

**MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto "Pimenta Bueno" – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

# O PODER CONSTITUINTE

6ª edição  
revista  
2014

**100** ANOS  
 **Saraiva**

# Capítulo I

## ORIGEM E ANTECEDENTES DA DOUTRINA

*Sumário:* 1. Surgimento da ideia. 2. O pensamento helênico. 3. Doutrina francesa das leis fundamentais do Reino. 4. Doutrina pactista medieval. 5. Doutrinas do contrato social.

### 1. Surgimento da ideia

A ideia da existência de um poder que estabelece a Constituição, ou seja, que estabelece a organização fundamental de um Estado, distinto dos estabelecidos pela Constituição, não obstante encontre raízes remotas na Antiguidade, surge tão só no século XVIII, associada à ideia de Constituição escrita.

### 2. O pensamento helênico

Já na Antiguidade encontramos a noção de que existe uma diferença entre as leis que estruturam a organização política, fixam a organização do governo, e as demais leis, que são criadas pelos órgãos do governo, vale dizer, a distinção entre *leis constitucionais* e o que, modernamente, denominaríamos de *leis ordinárias*.

Assim, Aristóteles, na *Política*, mostra ter presente a distinção entre as leis concernentes à organização do governo e as demais leis, isto é, as *leis constitucionais* e as *leis não constitucionais*, ou meramente *ordinárias*.

A ideia dessa distinção não transparece apenas no pensamento de um filósofo como Aristóteles, mas também na prática política. No direito público ateniense – e citamos Atenas porque foi, indubitavelmente, um dos principais focos de cultura da Antiguidade, se não o principal – havia a ideia de que certas leis, concernentes à própria estrutura da cidade-estado, as que estabeleciam a cidadania, e, pois, que dispunham sobre quem tinha o poder de participar das assembleias, as atinentes aos órgãos do governo etc., eram superiores às demais e superiores às deliberações dos Poderes nelas previstos (que modernamente chamaríamos de *poderes constituídos*) e às magistraturas, como diziam os autores antigos. A superioridade de tais leis, em Atenas, era garantida por um verdadeiro antecedente da ação direta de inconstitucionalidade, aparentemente uma criação do Direito Constitucional moderno. Por meio de uma ação – a *graphe paranomon* – podia-se impugnar a criação de leis que contradissem aquelas normas tidas por fundamentais, concernentes à estrutura fundamental da cidade-estado ateniense.

Se havia essa ideia, ainda que não elaborada, e, portanto, também a ideia da subordinação dos órgãos do governo a essas leis fundamentais, não havia, por outro lado, a ideia de que a organização existente havia sido estabelecida por um poder especial, criador dos demais Poderes e não criado por qualquer deles. Não havia, portanto, a ideia de um Poder Constituinte – a não ser que se fale metaforicamente, lembrando-se a autoria, imputada ao sábio, das instituições de certas cidades-estados.

Encontramos situação equivalente no pensamento medieval. Chegou a existir, na Idade Média, a ideia de que certas normas, pela matéria que versam, por dizerem respeito à organização fundamental, são superiores às demais. Mas também não se chegou à ideia de que essas normas seriam estabelecidas por um poder especial.

### 3. Doutrina francesa das leis fundamentais do Reino

Na França, teve extraordinária repercussão a denominada *doutrina das leis fundamentais do Reino*.

Essa doutrina já trazia, em si, a concepção de que certas normas jurídicas, relativas à estruturação política, eram superiores às demais,

e, mais do que isso, superiores ao próprio monarca e demais órgãos da organização política, de tal forma que os atos praticados em contradição a essas normas fundamentais não teriam valor.

Em verdade, a *doutrina das leis fundamentais do Reino* foi uma hábil invenção dos legistas franceses, em que o objetivo político era ainda muito nítido, porque visava a infirmar a validade de certos atos praticados pelos monarcas, especialmente as concessões que os monarcas derrotados no campo de batalha faziam em prejuízo do que poderíamos dizer – porém anacronicamente – a nação. A doutrina servia para que se declarassem nulos atos de disposição de parte do território e outros acordos que politicamente eram considerados lesivos, atos esses que seriam nulos porque infringiriam um corpo de leis que estaria acima do próprio monarca – isto é, infringiriam as leis fundamentais do Reino.

