

Os que escrevem a propósito do Poder Constituinte apontam a relação entre Poder Constituinte e revolução, mas raramente descem até a pormenores para demonstrar qual a ligação que existe verdadeiramente entre Poder Constituinte e revolução, entre o poder que estabelece a Constituição e o fenômeno social, com reflexos jurídicos, que é a revolução.

É necessário que o Poder Constituinte se manifeste pela revolução, ou seja, que o estabelecimento da Constituição se faça (como se faz frequentemente) em decorrência do fenômeno social revolução?

Este fenômeno é que tem como uma de suas etapas decisivas, se não a definitiva, o estabelecimento de uma nova organização política, uma nova organização fundamental, ou seja, uma nova Constituição. Isto revela que a revolução, fenômeno social, é o veículo do Poder Constituinte, o transportador, por assim dizer, o instrumento pelo qual se concretiza a manifestação do Poder Constituinte.

(Capítulo II, item 26)

saraivajur.com.br

Visite nosso portal

ISBN 978-85-02-06118-7



9 788502 061187

Manoel Gonçalves Ferreira Filho



O PODER CONSTITUINTE

5ª edição

Editora
Saraiva

Capítulo I

ORIGEM E ANTECEDENTES DA DOUTRINA

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

1. Surgimento da idéia

A idéia 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 encontrar raízes remotas na Antiguidade, surge tão-só no século XVIII, associada à idéia 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, denomináramos 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 idéia 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 Antigüidade, se não o principal — havia a idéia 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 assembléias, 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 idéia, ainda que não elaborada, e, portanto, também a idéia da subordinação dos órgãos do governo a essas leis fundamentais, não havia, por outro lado, a idéia 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 idéia 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 idéia de que certas normas, pela matéria que versam, por dizerem respeito à organização fundamental, são superiores às demais. Mas também não se chegou à idéia 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 idéia 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

preciso, 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 idéia 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 idéia 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 idéia 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 idéia 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 Assembléia 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 idéia 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 outros.

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 reuniriam 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 juízes, 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 no 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 européia do século XVIII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas idéias, 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 idéia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à idéia 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 idéia de Constituição associa não só a de texto escrito, como também, mais ainda, a idéia 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. Entende-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. Argenti-na, 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 Constitu-cional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006. 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. Imitação do Po-der Constituinte. 10. Incondicionamento do Poder Cons-tituínte. 11. Caráter inicial da Constituição. 12. Superiori-dade da lei constitucional. 13. Controle de constituciona-lidade. 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, Aba-de 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 deter-minadas tarefas, como o culto e a educação. Teve participação mui-to 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?* — *Qui'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 idéias 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, necessariamente e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e 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 idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da idéia 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 idéia 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 idéia 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 idéia de Constituição ainda era uma idéia 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 írrito, vazio de qualquer efeito. É importante salientar que Sieyès ensinou isto cinco ou seis anos antes do célebre caso *Marbury versus Madison*, nos Es-

tados 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 idéia 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 feição, quando da elaboração da Constituição de 1795. Essas idéias, 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 idéias 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 prevalecimento 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 Assembléia 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.

PARTE II

Poder Constituinte Originário

SEÇÃO I

O Poder Constituinte e sua Expressão Política

Capítulo I

A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Sumário: 15. Considerações gerais. 16. A soberania no Estado. 17. Soberania nacional: nação e povo. 18. A representação — imputação e a supremacia da razão. 19. A origem popular do poder. 20. Poder Constituinte dos monarcas: a limitação medieval das leis fundamentais do Reino. 21. As outorgas monárquicas e sua significação. 22. Soberania do povo: o *consensus* atual. 23. Acepções constitucionais do termo “povo”. 24. Caráter ideológico do debate. 25. Povo e elite no processo constituinte.

15. Considerações gerais

Nesta segunda parte — O Poder Constituinte originário — a primeira seção denomina-se “*O Poder Constituinte e sua expressão política*”.

O objetivo desta seção é mostrar os fundamentos políticos do Poder Constituinte. Fundamentos políticos no sentido de base política, que serve de ponto de partida para a construção jurídica da natureza do Poder Constituinte.

Parece-nos impossível estudar Direito Constitucional sem se ter presente a relação entre essas normas de Direito Constitucional e a realidade política subjacente a elas. Não é isso misturar duas ciências diferentes, a ciência jurídica e a ciência política, esta ligada estreitamente à Sociologia, mas simplesmente partir para a análise jurídica levando-se em conta a realidade e não se limitando a u'a mera exegese de textos. Essa exegese é, sem dúvida, importante. Mas no caso do Direito Constitucional ela frequentemente constitui um estudo de "castelos no ar". Porque, uma coisa é o que está na letra dos textos constitucionais, outra coisa é aquilo que decorre da prática e da experiência constitucional.

16. A soberania no Estado

O objeto deste ponto é a resposta a uma pergunta que, sem dúvida, vem à mente de todos que estudam esta matéria. Admitamos — racionam todos — que exista um poder que estabelece a Constituição, e não é assimilado pela Constituição, nem fica subordinado a essa Constituição. Mas, se existe esse poder, a quem ele pertence? Qual é o titular desse poder? Quem é que pode estabelecer a Constituição? Quem é que pode estabelecer a organização política fundamental de um Estado?

Certamente, já se pode sentir neste simples enunciado do tema que a questão da titularidade do Poder Constituinte se liga intimamente com o problema da soberania no Estado, com o problema de quem é o detentor do mais alto poder no Estado. A ligação é uma verdade óbvia; porque é claro que, quem pode estabelecer a organização política fundamental, ou, numa palavra, quem pode estabelecer a Constituição é, obviamente, quem for o detentor do poder supremo do Estado, é quem for o soberano, soberano neste sentido de ser o mais alto detentor do poder num determinado Estado.

No ponto anterior, vimos que o formulador da doutrina do Poder Constituinte, Sieyès, afirma que esse poder pertence à nação, que o titular do Poder Constituinte é a nação.

17. Soberania nacional: nação e povo

Mas que é *nação*?

A nação pode ser caracterizada e encarada de modos muito diferentes. Pode ser encarada, por exemplo, como uma realidade sociológica que apresenta determinados característicos. Mas não é essa nação, realidade sociológica, que propriamente preocupa Sieyès; não é essa realidade sociológica que é para Sieyès a detentora desse supremo poder e do Poder Constituinte. Para Sieyès, nação é um termo empregado para que não se use da palavra povo. O aspecto fundamental do pensamento de Sieyès, nesse ponto, é a distinção entre nação e povo. Povo, para ele, é o conjunto dos indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isso, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante.

Assim, a idéia de Sieyès, que nem sempre é bem compreendida, é até certo ponto simples e sem dúvida lógica. Quando ele contrapõe nação a povo, está afirmando que o supremo poder não está à disposição dos interesses dos indivíduos enquanto indivíduos, mas o supremo poder existe em função do interesse da comunidade como um todo, da comunidade em sua permanência no tempo. Ele faz a distinção porque lhe parece óbvio que em certa ocasião pode haver uma oposição ou, pelo menos, uma discrepância entre os interesses do povo — conjunto de indivíduos que vivem num determinado momento — e os interesses permanentes de uma comunidade. O povo, por exemplo, para gozar de um maior bem-estar, pode sacrificar os interesses de gerações futuras, pode sacrificar os interesses permanentes da comunidade. Um exemplo mais concreto que poderia ser dado seria o de um povo que não enfrentasse uma agressão estrangeira, para não correr todos os riscos e óbices que isso suscita, para não sofrer as consequências de uma guerra. Mas, fazendo isso, esse povo está, ao mesmo tempo, sacrificando a sobrevivência da comunidade, está aceitando o desaparecimento dela. Assim, para atender aos seus interesses, esse povo está sacrificando os interesses da comunidade como algo permanente. Essa idéia de Sieyès, de que no

Estado o supremo poder pertence à comunidade encarada na sua permanência, e não encarada nas suas unidades componentes num determinado momento, se liga de perto com outra idéia — a de representação — que está exatamente na raiz de todo o desenvolvimento em torno do Poder Legislativo.

18. A representação — imputação e a supremacia da razão

Essa idéia é a de que a supremacia da nação era a supremacia da lei. Mas a supremacia da lei era entendida, no século XVIII, como a supremacia da razão; não a supremacia dos legisladores. A lei, de certa forma, valia não pela vontade daqueles que participavam da sua elaboração, mas, sim, pela sua adequação aos supremos interesses da comunidade. Esse supremo interesse da comunidade seria determinado pela razão. Por isso é que se fala em supremacia da razão nessa colocação clássica do século XVIII. Supremacia da nação, soberania da nação, Poder Constituinte da nação, são todas idéias que vêm do mesmo fundo comum, que é o prevalecimento da razão sobre as paixões, o prevalecimento dos interesses permanentes sobre os interesses momentâneos.

A doutrina de Sieyès — a doutrina da soberania nacional — historicamente contrapõe-se à doutrina de Rousseau, porque esta, sim, é a doutrina da soberania popular. No *Contrato social*, a colocação é bem diferente. Rousseau entende que o único governo legitimamente estabelecido é aquele em que a vontade geral diz a última palavra; o único governo legítimo é o governo da vontade geral. Quando ele distingue monarquia, aristocracia e democracia, ele está simplesmente levando em conta o modo pelo qual se estrutura a execução das decisões da vontade geral.

Como é, porém, que se estabelece a vontade geral?

A vontade geral se estabelece pela participação de todos os homens na determinação das decisões. É claro que Rousseau não é tão ingênuo que não coloque certas condições a esse estabelecimento. Uma delas é a da proscrição dos grupos intermediários, inclusive dos grupos ou partidos políticos. A doutrina de Rousseau, portanto, é completamente hostil aos partidos políticos. Mas é fundamental, para que haja vontade geral, que todos os homens possam participar da

sua expressão. Homens, aí, significam o povo, naquela caracterização do próprio Sieyès, ou seja, o conjunto dos seres humanos que vivem num determinado momento, numa determinada comunidade. A posição de Rousseau é oposta à de Sieyès. Assim, na concepção de Rousseau, cada indivíduo é detentor de uma parcela da soberania. Na doutrina de Sieyès, nenhum indivíduo é detentor de qualquer parcela da soberania; a soberania pertence a todos, à comunidade, à nação; ela é, por isso, indivisível.

As consequências dessas duas posições são, também, bastante nítidas. Por exemplo, no que concerne ao eleitorado. Na doutrina de Rousseau, como o governo legítimo exige a participação de cada um, todos têm, evidentemente, o direito de participar do processo político. O eleitorado é um direito do indivíduo. Na doutrina de Sieyès, não. Consoante esta doutrina, a nação é que atribui a quem ela quiser o poder de falar por ela.

Assim, a doutrina de Sieyès permite a estruturação de uma representação-imputação e não de uma representação-expressão. É representante da nação quem ela assim designar. E isso é que explica, senão justifica, o que encontramos em várias Constituições do século XIX, quando o próprio monarca é declarado um dos representantes da nação.

O eleitorado, na doutrina de Sieyès, é uma função, em vez de ser um direito. Isto autoriza, por exemplo, a limitação do sufrágio, sufrágio censitário. Isto consente, ao contrário, que sejam estabelecidas sanções para quem descumprir a sua função de eleitor, como as multas.

Claro que, com o passar do tempo, as posições se confundiram, se misturaram. Essa contraposição entre a doutrina de Sieyès e a doutrina de Rousseau tem também uma importância bem maior nos primeiros passos na democracia representativa, exatamente porque nestes primeiros passos a doutrina de Sieyès servia para justificar o sufrágio limitado, o sufrágio censitário. Com o sufrágio censitário, havia uma nítida separação entre aqueles que exerciam essa função de querer pela nação e o povo em geral, do qual uma ponderável parcela não tinha qualquer participação política.

Evidente é que essa contraposição praticamente perdeu importância no momento em que se adotou o sufrágio universal, porque aí

aqueles que falam em nome da nação, através do voto, são também aqueles que constituem o povo, o conjunto dos que vivem, num determinado instante, numa determinada comunidade.

Mas as duas colocações apresentam uma diferença. Na primeira, os indivíduos exercem uma função para a comunidade e devem, por isso, cuidar, em primeiro lugar, dos interesses da comunidade; ao passo que, na segunda colocação, não existe, tão saliente e destacadamente, essa preocupação com o interesse geral.

A doutrina de Sieyès, portanto — rememorando o que já dissemos —, ensina que o supremo poder no Estado e, conseqüentemente, o Poder Constituinte, pertence à nação, nação que não se confunde com o povo; à comunidade, e não ao conjunto de indivíduos que vivem, num determinado momento, em determinado local.

Essa doutrina de Sieyès, bem distinta da doutrina de Rousseau, é decorrência, em última análise, de determinadas concepções que transparecem num pensamento político muitos séculos anterior a ele.

19. A origem popular do poder

É interessante observar que a idéia de que a estruturação de qualquer governo procede, em última análise, da comunidade, ou do povo, está de há muito firmemente ancorada. Por exemplo, em Roma, na própria fase imperial, existia a ficção jurídica de que o poder do Imperador vinha do povo. Embora saibamos, pela história universal, como os diferentes imperadores assumiram o poder, essa assunção, sempre, era formalizada pela *lex regia* estabelecida pelo Senado, que se destinava a assegurar ou a fazer crer que o poder do Imperador vinha do povo através do seu mais alto órgão representativo — o Senado. A *lex regia* tinha por função operar a transferência do poder do povo para o Imperador.

Essa mesma idéia aparece muito mais claramente na Idade Média, especialmente com o pensamento de Santo Tomás de Aquino, vindo de um texto de São Paulo, que encontramos na *Epístola aos romanos*, onde existe a afirmativa de que não há, não existe poder que não venha de Deus. No texto latino da *Vulgata* — *Non est enim potestas nisi a Deo* — “Não há poder que não venha de Deus”.

Segundo narram os intérpretes, São Paulo formulou essa afirmação para condenar e combater uma tendência anarquista que se manifestava entre os primeiros cristãos. Como o reino de Deus era o Reino dos céus, o reino da Terra não tinha importância, e, além de não ter importância, não merecia obediência. E não merecia obediência porque, inclusive, como nós sabemos, ao tempo em que São Paulo escrevia, o reino dos da Terra combatia o reino dos céus, isto é, combatia e perseguia os cristãos. São Paulo procurou, então, advertir os cristãos contra essa tendência anarquista, fazendo a afirmação de que “todo poder vem de Deus”.

Esse texto da *Epístola aos romanos* pode ser interpretado, como efetivamente o foi, de duas maneiras diferentes, pelo menos. A primeira é a interpretação literal: todo governo vem de Deus. Isso significa que foi Deus que escolheu para governar determinado povo em determinado momento, A, B ou C. Era Deus que escolhia Carlos Magno, era Deus que escolhia Henrique IV, na França, Henrique II e assim por diante.

Mas essa interpretação literal é sujeita a duas colocações especiais, que são as duas doutrinas do Direito Divino, a do Direito Divino Providencial e a do Direito Originário. A doutrina do Direito Divino Providencial é mais sofisticada, é a doutrina segundo a qual todo poder vem de Deus, no sentido de que Deus é a Providência e, portanto, o responsável pelo modo por que a Providência age. Assim, Deus não escolheu diretamente A ou B, em determinado instante, para ser o regente de determinado Estado, mas simplesmente dispôs as coisas de tal forma que isso iria ocorrer necessariamente no seu dado momento. A outra doutrina é bem mais grosseira. É a intervenção direta de Deus para a designação do governante. Essa doutrina apóia-se, particularmente, em textos do Velho Testamento. Um deles, o mais conhecido, é o da escolha do rei de Israel, David. Pela Bíblia, a escolha de David foi efetuada diretamente por Deus.

E os símiles dessa doutrina são encontrados em quase todos os povos, a explicação de que, pelo menos, dentro de uma linha genealógica — se é que se pode assim dizer — alguém foi diretamente escolhido por Deus. São os diferentes monarcas que traçam a sua genealogia até Deus, ou até um deus. Procura-se, enfim, a divinização do monarca através dessa ligação.

Mas essas colocações não são as que mereceram o aplauso de Santo Tomás de Aquino. Evidentemente, Santo Tomás de Aquino aceita que todo poder vem de Deus, mas no sentido de que todo poder vem de Deus porque Deus é autor da natureza humana. Deus criou o homem, o homem social, o homem com sociabilidade, de tal sorte que este veio a ter a necessidade do poder, do governo que oriente as suas ações. Então, todo poder vem de Deus no sentido de que o poder é natural, todo poder deriva da natureza humana. Ou, colocando as coisas em outros termos, todo poder vem de Deus porque, sem poder, o homem não pode viver. E o homem foi feito por Deus dessa forma. A existência de um poder na sociedade é que decorre da vontade de Deus, mas não o estabelecimento desta ou daquela forma, não o estabelecimento de uma monarquia ou de uma república, e muito menos o fato específico de que seja este ou aquele o supremo governante.

Para Santo Tomás de Aquino, a frase da *Epístola aos romanos* — *Non est enim potestas nisi a Deo* — para ser bem entendida, deveria ser completada: *sed per populum* — “mas pelo povo, através do povo”. Portanto, no pensamento de Santo Tomás de Aquino, é o povo, a comunidade, que estabelece esta ou aquela forma de governo. Toda comunidade, ao ser estabelecida, fixa as bases do seu governo.

Atualmente, para o Doutor Angélico, essa organização importava, de certa forma, na renúncia à sua modificação. Em outras palavras, os pósteros estavam presos à decisão dos seus antepassados. É estranha ao pensamento de Santo Tomás de Aquino a idéia de que o povo pudesse, quando bem lhe parecesse, repor em discussão as instituições, mudar as instituições quando isso lhe conviesse. A comunidade estabelecerá uma forma de governo. Deveria essa forma de governo ser mantida, em princípio, pelas gerações futuras.

Essa doutrina de Santo Tomás de Aquino vem a ter, séculos depois, uma reformulação mais sofisticada por parte do célebre pensador jesuítico Suarez, que ensina, de início, a mesma coisa: todo poder vem de Deus. Significa que, como instituição, o poder foi querido por Deus, porque Deus assim estabeleceu a natureza humana. Igualmente ensina que a forma, porém, desse governo é estabelecida pelo povo; o poder vem de Deus, mas pelo povo. E afirma, adiante, que o estabelecimento do governo pelo povo pode decorrer do consentimento expresso ou tacitamente manifestado por esse povo. A manifestação do consen-

imento tácito consiste exatamente na observância das ordens desse governo, ou desse governante. Aplicando a esse ensinamento a linguagem kelseniana, o consentimento estaria demonstrado pela eficácia do ordenamento. O povo consente nesse ordenamento na medida em que, cumprindo-o, o faz globalmente eficaz.

20. Poder Constituinte dos monarcas: a limitação medieval das leis fundamentais do Reino

Essas colocações são também intimamente ligadas com a doutrina das leis fundamentais do Reino, mencionadas anteriormente, ou seja, por aquela doutrina segundo a qual existiriam certas regras superiores à vontade do próprio monarca. Ocorre, porém, que na doutrina das leis fundamentais do Reino já aparece a idéia da possível modificação dessas leis; mas modificação com a participação daqueles que estão sujeitos ao poder, os governados, enfim, o povo. Conforme alguns seguidores dessa doutrina, os Estados Gerais, a Assembléia dos Três Estados, Clero, Nobreza e Povo, poderiam alterar as leis fundamentais do Reino.

Não se encontra, na verdade, no período que vai até o século XIX, a afirmativa de que o monarca podia alterar livremente as instituições e a organização do próprio Estado. Isto, sem dúvida, foi feito muitas vezes, mas jamais se formulou a doutrina correspondente.

21. As outorgas monárquicas e sua significação

Paradoxalmente, a doutrina do Poder Constituinte dos monarcas aparece em pleno século XIX.

Depois da primeira onda de manifestações revolucionárias, especialmente na França, encontramos uma reação monárquica. Mas, nessa reação, às vezes restauração monárquica, os reis se viram consanguíneos a autolimitar o próprio poder. Foi aí que ocorreu a outorga de várias cartas constitucionais. Tal sucedeu, também, pela pressão dos movimentos liberais, que se estenderam, de certa forma, a toda a Europa Ocidental. Ora, esses monarcas, ao editarem essas cartas, ao limitarem o seu próprio poder, estabelecendo essa organização, invocavam um Poder Constituinte que lhes seria próprio. Exatamente

aí está um verdadeiro paradoxo, porque é exatamente no momento do prestígio da monarquia que vem a afirmação de que o monarca é senhor da própria organização do Estado. É aí, então, que vêm as outorgas monárquicas, as cartas outorgadas por monarcas que invocam, em última análise, o seu direito divino, quase todos sem sequer adotar a técnica do nosso D. Pedro I, de somar ao direito divino dos reis a soberania popular, a aclamação unânime dos povos.

22. Soberania do povo: o “consensus” atual

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

23. Aceções constitucionais do termo “povo”

Mas essa unanimidade, ou quase unanimidade, só é possível a partir da manipulação do conteúdo do termo povo. O supremo poder pertence ao povo. Isso está na Constituição brasileira: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Isso está na Constituição americana e estava, de certa forma, na Constituição soviética. Toda a caracterização do que seja povo, titular desse poder, é bem diferente, porém, se contrapusermos as democracias ocidentais às antigas democracias marxistas. Na Constituição soviética de 1936, o art. 3º é perfeitamente elucidativo sobre o que ela entende por povo. Povo não é o conjunto de todos, mas o conjunto dos trabalhadores. Portanto, esse texto identifica povo como aquilo que na doutrina marxista se denomina proletariado; povo = proletariado. Soberania do povo significa soberania do proletariado; o Poder Constituinte do povo é o Poder Constituinte do proletariado.

Também, conforme estava na Constituição soviética, art. 6º, o organismo dirigente de toda a sociedade soviética era o partido, o Partido Comunista. Então, essa soberania acabava coincidindo com o poder do partido.

Nas chamadas democracias ocidentais, o povo abrange os cidadãos, ou seja, aqueles aos quais a Constituição atribui direitos políticos. Aqueles aos quais a Constituição atribui direitos políticos, porque não é possível caracterizar juridicamente o cidadão de outra forma, exatamente porque todas as Constituições atribuem esses direitos levando em conta muitos fatores, no mínimo idade e nacionalidade.

Mas essa afirmação tem que ser associada à idéia de que a participação política não é atribuída a todos nesses Estados. No Brasil, por exemplo, no passado, eram os analfabetos inteiramente excluídos da participação política e, hoje ainda, não têm elegibilidade.

24. Caráter ideológico do debate

Assim, o estudo deste ponto — titularidade do Poder Constituinte — nos leva, tristemente, a uma conclusão frustradora, a de que é quase impossível, ou é impossível mesmo, num estudo científico, determinar quem é o titular do Poder Constituinte. O Poder Constituinte tem por titular o povo. Mas a obscuridade permanece relativamente ao que é o povo. O único ponto positivo do exame desta matéria é a idéia de que o consentimento dos governados é fundamental para a existência de uma Constituição. Sem esse consentimento, não existe Constituição.

25. Povo e elite no processo constituinte

O reconhecimento de que o povo é o titular do Poder Constituinte pouco esclarece quanto ao exercício deste mesmo poder. Quer dizer, o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular *passivo*, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma *elite*.

A edição de uma Constituição provém sempre de um grupo que em lugar do povo propõe uma organização do poder político. Tal grupo se põe como *agente* do Poder Constituinte e é assim o titular *ativo* deste poder naquela manifestação. Esta elite — é certo — pode ter recebido delegação do povo para estabelecer a Constituição. Será composta, então, de “representantes extraordinários” dele, para usar a expressão de Sieyès. Ou pode auto-imputar-se tal qualidade, como frequentemente ocorre nas revoluções.

Isto não exclui, porém, que o povo tenha um papel no processo constituinte. Ele, e só ele, vai dar efetividade ou eficácia, cumprimento global, à Constituição editada. Ora, sem tal eficácia a Constituição não é direito, conforme a conhecida lição de Kelsen de que "a eficácia é condição de validade da ordem jurídica" (*Teoria pura do direito*, 2. ed., v. 2, p. 38).

BIBLIOGRAFIA

Sieyès. *Qu'est-ce que le tiers État?* Genève, Droz, 1970. Rousseau. *Du contrat social*. Paris, Libr. Chez Caille et Ravies, 1816. Bastid. *Sieyès et sa pensée*. 2. ed. Paris, Ed. Hachette, 1970. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962.

Capítulo II O PODER CONSTITUINTE E A REVOLUÇÃO

Sumário: 26. Revolução e Poder Constituinte. 27. Exceções históricas e lógicas. 28. Constituição por reforma constitucional. 29. A Constituição brasileira de 1988. 30. Conceito jurídico de "revolução". 31. Análise sociológica dos fenômenos revolucionários. 32. Formas de contestação da ordem social. 33. Os graus de intensidade das revoluções. 34. O desenvolvimento das revoluções. 35. As elites e o povo. 36. As elites governantes e não governantes. 37. As elites revolucionárias. 38. A revolução e o ato constituinte. 39. A eficácia do ato constituinte. 40. A Constituição.

26. Revolução e Poder Constituinte

Os que escrevem a propósito do Poder Constituinte apontam a relação entre *Poder Constituinte* e *revolução*, mas raramente descem até a pormenores para demonstrar qual a ligação que existe verdadeiramente entre *Poder Constituinte* e *revolução*, entre o *poder* que estabelece a Constituição e o *fenômeno social*, com reflexos jurídicos, que é a *revolução*.

