e a Revolução*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Revista dos Tribunais, ano 1, no.2, janeiro-março de 1993.