A *doutrina das leis fundamentais do Reino* tem um outro aspecto interessante, que já nos leva relativamente próximos da doutrina do Poder Constituinte. É que, embora os legistas franceses, na sua maioria, ensinassem que aquelas leis fundamentais eram imutáveis, houve entre eles quem ensinasse que tais leis eram mutáveis, mas só poderiam ser modificadas por um processo especial; isto é, o monarca não poderia alterar as leis fundamentais do Reino, que seriam sempre superiores a ele, mas a reunião dos Estados Gerais – os três Estados: Clero, Nobreza e Povo – poderia, ela sim, modificá-las.

São por demais conhecidas as bases da *doutrina da rigidez constitucional*, ficando assim bem nítido o significado dessa observação. Aquilo que chamamos de *Constituição rígida* nada mais é do que a Constituição que só pode ser modificada por um procedimento especial, que ela própria prevê. Nessa interpretação da *doutrina das leis fundamentais do Reino* já se nota a ideia de que as leis fundamentais são mutáveis, mas apenas por um procedimento especial. E diga-se mais: por um procedimento especial que importa uma consulta a todos os elementos componentes da comunidade, distribuídos pelos três estados juridicamente caracterizados: Clero, o primeiro Estado; Nobreza, o segundo; e Povo, o conjunto daqueles que não contavam com privilégios, o terceiro Estado.

Se a *doutrina das leis fundamentais do Reino* já nos aproxima da temática do século XVIII, da doutrina do Poder Constituinte, é pre-

ciso, entretanto, reiterar, ainda uma vez, que nela não existe qualquer suposição de que as leis fundamentais seriam estabelecidas por um poder especial. O problema simplesmente não se colocava. Tais leis eram tidas como estabelecidas pelos costumes, pelo decurso do tempo, e jamais qualquer legista teve a ideia de nelas identificar a vontade de um poder especial, a ação de um poder especial, anterior à própria Constituição.

#### 4. Doutrina pactista medieval

Outro antecedente que veio pesar na formação da doutrina do Poder Constituinte foi a doutrina pactista medieval.

Certos autores medievais já colocavam como base do governo o acordo dos governados; já ensinavam que o governo vinha de Deus, conforme está na Epístola aos Romanos. *Omnis potestas a Deo*, segundo a frase habitualmente citada para exemplificar a doutrina, *sed per populum*, ou seja, *por intermédio do povo*. O consentimento, tacitamente manifestado, era a fonte do poder político. Esse consentimento importaria num verdadeiro pacto, o chamado *pactum subjectionis* - pacto de sujeição.

Na ideia do *pactum subjectionis* também já vemos um passo a caminho da formação da doutrina do Poder Constituinte, porque nela já reponta a vontade dos homens como criadora da organização política e, pois, do Estado.

#### 5. Doutrinas do contrato social

A doutrina pactista medieval não deve ser confundida, porém, com a do contrato social, que se desenvolve a partir do século XVI, para ganhar nos séculos XVII e XVIII o relevo que todos conhecemos.

A diferença fundamental está no fato de que a doutrina pactista medieval via no pacto, no acordo de vontades, embora tácito, a fonte do governo, não a fonte da sociedade.

Para os pensadores medievais, em geral, a fonte da sociedade era a inclinação natural do homem, a sociabilidade natural, no que seguiam Aristóteles, que caracterizou o homem exatamente pela sua inclinação social.

Já os autores que difundiram a ideia do *contrato social* viam, nesse contrato, como o próprio nome sugere, a fonte da sociedade.

Isso está na célebre Escola do Direito Natural e das Gentes, encabeçada por Hugo Grócio, e está nos três grandes da doutrina do contrato social: Hobbes, no *Leviatã*, de 1651; Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, da última década do século XVII; e Jean-Jacques Rousseau, no *Contrato social*, de 1762.