É necessário que o Poder Constituinte se manifeste pela *revolução*, ou seja, que o estabelecimento da Constituição se faça (como se faz freqüentemente) em decorrência do fenômeno social revolução?

Este fenômeno é que tem como uma de suas etapas decisivas, se não a definitiva, o estabelecimento de uma nova organização política, uma nova organização fundamental, ou seja, uma nova Constituição. Isto revela que a *revolução*, fenômeno social, é o veículo do Poder Constituinte, o transportador, por assim dizer, o instrumento pelo qual se concretiza a manifestação do Poder Constituinte.

27. Exceções históricas e lógicas

É preciso observar, porém, que, se a revolução é o veículo do Poder Constituinte, a relação entre este poder e revolução não pode ser colocada em termos absolutos, não é, melhor dizendo, uma relação necessária. Porque podemos formular, e até encontrar historicamente, exemplos de manifestação do Poder Constituinte sem a necessidade de revolução. Manifestações do Poder Constituinte originário que não são decorrência, direta ou indireta, da revolução, fenômeno social.

Uma hipótese lógica mas não sem precedentes é a de um grupo de homens que chegue a determinada terra deserta e, reunindo-se, procure estabelecer as instituições pelas quais se vai estruturar e paupar o seu governo. É uma hipótese que teve pelo menos uma realização histórica; o caso do "Mayflower". Neste navio, um grupo de dissidentes religiosos ingleses seguiu para a América do Norte. Os peregrinos do "Mayflower", entretanto, quando seguiram para a América do Norte, não levavam consigo qualquer embrião de governo. Ao contrário, estavam fugindo do governo inglês. No entanto, ao chegarem às costas da América do Norte, os chefes de família presentes, prevendo a necessidade de um governo para reger-lhes a vida quando em terra, estabeleceram um governo, ainda que elementar, e traçaram um plano, delinearam uma organização a ser observada. E esse plano ou organização é o chamado "Compact" do "Mayflower", base da Constituição de Massachusetts e, portanto, um dos antecedentes da Constituição norte-americana.

Note-se, porém, a semelhança e a dessemelhança que existe entre a obra dos peregrinos do "Mayflower" e o Poder Constituinte originário. A semelhança está em que se tratava de um grupo, uma comunidade que, não tendo uma Constituição estabelecida, se reu-

niu para estabelecer essa institucionalização. A dessemelhança está em que não se pretendia aí estabelecer a organização de um Estado, mas obviar transitariamente a uma falta.

Com efeito, os peregrinos visavam simplesmente a estabelecer instituições para regerem de imediato a sua conduta, e não pretendiam que essas instituições fossem formar a espinha dorsal da Constituição de um Estado.

Mas há um outro caso, esse menos discutível, em que ocorre manifestação de Poder Constituinte sem que essa manifestação venha através do fenômeno revolução. Esse exemplo, encontramo-lo na prática seguida pela Grã-Bretanha com relação a algumas de suas colônias.

Para prevenir conflitos e guerras, o poder britânico aceitou em conceder independência a colônias, não sem antes estabelecer-lhes a Constituição. Assim, o Parlamento estabeleceu ele próprio a Constituição do Canadá (1867), da Austrália (1901), da África do Sul (1909). Mais recentemente o gabinete o fez por *order in council* para Nigéria (1946), Jamaica (1962), Malta (1964) etc.

28. Constituição por reforma constitucional

Também revela a história política o estabelecimento de Constituição sem revolução do ângulo jurídico quando, usando-se do procedimento de revisão, nova lei fundamental é posta no lugar de outra.

Em 1958, a França, no plano jurídico, fez economia de uma revolução. É inegável que pressões políticas e até militares ocorreram no processo. Nunca, entretanto, se chegou à violação inofismável da Constituição de 1946.

Com efeito, a crise de maio de 1958, ocorrida na Argélia conflagra, constitui o elemento que desencadeou o processo de reformulação constitucional. Este, contudo, se desdobrou no respeito às formas previstas na Lei Magna então vigente.

Para propiciar o advento de nova Constituição, do que se esperava a solução dos problemas mais prementes, a Assembléia Nacional e o Conselho da República, de acordo com as regras constitucionais que regulavam a emenda, aprovaram, em 2 e 3 de junho de 1958,

uma Lei Constitucional, denominação dada à Emenda no direito francês. Esta Lei derogou as disposições do art. 90 da Constituição, reguladoras precisamente do processo de emenda à Constituição. Segundo tal Lei, a Constituição seria revisada do seguinte modo: 1. O Governo, isto é, o gabinete, regularmente investido em 1º de junho (presidido pelo Gen. De Gaulle), estabeleceria um projeto de lei constitucional. 2. Este projeto deveria adotar os seguintes princípios: a) o sufrágio universal é a fonte do poder; b) o Poder Executivo e o Poder Legislativo devem ser efetivamente separados, tendo cada um de sua parte e sob sua responsabilidade a plenitude de suas atribuições; c) o Governo deve ser responsável perante o Parlamento; d) o Judiciário deve ser independente para assegurar as liberdades consagradas da Declaração de 1789 e no Préâmbulo da Constituição de 1946; e) a Constituição deve permitir uma associação entre a França e os povos de suas colônias. 3. O estabelecimento do projeto definitivo deveria ser precedido da opinião de um conselho consultivo, designado um terço de seus membros respectivamente pela comissão constitucional de cada uma das câmaras e pelo Governo. 4. Sobre o projeto seria chamado a opinar o Conselho de Estado, após o que seria ele adotado em Conselho de Ministros. 5. O projeto, então, seria submetido ao *referendum* popular e, sendo aprovado, deveria ser promulgado como Lei Constitucional dentro de oito dias.

Assim se fez e a lei de revisão da Constituição de 1946 foi promulgada sob a designação de Constituição em 4 de setembro de 1958.

Na Espanha, a Constituição de 1978 também se estabeleceu sem rompimento com o sistema jurídico anterior. De fato, em 1976, as Cortes adotaram, pelo procedimento previsto no direito então vigente, a Oitava Lei Fundamental. Esta era uma Constituição provisória, com base na qual se elaborou a legislação de reforma política. E, após eleições disputadas de acordo com as novas regras, reuniram-se Cortes ao mesmo tempo ordinárias (porque desempenhavam normalmente a função legislativa) e constituintes (porque se empenhavam no estabelecimento de uma Constituição). Tais Cortes elaboraram a Constituição ora em vigor, aprovada por elas em 31 de outubro de 1978, ratificada em *referendum* em 6 de dezembro de 1978, sancionada pelo Rei em 27 de dezembro do mesmo ano.

29. A Constituição brasileira de 1988

Pode-se incluir entre as Constituições fruto de reforma constitucional a Brasileira de 1988. Como se sabe, foi ela editada por uma Assembléia Constituinte convocada pela Emenda n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição Brasileira de 1967. Esta emenda lhe disciplinou a composição (os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal — inclusive os eleitos em 1982), o procedimento (reunião unicameral do Congresso Nacional, dois turnos de discussão e votação, necessidade de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional para a aprovação do texto etc.) (v. adiante, capítulo único da Parte IV).

30. Conceito jurídico de “revolução”

Não obstante, é mais freqüente a manifestação do Poder Constituinte através da revolução. Contudo, a revolução *fenômeno social* não pode ser identificada, necessariamente, com a revolução *fenômeno jurídico*. É preciso, então, situar o *fenômeno jurídico*, como também caracterizar o *fenômeno social* revolução.

Na *Teoria pura do direito* (cit., 2. ed., v. 2, p. 35 e s.), Kelsen enfrenta o problema da *revolução*. E, ao enfrentar tal problema, mostra como, juridicamente, é *revolução* toda modificação ilegítima da Constituição, ou seja, toda modificação da Constituição que se efetive por um caminho que não é o previsto nessa mesma Constituição para a sua própria modificação; é a modificação da Constituição contra a Constituição.

Daí decorre que, tanto é revolução, no sentido jurídico, aquilo que se denomina, na linguagem histórica ou política, golpe de Estado, como pode ser revolução, juridicamente falando, a revolução social, o fenômeno social revolução, propriamente dito.

Diz Kelsen, expressamente:

“Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de

indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente" (p. 35).

Na caracterização jurídica, revolução é, em última análise, uma quebra de continuidade, em última análise, quebra de continuidade no desenvolvimento da ordem jurídica. Não é a mudança da ordem jurídica pelos canais por ela previstos a fim de adaptar-se a circunstâncias novas; e, sim, a modificação anormal da ordem jurídica; a alteração contra a normalidade por ela própria prevista.

Juridicamente, portanto, revolução nada tem a ver com a amplitude ou a profundidade do movimento social. É revolução o simples golpe de Estado que, muitas vezes, se resume na mudança dos titulares do Poder, contra as regras previstas na Constituição, assim como é, juridicamente, revolução um movimento como o ocorrido na Rússia, que importou não só na modificação das instituições políticas, como da própria base social e econômica da comunidade.

31. Análise sociológica dos fenômenos revolucionários

Mas essa distinção, que é preciso fazer, entre *revolução fenômeno social* e *revolução fenômeno jurídico*, não exclui a importância, para o Direito, de uma compreensão mais detida, mais aprofundada do fenômeno social revolução.

32. Formas de contestação da ordem social

É o que estuda o livro de Jean Baechler, intitulado *Les phénomènes révolutionnaires*. Parte Baechler da análise de todas as formas de contestação da ordem social. Essas formas de contestação da ordem social ele denomina, de modo amplo, de fenômenos revolucionários.

Há três tipos básicos de contestação da ordem social. O primeiro se caracteriza por não visar à conquista do poder; há a contestação à ordem social desacompanhada da pretensão de tomada do poder para mudar a ordem social. Esse primeiro tipo de fenômeno contestatório compreende as marginalidades. O fenômeno da marginalidade caracteriza-se exatamente pelo abandono e recusa das regras de

estruturação da sociedade. É o caso típico de certas formas próximas da criminalidade como a vadiagem ou vagabundagem. O exemplo romântico da marginalidade é o *clochard*, o vagabundo parisiense que mora tranquilamente embaixo de uma ponte do Sena ou dentro de uma estação de metrô, quando o frio é mais intenso, e que pouco se importa com o que se passa no resto do mundo.

Mas esses fenômenos de marginalidade têm uma versão mais universal nos *hippies*.

O segundo tipo de fenômeno contestatório é aquele em que já aparece o objetivo de tomada do poder, a contestação envolve a pretensão de tomar o poder para mudar essa ordem. Mas, nesse segundo tipo, os meios postos em ação para que se obtenha a mudança da estrutura são desproporcionados, isto é, são meios incapazes de atingir o objetivo colimado, são meios inapropriados ou insuficientes para a conquista do poder. Aliás, é esse segundo tipo que propriamente constitui a chamada contestação, *stricto sensu*. A contestação gera as denominadas contra-sociedades. Um exemplo paradoxal de contra-sociedade são os anarquistas. Recusam, estes, a sociedade e procuram mudar a ordem social, procuram o poder para destruir o poder. Propõem uma nova sociedade.

Mas há outros casos típicos de formação dessas contra-sociedades. Baechler aponta vários exemplos, alguns dos quais extraídos da experiência brasileira, baseado em trabalho da Prof^a Maria Izaura Pereira de Queiroz. Canudos, por exemplo, em última análise, se caracteriza como um fenômeno de contra-sociedade, cai dentro dessa espécie geral, como também a questão do Contestado, situação aproximativamente assemelhada a Canudos, ocorrida no sertão limítrofe ao Paraná e Santa Catarina.

Outros exemplos de contra-sociedade são a *máfia* e os *cangaceiros*.

O terceiro tipo de fenômeno revolucionário — que é o que nos interessa — é aquele em que a contestação usa dos meios adequados para a conquista do poder e chega exatamente a ele. Esta é a revolução que, na opinião de Baechler, merece o nome; é um movimento social que triunfa, chegando ao poder, contra o poder estabelecido. É claro que esse êxito, esse triunfo, importa, sempre, mais ou menos, no uso da força.

33. Os graus de intensidade das revoluções

Baechler distingue cinco graus de intensidade das revoluções:

O primeiro é aquele em que há *mera substituição do pessoal dirigente*. Pode-se dar um exemplo fácil: no dia 24 de agosto de 1954, no Brasil, houve um movimento revolucionário do qual resultou simplesmente a substituição do Presidente da República.

No segundo nível, há a substituição das regras do jogo político. Há, pois, alteração constitucional, até edição de nova Constituição. Não ocorre, porém, mudança de elite dirigente.

O terceiro grau de intensidade é aquele em que há mudança das regras e da elite dirigente. Não é simplesmente a mudança de pessoas. É muito mais do que isso, porque há mudança, também, da proveniência das pessoas que passam a governar.

O quarto grau de intensidade é aquele em que a revolução traz uma transformação política e social profunda. É o caso da Revolução mexicana, como da inglesa, francesa e russa. Como salienta Baechler: “a revolução é caracterizada pela mudança das regras do jogo político e da elite dirigente; pela transformação da escala de valores na hierarquia de valores e nas relações entre os grupos sociais; pela transformação nas relações internacionais; em vista das modificações introduzidas no campo das forças internacionais” (p. 115).

O último grau é o que Baechler chama de mudança de civilização. E dá três exemplos: a Revolução Meiji, no Japão, a Revolução Chinesa e a Revolução Cubana. Essas revoluções introduzem uma ruptura entre o passado e o futuro, em todos os níveis e em todos os domínios.

34. O desenvolvimento das revoluções

Outra análise muito interessante é relativa ao desenvolvimento das revoluções. Em realidade, tal análise não é uma originalidade da obra de Baechler, porque isso já foi tratado, inclusive, por um autor americano, Crane Brinton, no livro *Anatomia da revolução*.

O estudo comparativo mostra, realmente, algumas constantes dignas de nota. Daí resultariam leis de desenvolvimento das revoluções.

Uma das constantes seria o desdobramento em três etapas das revoluções.

A etapa inicial se caracteriza, por estranho que isso possa parecer à primeira vista, pelo prevalecimento dos moderados. É uma etapa de relativa moderação. É claro que um movimento revolucionário vitorioso não é benevolente, mas ele se comporta com uma certa moderação, não toma medidas radicais. Isso é típico, por exemplo, na Revolução Francesa. A primeira fase da Revolução Francesa é uma fase moderada; prevalecem os homens como Sieyès, que queriam uma modificação política e uma modificação social, mas não queriam desmontar toda a estrutura política e social francesa; não queriam fazer explodir essa estrutura; muito menos estavam dispostos a ir até ao derramamento de sangue em larga escala.

A segunda etapa é a radicalização. Por várias razões, especialmente pela resistência encontrada pelos grupos moderados, os grupos radicais tendem a tomar a direção do movimento e se livram dos adversários como dos aliados moderados através de depurações sucessivas. Nessa segunda etapa, os próprios revolucionários da primeira etapa sofrem a repressão. Na Revolução Francesa, é o período do Terror, sob a Convenção. Nesta fase a guilhotina não colheu apenas adeptos da monarquia, elementos hostis à revolução, mas também muita gente que teve participação ativa no seu primeiro momento da revolução. É claro que há outras modalidades que não importam na guilhotina, mas que se traduzem também pela eliminação de elementos revolucionários da primeira hora.

A terceira etapa — segundo Brinton e Baechler — oferece três alternativas.

A primeira alternativa é a contra-revolução, é a reconquista do poder por aqueles que foram apeados dele no início da revolução.

A segunda alternativa é o prosseguimento do terror, é o estabelecimento de um completo terror, que se estende a todos os setores sociais.

E a terceira alternativa, na opinião desses autores, é cair o poder, completa e duravelmente, nas mãos das forças armadas, particularmente do Exército.

A primeira alternativa revelou-se ou ocorreu ao fim da primeira etapa da Revolução Inglesa, porque Cromwell foi sucedido por uma restauração monárquica em termos até certo ponto absolutistas. Carlos II certamente gozou de muito mais poder do que Carlos I.

A segunda alternativa pode ser exemplificada, segundo esses autores, pela Revolução Russa.

A terceira alternativa tem como exemplo clássico Napoleão Bonaparte.

35. As elites e o povo

Uma outra análise que Baechler faz do fenômeno revolucionário é a dos atores da revolução, especialmente da participação ou da influência das elites e do povo no movimento revolucionário. Ou seja, procura examinar a influência das diferentes elites na eclosão, no desdobramento e no triunfo dos movimentos revolucionários.

Mas, para compreensão disso, é preciso colocar, antes de mais nada, a Sociologia de Baechler, a visão que ele tem da estrutura social.

Baechler é, indiscutivelmente, um discípulo de Wilfredo Pareto, cujo livro, *Traité de sociologie générale*, contém uma longa e original análise da sociedade.

Pareto distingue duas camadas sociais básicas: a elite e o povo. Para exprimir a relação entre essas duas camadas sociais, parte do seguinte raciocínio: se distinguirmos os homens pelas suas atividades sociais e se dermos a cada um deles uma nota em função do seu êxito ou do seu insucesso em cada uma dessas atividades poderemos distribuí-los por uma escala de valores, por exemplo, numa escala de zero a dez. Zero para o inepto e dez para o melhor de todos no campo de suas atividades.

Se, então, distribuirmos as notas de zero a dez aos homens e às mulheres, por suas atividades, por todos os seus êxitos e os seus fracassos, teremos o melhor advogado, com nota dez, e aquele que só perde causas, com nota zero; o campeão de xadrez, com nota dez, o desastrado no xadrez, com nota zero, e assim por diante. Depois, se separarmos os que têm nota dez dos demais, aqueles, aos quais se atribui a nota dez, representam a elite. Mas, dentro dessa elite há elites, ou seja, dentro dessa elite há parcelas que podem ser setorizadas, por exemplo, a elite governante e a elite não governante.

36. As elites governantes e não governantes

A elite governante compreende a parcela daqueles que, destacando-se nas suas atividades, têm, ainda mais, influência sobre o governo. A elite não governante abrange aqueles que não têm qualquer influência no governo. É claro que os advogados nota dez, em geral, integram a elite governante, porque não só influenciam o governo, como também fornecem parte dos quadros desse governo. Já os camponeses de xadrez são um exemplo típico de elite não governante, porque, salvo exceções, nenhum campeão de xadrez é chamado a comparecer ao governo.

Dentro dessa elite governante há várias subelites, há vários grupos sociais, com características que os distinguem dos demais. Há uma elite intelectual, como há uma elite militar, uma elite financeira etc.

37. As elites revolucionárias

Essas subelites não partilham igualmente o poder. Nem ao mesmo acedem em pé de igualdade. Uma são favorecidas por algumas características. Outras, desfavorecidas.

É óbvio, por exemplo, que a elite que normalmente obtém maior êxito nas revoluções é a das forças armadas.

Mas observa Baechler, desenvolvendo a análise a partir das idéias de Pareto: a que associamos o êxito das elites militares nos movimentos revolucionários? Ao fato de que elas controlam a força.

Quem, no entanto, observa verificará que as elites policiais raramente ou nunca obtêm o mesmo êxito. E elas também controlam a força. É simples dizer que se trata de um problema de superioridade de forças. Essa superioridade, todavia, nem sempre existe. Porque, nos golpes de Estado, por exemplo, a polícia pode estar mais perto do que as forças armadas. O fato consumado pode-se dar antes que haja tempo para que os tanques cheguem aos centros de decisão. De qualquer forma, é importante ressaltar este fato.

Outro ponto que Baechler sublinha é a participação crescente dos grupos tecnocráticos no desencadeamento dos movimentos revolucionários.

Esta análise, que é longa, simplesmente reitera aquilo que já sabíamos de experiência, ou seja, o fato de que os movimentos revolucionários são, sempre, obra de grupos ou minorias sociais, nunca do grande número, nunca do povo. Sem dúvida, o povo contribui, mas por sua ajuda, por seu apoio ou por sua neutralidade. Diz expressamente Baechler, no seu livro: "O povo não faz, jamais, revolução, mas participa da revolução. O povo não toma, nunca, o poder, mas ajuda uma elite a fazê-lo, por seu apoio ou por sua neutralidade" (*Traité*, cit., p. 147).

Efetivamente, no plano dos fatos e não dos mitos, a revolução fenômeno social é sempre obra de grupos ou de minorias, de elites, que procuram conquistar o poder ou manter para si o poder, para tanto mudando a Constituição, indo, se preciso for, contra a Constituição.

O movimento revolucionário, socialmente falando, é sempre obra de uma minoria. Isso, que poderia parecer, por um lado, um "elitismo", ou até, para darmos um rótulo, "uma visão fascista das coisas", é confirmado pelo único homem que tem, inabalável, o atestado de não ser fascista: Karl Marx. E, com ele, Lenine. Karl Marx, no *Manifesto*, de 1848, afirma, com todas as letras, que a revolução é obra dos comunistas, mas os comunistas que falam pelo proletariado são uma minoria da classe trabalhadora, a minoria que tem a consciência clara do sentido da história. E isso foi desenvolvido e tecnicamente aperfeiçoado por Lenine.

Note-se que o propósito dessas minorias revolucionárias pode não ser — e aí entra a referida questão da intensidade das revoluções — mudar a organização política ou mudar a organização social. Por que há inúmeras revoluções geradas simplesmente pelo propósito de manter, para os que as desencadeiam, o poder. Ou, melhor dizendo, revoluções que não têm outro objetivo senão a ambição de manter o poder, contra a Constituição; manter o poder, apesar da Constituição. E é fácil verificarmos isso em várias repúblicas americanas. São as prorrogações de mandato, ou, por exemplo, o falecido Presidente Duvalier estabelecendo a sua presidência perpétua, no Haiti.

38. A revolução e o ato constituinte

A vitória do grupo revolucionário concretiza-se por meio da Constituição que edita. Ao fazê-lo, não só anuncia a nova ordem que

intenta, mas a torna obrigatória para todos. Imposta, embora, pela força, a Constituição passa a ser a base jurídica da (nova) ordem.

Mais rigorosamente, pode-se dizer que a promulgação da nova Constituição é, em si mesmo, um ato constituinte. Quer dizer, um ato com a pretensão de se tornar, de direito e de fato, a nova Constituição. Na verdade, este ato constituinte se aperfeiçoa — e com ele a Constituição — quando se implementa uma condição, a condição de eficácia (efetividade). Em outros termos, a Constituição propriamente surge quando o ato constituinte ganha efetividade (eficácia), quando ela, pois, é globalmente cumprida. E isto ocorre quando obtém a aceitação por parte dos governados, o povo.

Claro está, portanto, que o ato constituinte não chega a se tornar Constituição se não ocorrer a observância global das normas por ele editadas. Isto já ocorreu na história, quando líderes chegaram a declarar-se detentores do poder, e mesmo outorgaram textos com a pretensão de se tornarem a lei suprema, mas tudo isso caiu no vazio em face da recusa em dar-lhes cumprimento às ordens.

39. A eficácia do ato constituinte

É exatamente isso que se encontra analisado por Kelsen, sob o título "Validade e eficácia", na *Teoria pura do direito*. Kelsen, depois de reiterar e redemonstrar que a eficácia é condição de validade da ordem jurídica, analisa justamente a eficácia da Constituição e a problemática a que se aludiu de passagem (*v. Teoria*, cit., v. 2, p. 38 e s.).

Tal eficácia revela a aceitação que pode ser expressa ou tácita; ativa ou passiva — porque pode ser obtida simplesmente pelo fato de que suas regras são cumpridas por todos e particularmente pelos tribunais e órgãos governamentais, sem adesão expressa e formalizada.

40. A Constituição

O ato constituinte, como manifestação do fenômeno social revolu-

ção, é um ato sujeito à condição de eficácia.

Se ocorre o cumprimento global desse ato, a aceitação pelos governados desse ato, ocorre essa eficácia. Ocorrendo a eficácia, o

que era pretensão se transforma em direito positivo; o que era ato constituinte se afirma como Constituição.

Nesses termos, se o ato constituinte não alcança, não obtém, não ganha eficácia, a revolução, na verdade, fica simplesmente no plano social, não chega propriamente ao plano jurídico. Isto ocorre quando um grupo supõe que conquistou o poder e, muitas vezes, institucionalizou esse poder, mas nem sempre consegue controlar a situação, nem sempre consegue manter-se nela. É o caso da Revolução Espartaquista ocorrida logo depois da Primeira Guerra Mundial, na Alemanha, quando elementos comunistas tiveram por alguns momentos o poder nas mãos sem ter conseguido realmente êxito, sem ter concretizado realmente essa tomada do poder.

A eficácia do ato constituinte diz respeito a dois problemas de grande relevância política e de grande reflexo no Direito Constitucional, que são os fenômenos de *legitimidade* e de *legitimação*.

BIBLIOGRAFIA

- Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional, s.d. Jean Baechler. *Les phénomènes révolutionnaires*. Paris, PUF, 1970. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962. Mario A. Cattaneo. *Il concetto di rivoluzione della scienza del diritto*. Milano, Ed. Cisalpino, 1960. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *A democracia possível*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1979.

Capítulo III

LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO

Sumário: 41. Cosmovisão e idéia de direito. 42. Legalidade e legitimidade. 43. Legitimação. 44. Legalização. 45. Os quatro tipos de poder. 46. Poder de fato e poder de direito. 47. Governo de fato e governo de direito. 48. Aspecto interno e internacional.

41. Cosmovisão e idéia de direito

Toda sociedade tem uma cosmovisão, ou seja, toda sociedade tem uma determinada concepção da vida e do mundo, tem uma hierarquia de valores, uma determinada colocação, dentro desses valores, do direito. Essa cosmovisão repousa então no que os sociólogos chamam de *consensus*, termo latino que significa assentimento, concordância. Dentro dessa cosmovisão, apoiada no *consensus*, há um elemento que nos interessa de perto e que devemos destacar. É a concepção do justo que essa comunidade faz, e particularmente a concepção do justo em relação à política. É aquilo que Burdeau denomina "idéia de direito". É a concepção que uma comunidade faz do direito, do justo. E o que nos importa de mais perto é a concepção do que essa comunidade toma por justo em relação ao político. Por exemplo, que o poder pertença a todos, ou que pertença a um determinado homem, seja um monarca, seja um líder carismático. As idéias concernentes à soberania, ao supremo poder do Estado, estão todas ligadas a essa idéia do direito.

Ora, todo grupo revolucionário invoca uma idéia de direito. Ou porque se põe a campo para realizar uma idéia de direito contrária àquela que prevalece até então, ou porque visa a restaurar uma idéia de direito que teria sido, na sua aplicação, corrompida ou deturpada.

Do primeiro caso é exemplo o que ocorre quando um grupo revolucionário de inspiração marxista se põe a campo para tomar o poder num Estado capitalista. Tal grupo se considera portador de uma idéia de direito que seria a única aceitável e colide com a estabelecida. Do segundo, o exemplo são os movimentos revolucionários que pretendem restaurar ou purificar a democracia

É por isso, que Carl Schmitt assinala que a elaboração, a edição de uma Constituição importa sempre numa decisão sobre o modo e forma da unidade política; ou, se quiserem numa colocação menos precisa, sobre o modo de ser da comunidade.

42. Legalidade e legitimidade

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

43. Legitimização

Mas pode ocorrer que o movimento que triunfe não tenha por si o *consensus*, não tenha por si, portanto, nem a legitimidade nem a

legalidade. Para obter-se a aceitação dos governados, é preciso realizar então um trabalho de legitimização. A legitimização é, assim, a conquista direta ou indireta da aceitação dos governados. E, antes de se operar esse processo de legitimização, não ocorre a eficácia, não se implementa a condição de eficácia.

44. Legalização

Nessa legitimização entra sempre como um primeiro passo a legalização.

Que é legalização? É o estabelecimento de normas positivas que determinam aquilo que está proposto pela revolução. Essa medida se beneficia de um mecanismo psicológico, aquele respeito pela lei que é infundido em todos nós, desde os mais tenros anos pela educação. Nós somos treinados a obedecer às leis. Não a julgar as leis. E, como estamos treinados a obedecer às leis, nós, muitas vezes, cumprimos leis que, se sobre elas meditássemos, não as cumpriríamos.

Nisso é que entra a fase da legalização; legalização na conquista da legitimização para a obtenção última da legitimidade.

45. Os quatro tipos de poder

Se levamos em conta a relação legitimidade/legalidade, vamos poder distinguir quatro tipos de poder:

1º tipo — o *poder* é *legítimo* e é *legal*, ou seja, o poder está estabelecido de acordo com o *consensus*. É legítimo. É legal porque que está estabelecido de acordo com as leis. Existe, portanto, uma *coincidência entre legitimidade e legalidade*;

2º tipo — o *poder* é *legítimo*, mas ele é, no momento de sua origem, *ilegal*. Numa comunidade que não aceita mais a monarquia, uma revolução republicana tem por si a legitimidade. Não pode ter, forçosamente, por si, a legalidade. *Não há, portanto, coincidência entre legitimidade e legalidade*;

3º tipo — o *poder* é *ilegítimo*, mas é *legal*. É legal porque, embora ele não esteja estabelecido segundo o *consensus*, está esta-

belecido de acordo com as leis. Está aqui mais um caso de *não-coincidência*;

4º tipo — o *poder* é *ilegítimo e ilegal*. *Coincidência negativa*. Nesta situação, o poder só se mantém, ou só pode manter-se pela força, pela força própria dos governantes, ou pela força que esses governantes eventualmente tomem emprestada aos seus amigos ou aliados.

46. Poder de fato e poder de direito

Esta tipologia pode ser explorada quer do *ângulo político* quer do *ângulo jurídico-positivo*.

O primeiro concerne à legitimidade e permite distinguir o *poder de fato* e o *poder de direito*, conforme a compatibilidade do mesmo com a idéia de direito inerente à cosmovisão aceita pelo *consensus*. Assim, o poder é de *direito* nos tipos 1 e 2. É de *fato* no 3 e no 4. Portanto, é de *direito* quando *legítimo*, de *fato* se *ilegítimo*.

47. Governo de fato e governo de direito

Do *ângulo jurídico-positivo*, como se viu, o governo pode ser estabelecido de acordo com as leis vigentes, ou não. No caso afirmativo, é *legal* ou de *direito*, no negativo, é *ilegal* ou de *fato*. Na tipologia apresentada, o governo é de *direito* nos casos 1 e 3, enquanto é de *fato* nos de número 2 e 4.

Decorre do apontado bem clara a diferença entre *poder de direito* e *governo de direito*, *poder de fato* e *governo de fato*. O *poder de direito* é legítimo, sempre, enquanto nem sempre seja legal, ou melhor, *governo de direito*. O *poder de fato* é, por definição, ilegítimo, embora possa ser legal, portanto, *governo de direito*.

Por sua vez, o *governo de direito*, por definição legal, nem sempre é legítimo (poder de direito), como o *governo de fato* nem sempre é ilegítimo (poder de fato).

É claro que, para a própria sobrevivência, o governo de fato busca tornar-se governo de direito, como o poder de fato, poder de direito. A estabilidade evidentemente favorece os governos de direito que são poderes de direito, os governos legais que contam com a legitimidade.

48. Aspecto interno e internacional

O ângulo jurídico-positivo apresenta, porém, duas facetas, uma interna e outra internacional, pois a legalidade pode ser encarada no plano do direito interno e no do direito internacional.

No aspecto interno, o poder ilegal se legaliza. Mas no campo do direito internacional, o governo de fato só se torna governo de direito pelo reconhecimento dos demais Estados. Assim, um *governo de direito* internamente pode ser de *fato*, no ângulo internacional. É vice-versa.

BIBLIOGRAFIA

Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo. Saraiva. 2006.

SEÇÃO II

O Poder Constituinte e sua Expressão Jurídica

Capítulo I

A NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE

Sumário: 49. A Constituição e a ordem jurídica positiva. 50. A tese positivista — o direito positivo. 51. Poder Constituinte, força social. 52. Fonte metajurídica da obrigatoriedade da Constituição. 53. O pressuposto lógico-transcendental. 54. A tese jusnaturalista. 55. O direito natural e as escolas naturalistas. 56. A Declaração Universal dos Direitos do Homem. 57. Poder Constituinte e liberdade. 58. Permanência do Poder Constituinte. 59. Direito de revolução.

49. A Constituição e a ordem jurídica positiva

A Constituição, obra do Poder Constituinte, inicia, constitui o ponto de partida da ordem jurídica positiva. Só a partir da Constituição, só a partir dessa organização fundamental é que existe e se desenvolve o direito positivo. Isto significa não apenas que o direito

positivo se cria com base e segundo a Constituição, como também — o que é mais importante, e nem sempre é percebido — que, a partir de uma nova Constituição, o direito positivo anterior, que não conflita com essa Constituição, passa a valer por um fundamento novo, que é a nova Constituição.

Esse fenômeno, o de que o direito anterior a uma Constituição, que não colida com essa Constituição, após essa Constituição, passa a valer com base nela, é o que se chama *recepção*, fenômeno esse que vamos estudar mais tarde, exatamente na 3ª Seção desta 2ª Parte.

Mas se a Constituição é o ponto de partida da ordem jurídica positiva, nós encontramos duas teses diferentes a respeito da natureza da Constituição, obra do Poder Constituinte: uma é a *tese positivista*, outra, a *tese jusnaturalista*.

Não vamos aqui, evidentemente, entrar a fundo nesta análise, não vamos fazer Filosofia do Direito. Vamos recordar alguns conceitos de Filosofia, apenas o necessário para a compreensão do nosso tema.

50. A tese positivista — o direito positivo

Para o positivismo jurídico, todo o direito se resume no direito positivo; portanto, todo o direito se resume no direito posto pelo Estado.

51. Poder Constituinte, força social

Ora, como é óbvio, o direito positivo surge da Constituição. Dessa forma, a Constituição, da qual parte a ordem jurídica, não é gerada pelo direito, ou melhor, não é gerada por um poder de direito; a Constituição é um fato, e o Poder Constituinte é simplesmente uma força social. Em consequência disso, reitere-se, o estabelecimento de uma Constituição é, para o positivismo jurídico, um mero fato, um fato que está fora da órbita da ciência jurídica, embora seja o ponto de partida da ciência jurídica.

Igualmente, para o positivismo jurídico, o Poder Constituinte é simplesmente uma força social, a ser estudada pela Sociologia, e não algo que deva ser estudado estritamente pelo Direito.

52. Fonte metajurídica da obrigatoriedade da Constituição

Mas colocadas essas bases, cabe a indagação: por que, afinal de contas, a Constituição obriga, por que ela comanda?

Ainda, na doutrina do positivismo jurídico, a obrigatoriedade da Constituição pode ser explicada sociológica ou psicologicamente. Mas, também, ela pode ser explicada logicamente. Esta explicação, encontramos-la, por exemplo, na *Teoria pura do direito* de Kelsen (cit., v. 2, p. 18 e s.).

53. O pressuposto lógico-transcendental

Para Kelsen — sem dúvida o maior jurista dos nossos tempos, — a obrigatoriedade da ordem jurídica deriva de um pressuposto lógico-transcendental. Este é o fundamento lógico do ordenamento jurídico. Seu enunciado é: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve. Com efeito, isto é o pressuposto — lógico — da obrigatoriedade da Constituição.

Na perspectiva da teoria pura, o fenômeno político — o fato que dá força à Constituição — não está no campo do direito: transcende a este. No plano estritamente jurídico, a Constituição se apóia simplesmente no referido pressuposto lógico-transcendental.

54. A tese jusnaturalista

Em contraposição a essa tese positiva, encontramos outra, que pode ser designada como tese jusnaturalista.

Para a tese jusnaturalista, o direito não se resume ao direito positivo. Há um direito que não se confunde com o direito positivo. Esse direito é, *grosso modo*, o que resulta da natureza humana. É o chamado direito natural.

55. O direito natural e as escolas naturalistas

Sem dúvida, a caracterização desse direito natural varia de escola para escola jusnaturalista. Entre essas escolas, encontramos duas como as mais importantes. Uma é a *Escola Tomista*, aquela que tem

raiz no pensamento de Santo Tomás de Aquino. Para Santo Tomás de Aquino, devem-se distinguir quatro espécies de Lei: a Lei Eterna, a Lei Divina, a Lei Natural e a Lei Humana, ou positiva. A primeira é a própria Razão divina. A segunda compreende a parte da Lei Eterna revelada diretamente ao homem (p. ex., os dez mandamentos ditados a Moisés), como relatam os livros sagrados — a *Bíblia* (lei divina revelada), bem como outra parte, esta explicitada pela Igreja (lei divina eclesialística). Mas, pela Razão, o homem descobre ditames divinos gravados em sua própria natureza: é a Lei Natural. Enfim, o governante pode editar normas, leis, que constituem a Lei Humana, ou positiva. Entretanto, a Lei Humana não pode jamais contrariar a Lei de Deus, seja a Lei Divina, seja a Lei Natural. Quando a Lei positiva contradiz a Lei de Deus, ela não é verdadeiramente Lei, é sem valor.

Mas é claro que, nesta colocação, o direito positivo, o direito posto pelo poder público, só é válido quando se conforma à Lei Natural, à Lei Divina, que são exatamente as maneiras pelas quais o homem tem acesso à Lei Eterna.

Outra escola importante do jusnaturalismo é a *Escola do Direito Natural e das Gentes*, cuja figura saliente foi Hugo Grócio, escola esta que funda o direito natural não na Lei de Deus, mas na razão humana e na inclinação social do homem. Foi esta escola de Grócio, aliás, que influenciou diretamente na doutrina do *Contrato social* e, portanto, no pensamento iluminista que, no século XVIII, prevaleceu e se refletiu nas revoluções desse século.

Ora, dentro dessa tese jusnaturalista, como se situa o Poder Constituinte?

56. A Declaração Universal dos Direitos do Homem

Contemporaneamente, não se abandonou a idéia de que o ser humano possui como próprios certos direitos fundamentais. Com o conseqüente de que tais direitos devem ser respeitados por todos os poderes, por todos os Estados. Pôs-se de lado — é verdade — a perquirição sobre o fundamento último desses direitos, estando certamente fora da moda a doutrina jusnaturalista. Dá-se como sustentação da tese, pura e simplesmente, a *communis opinio populi*.

Expressão dessa idéia é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Nesta se enunciam os direitos humanos fundamentais — numa concepção sem dúvida mais larga do que a do século XVIII —, entre os quais estão a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança etc.

Nesta Declaração, encontra-se um artigo, o 21, no qual se explicita o direito fundamental de participação política:

“1. *Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.*

2. *Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.*”.

E completa-se o texto por um princípio diretamente aplicável ao Poder Constituinte:

“3. *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 do voto.*”.

57. Poder Constituinte e liberdade

A temática do Poder Constituinte, em função do jusnaturalismo, é diretamente ligada à problemática da liberdade. Entre os direitos naturais do homem, o primeiro deles é a liberdade. A liberdade, como direito natural, é que vai, em última análise, fundamentar o Poder Constituinte. De fato, a liberdade importa, por um lado, que cada um determine a sua própria vida. A liberdade importa, então, na autode-terminação individual.

Ora, se cada homem tem o direito natural de liberdade, ou, se cada homem tem o direito natural de governar a sua própria vida, todos os homens têm, igualmente, o direito natural de autodeterminar a sua vida coletiva, portanto, de estabelecer as instituições a que se vão sujeitar, como, conseqüentemente, de mudar de instituições, sem-

pre que isso lhes pareça conveniente ou adequado. Assim, dentro da tese jusnaturalista, a liberdade é o fundamento do Poder Constituinte; a liberdade, direito natural, é a base do Poder Constituinte.

Portanto, para o jusnaturalismo, o Poder Constituinte não é a mera força social; é um poder jurídico; é um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade — o conjunto dos homens —, da ordem jurídica natural. O poder de auto-organização de uma sociedade, assim, não é um poder de fato, um mero fato social.

58. Permanência do Poder Constituinte

Dentro dessa colocação também se situa o problema da permanência, da subsistência do Poder Constituinte além das Constituições que se estabelecem.

Na verdade, sempre se ensinou que o Poder Constituinte não desaparece uma vez estabelecida uma Constituição. E pode o Poder Constituinte reaparecer para estabelecer outra Constituição. Mas nem sempre há o trabalho de sublinhar o porquê. O Poder Constituinte sobrevive à edição de Constituição porque ele é uma forma de liberdade. Ora, do mesmo modo que a liberdade individual não se esgota num ato livre, um ato de liberdade não esgota a liberdade, mas a liberdade persiste, manifestando-se sucessivamente, também o Poder Constituinte não se esgota numa Constituição. O Poder Constituinte originário, portanto, subsiste após a edição da Constituição, e subsiste como expressão da liberdade humana. Subsiste, portanto, fora da Constituição, não dentro da Constituição. Dentro da Constituição, pode haver um poder de modificação da Constituição, que é o Poder Constituinte de revisão, cujo estudo será feito adiante. Mas este somente existe com base na Constituição.

O Poder Constituinte sobrevive após a edição de uma Constituição, como expressão da liberdade humana. Esta observação tem uma fórmula clássica, que está no art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada como preâmbulo da Constituição francesa de 24 de junho de 1793, a chamada Constituição jacobina, porque foi estabelecida sob o influxo da influência jacobina. No art. 28, essa Declaração enuncia o seguinte:

“Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.

Em outras palavras, o Poder Constituinte sobrevive no sentido de que o homem, embora tenha tomado uma decisão, pode rever, pode mudar posteriormente essa decisão. Um povo decide-se por uma Constituição, o que não significa que ele não possa, amanhã, mudar de Constituição, estabelecer outra Constituição. Uma geração não pode sujeitar suas leis a gerações futuras. Esta última frase replica diretamente a uma afirmação que era freqüente numa determinada linha doutrinária do século XVII, ainda. Essa linha doutrinária pode ser exemplificada pelo pensamento de um dos grandes filósofos políticos, que foi Suarez, o jesuíta Suarez, que durante certo período foi professor da Universidade de Coimbra. Partindo da idéia de que nenhum poder pode ter outra fonte senão o povo, os governados — dentro daquela observação que se comentou anteriormente, segundo a qual todo poder vem de Deus, mas, por meio dos homens — Suarez chega, porém, a justificar as monarquias de seu tempo, com a alegação de que uma geração teria alienado para as gerações futuras o direito de mudar de organização. Então, Suarez, partindo da necessidade do consentimento como fonte do poder, recusa, concretamente, às gerações de seu tempo o poder de mudar as instituições estabelecidas.

59. Direito de revolução

Essa temática da permanência do Poder Constituinte se liga de perto, de imediato, como é óbvio, a uma outra, que é a do direito de revolução. Na mesma Declaração de 1793, no art. 35, o último dessa Declaração, encontramos a fórmula, também clássica, do direito da revolução:

“Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo e para cada parcela do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”.

Não há dúvida que esta é uma frase estranha para ser colocada numa Constituição. Talvez, por isso, a Constituição francesa de 1793 nunca tenha sido praticada.

Por que o direito de revolução está diretamente ligado a isso que se vinha expondo?

Porque o direito de revolução não é outro senão o direito de mudar de organização. Um povo tem o direito de revolução no sentido de que ele tem o direito de mudar a organização constitucional estabelecida, de mudar essa organização, inclusive, pelo recurso à força.

Essa doutrina do direito de revolução foi, cuidadosa e minuciosamente, examinada pelo jusnaturalismo. A doutrina jusnaturalista reconhece o direito de revolução. E, na verdade, alguns de seus autores mais extremados chegaram até a fazer apologia do tiranicídio como um instrumento político. Curioso que entre os defensores do tiranicídio estão vários pensadores jesuítas. E esse é um dos fundamentos da hostilidade com que as monarquias do século XVII trataram os jesuítas. Livros de autores jesuítas foram, por exemplo, queimados por ordem do Parlamento de Paris, como livros subversivos, exatamente por suas referências ao tiranicídio.

Mas a doutrina clássica, se afirma a existência de um direito de revolução, subordina o exercício desse direito a três condições.

Primeira, a revolução só é admissível como último recurso. Isto é, só se admite o recurso à força desde que os demais recursos estejam esgotados. Assim, então, o direito de revolução só pode ser exercido como última *ratio*.

A segunda condição é a de que a revolução seja um meio econômico para a obtenção do fim. Em outras palavras, que não seja possível operar-se a modificação sem o recurso à força.

Em realidade, essa segunda condição parece uma colocação em termos diferentes, e apenas em termos diferentes, da primeira.

E a terceira, esta mais digna de nota do que a segunda, é a de que o recurso à revolução só é admissível quando haja razoáveis possibilidades de sucesso, ou melhor, quando haja possibilidades razoáveis de que o exercício do direito de revolução melhore a situação e não gere consequências piores, não gere a deterioração da situação, não tenha consequências mais danosas. Isto pode ser colocado, conforme a doutrina clássica coloca, como vedando a revolução sempre que a sua eclosão vá produzir uma longa e demorada guerra civil na

qual os interesses dos indivíduos sejam mais maltratados do que estavam até então.

Note-se que a doutrina clássica raciocina em função do afastamento do governante tirânico. Por essa doutrina, o afastamento de tal governante por meio da força seria admissível, primeiro, se todos os recursos possíveis houvessem sido esgotados; segundo, se não houvesse nenhum outro meio menos prejudicial do que o recurso à força. Assim, para lembrar os autores jesuítas cujos livros foram queimados pelo Parlamento de Paris, se basta matar o monarca tirânico, não é necessário mover uma guerra contra o poder estabelecido. Isto presume que o herdeiro do trono seja melhor do que o detentor do trono. E o terceiro e último elemento é que a insurreição contra o tirano não vá degenerar numa guerra, num conflito, no qual, em lugar de o povo sofrer apenas os abusos do tirano, também sofra, além desses abusos, todas as consequências de uma guerra, como destruição, mortes, violências, perda de riquezas, e assim por diante.

Ora, em face dessas duas teses, a tese positivista e a tese jusnaturalista, seria tolice pretender-se, no campo de um estudo de Direito Constitucional, afirmar qual é a certa e qual é a errada. A colocação, porém, deve ser feita, para a meditação e o raciocínio.

BIBLIOGRAFIA

Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962. Carl J. Friedrich. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. port. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1965.

Capítulo II

FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE

Sumário: 60. Incondicionamento formal. 61. A outorga. 62. Exemplos de outorgas. 63. Convenção ou Assembléia Constituinte. 64. Exemplos históricos. 65. Outorga e integração de conteúdo. 66. A elaboração da Constituição brasileira de 1967. 67. Elaboração da Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

60. Incondicionamento formal

Formas de expressão do Poder Constituinte são os modos pelos quais o Poder Constituinte se manifesta, os modos pelos quais o Poder Constituinte estabelece a Constituição formal.

A primeira observação, a esse propósito necessária, é que não há *forma* prefixada para a expressão do Poder Constituinte. É exatamente por isso que a doutrina aponta como um dos traços característicos do Poder Constituinte o seu *incondicionamento*. O ato do Poder Constituinte é, assim, ato, além de inicial, *incondicionado*.

Mas se o Poder Constituinte não tem forma prefixada para a sua manifestação, não tem forma a ser seguida obrigatoriamente, encontramos, entretanto, pela comparação da experiência constitucional, alguns modos que são as maneiras básicas pelas quais esse Poder Constituinte se manifesta.

Segundo ensina a doutrina, há *duas formas básicas de expressão do Poder Constituinte*: a primeira é a *outorga*; a segunda é a *convenção* ou a *assembléia constituinte*.

A experiência, todavia, revela outras formas de expressão do Poder Constituinte, que se afastam do padrão: são formas anômalas (v. adiante n. 189).

61. A outorga

A *outorga* consiste no estabelecimento da Constituição pela declaração unilateral do agente do Poder Constituinte. É, portanto, o agente do Poder Constituinte que estabelece, de uma só vez, a Constituição e entrega a Constituição ao povo, recomendando, evidentemente, a sua observância. A *outorga* envolve, pois, a autolimitação do agente revolucionário ou agente do Poder Constituinte. É o agente triunfante que, em lugar de deixar ilimitado o seu próprio poder, sujeita esse poder a determinadas regras, a determinada organização, a determinados princípios.

A *outorga* sugere, de pronto, um problema, que é o prevalecimento dessa autolimitação, porque não falta quem sustente que o poder que edita a Constituição, autolimitando o seu próprio poder, pode, a qualquer momento, alterar essa Constituição, modificando, portanto, o quadro que ele deu ao próprio poder. É exatamente por isso que as *outorgas constitucionais* são normalmente acompanhadas do juramento, da promessa de observância dessa outorga e, portanto, da promessa de não se alterar mais essa Constituição outorgada.

Diz-se, por outro lado, que a *outorga* é ligada a concepções autoritárias do poder, em regra geral, porque, como é óbvio, a outorga só pode vir de cima, só pode vir de quem detém o poder.

62. Exemplos de outorgas

Assim, a *outorga* foi bastante freqüente no século XIX, quando monarcas, que pretendiam ser monarcas por direito divino, se viram mais ou menos coagidos a outorgar Constituições, em virtude da pressão revolucionária liberal. As *outorgas* se multiplicaram exatamente nessa fase histórica de transição.

Temos um ótimo exemplo disso na Constituição brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I e jurada por ele, exatamente a 25 de março de 1824. Na verdade, o Preâmbulo desta Constituição é muito elucidativo, não só das outorgas constitucionais, como da problemática política que estava por detrás dessas *outorgas*. Diz esse Preâmbulo:

“Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil:

— Fazemos saber a todos os nossos súditos que, tendo-nos requerido os povos deste Império, juntos em câmaras que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o projeto da Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte, mostrando o grande desejo que tinham de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual e geral felicidade política; nós juramos o sobredito projeto para o observarmos, e fazermos observar como Constituição, que dora em diante fica sendo, deste Império; a qual é do teor seguinte:

Constituição Política do Império do Brasil em Nome da Santíssima Trindade...”

Vê-se então como essa Constituição se funda no poder de que estava investido D. Pedro I; segundo o Preâmbulo da Carta — “por graça de Deus e unânime aclamação dos povos” —, D. Pedro I, assim, invoca a soberania do direito divino, “a graça de Deus”, e a soberania popular, “a unânime aclamação dos povos”.

Mas é preciso observar que não são apenas as Constituições outorgadas por monarcas que se enquadram nesse *modelo*. A história constitucional brasileira e estrangeira oferece muitos outros exemplos de Constituições outorgadas, embora não outorgadas por monarcas, e sim pelos líderes ou chefes de movimentos revolucionários. Assim, por exemplo, é a Constituição brasileira de 1937, decorrente de um golpe de Estado dado pelo Presidente Getúlio Vargas.