Pode-se observar mesmo que existe estreita conexão entre a doutrina do contrato social de Rousseau e a doutrina em que se fundamenta a Escola do Direito Natural.

Examinemos melhor a doutrina do contrato social, que é praticamente o último passo antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte.

A ideia comum a toda a doutrina do contrato social é a de que a sociedade deve ser entendida como baseada num contrato entre todos os homens. Salvo alguns autores menores, essa doutrina não ensinava que a sociedade teria surgido de um contrato expressamente firmado pelos homens. Os autores que defenderam essa tese não eram tão simplórios para supor que houvera uma reunião efetiva, concreta, uma convocação de Assembleia-Geral para a criação da sociedade humana. O que eles defendiam e ensinavam é que a sociedade só podia ser corretamente entendida se se supusesse que ela derivava de um acordo entre os homens, contrato livremente consentido entre eles, portanto, um contrato cujas cláusulas não haveriam de ser prejudiciais a nenhum dos homens. É certo que os autores que trataram desse tema, as figuras salientes dessa doutrina, se distinguem, e muito, quanto à fundamentação do contrato social, quanto ao interesse que moveu os homens a se acordarem em sociedade, e, também, quanto às próprias consequências do contrato social. Mas neles havia esta ideia em comum: a sociedade só podia ser corretamente entendida se supuséssemos que ela deriva do acordo livre entre os homens.

Essa colocação - que salientamos - na obra de Hobbes serviu para justificar a *monarquia absoluta*.

Entendia Hobbes que, se não existisse a sociedade, os homens estariam em guerra contínua entre todos, a guerra de todos contra todos, porque naturalmente se inclinariam a espoliar uns aos ou-

tros. É o que se diz na célebre e tão conhecida frase "O homem é o lobo do homem", que Hobbes, por sua vez, extraiu da *Asinária*, II, 4,88 do cômico latino Plauto (*homo homini lupus*). Assim, os homens se reuniram em sociedade para obter a paz. Para obtê-la estariam dispostos a abrir mão de todos os direitos naturais. Constituiriam eles, livremente, num contrato, a sociedade. E, por uma verdadeira estipulação em favor de terceiro, atribuiriam a um só, o monarca, o governo, cuja função seria manter a paz. Veja-se que o monarca não é parte no contrato; ele é beneficiário de uma estipulação, que poderíamos reduzir ao modelo civilista da *estipulação em favor de terceiro*.

Para Locke, a doutrina do contrato social é usada como justificativa da organização decorrente da Revolução de 1688 e do *Bill of Rights*, promulgado em decorrência dessa Revolução. Porque na Inglaterra a Revolução de 1688 resultou num governo de divisão de poderes. A Constituição da Inglaterra que Montesquieu descreve, em 1748, no *Espírito das leis*, é a Constituição inglesa de 1690: o monarca, detentor do que se iria chamar de Poder Executivo e das relações exteriores e das forças armadas; o parlamento, como cerne do Poder Legislativo; e os juizes, independentes tanto do parlamento quanto do Poder Executivo.

Em Rousseau, por outro lado, essa doutrina é a fonte de uma das interpretações da democracia. Segundo ele, a cláusula fundamental do contrato social consistiria em todos os homens colocarem todos os seus direitos ao dispor da vontade geral.

De todas as doutrinas do contrato social, é a de Rousseau, sem dúvida, que está mais próxima da doutrina do Poder Constituinte. Para ele, a sociedade deve ser compreendida como se se estruturasse por meio de um pacto.

Esse pacto, na opinião de Rousseau, resume-se aos termos seguintes: "cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade sob o supremo comando da vontade geral, que recebemos em conjunto, cada membro, como parte indivisível do todo" (*Do contrato social*, livro I, cap. VI). Assim, no pensamento de Rousseau, o contrato social, ao mesmo tempo em que estrutura a sociedade, cria o governo, comando da vontade geral.