Realmente, a 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas, Presidente da República, deu um golpe de Estado extinguindo a vigência da Constituição de 1934 e promulgando nova Constituição, esta também precedida de Preâmbulo, no qual o Presidente da República procura justificar a sua ação. E é bem claro desse Preâmbulo como o Presidente da República se considerava investido de uma missão pessoal. Por todo esse Preâmbulo, enquanto o de D. Pedro I era colocado no plural majestático, na primeira pessoa do plural, “nós”, já o da Carta de 37 é colocado mesmo na primeira pessoa do singular, mais direta e cruamente, portanto.

Mas, também, não é *apenas* a Constituição de 1937 que aparece como típica manifestação do Poder Constituinte originário através da outorga. Considere-se o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 aquele que, para maior facilidade, costumamos chamar de Ato Institucional n. 1, embora não tenha sido numerado, porque não se previa que, mais tarde, seriam outorgados muitos outros atos institucionais. Leia-se o preâmbulo do Ato Institucional n. 1, em suas partes fundamentais, porque este oferece um resumo da doutrina do Poder Constituinte:

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

E a última parte do Preâmbulo é exatamente a *outorga*:

“Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização de

seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, resolve editar o seguinte —

ATO INSTITUCIONAL

Art. 1º São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato”.

Note-se que o art. 1º mantém a Constituição de 1946. Mas, a partir desse momento, a Constituição de 1946 não mais retira sua força da deliberação do Poder Constituinte que, através de uma Assembléia Constituinte, em 1946, a promulgou, em 18 de setembro. O fundamento da Constituição passa a ser o Ato Institucional, passa a ser a deliberação do Poder Revolucionário, através da *outorga* do Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Em outras palavras, o art. 1º do Ato Institucional de 9 de abril de 1964 faz a recepção do direito anterior. Porque o Comando Revolucionário poderia editar uma Constituição inteira, poderia se dar o trabalho de redigir todos os artigos da Constituição. Mas como isso não era considerado necessário nem preciso, simplesmente, o Ato Institucional mantém a Constituição, com as modificações que ele próprio traça. Com efeito, por força do art. 1º, então, se recebe ao corpo do Ato Institucional tudo aquilo da Constituição de 1946 que não era incompatível com o seu texto.

Disto resulta que, a partir do Ato Institucional, o texto da Constituição é o editado em 1946, modificado pelos preceitos desse Ato (bem como, evidentemente, pelas Emendas constitucionais até então promulgadas). Disto resulta também que a Constituição, a partir do Ato Institucional, vige em decorrência deste e não da vontade da Constituinte de 1946.

Os atos institucionais, portanto, são, tipicamente, *em sua origem*, manifestações do Poder Constituinte originário.

Examine-se também o Ato Institucional n. 5, datado de 13 de dezembro de 1968. Nele encontramos, de novo, um preâmbulo, no qual está a outorga, desta vez feita não pelo Comando Supremo da

Revolução, mas pelo Presidente da República. Vemos no art. 1º redação equivalente à do art. 1º do Ato Institucional de 9 de abril de 1964:

“Art. 1º São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional”.

É claro que, depois, a vigência dos Atos Institucionais se colocou de outra forma. Os Atos Institucionais, depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, passaram a vigorar não mais por força de sua outorga originária, mas por força do disposto no art. 182 da Constituição, com a redação que lhe foi dada por essa Emenda Constitucional:

“Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários”.

A situação, pois, se inverteu. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, recebia a Constituição de 1967 e a mantinha em vigor, com as modificações que introduzia. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, faz exatamente o contrário: mantém em vigor, temporariamente, os Atos Institucionais, porque o parágrafo único do art. 182 permite exatamente a cessação da vigência desses Atos, ou por inteiro, ou parceladamente. E tal vigência cessou por força da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, a partir de 1º de janeiro de 1979.

63. Convenção ou Assembléia Constituinte

Outro dos modos pelos quais a doutrina clássica vê manifestar-se o Poder Constituinte é a Convenção ou a Assembléia Constituinte.

Essencialmente na Convenção, o estabelecimento da Constituição provém da deliberação da representação popular.

Contra-pondo-se a outorga à Convenção, na primeira, é o agente constituinte, triunfante na revolução, que unilateralmente e de uma só vez edita a Constituição; ao passo que, no segundo modo, na Convenção é a representação convocada para tanto que estabelece, através do debate e das votações, uma Constituição.

Mas sublinhe-se que, se à primeira vista a diferença é radical, num processo em que por meio de uma Convenção se pretende chegar a uma Constituição existem, sempre, atos de outorga, ou, pelo menos, um ato de outorga, donde decorre que a separação entre outorga e Convenção não é tão radical quanto parece ou quanto supõem alguns.

Com efeito, se examinarmos o estabelecimento de Constituição por uma Assembleia Constituinte, ou por uma Convenção, vamos verificar que todas elas realizam essa obra a partir de um ato de outorga; porque, sem esse ato de outorga, elas não podem funcionar exatamente: existe um ato de outorga, que é o que extingue a vigência da Constituição anterior e convoca essa mesma Assembleia, chamada a representação popular para estabelecer uma nova Constituição. Isso é bem claro, pelo menos de duas passagens da história brasileira: a transformação do Brasil, de Monarquia em República, e o estabelecimento da Constituição de 1934, o período de 1930 a 1934.

64. Exemplos históricos

Examinemos cada um dos dois. Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, era preciso institucionalizá-la, era preciso, pelo menos, estabelecer uma ordem jurídica que guiasse os primeiros passos do Governo. Essa institucionalização provisória foi feita pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, que, segundo os historiadores, não foi redigido nessa data, porque, ao que parece, a 15 de novembro faltou tempo, mas foi elaborado mais tarde. Foi este Decreto n. 1 a fonte da Constituinte reunida em 1890 e, portanto, a base da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

Em 1930, houve um movimento revolucionário que afastou a posse do Presidente eleito Júlio Prestes de Albuquerque. Este movimento revolucionário também tinha necessidade de uma institucionalização, por mínima que fosse, e essa institucionalização se deu pelo Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. A ementa

desse decreto é esclarecedora pois reza: “Institui o Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências”. E o art. 1º estabelece:

“O Governo Provisório exercerá discricionariamente em toda sua plenitude as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça a reorganização constitucional do país”.

Futuramente se elegeu essa Assembleia Constituinte, que estabeleceu a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934.

Ora, se nós formos à fonte dessa Assembleia, do Poder Constituinte, vamos até o Decreto n. 19.398. É este decreto que configura o rompimento da ordem constitucional anterior e prepara uma nova ordem constitucional, e prevendo a reunião de uma Assembleia Constituinte que iria estabelecer uma nova Constituição para o Brasil.

Assim — e era isso que estava sublinhando como exemplo —, a elaboração de uma Constituição por uma Assembleia ou Convenção Constituinte, que é, sem dúvida, a fórmula que mais se apegava à democracia, que é o modo considerado mais democrático, não significa a inexistência de um ato de outorga em sua raiz. O ato de outorga é simplesmente o estabelecimento de uma organização provisória para reger o país até o estabelecimento de uma Constituição definitiva, até o estabelecimento de uma Constituição por uma Assembleia Constituinte.

Note-se ainda uma outra coisa: frequentemente, essas Assembleias trabalham com base em projeto governamental, como é exemplo não só a Constituição de 1891, como a Constituição de 1934. Na verdade, dessas Constituições brasileiras, estabelecidas por meio de Assembleia, somente a de 1946 e a de 1988 não trabalharam com base num projeto estabelecido pelo Governo.

Até certo ponto, pode-se dizer que o estabelecimento de uma Constituição por uma Assembleia Constituinte, ou Convenção Constituinte, juridicamente é um procedimento; um procedimento que se inicia com o ato de outorga e que culmina com a promulgação de uma Constituição. Nesse procedimento, a Assembleia Constituinte

simplesmente faz a *integração do conteúdo* de um ato revolucionário, que é o ato de outorga de convocação de uma Assembleia.

Relativamente às convenções constituintes, cumpre observar que, em relação a elas, podem-se distinguir dois subtipos: aquele em que a decisão da Assembleia é suficiente para a perfeição da Constituição, e o caso em que a decisão da Assembleia — o outro tipo — não é suficiente por si para a perfeição da Constituição.

No primeiro subtipo estão as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988, em que a Constituinte promulga a Constituição.

Já no segundo tipo estão as Constituições que têm o seu texto estabelecido por uma Assembleia Constituinte, mas não são consideradas perfeitas e acabadas antes de uma ratificação popular expressa, ratificação por meio do *referendum*. É o caso da Constituição espanhola em vigor, como se viu acima (n. 28).

65. Outorga e integração de conteúdo

Temos, ainda, na história constitucional alguns casos que não se enquadram perfeitamente nesses dois tipos básicos que apontei, mas que combinam a participação popular e a outorga pelo titular do poder. Um desses casos que não se enquadram nesses modelos-tipo está na Constituição de 1852, outorgada por Luís Napoleão Bonaparte. Mas foi ela outorgada depois de, num plebiscito, terem sido aprovadas as cinco bases fundamentais que deveriam guiar o redator do texto constitucional. Assim, a outorga de Luís Napoleão foi precedida de uma consulta popular, consulta que, teoricamente pelo menos, limitava o seu próprio poder.

Um caso que também foge desses paradigmas está na elaboração da Constituição brasileira de 1967. A elaboração da Constituição brasileira de 1967 tem como ponto de partida o Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966. É preciso ter presente o contexto político para poder-se entender o que ocorreu naquele momento. Quando se promulgou o Ato Institucional n. 4, já estava definida a sucessão presidencial, já se sabia seguramente que o futuro Presidente da República era o Marechal Costa e Silva. E, assim, o Ato Institucional n. 4 e a Constituição que foi elaborada em decorrência dele trazem em

seu contexto a busca de um quadro de limitações para que o sucessor do Presidente Castello Branco evitasse interrupção ao processo constitucional democrático.

66. A elaboração da Constituição brasileira de 1967

O ponto de partida, jurídico, da elaboração da Constituição brasileira de 1967 é o Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966. Este Ato Institucional é u' a manifestação do Poder Constituinte, manifestação inicial, autônoma e incondicionada. Mas o Ato Institucional n. 4 era, por outro lado, a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional para que ele estabelecesse uma nova Constituição para o Brasil. Ocorre, porém, que o Ato Institucional n. 4 não atribuiu apenas Poder Constituinte ao Congresso Nacional, deixando este livre para estabelecer o procedimento que ia seguir a fim de, afinal, promulgar uma nova Constituição para o Brasil. Não. Teve, também, o cuidado de disciplinar rigorosamente o procedimento a ser seguido pelo Congresso Nacional.

De fato, o Ato Institucional n. 4 estabelece duas fases para a elaboração da nova Constituição. Numa primeira fase, deveria ser debatida a conveniência dessa nova Constituição, mas não em abstrato, e sim com base num projeto governamental. Aprovado o estabelecimento de uma nova Constituição e, portanto, globalmente aprovado esse projeto, podia ele ser completamente modificado pelo Congresso Nacional.

Veja-se, pois, como a situação era complexa: o Ato Institucional reclamava do Congresso Nacional u' a manifestação sobre um projeto de Constituição e, ao mesmo tempo, sobre a conveniência de se estabelecer nova Constituição para o Brasil. Dessa forma, o exame global do projeto é uma preliminar da elaboração final de uma nova Constituição. É o que decorre do texto. No art. 1º do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, há a convocação de uma reunião extraordinária do Congresso Nacional. No § 1º, se estabelece que “o objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”. Os arts. 2º e 3º prevêem como esse projeto haveria de ser debatido no todo, globalmente, e como seria afinal estabelecido um

parecer sobre a conveniência ou não da aprovação desse projeto. Proferido e votado esse parecer, com base no art. 4º do Ato Institucional, o projeto seria submetido à discussão, em sessão conjunta das duas Casas do Congresso Nacional, procedendo-se a respectiva votação no prazo de quatro dias. E o art. 5º definia a situação: "Aprovado o projeto pela maioria absoluta, será o mesmo devolvido à Comissão, perante a qual poderão ser apresentadas emendas; se o projeto for rejeitado, encerrar-se-á a sessão extraordinária". Logicamente, se rejeitado, o projeto seria arquivado.

Vê-se, portanto, que, pelo disposto no Ato Institucional n. 4, o projeto governamental seria examinado globalmente. Seria objeto de um parecer também global, e, então, o Congresso haveria de se manifestar sobre ele, em sessão conjunta. Poderia rejeitar esse projeto. Com a rejeição do projeto, estaria encerrada a sessão extraordinária e, logicamente, estaria arquivado o projeto: seria posto termo à elaboração de uma nova Constituição. Mas, aprovado o projeto, voltaria ele à Comissão para receber emendas. E, quanto a essas emendas, não havia qualquer limitação jurídica. Porque, aí, conforme o estabelecido nos arts. 6º e 7º do Ato Institucional n. 4, essas emendas iriam alterar o texto para definição afinal do texto a ser promulgado. Sem dúvida, essas emendas não poderiam ser apresentadas, exceto por um quarto de qualquer das Casas do Congresso Nacional. Ainda, havia também uma limitação no tempo, praticamente de grande importância, pois, o art. 8º do Ato Institucional n. 4 dizia:

"No dia 24 de janeiro de 1967, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição segundo a redação final da Comissão, seja o do projeto com as emendas aprovadas, ou seja o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 44º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro".

É difícil a apreciação desse procedimento. O Congresso Nacional, investido do Poder Constituinte, teve o seu trabalho estritamente condicionado pelo Ato Institucional n. 4. Esse condicionamento não lhe adveio apenas de ter de trabalhar a partir de um projeto governamental (o que, na verdade, tinha, no Brasil mesmo, dois ilustres prece-

dentos), mas estava justamente nessa limitação do tempo, porque importava numa restrição à liberdade do Congresso Nacional.

Mas tudo isso sopesado não parece correto dizer que a Constituição de 1967 tenha sido outorgada. Ela foi estabelecida por uma Convenção Constituinte, ainda que esta tenha sido limitada pelo ato de outorga que lhe deu força e lhe serviu de ponto de partida.

67. Elaboração da Emenda Constitucional n. 1, de 1969

A elaboração da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, ofereceu outros problemas. Leia-se o preâmbulo:

"Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional n. 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, e

"Considerando que, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional;

"Considerando que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do art. 2º do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968;

"Considerando que a elaboração de emendas à Constituição compreendida no processo legislativo (art. 49, I) está na atribuição do Poder Executivo Federal;..."

Assim, portanto, o fundamento que a Junta Militar invocava para promulgar a Emenda Constitucional não era o Poder Constituinte originário, mas o poder de emenda à Constituição. É exatamente o poder de emenda à Constituição que estava previsto no art. 49, item I, da Constituição de 1967. Esse poder de emenda, na Constituição de 1967, pertencia, em última análise, ao Congresso Nacional. Mas, por força do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968 (art. 2º, I), no recesso do Congresso Nacional, todas as atribuições do Poder Legislativo seriam exercidas pelo Poder Executivo.

Ora, entre as atribuições do Poder Legislativo — como estava no texto constitucional de 1967 — se inclui a elaboração de emendas.

Ora, o recesso do Congresso Nacional foi estabelecido pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968. E esse recesso subsistia em outubro de 1969.

Daí decorreu que, ou se considerava esse texto uma emenda constitucional, ou se teria de falar não na Constituição de 1969, mas verdadeiramente em Constituição de 1968. Porque, se Constituição houve depois de 1967, esta foi decorrente do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, e não propriamente decorrente da promulgação feita pela Junta Militar, invocando o poder de emenda de uma nova redação do texto constitucional.

A este argumento se pode somar outro. O texto de 1969 não trouxe nenhuma modificação substancial em relação ao texto de 1967. E mais ainda, as principais modificações que encontramos no texto de 1969, em confronto com o texto de 1967, já tinham sido estabelecidas antes da promulgação da Emenda, já haviam sido estabelecidas nos Atos Institucionais anteriores, e até em Ato Complementar, porque “constitucionalistas” alteraram a Constituição por lei complementar e, depois, para dar trabalho para os constitucionalistas (sem aspas), tiveram o requinte de ratificar, num Ato Institucional, um Ato Complementar. O que é muito complicado, porque, afinal, a doutrina clássica durante 150 anos ensinou que um ato inconstitucional é um ato nulo. E também se costuma ensinar que um ato nulo não se convalida...¹.

BIBLIOGRAFIA

R. Limongi França. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969. Afonso Arinos de Mello Franco. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1958. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1986

¹. Sobre o fundamento e a elaboração da Constituição de 1988, v. adiante a Parte IV deste livro.

Capítulo III AMPLITUDE DO PODER CONSTITUINTE

Sumário: 68. A tese positivista da ilimitação do Poder Constituinte. 69. A tese jusnaturalista da limitação pelo direito natural. 70. Limites *de facto*. 71. Limites *de iure*.

68. A tese positivista da ilimitação do Poder Constituinte

Tratemos agora de questão de grande importância, que foge, largamente, do âmbito do Direito Constitucional. Por que, quando se fala da amplitude ou alcance do Poder Constituinte, se coloca uma pergunta, que é o cerne de toda esta matéria: o Poder Constituinte originário é *limitado* ou *ilimitado*?

A essa pergunta, é claro, há respostas diferentes, conforme o ponto de partida filosófico sobre a natureza do Poder Constituinte, matéria já examinada anteriormente.

Dentro de uma perspectiva positivista, o Poder Constituinte é *juridicamente ilimitado*, por uma razão óbvia, porque, para a doutrina positivista, não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte, portanto, não há direito que possa ser invocado contra o Poder Constituinte. Logicamente, ele é, juridicamente, ilimitado, o que não significa que o Poder Constituinte não seja moralmente ilimitado. Isto já é outro aspecto da questão. Mas diria um positivista que isto é um problema metajurídico.

69. A tese jusnaturalista da limitação pelo direito natural

É óbvio que, dentro de uma perspectiva jusnaturalista, dentro de qualquer das doutrinas do direito natural, o Poder Constituinte originário é limitado. É limitado pelo direito natural. Ou, se se preferir, pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.

70. Limites “de facto”

Entretanto, na opinião de Paul Bastid, exposta em curso de pós-graduação proferido na Faculdade de Direito de Paris, em 1958-1959, ao Poder Constituinte, pondo-se de lado essa grande indagação, a indagação do positivismo e do jusnaturalismo, opõem-se certos *limites de facto* e certos *limites de direito*.

A questão dos limites de facto nos leva imediatamente às observações que se fazem a respeito da eficácia do ato constituinte. Por que, observava o Prof. Bastid, inúmeras Constituições ficam no papel, jamais se tornam eficazes. E ele dava entre vários exemplos um particularmente importante, que é a Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição jacobina.

O exemplo é particularmente relevante porque essa Constituição traz uma série de inovações interessantes. O exemplo é importante, por outro lado, porque, paradoxalmente, essa Constituição foi votada em meio a um grande entusiasmo, os Constituintes, que a estabeleceram, supunham estar realizando uma obra imortal e de grande relevância. Mas, apesar de tudo, essa Constituição permaneceu letra morta, jamais foi aplicada.

Isto demonstra a existência de limites de facto ao Poder Constituinte. Os limites de facto estão em que, quem estabelece uma Constituição não pode chocar-se frontalmente com as concepções mais arraigadas — a cosmovisão — da comunidade, porque, do contrário, não obterá a adesão dessa comunidade para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes.

É claro que isto que se está dizendo não infirma aquilo que se disse em capítulo anterior a respeito da relação entre legitimidade e legitimação. A legitimidade fornece um quadro dentro do qual se pode mover o Poder Constituinte. Mas, muitas vezes, o Poder Cons-

tituinte se move fora desse quadro, quando então tem de proceder à legitimação, que freqüentemente é custosa, quando não é infrutífera.

71. Limites “de iure”

Por outro lado, o Prof. Bastid falava em *limites de direito*. E, quando ele falava em limites de direito, não estava preocupado com o direito natural, mas, sim, com o Direito Internacional, porque ele colocava a indagação sobre se o Poder Constituinte de um Estado está adstrito ou não ao Direito Internacional. Isto também é objeto de uma longa e acesa polêmica.

A resposta simplificada a esta questão é óbvia. É um objetivo ideal a subordinação do direito interno às regras fundamentais do Direito Internacional, especialmente àquelas regras do Direito Internacional que tutelam os direitos do homem. Mas, segundo a concepção que ainda prevalece, o Direito Internacional não é superior ao direito interno, isto é, o Direito Internacional não subordina o Poder Constituinte às suas normas. É certo que o Direito Internacional tem a pretensão de fazê-lo, e essa pretensão cada vez mais se afirma. Por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948. Porque essa Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem sentido se ela não significar uma tentativa de limitar o poder dos Estados, em benefício dos cidadãos desses Estados.

A realidade dos fatos, porém, desmente a superioridade do Direito Internacional. Assim reduz os limites de Direito Internacional ao Poder Constituinte à mesma situação (e à mesma impotência) dos direitos naturais.

BIBLIOGRAFIA

Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962. Carl J. Friedrich. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Trad. port. Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1965.

SEÇÃO III

O Poder Constituinte e a Ordem Jurídica

Capítulo I

O ATO CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO

Sumário: 72. O ato constituinte e sua virtualidade. 73. Transformação do ato constituinte em Constituição. 74. Caráter inicial da Constituição. 75. Consequências do caráter inicial. 76. Nulidade dos atos inconstitucionais.

72. O ato constituinte e sua virtualidade

A matéria ora examinada já foi, de certo modo, antecipada quando se tratou do problema da legitimidade e da legitimação, quando se abordou o problema da eficácia do ato constituinte como condição para a sua transformação em Constituição.

De fato, como se viu anteriormente, o ato constituinte, ou seja, o ato pelo qual se edita uma nova organização fundamental, uma nova Constituição, é um ato sujeito a uma condição, à condição resolutiva de eficácia. Sem o implemento dessa condição, sem a

verificação da eficácia desse ato constituinte, não chega ele a transformar-se verdadeiramente numa Constituição. Antes do implemento dessa condição, tem esse ato apenas a pretensão de tornar-se Constituição.

73. Transformação do ato constituinte em Constituição

Assim, reitere-se, o ato que edita uma nova organização fundamental é, na verdade, um ato que se traduz numa pretensão de se transformar em uma Constituição; porque a Constituição surge, verdadeiramente falando, somente quando a eficácia desse novo ato é alcançada.

Ora, o problema da eficácia dessas normas é exatamente relacionado com aquela matéria que se examinou anteriormente, é uma questão ligada com a problemática da legitimidade e a problemática da legitimação. Porque a eficácia é facilmente alcançada, e, pode-se até dizer, é de pronto alcançada quando o ato constituinte vem ao encontro dos princípios considerados como legítimos para a atribuição do Poder numa sociedade; ou essa eficácia é retardada, dificultada, quando surge o problema do estabelecimento de uma nova legitimidade para fundá-la, quando cabe o processo de legitimação, aquele processo pelo qual, mais cedo ou mais tarde, se altera essa concepção sobre o que é legítimo para a devolução do Poder.

Mas se a Constituição surge, portanto, ao alcançar eficácia o ato constituinte, a eficácia da nova Constituição traz consigo importantíssimos efeitos jurídicos.

74. Caráter inicial da Constituição

O primeiro efeito da eficácia é o estabelecimento de uma nova base para o ordenamento jurídico positivo. É isso o que se chama de caráter inicial do Poder Constituinte originário. Quando se fala da inicialidade do Poder Constituinte originário, se está querendo dizer que a Constituição, obra última e acabada do Poder Constituinte originário, se torna a nova base do novo ordenamento jurídico positivo. Nesse sentido, então, a Constituição é um ato inicial, porque ela funda a ordem jurídica, não é fundada na ordem jurídica positiva, nem é fundada por meio da ordem jurídica positiva.

Esta afirmação de que a eficácia da Constituição importa no estabelecimento de uma nova base para a ordem jurídica positiva não significa, evidentemente, que todo direito positivo anterior seja considerado sem qualquer efeito, seja considerado inválido em razão do surgimento da nova Constituição. Como se vai ver adiante, tratando dos efeitos da Constituição sobre o direito anterior, opera-se neste caso o fenômeno jurídico da recepção. O direito anterior, quando não incompatível com a nova Constituição, é recebido por essa nova Constituição, é recebido pelo novo ordenamento jurídico que decorre da nova Constituição. Aliás, em certas oportunidades, essa recepção, como se verá, é até formalizada, é até constante de texto constitucional expresso.

75. Consequências do caráter inicial

Cumprir examinar, neste tópico, os efeitos futuros da eficácia da Constituição, da transformação do ato constituinte em Constituição.

Deve-se inscrever neste rol, em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*. Em outras palavras, o primeiro corolário que deriva da eficácia de uma nova Constituição é exatamente a supremacia dessa Constituição. Esta supremacia significa, de imediato, a necessidade da adequação às normas da Constituição de todo o direito, especialmente do que daí por diante se fizer, bem como, no Estado de direito, de todos os atos do Poder Público.

Esse princípio da supremacia da Constituição tem a sua formulação clássica num conhecido julgado da Corte Suprema americana. É a colocação clássica e é, ao mesmo tempo, a colocação definitiva do problema. Trata-se do célebre caso *Marbury versus Madison*, em que foi o famoso Juiz Marshall, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que manifestou a opinião desse Tribunal. Encontram-se nesse voto alguns trechos que são lapidares, exatamente porque colocam, com toda clareza e precisão, a problemática a que nos referimos. Afirma Marshall, em certa passagem:

“A questão se um ato contrário à Constituição pode tornar-se a lei da terra é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, não de

uma dificuldade proporcional a seu interesse. Parece apenas necessário reconhecer alguns princípios que se supõe estejam de há muito tempo estabelecidos para decidi-la. Que o povo tem o direito originário de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios que, segundo sua opinião, devem conduzir a busca de sua própria felicidade, é a base sobre a qual toda instituição americana foi erigida. O exercício desse direito é de uma grande importância. Nem, e por isso, pode ele ser frequentemente repetido”.

Ele afirma mais abaixo:

“Esta vontade suprema e original organiza o governo e atribui a diferentes departamentos os respectivos poderes. Ela pode parar aqui ou estabelecer certos limites que não possam ser ultrapassados por esses departamentos. O Governo dos Estados Unidos coincide com a última hipótese. Os poderes do Legislativo são definidos e limitados, e esses limites não podem ser esquecidos e ignorados, porque a Constituição é escrita. Para qual propósito esses poderes são limitados e para qual propósito essa limitação é traduzida por escrito, se esses limites podem a qualquer momento ser ultrapassados por aqueles que eles pretendem restringir? A distinção entre um governo com poderes limitados ou limitados seria abolida se tais limites não puderem ser impostos às pessoas às quais eles se dirigem, se atos proibidos e atos permitidos estão em pé de igualdade. É uma proposição suficientemente clara que a Constituição veda qualquer ato legislativo contrário a ela, assim como o Legislativo não pode alterar a Constituição por uma lei ordinária”.

E aqui entra no cerne do problema:

“Entre estas alternativas não há escapatória — ou a Constituição é a lei superior, fundamental, que não pode ser modificada por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como outros atos, outras leis, é alterável quando o Legislativo entender conveniente. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira-

ra, então, um ato legislativo, uma lei contrária à Constituição não é lei. Se a segunda parte é verdadeira, então, as Constituições escritas são tentativas absurdas da parte do povo de limitar o poder, por sua própria natureza ilimitável. Certamente, todos aqueles que elaboram Constituição escrita, as encaram como formando a lei fundamental da nação. E, conseqüentemente, a teoria deste Governo deve ser que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo e de nenhum efeito. Esta teoria é essencialmente ligada à Constituição escrita e é, conseqüentemente, para ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade”.

Assim, Marshall afirma, como se vê, a supremacia da Constituição como inerente à própria idéia de Constituição. Mas, Marshall não se limitou apenas a afirmar, nesses trechos, a supremacia da Constituição e a conseqüência da supremacia da Constituição, a nulidade dos atos inconstitucionais. Mas foi adiante. Com efeito, Marshall, nesse mesmo voto, pouco adiante do longo trecho acima citado afirma o seguinte:

“É do campo e do dever do Poder Judiciário dizer qual é a lei. Os que aplicam a lei a casos particulares devem, necessariamente, interpretar a regra jurídica. Se duas leis conflitam entre si, as Cortes devem decidir sobre o âmbito de cada uma. Assim, se uma lei for em oposição à Constituição, e se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a um caso particular, as Cortes devem decidir, nesse caso, se aplicam a lei, deixando de aplicar a Constituição, ou se se conformam com a Constituição, deixando de aplicar a lei. A Corte, portanto, deve determinar qual de suas normas conflitantes deve reger o caso. Isso é da própria essência da função jurisdicional. Se, pois, as Cortes devem zelar pela Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer lei ordinária editada pelo Legislativo, a Constituição e não essa lei ordinária deve reger o caso ao qual ambas, a lei e a Constituição, se aplicam”.

Desse modo, exatamente neste trecho, Marshall coloca dentro do campo da função jurisdicional, dentro do trabalho ordinário dos juízes, a determinação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. O Judiciário tem de dizer qual é a lei que se aplica a um caso particular. Logicamente, deve aplicar a Constituição. Também, logicamente, deve não aplicar a lei inconstitucional. Assim, ele não discute se o Judiciário pode, ou não, anular um ato legislativo. Foge, portanto, da ameaça do conflito entre poderes. O Judiciário, em face das duas normas, aplica a norma constitucional e, na verdade, esquece a norma ordinária.

Dessa colocação é que surgiu toda a doutrina do controle da constitucionalidade das leis.

76. Nulidade dos atos inconstitucionais

A primeira consequência da eficácia da Constituição é, portanto, a afirmação de sua supremacia. A supremacia da Constituição se traduz de imediato e logicamente naquilo que sempre foi ensinado pela doutrina constitucional clássica, ou seja, importa na *nulidade dos atos contrários* à Constituição. O ato inconstitucional, segundo Marshall, na doutrina americana — doutrina essa que foi repetida e ensinada por Ruy Barbosa entre nós —, é nulo e de nenhum efeito. “Null and void”, dizia Marshall. “Nulo e írito”, dizia Ruy Barbosa.

Mas cabe a pergunta se existe realmente a nulidade no campo do Direito.

Os leitores de Kelsen sabem que o mestre sustenta o contrário. Este, na *Teoria pura do direito* (cit., v. 2, p. 159), discute exatamente o tema “nulidade e anulabilidade” e sustenta que, “dentro de uma ordem jurídica, não pode haver algo como a nulidade; que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos”.

Vemos então que, na doutrina de Kelsen, não existindo a nulidade, há duas modalidades de anulabilidade: a anulabilidade *ex nunc*, ou seja, a anulabilidade com efeito para o futuro, e a anulabilidade *ex tunc*, isto é, a anulabilidade com efeito retroativo. E é o próprio Kelsen que aplica essa colocação ao problema da lei inconstitucional. Porque, na colocação kelseniana, a lei inconstitucional não é nula, e sim a lei inconstitucional é anulável retroativamente. Ela está, então, naquela espécie da anulabilidade *ex tunc*, anulabilidade retroativa. Outra passagem da obra de Kelsen (*Teoria*, cit., p. 161) torna isso mais claro:

“Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma a que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade”.

A questão da natureza dos atos inconstitucionais reflete-se numa dificuldade trazida pela Constituição brasileira. Nos Estados Unidos, quando ocorre um conflito entre normas ordinárias e a norma constitucional, a Suprema Corte aplica a norma constitucional, e a norma que colide com a Constituição; a norma inconstitucional simplesmente deixa de ser aplicada, por força do precedente no sistema do *stare decisis*.

Mas, no Direito brasileiro, tal não se passa. De acordo com o art. 52, item X, da Constituição vigente, cabe ao Senado Federal, em face de uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre um ato inconstitucional, suspender a eficácia desse ato. E é exatamente em função desse preceito constitucional que essa polêmica entre a doutrina clássica e a doutrina kelseniana ganha interesse. Por que, se o ato inconstitucional é nulo e de nenhum efeito, parece estranho que se seja necessário suspender-lhe a eficácia. Ora, se é necessário suspender a eficácia de tal ato, será que no Direito brasileiro o ato inconstitucional é verdadeiramente um ato nulo e írrito? O problema, como se vê, é grave e difícil.

É preciso, ainda, acrescentar que, se a doutrina brasileira ensina, quase que pacificamente, que o ato inconstitucional é um ato nulo e írrito, isso colide com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Da Súmula n. 5, do Supremo Tribunal Federal, decorre exatamente uma tese incompatível com a nulidade do ato inconstitucional. A Súmula n. 5, com efeito, estabelece que a sanção convalida defeito de iniciativa reservada. É verdade que esta Súmula parece abandonada pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 1981, embora tenha tido uma aplicação isolada em 1993 (v. sobre isto o meu *Do processo legislativo*, n. 134).

Ora, o defeito de iniciativa é uma violação da norma constitucional. É um caso de inconstitucionalidade. Então, pergunta-se: como é possível a convalidação de um ato que seria nulo e írrito? De acordo com a doutrina, pelo menos a tradicional, ato nulo não se convalida. Não poderia, portanto, haver ratificação ou retificação de um ato nulo.

É preciso observar que a problemática da supremacia da Constituição está diretamente ligada à questão da rigidez constitucional. Porque, para Marshall, toda Constituição escrita trazia, *ipso facto*, sua supremacia sobre o restante do Direito. Assim, para Marshall, qualquer norma constitucional prevalecia sobre qualquer norma ordinária que com ela colidisse.

Mas, posteriormente, a doutrina jurídica veio distinguir, quanto à estabilidade das Constituições, dois tipos fundamentais: a Constituição rígida, que é aquela que somente pode ser modificada pelo

processo especial que ela própria prevê, e a Constituição flexível, que pode ser modificada pelo processo legislativo ordinário.

Haveria, ainda, o terceiro tipo: a semi-rígida, que seria uma Constituição em parte rígida e em parte flexível, como é o caso da nossa Carta de 1824, em decorrência do disposto no art. 178.

Mas é lógico que, dentro dessa distinção, que é aceita pela doutrina moderna, e que já era aceita no século XIX, ao tempo de Pellegrino Rossi, a supremacia da Constituição e a sua consequência, a inconstitucionalidade, apenas se aplica ao caso da Constituição rígida, apenas ao caso de Constituição que prevê um procedimento especial para a sua modificação. Tal não se aplica, evidentemente, ao caso de Constituição flexível, que é simplesmente modificada pela lei ordinária posterior. A Constituição do Reino da Itália, o chamado Estatuto Albertino, foi considerada uma Constituição flexível. Era uma Constituição escrita, mas flexível. Então, as leis ordinárias que dispunham de modo contrário ao seu texto eram entendidas como importando, exatamente falando, na revogação da norma constitucional anterior; portanto, importavam numa modificação da Constituição.

Toda esta problemática, portanto, só existe no campo da Constituição rígida, como é a Constituição dos Estados Unidos da América e como é a Constituição brasileira. Não se faz a colocação fora deste campo.

Diria até um observador realista das coisas que essa problemática verdadeiramente só se coloca onde está previsto um controle de constitucionalidade. Diria alguém, mais ainda, o controle eficaz de constitucionalidade da lei. Porque é óbvio, onde inexistente tal controle de constitucionalidade das leis, como era o caso da Constituição francesa de 1875, a Constituição é rígida, porém, na prática, flexível, porque as normas que contrariamente a ela dispunham eram regularmente aplicadas pelos tribunais.

Assim, também, onde não existe controle efetivo, a distinção se torna puramente teórica. Porque, da mesma forma, sendo ineficaz esse controle, o ato que colide com a Constituição prevalece sobre a Constituição.

BIBLIOGRAFIA

Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962. Ruy Barbosa. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

Capítulo II

EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO SOBRE A CONSTITUIÇÃO ANTERIOR

Sumário: 77. Cessação da eficácia. 78. Desconstitucionalização. 79. Crítica de Bastid à doutrina. 80. Opinião do autor.

77. Cessação da eficácia

Conforme já tivemos oportunidade de salientar anteriormente, a eficácia de um ato constituinte, o estabelecimento de uma Constituição importa, logicamente, na perda de eficácia da Constituição anterior. E, como consequência da perda de eficácia da Constituição anterior, temos, segundo a lição de Kelsen, exposta na *Teoria pura do direito*, a perda da validade da Constituição anterior (v. v. 2, p. 38 e s.). E isso é facilmente compreendido por quem tem presente a idéia-chave kelseniana de que “a eficácia é condição de validade da ordem jurídica”. Assim, pois, a eficácia de uma nova Constituição importa na perda de validade da Constituição anterior.

78. Desconstitucionalização

Mas, se isso é certo, globalmente falando, cabe uma indagação, que é exatamente a que nos leva à teoria da desconstitucionalização.

Há quem sustente que a perda de validade da Constituição anterior não significa a perda de validade de todas as normas contidas na Constituição anterior. Em outras palavras, certas normas pertencentes à Constituição persistiriam válidas; poderiam, portanto, produzir efeitos jurídicos, não mais, entretanto, como normas constitucionais e sim como normas ordinárias.

Essa teoria da desconstitucionalização foi elaborada pela doutrina francesa. E, na verdade, ela encontra uma aceitação profunda entre os principais constitucionalistas gauleses. Acha-se, por exemplo, uma exposição a respeito desta matéria no livro de Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*.

Mas essa tese não conta apenas com o apoio da doutrina francesa. No livro de Carl Schmitt, *Teoria da Constituição*, encontramos também o acolhimento da mesma opinião, exposta, aliás, de modo mais claro do que na doutrina francesa. De fato, para Carl Schmitt, é preciso distinguir a Constituição das normas constitucionais. A Constituição é a decisão política sobre o modo de ser de uma comunidade, enquanto as normas constitucionais são todas as regras inscritas no texto da Constituição. Para Carl Schmitt, a eficácia de uma nova Constituição importa na perda de eficácia da Constituição anterior enquanto decisão política fundamental, mas não há perda de eficácia de todas as normas presentes nesta Constituição e, especialmente, não daquelas normas que estão presentes naquela Constituição mas que não dizem respeito à decisão política fundamental.

A mesma doutrina é encontrada, embora com menor simpatia exposta, no pensamento italiano. No livro de Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, encontramos a acolhida desta tese, sem maior discussão. O mesmo encontramos no livro de Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*.

Para a doutrina, inclusive para o Conselho de Estado francês, há, portanto, certas regras presentes em Constituições que cessaram globalmente de ser eficazes (que, portanto, no raciocínio kelseniano, perderam a sua validade) que continuam válidas e continuam eficazes; ou seja, há regras que continuam válidas e assim eficazes apesar da cessação da eficácia da Constituição que as editou, mas como regras ordinárias.

O primeiro exemplo que a doutrina francesa apresenta está no art. 75 da Constituição do Ano VIII, que é a Constituição de 1799:

“Os agentes do Governo, outros que os ministros, só podem ser processados por fatos relativos às suas funções em virtude de decisão do Conselho de Estado. Neste caso, o processo tem lugar perante os tribunais ordinários”.

Como vemos, portanto, o processo dos agentes do governo perante os tribunais ordinários — por exemplo, em face dos tribunais criminais —, em razão desse dispositivo, dependeria de uma autorização do Conselho de Estado, que é um órgão administrativo. Esta regra é considerada como ainda válida e eficaz até hoje por essa doutrina que aceita a tese da desconstitucionalização. Essa regra não mais valeria como regra constitucional, mas valeria como regra ordinária. E, não tendo sido revogada por qualquer regra ordinária, estaria em vigor até hoje.

Outro exemplo trazido pela doutrina francesa está na Constituição de 1848. Seria o art. 5º desta Constituição: “A pena de morte é banida em matéria política”.

A abolição da pena de morte em matéria política seria, portanto, uma regra constitucional que teria subsistido apesar da perda de eficácia da Constituição de 1848.

79. Crítica de Bastid à doutrina

A propósito desta matéria, o Prof. Bastid faz um julgamento que parece correto. Ele observa que a doutrina da desconstitucionalização é confortável mas não lógica. Na realidade, o que ocorreria seria a escolha de certas regras de Constituição anteriores como normas que estariam ainda em vigor, para atender-se a fins políticos imediatos. Em razão disso, na opinião dele, teria havido uma verdadeira escolha de regras que estariam em vigor ou que não estariam em vigor; não haveria qualquer critério lógico que justificasse essa doutrina da desconstitucionalização.

Por motivos de circunstância, e especialmente por motivos políticos, os juristas teriam escolhido certas regras presentes em Constituições anteriores e declarado que as mesmas teriam persistido

válidas por esse fenômeno da desconstitucionalização. Assim, ele observa que o art. 5º da Constituição de 1848 teria sido lembrado mais tarde, quando se buscava impedir a imposição de pena de morte em matéria política. Assim, também, o art. 75 da Constituição de 1799 teria sido invocado, mais tarde, como justificação para que o Governo não aceitasse que funcionários públicos fossem processados criminalmente quando isso não lhe convinha.

80. Opinião do autor

Mas, apesar dessa crítica de Bastid, parece que essa doutrina não é de todo inaceitável. Isto porque ela pode encontrar sua base lógica numa distinção elementar e conhecida de todos; ou seja, é sabido que, numa Constituição formal, há normas que são materialmente constitucionais e há normas que são apenas formalmente constitucionais. As normas que são materialmente constitucionais são aquelas que dizem respeito à organização política formal do Estado, ou seja, forma de Estado, forma de governo, estruturação dos órgãos fundamentais, modo de escolha ou de designação para composição de tais organizações e o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, que operam como limite do poder público. E, ao lado dessas regras materialmente constitucionais, as Constituições conteriam outras regras, que não teriam matéria constitucional, que seriam apenas formalmente constitucionais. Por exemplo, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial, por tanto tempo presente na Constituição brasileira.

Em face dessa distinção, a doutrina da desconstitucionalização procede do seguinte raciocínio: a perda de eficácia da Constituição abrangeria apenas e tão-somente a perda de eficácia das normas materialmente constitucionais. O que fosse apenas formalmente constitucional, o que não tivesse a matéria constitucional, mas estivesse no corpo daquela Constituição, não sofreria a perda da eficácia como regra geral. Portanto, as normas apenas formalmente constitucionais da Constituição seriam simplesmente desconstitucionalizadas, seriam reduzidas a normas ordinárias. E então permaneceriam válidas, ou não, na mesma medida em que a legislação ordinária anterior a uma Constituição permanece válida ou não permanece válida. Per-

maneceriam válidas, se compatíveis com a nova Constituição. Tornar-se-iam ineficazes, se com ela incompatíveis. É o que se expõe no capítulo seguinte.

Na verdade, desde que se parta dessa idéia, da idéia de que numa Constituição há normas materialmente constitucionais e há normas apenas formalmente constitucionais e, portanto, desde que se restrinja a desconstitucionalização a regras formalmente constitucionais apenas, essa doutrina teria uma justificação lógica. É verdade que ela não teria uma aplicação rigorosa aos exemplos dados pela doutrina francesa, porque é extremamente discutível afirmar-se, por exemplo, que o art. 75 da Constituição de 1799 nada tem que ver com a organização política fundamental. Este, que é um dos dispositivos considerados “desconstitucionalizados”, condiciona não poderem agentes públicos ser processados por fatos relativos a suas funções, salvo anuência do Conselho de Estado.

Em resumo, todas as regras contidas numa Constituição, *stricto sensu*, são regras formalmente constitucionais. Mas dessas regras formalmente constitucionais, que são todas, algumas são materialmente constitucionais e outras não são materialmente constitucionais. Tornando-se eficaz uma nova Constituição, quais são seus efeitos sobre a Constituição anterior? Primeiro, ela importaria na perda de eficácia das normas materialmente constitucionais da Constituição anterior. Segundo, ela transformaria, em normas ordinárias, as normas apenas formalmente constitucionais da Constituição anterior. Ou seja, as normas não materialmente constitucionais da Constituição anterior permaneceriam, mas como leis ordinárias. E, permanecendo como leis ordinárias, poderiam mais tarde ser revogadas por leis ordinárias.

BIBLIOGRAFIA

Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962. Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris, Ed. Sirey, 1922. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional, s.d. Mortati. *Istituzioni di diritto pubblico*. 7. ed. Padova, Ed. Cedam, 1967. Cattaneo. *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*. Milano, Ed. Cisalpino, 1960.

Capítulo III

EFETOS DA CONSTITUIÇÃO SOBRE A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA ANTERIOR

Sumário: 81. A lógica da doutrina. 82. A prática contrária. 83. Os textos expressos. 84. O fenômeno da recepção. 85. Aplicação da recepção à matéria. 86. A repristinação.

81. A lógica da doutrina

Se raciocinarmos logicamente, facilmente chegaremos à conclusão de que toda legislação ordinária editada sob os auspícios de uma Constituição deverá acompanhar essa Constituição no seu destino. Em outras palavras, se a Constituição é a base da ordem jurídica, e, portanto, toda legislação ordinária editada durante a sua vigência deve ter nela o seu fundamento, a cessação da eficácia dessa Constituição, a perda portanto da eficácia dessa Constituição, como perda de base de toda essa ordem jurídica, deveria ter por resultado a perda de validade de toda essa ordem jurídica. A perda de validade da Constituição arrastaria consigo todas as normas editadas de conformidade com essa Constituição. Assim, a ordem jurídica começaria, rigorosamente falando, do zero, cada vez que uma nova Constituição se tornasse eficaz. A doutrina insiste nisso, nesse raciocínio lógico, porque, em realidade, uma lei é lei na medida em que foi elaborada segundo uma Constituição.

82. A prática contrária

Mas, se é lógico esse raciocínio, a prática é contrária ao mesmo. Na verdade, o que ocorre, sempre, é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes.

83. Os textos expressos

Isto ocorre, muitas vezes, em face de texto expreso, quando então não há maior dificuldade. Um exemplo de texto expreso a esse propósito está no art. 183 da Carta de 1937:

“Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição”.

E não é essa a primeira vez que isso acontece na história do Brasil. O Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, o ato institucional da revolução de 1930, tinha preceito equivalente no seu art. 4º:

“Continuam em vigor as Constituições Federal e Estaduais, as demais leis e decretos federais assim como as posturas e deliberações e outros atos municipais todos, porém, inclusive as próprias constituições, sujeitos às modificações e restrições estabelecidas por esta lei ou por decretos ou atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados na esfera de atribuições de cada um”.

Aliás, o art. 4º do Decreto n. 19.398 importa numa desconstitucionalização de todo direito constitucional anterior; uma desconstitucionalização, aqui, por força de texto expreso.

84. O fenômeno da recepção

Mas, se havendo texto expreso, como era o caso da Carta de 1937, plenamente está justificada a permanência da legislação anterior, essa permanência também é aceita no silêncio da Constituição,

como se reconheceu em face da Lei Magna de 1967, da Emenda n. 1/69 e da Constituição de 1988. E, por paradoxal que seja, essa persistência é encontrada até em casos de revoluções profundas. Assim foi na prática posterior à Revolução Francesa, como também na própria prática posterior à Revolução Russa. É exatamente o que Cattaneo (*Il concetto*, cit., p. 97) expõe. E cita, inclusive, o art. 5º do decreto sobre os tribunais soviéticos, que comprova essa tese. Esse decreto determina que as leis emanadas dos governos derrubados deverão ser consideradas válidas enquanto não forem abrogadas pela revolução ou se choquem com a consciência revolucionária e o sentimento de justiça.

Vemos, assim, que a legislação anterior à nova Constituição persiste, seja por determinação expressa, seja na falta de determinação expressa, desde que não seja incompatível com a Constituição nova. Ora, como é que isso se explica, porém, juridicamente?

Isso se explica pela tese da recepção, que é lembrada, a esse propósito, por Kelsen, no livro *Teoria generale del diritto e dello stato* (p. 119). O texto é extremamente claro e preciso:

“Se as leis emanadas sob a velha Constituição continuam a ser válidas sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. O fenômeno é um caso de recepção, similar à recepção do direito romano. O novo ordenamento recebe, isto é, adota certas normas do velho ordenamento. Isto significa que o novo ordenamento atribui validade, dá vigor a normas que têm o mesmo conteúdo das normas do velho ordenamento. A recepção é um procedimento abreviado de criação do direito. As leis que, segundo a linguagem corrente, inexistem, continuam a ser válidas, são, de um ponto de vista jurídico, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Essas não são idênticas às leis antigas, porque o seu fundamento de validade é diverso; o fundamento de sua validade reside na nova Constituição, não na velha, e entre as duas não existe continuidade, nem do ponto de vista de uma, nem do ponto de vista de outra. Portanto, não é apenas a Constituição, mas o ordenamento jurídico inteiro que muda com uma revolução”.

Ocorre, portanto, segundo Kelsen, uma recepção do direito anterior não incompatível com a nova Constituição. A legislação anterior permanece em vigor, mas com um novo fundamento, que é a nova Constituição. Como diz Mortati “ocorre uma novação de fontes”.

Isso, aliás, não é uma tese nova. Já está numa das obras clássicas da doutrina política, que é o *Leviatã*, de Hobbes (parte segunda, capítulo XXVI), texto, aliás, citado por Cattaneo (*Il concetto*, cit., p. 119). Hobbes diz, nesse capítulo do seu livro, que “o legislador não é apenas aquele por cuja autoridade as leis foram por primeiro feitas, mas também aqueles por cuja autoridade essas leis posteriormente continuam como leis”.

A lei, então, persistiria, apesar da substituição do legislador, apesar da substituição, portanto, de sua fonte. Elas seriam imputadas não apenas àqueles que historicamente as editam, mas também àqueles que posteriormente as aceitam como leis.

85. Aplicação da recepção à matéria

Mas a recepção do direito anterior só é possível quando é ele compatível com as normas da nova Constituição. Porque, logicamente, onde a nova Constituição dispõe, explícita ou implicitamente, de modo diverso, é impossível essa mesma recepção. Em consequência, o direito anterior incompatível com a nova Constituição perde a sua validade com a perda de eficácia da Constituição anterior. E não recobra validade com a eficácia da nova Constituição. Ao contrário, o direito anterior compatível com a nova Constituição perde a sua eficácia, mas a recobra instantaneamente com a nova Constituição. É o que está exatamente no texto de Kelsen. A nova Constituição importa na perda de eficácia de todo o direito anterior. Mas o direito anterior, que é compatível com essa nova Constituição, é por ela recebido e, portanto, recobra eficácia instantaneamente. Recobra eficácia tão instantaneamente que até se costuma dizer que as normas anteriores compatíveis com a Constituição continuam a ser válidas. Dizer-se que “continuam a ser válidas” é u'a maneira de dizer inexistente. Porque, exatamente, as normas anteriores não continuam a ser válidas, mas elas são renovadas pela recepção, pelo acordo com a nova Constituição.