Nesse sentido, somente seria legítimo, para Rousseau, o governo da vontade geral, o governo democrático. É verdade que, numa passagem muito conhecida quase sempre citada fora do contexto, está aquela célebre observação segundo a qual "somente um povo de deuses poderia governar-se democraticamente". Mas, quando aí se refere à democracia, está ele aludindo a uma das modalidades de execução das decisões da vontade geral: a monarquia seria a execução dessas decisões por um só; a aristocracia, a execução por uma elite, uma minoria; e a democracia, a execução pela própria maioria.

A doutrina de Rousseau tinha implícita, porém, uma séria consequência política, que era a condenação das instituições que então prevaleciam na França, na Europa. É a sua doutrina um dos instrumentos de crítica à estrutura política francesa e europeia do século XVIII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas ideias, como das de outros ligados à mesma corrente, para sustentar a necessidade de se refazer o *pacto social*.

Por refazer o *pacto social* entendiam a necessidade de se substituírem as instituições existentes por novas instituições, que fossem adequadas à liberdade dos indivíduos, ao respeito ao direito natural deles, e que de algum modo associassem os governados ao governo, que trouxessem pelo menos a participação da vontade geral no governo. Essa ideia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à ideia de Constituição: a Constituição escrita seria o instrumento pelo qual se renovaria o pacto social e se estabeleceria, de forma legítima, o governo respeitoso da liberdade, respeitoso dos direitos, o governo em que a vontade geral tivesse a última palavra.

O art. 16 da "Declaração dos Direitos do Homem" de 1789, por exemplo, dá um conceito polêmico de Constituição, porque à ideia de Constituição associa não só a de texto escrito, como também, mais ainda, a ideia de que a verdadeira Constituição deve estabelecer a garantia dos direitos do homem e a divisão de poderes à moda de Montesquieu, a separação de poderes, como instrumento para essa garantia.

"Não tem Constituição o Estado onde a garantia dos direitos não houver sido estabelecida, nem instaurada a separação de poderes" – exatamente o conceito polêmico de Constituição aí transparece. En-

tende-se que não existe Constituição a não ser escrita e que não existe Constituição a não ser de objetivos liberais.

É exatamente para justificar a criação dessa Constituição escrita que surge a doutrina do Poder Constituinte, formulada por Sieyès e à qual daremos, no capítulo seguinte, particular desenvolvimento.

#### BIBLIOGRAFIA

Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional, s.d. Carl J. Friedrich. *La démocratie constitutionnelle*. Trad. fr. Paris, PUF, 1958. Carlos Sanches Viamonte. *El poder constituyente*. Buenos Aires, Ed. Argentina, 1957. Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*. 2. ed. Paris, Ed. Hachette, 1970. Nelson de Souza Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. Bahia, Livr. Progresso, 1954. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo, Saraiva, 2012. Claude Klein. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris, PUF, 1996.

## Capítulo II O PENSAMENTO DE SIEYÈS

*Sumário:* 6. A obra fundamental *Qu'est-ce que le tiers État?* 7. Titularidade do Poder Constituinte: a nação. 8. Permanência do Poder Constituinte. 9. Ilimitação do Poder Constituinte. 10. Incondicionamento do Poder Constituinte. 11. Caráter inicial da Constituição. 12. Superioridade da lei constitucional. 13. Controle de constitucionalidade. 14. Uma hipótese, não um modelo.

### 6. A obra fundamental "Qu'est-ce que le tiers État?"

Cabem, nesta altura, algumas referências a respeito de Sieyès, cuja obra teve grande repercussão no setor dos estudos que estamos desenvolvendo.

Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), ou, simplesmente, Abade ou Padre Sieyès, nunca foi, aliás, católico convicto.

Para o famoso vigário-geral de Chartres, a opção pelo clero foi mais uma escolha de profissão do que uma vocação religiosa. Sieyès sempre encarou o clero como uma modalidade de *serviço civil*, como a atividade de um funcionário público dedicado a determinadas tarefas, como o culto e a educação. Teve participação muito importante, primeiro, na eclosão da Revolução Francesa, depois, no estabelecimento de alguns dos mais importantes diplomas da Revolução. Enfim, foi a cabeça jurídica e constitucional que atuou, aliada a Napoleão Bonaparte, no estabelecimento das instituições que iriam

permitir a estabilização da Revolução Francesa sob o Consulado e o Império.