Sublinhe-se que essa situação tem outras conseqüências importantes. Pode ocorrer, por exemplo, que a norma editada por uma Constituição colida com as normas ordinárias editadas sob Constituição anterior. Ora, em face dessa colisão, a norma ordinária perde eficácia. Para usarmos a linguagem usual, ela é revogada ou derogada pela nova Constituição. Mas pode suceder, como sucede, que mais tarde essa Constituição seja substituída por outra, perca eficácia em razão da eficácia de uma nova Constituição, cujas normas não seriam incompatíveis com a regra ordinária que perdeu eficácia do modo exposto. Em face disso, a norma ordinária recobraría validade? É o problema da repristinação.

86. A repristinação

Há um problema concreto no Direito brasileiro. O art. 126 da Carta de 1937 dispunha o seguinte:

“Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

No cerne, portanto, deste dispositivo da Carta de 1937 está a igualdade entre os filhos naturais e os filhos legítimos. No entanto, essa igualdade colidia, pelo menos, com três disposições do Código Civil brasileiro então vigente, e que são os arts. 358, 460 e 1.605, § 1º.

Em razão disso, Pontes de Miranda, no *Tratado de direito privado*, ensina que esses dispositivos do Código Civil perderam validade por força da Carta de 1937, e, por falta de efeito repristinatório, que só pode ser previsto expressamente, não recobram validade em face da perda de eficácia da Carta de 37, quando sobreveio a eficácia da Constituição de 1946. É a conclusão decorrente da própria Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro — Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 — que estabelece no § 3º do art. 2º o seguinte:

“Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Tais textos, portanto, os três dispositivos do Código Civil citados, não seriam mais válidos, não seriam mais vigentes e não seriam mais eficazes, mesmo perdida a eficácia da Constituição de 1937.

A tese é correta: o dispositivo de uma lei ordinária anterior a uma Constituição, que é incompatível com preceitos dessa Constituição, perdeu eficácia. Não a recobra, a menos que nova Constituição, que faça cessar a eficácia dessa Constituição revogadora, venha expressamente revigorá-lo. Sem isto, tal dispositivo não recobra validade, não recobra vigência, não recobra eficácia. A repristinação há de ser, sempre, expressa.

BIBLIOGRAFIA

Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. port. Coimbra, Ed. Arménio Amado, 1962; *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano, Ed. di Comunità, 1952. Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris, Ed. Sirey, 1922. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional, s.d. Mortati. *Istituzioni di diritto pubblico*. 7. ed. Padova, Ed. Cedam, 1967. Cattaneo. *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*. Milano, Ed. Cisalpino, 1960. Hobbes. *Leviatã*. Paris, Ed. Sirey, 1971. Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1967.

Capítulo IV

EFETOS DA CONSTITUIÇÃO SOBRE OS DIREITOS ADQUIRIDOS¹

Sumário: 87. Retroatividade das normas constitucionais. 88. Distinção entre “normas e matéria constitucional” e “normas e matéria não constitucional”. 89. Persistência de direitos adquiridos em matéria não constitucional.

87. Retroatividade das normas constitucionais

Esta é uma questão extremamente delicada que, em geral, é posta radicalmente. É tese extremamente difundida a de que as normas constitucionais, como normas de direito público, seriam retroativas e, portanto, não haveria direito adquirido que prevalecesse contra elas. Esta, aliás, é a opinião que predomina contemporaneamente: as normas constitucionais, como normas de direito público, seriam retroativas, e isso faria desaparecer os direitos eventualmente adquiridos que a elas não se adaptassem.

Mas esta tese tem sido criticada, como pode ser criticada. Alguns juristas brasileiros, inclusive, sustentaram, em mais de uma oportuni-

1. O texto deste capítulo é um primeiro questionamento do autor quanto ao problema dos direitos adquiridos em face de nova Constituição. É ele aqui mantido, mas com a ressalva de que a posição atual do autor é a que se exprime mais adiante, no Capítulo IV da Parte V deste livro. Em razão disto, o texto não foi atualizado, mas apenas corrigido algumas imperfeições.

de, opinião contrária. Para dar um exemplo, Clóvis Beviláqua, no seu livro *Teoria geral do direito civil* (n. 15), admite a persistência de direito adquirido em matéria de direito público. Por exemplo, no concernente a vantagens individuais de funcionários públicos, haveria direito adquirido apesar da superveniência de Constituição dispondo em contrário.

A respeito disso, é de se citar, também, um trabalho de Carlos Mário da Silva Velloso, intitulado “Funcionários públicos. Aposentadoria. Direitos adquiridos” (publicado na *Revista de Direito Público*, XXI:175).

A propósito disso, cumpre chegar a algumas conclusões objetivas a partir de um raciocínio lógico.

A tese de que as normas constitucionais são naturalmente retroativas deve ser encarada num âmbito restrito; ou melhor, é necessário, em primeiro lugar, verificar se a Constituição consagra ou não o princípio da irretroatividade das leis.

Como observa Carlos Mário, no artigo referido, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, haveria uma contradição se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra esse preceito. Logicamente, portanto, se a Constituição aceita a irretroatividade das leis, ela estaria em contradição com ela própria se, aceitando ou fixando a irretroatividade, dispusesse retroativamente.

Entretanto, cabe não confundir efeito retroativo (desfazimento *ex tunc* dos efeitos jurídicos de um ato) e *efeito imediato*. A nova Constituição não se pode recusar o efeito imediato, *ex nunc*. Pode ela, destarte, extinguir, para o futuro, uma situação definitivamente constituída. O mesmo se diga de Emenda Constitucional. É certo, porém, que a extinção da referida situação deve estar inofensivamente determinada na nova norma constitucional. Do contrário, impõe-se a persistência da situação estabelecida.

88. Distinção entre “normas e matéria constitucional” e “normas e matéria não constitucional”

Mas, sem embargo dessas observações, o ponto de partida para a análise deve ser de novo a distinção entre as *normas material-*

mente constitucionais e as *materialmente não constitucionais*, portanto, apenas formalmente constitucionais. Por quê? Porque os direitos eventualmente adquiridos em decorrência de *normas materialmente constitucionais* não poderiam persistir em face da mudança dessas normas materialmente constitucionais. Por exemplo, uma Constituição que atribui o direito de voto aos maiores de 18 e menores de 21 anos, perda sua vigência em razão de uma nova Constituição que eventualmente estabeleça como idade mínima para o direito de voto os 25 anos, ninguém poderia invocar direito adquirido a votar em razão da Constituição anterior.

Assim, em face das *normas materialmente constitucionais*, nenhum direito poderia persistir. Eis que tais normas constituem o cerne da estrutura política, que sem elas ruiria.

89. Persistência de direitos adquiridos em matéria não constitucional

Em face de normas cuja matéria não seja constitucional mas seja apenas formalmente constitucional, a situação é diferente. Eventuais direitos adquiridos em razão de normas apenas formalmente constitucionais de uma Constituição persistem sob a Constituição posterior. Não há o obstáculo acima apontado. Não são elas essenciais à estrutura do Estado.

A persistência ocorre, pois, salvo extinção expressa de tais direitos. Um exemplo de extinção expressa de tais direitos está no art. 196 da Emenda Constitucional n. 1/69:

“É vedada a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas, inclusive da dívida ativa”.

Mais freqüente, aliás, é a expressa conservação de direitos que haviam sido adquiridos anteriormente a Emenda n. 1/69, tanto adquiridos em face de normas constitucionais, quanto em face de normas ordinárias. O exemplo está na própria Emenda n. 1/69:

“Art. 194. Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos e titulares de escritório de justiça nomeados

até 15 de março de 1967, assim como a estabilidade de funcionários amparados pela legislação anterior àquela data”.

É também o caso do art. 177 do texto promulgado em 1967, disposição que provocou muita polêmica. Diz esse artigo:

“Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos e titulares de escritório de justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior”.

Mas vieram, com esse art. 177, dois parágrafos, um deles da maior importância, por ser relativo às condições de aposentadoria:

“§ 1º O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação”.

Aproximem isso com o que está na Lei de Introdução, quando esta conceitua o direito adquirido, no art. 6º, § 2º:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Decorre do texto citado que o funcionário que já havia preenchido as condições para aposentadoria, em face de um determinado regime jurídico, tinha direito a essa aposentadoria mesmo depois de esse regime jurídico desaparecer com a entrada em vigor da nova Constituição, em face da eficácia da nova Constituição. Este é um caso em que expressamente cuidou-se de preservar direitos adquiridos, ainda que concernentes a normas de direito público estabelecidas sob a Constituição anterior.

A Emenda n. 1/69, assim, teve a precaução de tomar expressa a persistência porque, na verdade, esta matéria tem sido muito pouco examinada no Direito brasileiro. O ponto-chave para solução desse problema, reitere-se, como para o problema da desconstituição

nalização, está na distinção entre normas formal e materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais. Feita essa distinção, há um fundamento lógico para a desconstitucionalização, como há um fundamento lógico para a persistência de direito adquirido em face da nova Constituição.

Com efeito, levando-se em conta a distinção, é perfeitamente lógico que se submeta a matéria não constitucional ao regime geral de irretroatividade, portanto, de persistência dos direitos adquiridos. Dessa forma, a retroatividade colheria apenas a matéria constitucional inserta nos dispositivos formais da Lei Magna. Poderia colher mais, tão-somente havendo regra expressa.

BIBLIOGRAFIA

Clóvis Beviláqua. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Ed. Ministério da Justiça, 1966. Carlos Mário da Silva Velloso. Funcionário público. Aposentadoria. Direito adquirido. *Revista de Direito Público*, XX/175.

PARTE III

O Poder Constituinte Instituído

SEÇÃO I

A Doutrina do Poder Constituinte Instituído

Capítulo I

NATUREZA E CARACTERES DO PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO

Sumário: 90. Instituição dos poderes pela Constituição. 91. Modalidades do Poder Constituinte instituído. 92. Natureza do Poder Constituinte instituído. 93. Colocação de Carl Schmitt. 94. Posição contrária de Burekhardt. 95. "Derivação", primeiro traço do Poder Constituinte instituído. 96. "Subordinação", segundo traço do Poder Constituinte instituído. 97. "Condicionamento", terceiro traço do Poder Constituinte instituído. 98. Confronto entre o Poder Constituinte instituído e o originário. 99. Condição de constitucionalidade.

90. Instituição dos poderes pela Constituição

O Poder Constituinte — que é normalmente qualificado de *originário*, exatamente para contraposição com o Poder Constituinte instituído — é o poder que estabelece a Constituição. Ao estabelecer

a Constituição ele institui poderes: normalmente, segue a tripartição clássica devida a Montesquieu, e assim institui o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que são outros tantos órgãos do Estado com competência determinada, com funções próprias.

91. Modalidades do Poder Constituinte instituído

Mas a Constituição não estabelece apenas esses poderes. Em regra geral, ela institui também um outro poder, que é o Poder Constituinte, usualmente denominado Poder Constituinte *instituído*, ou Poder Constituinte *derivado*. Há, então, normalmente, numa Constituição, obra do Poder Constituinte, a instituição não só dos chamados poderes do Estado, mas também de um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais.

Esse Poder Constituinte instituído manifesta-se, porém, de duas formas diferentes; ou, em outras palavras, há duas espécies de Poder Constituinte instituído. A primeira espécie de Poder Constituinte instituído, que é a mais comum, é a do poder que se destina a rever e a modificar a própria Constituição. Numa palavra, é o *poder de revisão da Constituição*.

Quando, no século XVIII, se pensou no estabelecimento das primeiras Constituições escritas, se supôs que era possível estabelecer uma organização que perdurasse para todo o sempre. Os primeiros que cuidaram desse tema estavam na ingênua suposição de que era possível estabelecer uma Constituição definitiva ou uma Constituição que não necessitasse ser modificada.

Mas desde as primeiras Constituições a prudência já levou à previsão do modo pelo qual e do órgão que se incumbiria de rever ou modificar a Constituição estabelecida pelo Poder Constituinte originário. O estabelecimento desse poder de revisão se destina, portanto, antes de mais nada, a sujeitar ao direito positivo a própria mudança da Constituição.

É evidente, por outro lado, que, quando se fala de poder de revisão, se presume que a Constituição escrita, onde ele é previsto, é uma Constituição rígida. É óbvio que não cabe falar em Poder Constituinte instituído de revisão onde a Constituição é flexível. De fato,

a Constituição flexível caracteriza-se exatamente por ser modificável pelo Poder Legislativo, pelo poder ordinário de estabelecimento de normas jurídicas. A Constituição flexível tanto pode ser histórica quanto pode ser dogmática; tanto pode ser escrita como não escrita. Embora, em regra geral, as Constituições escritas sejam rígidas, nem toda Constituição escrita é rígida. O exemplo clássico de Constituição escrita flexível é a Constituição do Reino da Itália, cuja modificação podia ser levada a efeito simplesmente pelo Poder Legislativo ordinário, simplesmente por meio da lei ordinária.

O poder de revisão assim só existe em relação às Constituições rígidas, aquelas Constituições cuja modificação tem um procedimento preordenado, um procedimento especial.

Desse modo, o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral, estabelece um Poder Constituinte instituído, que é um poder de revisão, o poder incumbido de adaptar a Constituição a eventuais situações novas.

Mas nos Estados Federais aparece uma outra modalidade de Poder Constituinte, que é também um Poder Constituinte instituído. É exatamente aquele poder que recebe da Constituição a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal, numa palavra, a Constituição do Estado-membro.

A segunda modalidade do Poder Constituinte instituído é, pois, aquela que tem por tarefa não modificar a obra do Poder Constituinte originário, mas completar a obra do Poder Constituinte originário, estabelecendo a Constituição dos Estados componentes do Estado Federal, aquelas coletividades dotadas de autonomia que são os Estados Federados. Isto é típico da federação por segregação, da federação que se produz a partir de um Estado Unitário.

Um exemplo bem claro do que se disse está exatamente no Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Este decreto, estabelecendo a República e a Federação, foi uma típica manifestação do Poder Constituinte originário. E ele próprio, já no art. 3º, prevê que cada Estado brasileiro estabeleceria oportunamente a sua Constituição. No art. 2º é estabelecido que:

“As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

E o art. 3º diz:

“Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

Isso, por sua vez, é reiterado na Constituição de 1891, no art. 63:

“Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União”.

O que ocorre, portanto, num caso como este, é o Poder Constituinte originário, o Poder que estabelece a Constituição, do todo, convocar Poderes Constituintes que vão estabelecer a organização das unidades que integram esse todo. O Poder Constituinte que estabelece a Constituição brasileira ao mesmo tempo convoca o Poder Constituinte nos Estados para que estes estabeleçam a organização dos Estados, respeitados, é lógico, os princípios constitucionais da União, os princípios básicos que devem manter a unidade nacional. Assim, importa sublinhar, o Poder Constituinte institui, em regra, um Poder, que é o Poder Constituinte de revisão. Mas nos Estados Federais institui um segundo Poder Constituinte, que é o Poder Constituinte instituído, mas destinado à organização das unidades componentes do Estado Federal.

Poder de revisão, Poder Constituinte dos Estados-membros são poderes instituídos. Pertencem ao mesmo gênero.

92. Natureza do Poder Constituinte instituído

Qual é a natureza do Poder Constituinte instituído?

A propósito da natureza do Poder Constituinte originário, fêria a discussão sobre se esse Poder era poder de direito ou de fato. É claro que em relação ao Poder Constituinte instituído não há a polémica. O Poder Constituinte instituído é um poder de direito, nin-

guém o nega. Em realidade, para o positivismo jurídico, o único Poder Constituinte suscetível de ser analisado juridicamente é o Poder Constituinte instituído. Desse fato resultam, freqüentemente, algumas confusões, como a aplicação, ao Poder Constituinte instituído, de certas qualificações que só cabem em relação ao Poder Constituinte originário. Por exemplo, a ilimitação do Poder Constituinte. Tem sentido a ilimitação do Poder Constituinte quando se fala do Poder Constituinte originário, na medida em que isso significa que esse Poder não está sujeito a regra de direito positivo. Mas não tem cabimento em relação ao Poder instituído, que obviamente tem de respeitar o seu estatuto.

93. Colocação de Carl Schmitt

O Poder Constituinte instituído é, assim, um dos poderes constituídos do Estado. Ordinariamente, quando falamos dos poderes constituídos, lembramos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Mas existe um outro poder constituído, que é exatamente o Poder Constituinte instituído. Esse Poder, conforme observa Carl Schmitt, tem uma competência legalmente regulada e, conseqüentemente, limitada.

94. Posição contrária de Burekhardt

É certo que se encontram autores que sustentam o contrário. Não falta quem sustente que o Poder Constituinte instituído não está sujeito a limitações, não está sujeito sequer às limitações previstas expressamente no texto que o estabelece. Esta é, porém, uma posição minoritária. Carré de Malberg, no 2º volume da sua *Contribution a la théorie générale de l'État* (p. 523, nota 17), analisa exatamente a doutrina exposta por um dos autores que sustentam a ilimitação desse Poder Constituinte instituído ou derivado, e que é a teoria de um autor suíço chamado Burekhardt.

95. “Derivação”, primeiro traço do Poder Constituinte instituído

Quais são os caracteres do Poder Constituinte instituído?

Segundo a doutrina são três esses caracteres.

Em primeiro lugar, o Poder Constituinte instituído é um poder *derivado*. Isto significa que ele retira sua força do Poder Constituinte originário, e não de si próprio, como ocorre com o Poder Constituinte originário. Para que se fixe bem, o Poder Constituinte originário se funda nele próprio; o Poder Constituinte derivado se funda no Poder Constituinte originário.

Ora, em razão desse primeiro traço característico decorrem os dois outros.

96. “Subordinação”, segundo traço do Poder Constituinte instituído

O segundo traço característico do Poder Constituinte derivado é a sua *subordinação*, ou seja, é um poder subordinado. Quando a doutrina menciona subordinação do Poder Constituinte derivado, quer dizer que esse poder é limitado pelas regras de fundo eventualmente estabelecidas pelo Poder Constituinte originário. Pelas regras de fundo, porque tanto podem ser esses limites explícitos, como também podem ser implícitos, segundo uma ponderável corrente doutrinária.

97. “Condicionamento”, terceiro traço do Poder Constituinte instituído

O terceiro traço característico do Poder Constituinte instituído é o seu condicionamento. É um poder condicionado. Tal significa que ele está sujeito às regras de forma estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, as regras concernentes ao modo pelo qual se há de fazer a modificação constitucional.

98. Confronto entre o Poder Constituinte instituído e o originário

Há interesse em sublinhar estes três traços característicos para fazer um confronto com os três caracteres do Poder Constituinte originário.

Quais são esses três caracteres?

Em primeiro lugar, o Poder Constituinte originário é um poder inicial; ele cria a ordem jurídica, não é criado pela ordem jurídica. É o contrário do que se dá com o Poder Constituinte derivado, que é criado pela ordem jurídica. O Poder Constituinte originário é dito ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária. O Poder Constituinte derivado ou instituído é um poder subordinado. O Poder Constituinte originário é incondicionado, porque pode manifestar-se dos mais diferentes modos, ou, por outras palavras, não tem um modo prefixado de manifestação. O Poder Constituinte instituído ou derivado tem um modo especial de manifestação, que é o modo previsto na Constituição.

99. Condição de constitucionalidade

Do exposto resulta que o Poder Constituinte instituído somente pode atuar estritamente de acordo com a Constituição que o estabelece. Sua obra, portanto, está sujeita, para ser válida, à condição de constitucionalidade. Assim, a violação de norma constitucional relativa a esse Poder importa na inconstitucionalidade do ato que editar. Em consequência, tal ato será nulo e írrito como o deve declarar o órgão para tanto competente.

BIBLIOGRAFIA

- Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional, s.d. Carré de Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

Capítulo II

LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

INSTITUÍDO

Sumário: 100. Limites de fundo. 101. Limites expressos. 102. Limites implícitos. 103. Colocação de Story. 104. Colocação de Cooley. 105. Colocação de Carl Schmitt. 106. Tese de Souza Sampaio. 107. Limitações naturais. Idéia de direito e eficácia.

100. Limites de fundo

O Poder Constituinte instituído, como poder constituído que é, apresenta limitações de fundo e limitações de forma. Ele é um poder subordinado, conforme se disse, portanto, está sujeito às limitações estabelecidas pela Constituição. Ele é condicionado e, assim, só pode-se manifestar pela forma fixada na Constituição.

É evidente, repita-se ainda uma vez, que só cabe esta colocação relativamente às Constituições rígidas.

Examinemos, em primeiro lugar, essas limitações de fundo, que são as que determinam a subordinação do Poder Constituinte instituído à Constituição.

A primeira observação que cabe a esse propósito é que existem limites expressos, e também limites explícitos ao Poder Constituinte instituído. Tais limites explícitos não só concernem ao poder de re-

são como também dizem respeito ao Poder Constituinte dos Estados-membros de uma Federação.

101. Limites expressos

A Constituinte de 1891 fornece um claro exemplo de limitações nesses dois campos, limitações tanto para o poder de revisão quanto para o Poder Constituinte dos Estados-membros. Quem examinar, na Constituição de 1891, as disposições concernentes à sua reforma, vai encontrar expressamente estabelecida nessa Constituição a proibição de emendas que se destinem a suprimir a Federação e a República. E, mais ainda, há até uma outra proibição, que não é repetida no Direito Constitucional atual, e que é a regra relativa à proibição de emendas que suprimem a igual representação dos Estados no Senado Federal. É o que se encontra estabelecido no art. 90, § 4º, da Constituição de 1891:

“Não poderão ser admitidos, como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”.

Temos, assim, uma limitação expressa, material ao Poder Constituinte de revisão. Este Poder poderia modificar a Constituição, mas não suprimir a República, suprimir a Federação ou, no caso de 1891, abolir a igualdade de representação dos Estados no Senado.

Mas, na Constituição de 1891, era igualmente previsto que cada Estado haveria de estabelecer a sua própria Constituição, pela qual se governaria, também está estabelecida a limitação a esse Poder Constituinte dos Estados. É o que decorre do art. 63 da Constituição de 1891:

“Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União”.

Isto significa que cada Estado teria a sua organização fixada numa Constituição logicamente estabelecida por um Poder Constituinte. Mas esse Poder Constituinte tinha uma limitação, que é a que decorre da obrigatoriedade do respeito aos princípios constitucionais da União.

Diga-se de passagem que a Constituição de 1891 não era expressa a propósito dos princípios constitucionais da União. E isso deu ensejo a que a Constituição do Rio Grande do Sul, que é o exemplo típico, adotasse uma organização profundamente diferente da organização adotada pelos demais Estados da Federação.

Esse fato, e outros ligados a ele, foram a fonte de inúmeros problemas constitucionais e políticos. Exatamente por isso, quando, em 1926, se adotaram emendas à Constituição de 1891, uma dessas emendas veio exatamente definir os princípios constitucionais da União, alterando o art. 6º da Constituição de 1891. É a partir dessas emendas que encontramos uma enumeração dos chamados princípios constitucionais sensíveis, enumeração essa feita a propósito da intervenção federal. São esses princípios a forma republicana, o regime representativo, o governo presidencial, independência e harmonia dos poderes etc.

Assim, a partir das emendas de 1926, adotou-se a técnica que está até hoje presente no nosso Direito Constitucional: a da enumeração dos princípios constitucionais sensíveis, no dispositivo da Constituição relativo à intervenção federal.

A subordinação do Poder Constituinte instituído significa, assim, que ele está obrigado a respeitar certas limitações de fundo, a respeitar certos limites expressos ou explícitos, como os que são enunciados no art. 60 da Constituição de 1988.

102. Limites implícitos

Mas o problema que se coloca, e que muito foi discutido e controvertido, é o problema relativo aos limites implícitos. Haveria, além desses limites expressos, limites implícitos ao Poder Constituinte instituído?

Esta matéria foi muito discutida pela doutrina, e vem debatida no Brasil, pelo Prof. Nelson de Souza Sampaio, num livro intitulado *O poder de reforma constitucional*.

Há na doutrina uma corrente que sustenta não existirem limites implícitos ao Poder Constituinte instituído. Salvo os limites expressos, o Poder Constituinte instituído pode tudo. Esta é a doutrina que

foi difundida nos Estados Unidos da América do Norte, por um dos ilustres constitucionalistas, que foi Willoughby; e a doutrina repetida por outros, por exemplo, o mexicano Ramirez. Mas a maioria da doutrina, inclusive Souza Sampaio, sustenta que existem limites implícitos ao Poder Constituinte instituído.

103. Colocação de Story

Talvez o primeiro que tenha formulado essa doutrina, ou seja, que tenha defendido a existência de limites implícitos, tenha sido um outro célebre constitucionalista americano, Joseph Story. Este se preocupou em sustentar que a Federação era inatingível por uma reforma constitucional nos Estados Unidos. (A Constituição americana só contém expressa a proibição de se alterar a igual representação dos Estados no Senado — art. V.)

Mas é evidente que impedir que os Estados tenham representação desigual no Senado não significa manter a Federação. Joseph Story, porém, sustentava que o Poder Constituinte derivado, no caso o poder de revisão, não poderia suprimir a Federação, porque a Federação seria defendida por um limite implícito a esse poder de revisão. E a sua argumentação decorre da intenção dos constituintes que, reunidos em Filadélfia, estabeleceram a Constituição de 1787.

104. Colocação de Cooley

Um outro constitucionalista americano, também muito citado pelos constitucionalistas brasileiros da Primeira República, por Ruy Barbosa, por exemplo, foi o jurista Thomas Cooley, que também veio a repetir essa doutrina ampliando-a até certo ponto. Ele sustentava que o poder de revisão tem limites implícitos, limites esses que derivam do espírito da Constituição, que derivam daquilo que Carl Schmitt depois chamou de “decisão política” inerente a uma Constituição.

Essa mesma tese é desenvolvida por um outro americano, chamado Marbury, não o Marbury do célebre caso — *Marbury versus Madison*, mas William Marbury, que escreveu um livro exatamente sobre esse tema.

105. Colocação de Carl Schmitt

Mais recentemente essa colocação foi particularmente desenhada por Carl Schmitt no seu livro, tantas vezes citado, que em espanhol se denomina *Teoría de la Constitución*. Para se entender, porém, o que ensina este autor, é preciso ter presente de novo a distinção que ele faz entre Constituição e lei constitucional. A Constituição, para ele, é a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política. As leis constitucionais são as normas contidas na Constituição, que simplesmente completam ou regulam essa decisão política fundamental. São normas por assim dizer instrumentais em relação à decisão política fundamental ou decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política. Em razão disso, sustenta Carl Schmitt que o Poder Constituinte instituído pode alterar as leis constitucionais, mas não pode mudar a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política. Isto porque essa decisão de conjunto seria, em última análise, a própria fonte do Poder Constituinte instituído. Tal decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política consistiria, portanto, numa limitação para o Poder Constituinte instituído, uma limitação que, mesmo quando não fosse expressa, existiria implícita.

É claro que, em face de uma Constituição que especifica as matérias relativamente às quais não pode operar-se a reforma constitucional, o problema muda de sentido.

Mas em relação a uma Constituição em que não haja tais limites expressos é que a argumentação de Carl Schmitt ganha uma importância bem maior. Carl Schmitt inclusive invoca, em abono de sua tese, a opinião de Sieyès no *Que é o Terceiro Estado?*, invocando a regra de que o poder delegado nada pode alterar nas condições da delegação, condições que tanto seriam explícitas quanto seriam implícitas.

106. Tese de Souza Sampaio

É preciso observar, por outro lado, que essa mesma tese sobre a existência de limites implícitos ao Poder Constituinte instituído foi suscitada no Brasil por volta de 1963, exatamente quando se argu-

mentava contra as reformas constitucionais que eram pretendidas pelo Presidente da República João Goulart. Essas reformas eram acusadas de levar à transformação do regime econômico e social brasileiro.

No seu livro *O poder de reforma constitucional* (p. 92 e s.), o Prof. Souza Sampaio faz uma análise detida de quais seriam os limites implícitos ao Poder Constituinte instituído, que ele chama de limites naturais do Poder Reformador. O primeiro limite implícito, na opinião de Souza Sampaio, é exatamente a manutenção dos direitos fundamentais do homem. Não poderia o Poder Constituinte derivado suprimir a enumeração dos direitos fundamentais do homem e garantias individuais. Isto, aliás, decorre explicitamente da Constituição de 1988 (art. 60, IV).

Em segundo lugar, o poder de revisão não poderia alterar as regras concernentes ao titular do Poder Constituinte, que é o povo. Então, não poderia uma Constituição, estabelecida em nome do Poder Constituinte do povo, alterar as regras concernentes ao titular desse poder, porque, como observa Souza Sampaio, estaria sendo realizada uma verdadeira fraude à Constituição. Por que fraude à Constituição? Porque, obviamente, o Poder Constituinte instituído não foi estabelecido para mudar a Constituição num ponto sensível ou tão delicado. Nessa colocação, o Prof. Souza Sampaio conta, indubitavelmente, com o apoio de Carl Schmitt: a transformação de monarquia para república, ou de república para monarquia não pode ser feita por meio de mera emenda constitucional. Carl Schmitt sustenta o mesmo em sua obra (cit., p. 121 e s.).

O segundo dos limites implícitos é, pois, a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte originário. Poderíamos até dizer, para que este aspecto ficasse mais claro, a inalterabilidade do titular da soberania.

O terceiro é a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte instituído, ou seja, a inalterabilidade de quem pode fazer a mudança da Constituição. Isso seria, na opinião de Souza Sampaio, como na opinião de Carl Schmitt, alterar as condições da delegação.

Nesse aspecto, essa limitação tem um alcance prático maior do que se suspeita. Há, inclusive, uma polémica jurídica a esse propósito. É a polémica francesa, em razão dos acontecimentos de 1940 e de 1958. Como é sabido, em 1940 a França sofreu uma derrota militar

perante os exércitos alemães. E quando o seu território estava parcialmente ocupado pelas forças alemãs, a Assembléia Nacional Francesa se reuniu e estabeleceu uma alteração na organização constitucional francesa. É o ato constitucional que foi a base do chamado Governo de Vichy, o governo do Marechal Pétain.

Depois do fim da guerra, especialmente, muito se discutiu a validade dessa alteração constitucional. E, para condenar essa alteração constitucional, invocou-se a limitação implícita ao Poder Constituinte de revisão. Limitação implícita, porque não havia na chamada Constituição de 1875 nenhuma limitação expressa ao poder de revisão.

O interessante, porém, é que a história até certo ponto se repete, e se repete na França, porque em 1958 as coisas se passaram da mesma forma. Em maio de 1958, em virtude de acontecimentos na Argélia, o General De Gaulle foi chamado a assumir o Poder. Foi investido como Presidente do Conselho de Ministros, segundo a Constituição francesa de 1946. Mas o General De Gaulle supunha que era impossível salvar a França mais uma vez sem que fosse feita uma reforma constitucional. E ele colocou exatamente a admissão dessa reforma constitucional como uma das condições para aceitar o Poder.

Na verdade, ele estava em condições de fazer exigências, porque se a Assembléia Nacional não as aceitasse por bem, certamente, ele assumiria o Poder da mesma forma, só que em outros termos. Nesse exato período, os exércitos franceses, na Argélia, que eram a maioria do Exército francês, estavam totalmente contra o Governo Central.

Em razão disso, como se expôs acima (n. 28), o Governo presidido pelo General De Gaulle foi incumbido de estabelecer um projeto de Constituição, respeitadas determinadas bases, ouvido o Conselho de Estado e uma Comissão Constitucional, que foi então instuída. Estabelecido esse projeto de Constituição, se fosse aprovado pelo povo francês num *referendum*, se transformaria numa nova Constituição. Tal projeto foi aprovado no *referendum* e se transformou na Constituição francesa em vigor, que é a Constituição de 1958.

Ora, se se analisar juridicamente o que aí ocorreu, ter-se-á presente que a Assembléia Nacional francesa, por essa lei de 3 de junho de 1958, alterou exatamente o titular do Poder Constituinte instituí-

do. E, na verdade, fez mais do que isso, porque alterou as regras constantes da Constituição de 1946, sobre a forma pela qual se operaria qualquer reforma constitucional.

Desnecessário dizer que a mesma questão foi de novo suscitada. A validade dessa alteração foi novamente discutida. Mas obviamente não prevaleceu.

Assim, embora o Prof. Souza Sampaio sustente — como sustentam outros autores — que o Poder Constituinte derivado há de respeitar o Poder Constituinte originário, quanto à fixação do titular desse poder de revisão, a experiência francesa mostra o contrário.

O quarto limite implícito, que o Prof. Souza Sampaio aponta, é exatamente a proibição da alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional. Este último limite, que também é apontado por doutrinadores estrangeiros, como Alf Ross, já foi muito discutido no Brasil.

Quanto a este ponto, polêmica se travou no Brasil. Em 1977, pela Emenda Constitucional n. 8, de 14 de abril, foi alterado o art. 48 da Constituição brasileira, para que, em vez da maioria de 213 em cada Casa do Congresso Nacional, bastasse a maioria absoluta para a aprovação de emenda constitucional. Sustentaram alguns a invalidade dessa mudança, invocando o limite implícito que Souza Sampaio aponta. A objeção, todavia, não prosperou.

A Emenda Constitucional n. 22, de 29 de junho de 1982, restabeleceu a exigência da maioria de 2/3. A seu propósito não houve polêmica.

Igualmente, quando, em vista da elaboração de nova Constituição, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 26/85, que mudava o procedimento de alteração da Constituição, não houve a invocação do referido limite.

Em face dos precedentes, pode-se dizer que a prática brasileira coonest a alteração do procedimento de mudança da Constituição.

107. Limitações naturais. Idéia de direito e eficácia

Juristas existem, por outro lado, que entendem haver limites naturais à atuação do Poder Constituinte. Estes resultariam da idéia

de direito que condicionou a própria eficácia da Constituição. Con- sistiria essa idéia de direito um limite implícito do Poder Constituin- te derivado.

A tese da limitação implícita do Poder Constituinte derivado tem sua lógica, em abstrato, mas difícil de ser precisada nos seus aspectos concretos. Em outras palavras, é mais fácil aceitar a existên- cia desses tais limites implícitos do que enunciar quais sejam eles. Evidentemente, dizer que esses limites implícitos são os limites na- turais que condicionam a eficácia da Constituição seria formular uma observação aceitável para praticamente todos, mas muito pouco esclarecedora da realidade concreta dos fatos.

A opinião clássica é a de que a Constituição era simplesmente o documento no qual haveria de estar contida a base da organização político-jurídica. Mas, a partir da Primeira Guerra Mundial, as Cons- tituições não se limitaram a estabelecer a organização política e jurí- dica; elas contêm, também, as bases da organização econômica e so- cial. E a partir dessa colocação é que vem a argumentação de Souza Sampaio, a argumentação de que, se existem limites implícitos no tocante à organização política, haveria também limites implícitos no tocante à organização econômica e social. Esses limites implícitos também estariam fora do alcance do Poder Constituinte de reforma.

BIBLIOGRAFIA

Nelson de Souza Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. Bahia, Livr. Progresso, 1954. Carl Schmitt. *Teoria de la Constitución*. Trad. esp. México, Ed. Nacional. s.d. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de di- reito constitucional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006. *Comentários à Cons- tituição brasileira*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1986.

SEÇÃO II

Poder Constituinte de Revisão

Capítulo I

A REVISÃO CONSTITUCIONAL E SEU PROCEDIMENTO

Sumário: 108. Conceito de Poder Constituinte de revisão. 109. Caracteres essenciais. 110. O procedimento. 111. Iniciativa. 112. Deliberação. 113. O Poder Constituinte de revisão na Constituição de 1824. 114. A Constituição de 1891. 115. A Constituição de 1934. 116. A Carta de 1937. 117. A Constituição de 1946. 118. A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1/69. 119. A Constituição de 1988.

108. Conceito de Poder Constituinte de revisão

O poder de modificar a Constituição de acordo com a Constitui- ção, ou seja, pelo procedimento por ela estabelecido e dentro dos limites que ela estabelece, é diferentemente designado pelos estu- diosos. Sobre isto se voltará adiante (v. n. 110 e s.). Mas aqui se prefere chamá-lo de poder de revisão.

O Poder Constituinte de revisão é aquele poder inerente à Constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que ela estabelece. Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, a permitir a mudança da Constituição, a adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte originário. Não é outro senão este o objetivo do Poder Constituinte de revisão: permitir a modificação da Constituição dentro da ordem jurídica, sem uma substituição da ordem jurídica, sem a ação, quase sempre revolucionária, do Poder Constituinte originário.

109. Caracteres essenciais

O Poder Constituinte de revisão apresenta, como salientamos a propósito do Poder Constituinte instituído, três caracteres. É ele um poder *derivado*, criado por outro poder, que é o Poder Constituinte originário. Enquanto o Poder Constituinte originário, como já vimos anteriormente, se cria por si próprio, o Poder Constituinte de revisão é criado pelo Poder Constituinte originário. Dessa situação, dessa derivação resultam os dois outros caracteres do Poder Constituinte de revisão. Por um lado, é ele um poder *subordinado*, isto é, deve ele obedecer às prescrições de fundo estabelecidas como limitação ao seu alcance, pela Constituição. Por outro lado, esse poder é *condicionado*, ou seja, é subordinado a um procedimento rígido, obrigatório, que é estabelecido na própria Constituição, para a sua própria modificação. É esse procedimento que vamos examinar, brevemente, a seguir.

110. O procedimento

Cumprido, portanto, estudar em direito comparado o procedimento pelo qual são estabelecidas as revisões constitucionais, as modificações da Constituição dentro da própria ordem constitucional.

A primeira observação que deve ser feita a esse propósito é a de que o procedimento de revisão constitucional obedece a uma forma paralela à do procedimento legislativo comum, que é aquele pelo qual se estabelecem as leis ordinárias.

No procedimento legislativo, distinguimos determinadas fases. Duas delas, nós encontramos nitidamente nas revisões constitucionais. Uma, é a fase introdutória. Outra, é a fase deliberativa.

111. Iniciativa

A fase introdutória é a iniciativa, a proposição da emenda. Examinemos, então, esta fase. A propósito da iniciativa, podemos distinguir, em direito comparado, determinados modelos ou determinados tipos. O primeiro modelo é o daquelas Constituições que não distinguem entre a iniciativa legislativa comum, a iniciativa legislativa no plano da lei ordinária e a iniciativa de emendas constitucionais. Um exemplo de Constituição que observa esse modelo é o da Constituição da República Federal Alemã. Na chamada Lei Fundamental de Bonn, encontramos no art. 79, combinado com o art. 76, a regra de que as emendas constitucionais podem ser propostas por todos aqueles que têm o poder de propor o estabelecimento de uma lei ordinária; ou seja, esse poder é atribuído ao Governo Federal, que no caso é o Conselho de Ministros e não o Presidente da República, aos membros do Parlamento e ao Conselho Federal, que faz as vezes de Senado.

Outro modelo, encontramos-lo na Constituição francesa de 1958. Nesta Constituição, segundo o art. 89, a iniciativa das emendas constitucionais pertence ao Presidente da República e aos membros do Parlamento. O chefe do Governo, que é o Primeiro-Ministro, não tem a iniciativa de emendas constitucionais. É verdade que o art. 89 da Constituição francesa estabelece que o Presidente da República apresentará projetos de emenda por proposta do Primeiro-Ministro. Mas isto não afasta, juridicamente, a apreciação que fizemos, porque o Presidente do Conselho de Ministros, que é o Primeiro-Ministro, não tem por si próprio o poder de propor emendas à Constituição. E, politicamente, sabemos que na França, hoje, a preponderância do Presidente da República é indiscutível, de tal sorte que o Primeiro-Ministro é um mero auxiliar seu.

Outro modelo é aquele em que se vê o poder de apresentar emendas à Constituição, a iniciativa em matéria constitucional, deferida ao legislador federal, ao membro do Parlamento e ao povo também. Este modelo é encontrado na Constituição suíça, que prevê, assim, a

iniciativa popular em matéria constitucional. Note-se que ela não prevê a iniciativa em matéria legislativa ordinária, mas apenas em matéria constitucional. Segundo o art. 120 da Constituição suíça em vigor, 50 mil cidadãos suíços podem apresentar projeto de emenda à Constituição, projeto esse que deverá ser submetido a deliberação, conforme estudaremos no momento oportuno.

Nos Estados Unidos, encontramos uma solução diferente desta. Na Constituição americana de 1787, as emendas constitucionais podem proceder do Congresso, como também dos Estados-membros da Federação. O art. 5º desta Constituição estabelece que as emendas podem ser apresentadas tanto pelos membros do Congresso como pela maioria dos Estados componentes da Federação americana, ou, precisamente, por 2/3 dos Estados componentes da Federação americana.

Em outros países, encontramos a proposição de emendas à Constituição sujeita a um procedimento mais complexo ainda. É o caso da Constituição da Holanda, pela qual a proposta de emenda constitucional deve ser objeto de uma lei votada pelo Parlamento e sancionada pelo Monarca. E, uma vez aprovada essa lei, proposta portanto a emenda, automaticamente o Parlamento se dissolve, convocando-se novas eleições. Com isso se pretende que o novo Parlamento venha investido de poderes especiais, recebidos do povo, para apreciar a proposta assim apresentada.

112. Deliberação

Seria muito difícil reproduzir as diferentes variantes que o Direito Constitucional mostra a propósito da deliberação a respeito das emendas constitucionais. Vamos distinguir os modelos mais importantes para uma análise um pouco mais longa.

Quanto à deliberação, encontramos um primeiro rol de Constituições que vincula a aprovação da emenda a uma maioria qualificada; ou seja, essas Constituições essencialmente separam o procedimento de emenda à Constituição do procedimento de adoção de lei ordinária por exigirem para a adoção de emenda uma maioria mais difícil de obter do que a simples maioria necessária para a adoção de leis or-

dinárias. Para tais Constituições *basta* a maioria qualificada para a aprovação da emenda.

Neste caso, está exatamente a Constituição holandesa, que exige, para a aprovação da emenda, proposta pela lei ordinária, a maioria de 2/3.

Constituições há, porém, que reclamam uma ratificação da aprovação, seja pelo povo, seja, nas Federações, pelos Estados-membros.

Pelo povo, é o caso da Constituição francesa de 1958. Esta reclama, no art. 89, a maioria simples do Parlamento, mas exige que a emenda aprovada por maioria simples, pelo Parlamento, seja submetida a *referendum* popular, à manifestação direta do eleitorado.

Outro modelo interessante é o da Constituição italiana em vigor. Nesta — art. 138 — se a emenda for aprovada por maioria de 2/3 das duas Casas do Parlamento, é dispensado o *referendum*. Mas se a emenda obtiver apenas a maioria absoluta, deverá ser sujeita ao *referendum* popular.

Encontramos ainda na Constituição italiana uma previsão que merece ser sublinhada. É a previsão do chamado *referendum* abrogatório. Segundo o art. 138 da Constituição, 500 mil eleitores podem reclamar que uma emenda constitucional seja submetida a manifestação popular no prazo de três meses depois de sua publicação. Assim, de certa forma, toda emenda à Constituição italiana está submetida à condição de que não seja reclamado o *referendum*. Mas pode também ser reclamado por cinco Conselhos Regionais e também por 1/5 dos membros de qualquer uma das Câmaras componentes do Parlamento italiano.

Essa Constituição italiana é também uma das poucas que se propõem a prever no seu próprio texto, ainda no seu art. 138, a exigência de várias discussões, no caso, de duas, para a aprovação de emendas constitucionais. Solução equivalente tínhamos na Constituição francesa de 1946.

A ratificação pelos Estados-membros tem como primeiro exemplo a Constituição americana de 1787, no seu art. 5º. No exame desse artigo, vemos que, no Direito americano, a aprovação, no âmbito do Congresso, de uma emenda constitucional, reclama a votação de 2/3 dos membros de ambas as Casas do Congresso. E, na verdade, ainda

assim, essa emenda aprovada por maioria qualificada, somente vai entrar em vigor depois de ratificada pela Legislatura ou por Convenções reunidas em 3/4 dos Estados.

Na Constituição suíça, para resguardo dos Estados componentes da Federação, a aprovação de emendas depende não só da manifestação da Assembléia, mas depende também da ratificação da decisão tomada, conforme o art. 123 estabelece, pela maioria dos cidadãos suíços. Portanto, depende da aprovação, num *referendum* popular. Mas depende ainda mais, porque depende também da aprovação da maioria dos cantões. A maioria dos cantões é determinada atribuindo-se a cada cantão um voto e a cada meio cantão meio voto. Tal voto é atribuído segundo a maioria dos votos populares no cantão ou no meio cantão.

Na vida constitucional francesa, na prática introduzida pelo General De Gaulle, encontramos o mesmo praticamente. O art. 11 da Constituição francesa vigente autoriza o Presidente da República, por proposta do Governo ou por proposta das Assembléias, a submeter a *referendum* projetos de lei sobre a organização dos poderes públicos, sobre acordos de comunidade e sobre a ratificação de tratados. Com base nesse dispositivo, e especialmente com base na referência feita por esse dispositivo a projeto de lei sobre a organização de poderes públicos, o General De Gaulle entendeu que esse era o caminho para modificações constitucionais, e, assim, submeteu a *referendum* popular projeto de modificação da Constituição, como meros projetos sobre a organização de poderes públicos.

Não há dúvida que todo projeto de emenda à Constituição é relativo aos poderes públicos. Mas também não há dúvida que o art. 11 da Constituição não tinha, pelo menos na intenção dos seus redatores, o alcance que lhe foi dado pelo General De Gaulle.

113. O Poder Constituinte de revisão na Constituição de 1824

Cumprido, neste capítulo, examinar o procedimento de adoção de emendas constitucionais no Direito brasileiro, desde a Constituição de 1824 até os dias que correm.

A Constituição de 1824 era uma Constituição semi-rígida, que, como já vimos, é aquela que em parte é rígida e em parte é flexível.

Na sua parte flexível ela pode ser modificada pela lei ordinária. Na sua parte rígida, ela só pode ser modificada por um procedimento especial.

A semi-rigidez da Carta de 1824 decorre do art. 178. Neste lemos o seguinte:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias”.

As “formalidades referidas”, às quais faz menção esse dispositivo, são as previstas pelos arts. 175, 176 e 177 da Constituição. Esses dispositivos resultam da adoção de emendas à Constituição do Império era extremamente complexa.

Em primeiro lugar, como ocorre com a Constituição holandesa, as emendas só eram consideradas como propostas e, portanto, prontas para deliberação, depois de contidas numa lei ordinária. De fato, segundo o art. 174 da Constituição, as emendas constitucionais deviam ter origem na Câmara dos Deputados e, para serem objeto de deliberação — deliberação sobre a sua proposição — era necessário o apoio de 1/3 da Câmara dos Deputados. Depois, a proposta seria submetida à deliberação da Câmara dos Deputados e, a seguir, à sanção do Imperador. O projeto não era submetido ao Senado. Transmido o projeto em lei, pela sanção do Imperador, e promulgado esse projeto, se estabeleceria que, ao se elegerem os deputados para a legislatura seguinte, estes receberiam poderes especiais para então se manifestarem sobre a emenda proposta. A diferença em relação ao exemplo que demos da Constituição holandesa está em que a aprovação da lei de proposição da emenda não importava automaticamente na dissolução da Câmara dos Deputados. Como se vê, no Império não se tinha pressa em reformar a Constituição; somente na legislatura seguinte é que a emenda viria a debate e seria ou não aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo então dispensada a sanção do Imperador. Esse procedimento foi seguido uma vez, no Império, para a elaboração do chamado Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, à Constituição do Império, ato que, na verdade, é uma emenda constitucional.

114. A Constituição de 1891

A Constituição de 1891 simplificou um pouco a adoção de emendas à Constituição. Ela regula essa matéria no art. 90. Por esse texto, a iniciativa das emendas pertence a 1/4 de qualquer das Câmaras — é a iniciativa portanto um ato coletivo — ou a 2/3 dos Estados-membros, manifestando-se a vontade destes pelas Assembleias Legislativas estaduais, no prazo máximo de um ano.

Vê-se, então, como esta Constituição se inspirou na Constituição americana, atribuindo a iniciativa também aos Estados-membros da Federação. Verdade que esta é uma idéia absolutamente inútil, porque, evidentemente, é muito mais difícil obter-se o acordo de 2/3 dos Estados, por suas Assembleias Legislativas, no prazo de um ano, do que encontrar 1/4 do número total dos Senadores que tenham bastante benevolência para apresentar o projeto de emendas.

Quanto à deliberação, a Constituição de 1891 exigia três discussões e a maioria de 2/3, maioria qualificada portanto, em cada Câmara, em cada uma dessas discussões.

115. A Constituição de 1934

A mais inovadora de nossas Constituições, nesse campo, é a Constituição de 1934. Esta Constituição regula a matéria no art. 178. Ela começa por distinguir entre emenda e revisão constitucional, expressões usadas normalmente como sinônimas. Na Constituição de 1934, porém, há distinção entre a emenda e revisão, e uma distinção que repercute na matéria e no procedimento.

O texto reserva à revisão a alteração de normas que supõe primordiais. Ou seja, as que modificariam a estrutura política do Estado (arts. 1^a a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (caps. II, III e IV do Título I; o cap. V, do Título I; o Título II, o Título III — a Declaração de Direitos, bem como alguns artigos — 175, 177, 181 e o próprio art. 178). Caberia modificação por Emenda quanto ao restante.

Esta distinção repercute no procedimento.

A emenda constitucional exigiria, quanto à iniciativa, o apoio de 1/4 dos membros ou da Câmara dos Deputados, ou do

Senado Federal; ou de mais da metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades pela maioria da Assembleia respectiva.

Já no caso de revisão a proposta reclamaria o apoio de 2/5 dos membros da Câmara ou do Senado, ou de 2/3 das Assembleias estaduais.

Igualmente, distinção havia quanto à deliberação.