Como um dos inspiradores da Revolução Francesa, Sieyès foi autor de um livro, mais citado do que lido, intitulado – *Que é o terceiro Estado? – Qu'est-ce que le tiers État?*

Na verdade, esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa; está como manifesto para ela assim como está o de Marx para a Revolução Russa. Nele, o autor consubstancia as reivindicações do terceiro Estado, o Povo.

O livro tem uma estrutura interessante. Seu título é uma pergunta – *Que é o terceiro Estado?* – e em três perguntas se desenvolve: “Que tem sido o terceiro Estado?” – a resposta é: *nada*; porque o terceiro Estado se caracteriza por não contar com privilégios, e não contar com privilégios, naquela estrutura jurídica, era a mesma coisa que nada. “Que é?” – a resposta: *tudo*; porque o terceiro Estado desempenha todas as tarefas que são necessárias à vida de uma comunidade; é ele uma comunidade perfeita; se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o terceiro Estado daria conta da vida da mesma forma. “Que pretende ser?” – a resposta: *alguma coisa*. E nesse “alguma coisa” vem o programa de reivindicações da Revolução: primeiro, quanto à própria estrutura da convocada assembleia dos Estados Gerais; depois, quanto à reorganização da França etc.

Como participante ativo da Revolução Francesa, exerceu Sieyès nítida influência, primeiro, no estabelecimento da Constituição de 1791; depois, no estabelecimento da chamada Constituição do ano III, a de 1795; finalmente, no estabelecimento da Constituição do ano VIII, a de 1799. Nesta é que transparece mais profundamente a sua influência. Depois da ascensão de Napoleão, Sieyès, que foi associado à subida dele, afastou-se, e se manteve num segundo plano até o fim da vida.

Sieyès, porém, entra na história do Direito Constitucional como o autor da doutrina do Poder Constituinte, que começou a expor já no *Que é o terceiro Estado?* Desse panfleto, que depois desenvolveu em vários outros escritos, e mesmo em vários discursos pronunciados na Assembleia Nacional Francesa, suas ideias fundamentais podem ser resumidas como segue.

Entende ele que todo Estado tem uma Constituição. Essa Constituição, entretanto – e aqui entra o *pacto* –, é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.

### 7. Titularidade do Poder Constituinte: a nação

A distinção entre o Poder Constituinte e poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de Sieyès. O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles.

Na verdade, a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição. O titular desse Poder Constituinte, segundo Sieyès, é a *nação*.

Que é *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o *conjunto de homens* que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação aos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em determinado instante a compõem, e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O Poder Constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade.

### 8. Permanência do Poder Constituinte

Salienta Sieyès, entretanto, que o Poder Constituinte não desaparece com sua obra realizada. Ele permanece depois dela. É isso o

que se chama permanência do Poder Constituinte. A nação não fica submetida à Constituição que ela estabeleceu, pelo seu Poder Constituinte. Só os poderes constituídos por ela é que ficam submetidos à Constituição. Decorre disso que a nação pode mudar a Constituição sempre que bem lhe parecer. O estabelecimento de uma Constituição não esgota o Poder Constituinte da nação. Ela pode, sempre, refazer a Constituição, estabelecer uma nova Constituição.

Em outras palavras, segundo Sieyès, a nação cuja vontade é ditar a Constituição, não fica submetida à Lei Magna editada. Isso é dito, bem claramente, no capítulo V da obra básica de Sieyès, o célebre panfleto *Qu'est-ce que le tiers État?*. Assinala Sieyès, exatamente, que a origem de um governo é sempre obra da nação, mas que a nação existe antes de tudo, e é a origem de tudo, que ela, por isso, não fica sujeita ao Poder Constituinte, não fica sujeita à Constituição que estabelece. Textualmente:

"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 nação tivesse u'a maneira de ser positiva, ela não teria jamais sido organizada. A nação se forma pelo único direito natural".

E acrescenta mais abaixo:

"Não somente a nação não 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".

Com isso, Sieyès quer dizer que a nação, embora através do Poder Constituinte se dê determinadas instituições, não está, por esse fato, impedida de, posteriormente, estabelecer uma nova Constituição.

## 9. Ilimitação do Poder Constituinte

Outrossim, segundo Sieyès, o Poder Constituinte da nação é ilimitado. Entenda-se, bem, contudo, o qualificativo ilimitado.

No pensamento de Sieyès, significa que o Poder Constituinte da nação não está de modo algum limitado pelo direito anterior. Assim,

o Poder Constituinte não tem de respeitar limites postos pelo direito positivo anterior. Observe-se que esta ideia ainda hoje está presente, em discussões contemporâneas: entre os autores franceses há um debate, em nossos dias, sobre se o Poder Constituinte de revisão, ou seja, o poder previsto na Constituição para rever, eventualmente, a própria Constituição, está, ou não, adstrito aos limites postos pela mesma Constituição à sua atividade.

Ressalte-se, por outro lado, que Sieyès é expresso em afirmar que o Poder Constituinte da nação está limitado pelo Direito Natural. É ele um adepto do Direito Natural, à moda, é claro, da Escola do Direito das Gentes, e de Rousseau.

É o que está no capítulo V do *Que é o terceiro Estado?*. Textualmente Sieyès afirma:

"A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural".

## 10. Incondicionamento do Poder Constituinte

Ainda outro aspecto presente no ensinamento de Sieyès é o de que o Poder Constituinte não pode sofrer qualquer condicionamento. É, portanto, um Poder *incondicionado*, o que quer dizer que a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização.

Tal está ainda no capítulo V do *Que é o terceiro Estado?*. Nesse capítulo, encontramos a seguinte passagem:

"De qualquer maneira que a nação queira, é preciso que ela queira. Todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema".

Isto não obsta, porém, que ele veja na reunião de "representantes extraordinários" da nação a forma ideal de manifestação do Poder Constituinte.

## 11. Caráter inicial da Constituição

Também desenvolve Sieyès a análise sobre os efeitos do ato constituinte, da obra do Poder Constituinte. Ela tem presente, e bem nitidamente, a ideia de que a obra do Poder Constituinte, a Constituição, é a base da ordem jurídica. Assim, o Poder Constituinte edita atos juridicamente iniciais, porque dão origem, dão início à ordem jurídica, e não estão fundados nessa ordem, salvo o Direito Natural. Desse modo, o título que justifica a Constituição é a vontade da nação, ao passo que é a Constituição, por assim dizer, o título em que se baseiam todos os poderes constituídos.

## 12. Superioridade da lei constitucional

Igualmente Sieyès afirma que a Constituição é sempre superior aos poderes constituídos. De tal forma que qualquer manifestação dos poderes constituídos só é válida desde que se sujeite à Constituição. Isso para nós é o óbvio. Evidentemente, isso não era o óbvio em 1788, quando a própria ideia de Constituição ainda era uma ideia turva.

É também no capítulo V do *Que é o terceiro Estado?* que ele afirma essa superioridade. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas obra do Poder Constituinte. O poder delegado nada pode mudar quanto às condições da delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.

Essa superioridade, aliás, é objeto de insistência em outra passagem, quando ele quer exatamente marcar a subordinação do governo à Constituição. Sieyès observa isso ao afirmar, textualmente, que "não pertence ao corpo dos delegados" – "não pertence ao corpo representativo" – alterar os limites do poder que lhes foi confiado.

Não no *Que é o terceiro Estado?*, mas noutros pronunciamentos vai mais além Sieyès, sustentando a superioridade da lei constitucional sobre as leis ordinárias, estabelecidas pelo poder constituído que é o Legislativo, afirmando a invalidade dos atos contrários à Constituição. O ato inconstitucional, para ele, é nulo e irritado, vazio de qualquer efeito. É importante salientar que Sieyès ensinou isto cinco ou seis anos antes do célebre caso *Marbury versus Madison*, nos Estados

Unidos, o célebre julgado em que o Juiz Marshall desenvolveu essa mesma teoria.

## 13. Controle de constitucionalidade

Sieyès não era um espírito meramente teórico; tinha a noção das realidades. Foi um dos primeiros a se preocupar em como garantir a supremacia da Constituição, a superioridade das leis constitucionais. E teve a ideia de que era necessário, para resguardar essa superioridade, que se criasse um tribunal incumbido disso, apto a fulminar e invalidar os atos contrários à Constituição. Propôs, assim, a criação de um tribunal desse feitio, quando da elaboração da Constituição de 1795. Essas ideias, então não aceitas, foram, entretanto, acolhidas em grande parte na Constituição do ano VIII, a de 1799. Esta Constituição previa, entre as atribuições do Senado, a de verificação da constitucionalidade das leis.

Foi Sieyès, pois, também um dos precursores do controle de constitucionalidade, que, porém, entendia como devendo ser efetivado por meio de um tribunal especial.

Não há dúvida de que essas ideias de Sieyès não tiveram êxito na prática. O Senado estabelecido pela Constituição de 1799 tolerou todas as inconstitucionalidades que foram praticadas por Napoleão Bonaparte. Foi no âmbito do sistema estabelecido pela Constituição de 1799 que Napoleão passou de Primeiro-Cônsul a Imperador dos franceses. Vê-se facilmente que o Senado, amoldado por Sieyès, não foi capaz de realizar a sua missão de impedir o prevailecimento da inconstitucionalidade.

Na verdade, em contraposição ao pensamento de Sieyès, o grande achado de Marshall foi o de estabelecer o controle da constitucionalidade por via da jurisdição ordinária, sem a necessidade da criação de tribunais especiais. No caso *Marbury versus Madison*, o Juiz Marshall colocou a verificação da compatibilidade entre qualquer ato e a Constituição como uma das atribuições normais do juiz chamado a dirimir o conflito entre duas normas, a constitucional e outra legal, ou ato do Poder Executivo, fazendo prevalecer, na solução desse conflito, a norma constitucional, que foi criada para servir de base de toda a organização do Estado.

## 14. Uma hipótese, não um modelo

É preciso ter presente, ao considerar a doutrina de Sieyès, o que ela deve ao tempo em que foi formulada. Ela é, com efeito, profundamente marcada pela época – sua maneira de pensar, seus problemas políticos específicos.

Nota-se, por um lado, seguindo a maneira de raciocinar desse tempo, um raciocínio hipotético. Parte da hipótese do estado de natureza – como o fizeram antes dele Hobbes, Locke e Rousseau – passa pelo pacto que forma a sociedade (o pacto social), para, a partir desta, fazer surgirem os representantes “extraordinários”, dotados do Poder Constituinte – do poder de estabelecer a Constituição, garantia necessária da ordem social.

Evidentemente, não pretende fixar um modelo a ser rigidamente seguido. Tanto que aponta que de qualquer modo que a sociedade queira, manifesta-se o seu Poder Constituinte. Aliás, se assim não fosse, a sua doutrina seria inaplicável à França, pois esta evidentemente não vivia em estado de natureza.

Por outro lado, se da doutrina redonda a supremacia da Constituição em relação aos poderes constituídos, dela não resulta que o constituinte de hoje possa opor obstáculos materiais – cláusulas “pétreas” – ao constituinte de amanhã. Sem dúvida, admite que haja a definição de procedimentos especiais, já que isto é indispensável para a supremacia da Constituição em relação aos referidos poderes constituídos, mas só isto.

Era ele suficientemente realista para saber – o que parecem ignorar certos juristas brasileiros contemporâneos – que a Assembleia Constituinte é formada por representantes do povo, que não recebem deste qualquer dom especial – mágico ou metafísico. Consequentemente, nada justifica que sua vontade prevaleça para o futuro, cristalizando instituições ou normas, limitando o poder das gerações posteriores e seus representantes “extraordinários”.

### BIBLIOGRAFIA

Emmanuel J. Sieyès. *Qu'est-ce que le tiers État?* Genève, Droz, 1970. Paul Bastid. *Sieyès et sa pensée*. 2. ed. Paris, Ed. Hachette, 1970.