A aprovação de uma emenda reclamava duas deliberações por maioria absoluta, em dois anos consecutivos, ou a maioria de 2/3 em duas deliberações, sem necessidade portanto de esperar o outro ano. A revisão, porém, exigia três deliberações, três discussões, em duas sessões, na forma fixada para cada caso, e sempre reclamava a maioria absoluta de votos.

116. A Carta de 1937

Na Carta de 1937, a matéria era regulada pelo art. 174. A Carta de 1937 tem uma peculiaridade: é a primeira Constituição brasileira republicana que prevê a iniciativa do Presidente da República em matéria de emenda constitucional. As emendas constitucionais poderiam provir do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados. A origem das emendas também tinha influência sobre o procedimento para a sua aprovação. É interessante mostrar.

O projeto de emenda, quando de iniciativa do Presidente da República, devia ser votado em bloco pelas duas Câmaras do Congresso, e exigia a maioria simples de votos para ser aprovado. A esse mesmo procedimento estaria sujeita a emenda originada da Câmara que tivesse a aquiescência do Presidente da República. O projeto de emenda de iniciativa da Câmara dos Deputados, sem aquiescência do Presidente da República, exigiria, para ser aprovado, o voto da maioria absoluta das duas Câmaras; o projeto seria enviado à sanção pelo Presidente da República. Este poderia, porém, no prazo de trinta dias, devolvê-lo à Câmara dos Deputados, pedindo que fosse submetido a nova tramitação. E a nova tramitação só poderia ocorrer no curso da legislatura seguinte. Da legislatura, não houve engano; não é da sessão legislativa seguinte; é da legislatura. Se, na legislatura seguinte, o

projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados fosse ainda aprovado, o Presidente da República poderia submeter esse projeto a um plebiscito, e ele só se transformaria em lei constitucional se aprovado no plebiscito. Por outro lado, se uma emenda, de iniciativa do Presidente da República, fosse rejeitada no Congresso, o Presidente da República poderia submeter o projeto ao plebiscito nacional — plebiscito nacional, expressão da Constituição — e então ele estaria aprovado se obtivesse a maioria nacional.

117. A Constituição de 1946

A Constituição de 1946 regulava esta matéria no art. 217. A iniciativa era atribuída a 1/4 da Câmara dos Deputados ou 1/4 do Senado e mais da metade das Assembléias Legislativas estaduais.

O Ato Institucional n. 2/1965 é que, por primeiro, previu a iniciativa por parte do Presidente da República.

Quanto à deliberação, essa Constituição previa dois procedimentos. Um era o procedimento para o caso de o projeto obter apenas a maioria absoluta e não a maioria de 2/3 das Casas do Congresso. O projeto estaria aprovado por maioria absoluta se obtivesse essa maioria nas duas Casas do Congresso em duas discussões em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas, como se vê no § 2º do art. 217. Mas ele seria aprovado na mesma sessão legislativa, em duas discussões, por maioria de 2/3.

Vê-se, então, que não havia qualquer diferença em relação à origem dos projetos.

118. A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1/69

A Constituição de 1967 (art. 50) conferiu a iniciativa de Emenda aos membros da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ao Presidente da República e às Assembléias Legislativas dos Estados. A Emenda n. 1/69 (art. 47) suprimiu, todavia, a iniciativa destas últimas.

A iniciativa de deputados ou senadores era um ato coletivo. No texto de 1967, a proposta deveria ser subscrita por 1/4 dos deputados

ou senadores. O texto de 1969 reclamava 1/3. Mais tarde, a Emenda n. 8/77 veio a reclamar, cumulativamente a exigência, de modo que a iniciativa dependeria da assinatura de 1/3 dos deputados mais 1/3 dos senadores.

Isto deveria dificultar a apresentação de projetos de emenda constitucional, mas o empecilho veio a ser contornado pelas assinaturas de mero “apoio” (o que significa, na praxe parlamentar, que o signatário não dá o seu apoio ao conteúdo da proposta, mas, por uma cortesia, colabora para o atendimento da exigência formal).

Quanto à deliberação, no texto de 1967 e no da Emenda n. 1, deveria ela dar-se no prazo de sessenta dias, sob pena de rejeição tácita, com o conseqüente arquivamento. A Emenda n. 22, de 29 de outubro de 1982, suprimiu essa exigência, depois de haver a Emenda n. 8, de 1977, ampliado tal prazo para noventa dias. A maioria exigida era a absoluta dos membros de cada Casa do Congresso Nacional no texto de 1967. A Emenda n. 1 a elevou para 2/3. A Emenda n. 8, de 1977, a reduziu novamente para maioria absoluta. E a Emenda n. 22, de 1982, restabeleceu a maioria de 2/3 em cada uma das Câmaras do Congresso.

119. A Constituição de 1988

Na Constituição em vigor, a iniciativa de Emenda é regida pelo art. 60.

Dele decorre poder propô-la o Presidente da República (inciso II), como já estava no direito anterior.

Além deste, também o pode fazer 1/3, no mínimo, dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (inciso II). Nisto, voltou-se ao previsto originariamente pela Emenda n. 1/69, abandonando-se a exigência de que houvesse necessariamente entre os subscritores da proposta membros das duas Câmaras.

Isto exclui a apresentação de proposta por deputados e senadores conjuntamente? Na teoria, parece-me que não; na prática, sim. De fato, se a proposta é de deputados e senadores deverá o número de assinaturas corresponder a 1/3 dos membros do Congresso Nacional, o que é relativamente elevado.

Em terceiro lugar, restaurou-se a possibilidade de apresentação de propostas de Emenda por parte das Assembléias Legislativas Estaduais (inciso III) que fora suprimida pela Emenda n. 1/69. O texto vigente admite-o, condicionando, todavia, a proposta ao apoio de mais da metade das Assembléias Legislativas Estaduais, deliberando cada uma destas pela maioria relativa de seus membros. Trata-se de norma provavelmente inútil, pois será sempre mais fácil obter a assinatura de 1/3 de membros do Congresso Nacional — ainda mais com a prática do “apoioamento” — do que seguir este caminho.

A aprovação da Emenda reclama hoje o voto de 3/5 dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional.

BIBLIOGRAFIA

Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006; *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2002; *Comentários à Constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1986; *Comentários à Constituição de 1988*. v. 1, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

Capítulo II

LIMITAÇÕES À REVISÃO CONSTITUCIONAL

Sumário: 120. As limitações implícitas. 121. As limitações explícitas. 122. As limitações circunstanciais. 123. As limitações materiais. 124. As limitações temporais.

120. As limitações implícitas

Como tratamos dos limites do Poder Constituinte instituído, de modo geral, já discutimos uma questão que interessa a esta matéria, qual seja, o problema das limitações implícitas ao poder instituído. Não vamos voltar a essas limitações. Vamos examinar apenas as limitações explícitas ao Poder Constituinte.

121. As limitações explícitas

Para maior facilidade de exame, podemos agrupar essas limitações explícitas em três espécies:

- limitações circunstanciais;
- limitações materiais; e
- limitações temporais.

122. As limitações circunstanciais

Limitações circunstanciais são aquelas que buscam, como o próprio nome sugere, impedir a modificação da Constituição em cer-

tas circunstâncias especiais, diríamos até em certas circunstâncias anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão.

A primeira limitação circunstancial é aquela que proíbe a modificação da Constituição no estado de sítio. O estado de sítio importa na suspensão temporária das garantias constitucionais. Gera, portanto, um ambiente em que a livre circulação das idéias é restringida, senão impedida. Cofre, portanto, a manifestação livre da opinião pública. Pode levar mesmo, inclusive, à suspensão de imunidades parlamentares. Neste quadro, portanto, não é conveniente a adoção de modificações da Constituição.

Tal limitação aparece na Constituição de 1934 (art. 178, § 4º). Foi repetida na de 1937 (art. 178, § 4º), na de 1946 (art. 217, § 5º), na de 1967 (art. 50, § 2º), na Emenda n. 1/69 (art. 47, § 2º). A Emenda n. 11/78 a estendeu também ao estado de emergência.

A Constituição vigente, por sua vez, não só proíbe a Emenda na vigência do estado de sítio, como no estado de defesa (que equivale ao estado de emergência do direito anterior), e — inovação — durante a vigência de intervenção federal.

É certo que o estado de sítio e, numa certa medida, o estado de defesa denotam uma situação de anormalidade que justifica a proibição de mudança na Constituição. Não é o caso, porém, da intervenção federal, que é medida pontual, de repercussão restrita.

Do mesmo gênero é a proibição de emenda sob estado de emergência (CF, art. 47, § 2º).

Outra limitação circunstancial é aquela que proíbe a modificação da Constituição quando o território nacional está no todo ou em parte ocupado por tropas estrangeiras. Essa limitação não existe no Direito brasileiro. Ela é típica do Direito francês. Ela estava na Constituição francesa de 1946, art. 94; está agora no art. 89 da Constituição de 1958.

123. As limitações materiais

A segunda espécie das limitações explícitas, as limitações materiais, é, evidentemente, a mais importante de todas. É a proibição

da alteração da Constituição em certas matérias, em certos pontos considerados fundamentais.

A primeira das limitações materiais, que merece menção em direito comparado, é a que proíbe a supressão da Federação. Essa limitação aparece na Constituição americana, mas não sob uma forma completa. Ela está no art. 5º da Constituição de 1787, na medida em que essa Constituição proíbe modificações que suprimam a igual representação dos Estados no Senado. Essa proibição se destina, evidentemente, a proteger a Federação.

No Brasil, na Constituição de 1891, encontramos no art. 90, § 4º, repetida essa mesma idéia extraída da Constituição de Filadélfia. O art. 90 da Constituição de 1891 proíbe, portanto, que fosse modificada a Constituição para se estabelecer a desigual representação dos Estados no Senado. Mas a Constituição de 1891 não se contentava com isso. Ela proíbe também a deliberação sobre projeto de emendas tendentes a abolir — dizia o texto — “a forma republicana federativa”.

Na Constituição de 1988, tal limitação vem no art. 60, § 4º. Não mais inclui a República, mas sim a proibição de abolir a forma federativa, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (v. adiante sobre este assunto: Parte VI, cap. II).

A mesma proibição de se suprimir por emenda a Federação está na Constituição de 1934, art. 178, § 5º, e não mais a proibição de alteração de igual representação dos Estados. Isso não existe mais no Direito brasileiro, pelo menos como limitação explícita. Não há dúvida que há quem sustente que a igual representação dos Estados no Senado é um princípio básico do federalismo, e portanto a manutenção da Federação compreenderia também a igual representação dos Estados. Isso é discutível, pelo menos. Temos exemplos, como o da Federação alemã, onde os Estados não têm igual representação no equivalente do Senado.

A Constituição de 1946 repetiu a proibição da abolição da Federação — leia-se, a sua supressão, não sua mera modificação — no art. 217, § 6º. Seguiu-a a Lei Magna de 1967 (art. 50, § 1º); também a Emenda n. 1/69 (art. 47, § 1º). Vem na Constituição de 1988 no art. 60, § 4º, I.

No Direito estrangeiro, ela também é presente na Constituição da República Federal Alemã, art. 79, alínea 3ª.

Segunda limitação material. É a proibição da supressão da República. Essa proibição historicamente aparece, pela primeira vez, numa lei constitucional francesa de 14 de agosto de 1884.

No Direito francês, é repetida na Constituição de 1946, art. 95. Na Constituição de 1958, no art. 89.

Ela está também na Constituição italiana, art. 139.

No direito brasileiro, esta proibição foi consagrada pela Constituição de 1891 (art. 90, § 4º) e repetida na de 1934 (art. 178, § 5º), na de 1946 (art. 217, § 6º), na de 1967 (art. 50, § 1º) e na Emenda n. 1/69 (art. 47, § 1º).

A Constituição atual não a prevê. Isto se explica por uma manobra política ocorrida quando de sua elaboração¹.

Terceira limitação. Na Constituição da República Federal Alemã, art. 79, alínea 3ª, é proibida a emenda que atinja os direitos fundamentais do homem. Os direitos fundamentais do homem são, portanto, matéria posta fora do alcance do poder de revisão. O texto diz, expressamente:

“É inadmissível toda modificação desta Constituição que afete a distribuição territorial da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos Estados na legislação, ou os princípios consignados nos arts. 1º a 20”.

A Constituição brasileira em vigor tem proibição análoga no art. 60, IV. Este texto veda a supressão de “direitos e garantias consti-

1. A proibição foi suprimida para que se pudesse prever, nas Disposições Transitórias, um plebiscito entre sistema parlamentar de governo e sistema presidencial. O parlamentarismo constara do projeto, mas fora derrubado por emenda que mantivera o presidencialismo, para grande decepção de seus combativos partidários. Ora, na Constituinte havia um pequeno grupo monarquista, o qual, também muito combativo, havia apresentado uma proposta, a ser inserida nas Disposições Transitórias, prevendo um plebiscito entre monarquia e república. Isto levou a uma união de forças entre parlamentaristas e monarquistas, que redundou no art. 2º do ADCT, ou seja, no plebiscito, em que se propunha, por um lado, a escolha entre república e monarquia constitucional e, por outro, entre parlamentarismo e presidencialismo.

tucionais”; entretanto, deve-se aí ler a proibição da abolição dos direitos fundamentais.

Acrescente-se, ainda, que a Lei Magna de 1988 definiu duas outras limitações materiais ao poder constituinte derivado. Uma é a proibição da supressão do “voto direto, secreto, universal e periódico” — no fundo a proibição de abolir a democracia; outra, a de suprimir a “separação dos Poderes”. Esta “separação”, porém, foi muito relativizada no texto constitucional, bastando lembrar institutos como a lei delegada e a medida provisória, que não se coadunam com fórmula tradicional da separação dos Poderes.

Enfim, como curiosidade histórica, a Constituição da Noruega, art. 112, proíbe as modificações que atentem contra o espírito da Constituição.

124. As limitações temporais

O terceiro tipo das limitações é o das limitações temporais.

Primeiro caso é o das regras constitucionais que proíbem temporariamente a alteração da Constituição. Proíbem, portanto, a alteração da Constituição num prazo determinado.

Era o que estava na Constituição francesa de 1971, título VII, art. 3º, que proibia, pelas duas legislaturas seguintes à promulgação da Constituição, a sua alteração.

Essa proibição estava presente no art. 174 da Constituição brasileira de 1924. Ela proibia a sua alteração por quatro anos.

Proibição equivalente estava na Constituição americana de 1787, art. 5º. Verdade que a proibição alcançaria apenas até 1788, por um ano, portanto. Era o temor de que provavelmente se modificasse a Constituição na semana seguinte.

Há uma outra modalidade, porém, que é mais importante, de limitação temporal. É a que estabelece a periodicidade das modificações.

A Constituição francesa de 1791 estabelecia de tal forma a sua emenda que esta não podia ocorrer senão de dois em dois anos. E a Constituição francesa de 1848, art. 111, também dispunha de tal for-

ma que, somente no último ano de cada legislatura, ela podia ser alterada. Isso importava, portanto, em que só poderia ser alterada de três em três anos.

A Constituição portuguesa de 1976 (texto da 5ª revisão, 2001) permite à Assembleia da República rever o seu texto depois de cinco anos de sua última revisão (art. 284, alínea 1). Excepcionalmente a autoriza a iniciá-la, extraordinariamente, desde que requerido por 4/5 dos seus membros em efetivo exercício do mandato (art. 284, alínea 2).

BIBLIOGRAFIA

Nelson de Souza Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. Bahia, Livr. Progresso, 1954. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

SEÇÃO III

O Poder Constituinte dos Estados Federados

Capítulo I

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS UNIDADES FEDERADAS

Sumário: 125. A institucionalização nos diferentes tipos de federalismo. 126. O federalismo por segregação. 127. O federalismo por agregação. 128. Poder derivado. 129. Poder subordinado. 130. Condicionamento.

125. A institucionalização nos diferentes tipos de federalismo

Como já se viu, existem duas modalidades de Poder Constituinte derivado. A primeira é a do Poder Constituinte previsto para a revisão ou reforma daquilo que foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário. É, portanto, o Poder Constituinte de *revisão*, ou *reforma*, pois não se usa falar em Poder Constituinte de emenda.

Nos Estados Federais existe uma outra modalidade de Poder Constituinte derivado, que é o Poder Constituinte dos Estados Federados. Ele é uma derivação do Poder Constituinte originário na

medida em que este ao estabelecer a organização política fundamental do Estado prevê que esse Estado tenha forma federativa, e, em consequência disso, prevê também, implícita ou explicitamente, que tais unidades federadas, os Estados Federados, os Estados-membros da Federação se auto-organizem.

Evidentemente, o problema, em toda a sua importância, apenas existe no chamado federalismo por segregação e não no federalismo por agregação.

Para distinguir esta segunda modalidade de Poder derivado da primeira, que é, em geral, designada simplesmente por Poder Constituinte derivado, chamo-a de Poder Constituinte decorrente. Esta designação foi seguida por juristas, como Ana Cândida da Cunha Ferraz, no livro *Poder Constituinte do Estado-membro*.

126. O federalismo por segregação

O que caracteriza a federação por segregação é exatamente a transformação de um Estado unitário em Estado Federal. É, portanto, a transformação das entidades descentralizadas de um Estado Unitário, de províncias desse Estado Unitário, em Estados componentes de uma federação, em Estados Federados.

É exatamente o ocorrido no Brasil com o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, decreto esse que transformou o Brasil não só de monarquia em república, mas também de Estado Unitário em Estado Federal, pois, expressamente, previu que as províncias do Estado Unitário, que era o Império brasileiro, se transformavam, dali por diante, em Estados Federados, cada um dos quais iria ser regido por uma Constituição que ele próprio haveria de estabelecer. Isso resulta claramente do que dispõe o art. 3º desse decreto, que convém repetir:

“Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

Em parte, esse art. 3º completa o que estava estabelecido no art. 2º. Ou seja, como já se viu:

“As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

Mas é preciso observar que não é apenas o Direito brasileiro que teve esse cuidado. A Constituição da União Soviética teve o mesmo problema. A Rússia, Império czarista, era um Estado Unitário, depois transformado, em consequência da Revolução, em Estado Federal. Exatamente por isso, o Direito Constitucional soviético previu, em termos semelhantes àqueles mencionados a propósito do Direito brasileiro, essa transformação. Veja-se, por exemplo, o art. 16 da Constituição Soviética de 1936, que declarava:

“Cada República tem sua Constituição, que levará em conta as particularidades da República, e é estabelecida de conformidade com a Constituição da União Soviética”.

Na Constituição Soviética de 1977 existia disposição equivalente (art. 76).

127. O federalismo por agregação

É preciso observar, por outro lado, que o mesmo problema do Poder Constituinte dos Estados Federados não tem relevância no federalismo por agregação. E a razão disso é muito simples: federalismo por agregação se verifica quando Estados preexistentes, portanto, já organizados, já com sua Constituição, se unem, num verdadeiro ato internacional, para produzir um novo Estado. Assim, o Poder Constituinte que estabelece um novo Estado automaticamente produz modificações eventuais no direito constitucional dos Estados que se aliam. Não há, portanto, necessidade do Poder Constituinte derivado para organizar constitucionalmente Estados que já preexistiam.

É evidente, porém, — sublinhe-se, por outro lado — que as modificações que eventualmente se operarem na Constituição do todo podem reclamar a convocação de Poder Constituinte nos Estados, já federados, para a adaptação de suas Constituições às normas da Constituição do todo.

128. Poder derivado

Feitas estas considerações gerais, examinemos mais detidamente o Poder Constituinte dos Estados Federados.

Esse Poder pertence portanto à categoria dos Poderes Constituintes derivados, porque eles resultam, expressa ou implicitamente, do Poder Constituinte originário que organiza o Estado Federal. É, assim, esse Poder, um Poder Constituinte instituído. E como tal apresenta os três caracteres de todo Poder Constituinte instituído.

Em primeiro lugar, é um poder derivado. Sua força resulta do Poder Constituinte originário. É exemplo bem claro disso exatamente o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889.

129. Poder subordinado

Em segundo lugar, como consequência da derivação, esse Poder Constituinte dos Estados Federados é um poder subordinado à obra do Poder Constituinte originário. Deve respeitar, portanto, a Constituição Federal, deve respeitar aquilo que a doutrina brasileira se acostumou a denominar “os princípios constitucionais da União”. Na verdade, a doutrina brasileira se preocupou com isso ao tempo em que vigorava a Constituição brasileira de 1891. Esses princípios constitucionais da União são, portanto, os princípios que defluem do direito constitucional federal e que são, em consequência, obrigatórios para os Estados-membros em sua auto-organização (v. o capítulo posterior).

O texto da Constituição soviética citado há pouco, o art. 16, faz referência praticamente à mesma coisa. Cada República Federada — diz o artigo — tem sua Constituição, que leva em conta as particularidades da República, e é estabelecida em plena conformidade com a Constituição da antiga União Soviética, portanto, de conformidade com o estabelecido no texto da Constituição soviética, nos princípios particularmente adotados por ela.

130. Condicionamento

Em terceiro lugar, o Poder Constituinte dos Estados Federados é um poder condicionado. Está sujeito às formas ou condições postas pelo originário.

Examinemos então as regras que regem a manifestação do Poder Constituinte dos Estados Federados.

No direito estrangeiro, na Constituição austríaca há disposições expressas a esse propósito. Nesta Constituição, o art. 99, II, regula a matéria, regula o procedimento pelo qual os Estados-membros da Federação vão estabelecer suas próprias Constituições. Nele nós encontramos duas regras a esse propósito.

Primeiro, uma regra concernente ao *quorum* de deliberação. Segundo essa regra, as Assembléias Constituintes dos Estados Federados não poderiam deliberar se não estivesse presente a maioria dos seus membros. É, portanto, a regra da maioria absoluta para a deliberação.

Por outro lado, para a aprovação, o citado art. 99 exige 2/3 dos votos expressos.

No direito brasileiro, como se verá no capítulo posterior, a matéria é particularizada.

BIBLIOGRAFIA

Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo, Saraiva, 2006. Charles Durand. *Confédération d'États et État fédéral*. Paris, Ed. Rivière, 1955.

“Compete privativamente aos Estados:

I — decretar a Constituição e as leis por que se devem reger, respeitados os seguintes princípios: (...).”

Isto praticamente se repete na Carta de 1937 (art. 21, I).

Na Constituição de 1946, o art. 18 afirma a auto-organização:

“Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

É semelhante o art. 13 da Carta de 1967:

“Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros, os princípios estabelecidos nesta Constituição...”.

O mesmo está *ipsis litteris* no *caput* do art. 13 da Emenda n. 1/69.

Equivalente é o art. 25, *caput*, da Constituição de 1988:

“Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Com efeito, na Constituição de 1891, está no art. 2^a das Disposições Transitórias a previsão de que cada Estado elabore a sua Constituição no prazo que fixa. Realmente, neste artigo, vem previsto que, não havendo o Estado adotado uma Constituição “até o fim do ano de 1892”, o Congresso o submeteria à Lei Magna de outro Estado, até que o Estado em mora “a reforme pelo processo nela determinado”.

Em 1934, o art. 3^a das Disposições Transitórias expressamente determina a eleição de Assembléias Constituintes nos Estados, dando a estas o prazo de máximo de quatro meses para a elaboração da respectiva Constituição.

A Carta de 1937, no art. 181, atribuía ao Governo estadual a outorga da Constituição estadual. Isto pouco surpreende a quem se recordar que a própria Constituição brasileira fora outorgada.

A Lei Magna de 1946, no art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê a eleição de Assembléias estaduais, inicialmente com “função constituinte”.

Em 1967, a Constituição previu, no art. 188:

Capítulo II

A DISCIPLINA DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Sumário: 131. A auto-organização dos Estados federados. 132. O condicionamento do Poder Constituinte decorrente. 133. A limitação material. 134. Infrção de princípios e intervenção federal. 135. A recepção do direito constitucional federal. 136. O Poder Constituinte decorrente na Constituição de 1988: aspectos formais. 137. *Idem*, aspectos materiais. 138. A auto-organização do Distrito Federal. 139. A auto-organização dos Municípios.

131. A auto-organização dos Estados federados

O direito constitucional brasileiro é, desde 1891, expresso quanto à auto-organização dos Estados-membros. Acrescente-se que esta afirmação se acompanha direta ou indiretamente da convocação de Poder Constituinte que realize tal institucionalização.

Veja-se a Constituição de 1891. No art. 63 vem a auto-organização.

“Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar...”.

Na Lei Magna de 1934, no art. 7^a, I, transparece a auto-organização dos Estados.

“Os Estados reformarão as suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas estaduais”.

Esta disposição prevê, pois, a possibilidade de incorporação automática do direito constitucional federal aos Estados, caso o Poder Constituinte decorrente não realize, no prazo fixado de sessenta dias, a adaptação da Constituição Federal às prescrições da Carta Federal.

Isto foi levado ao clímax pela Emenda n. 1/69, a qual, no art. 200, *caput*, pôs de lado a adaptação e autoritariamente comandou:

“As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”.

A Constituição em vigor voltou à tradição. Estabeleceu, no art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição federal, obedecidos os princípios desta”.

Neste texto aparece flagrante a outorga pelo Poder Constituinte federal de Poder Constituinte aos Estados, bem como o condicionamento deste (o prazo de um ano) e sua limitação material (“obedecidos os princípios” ...).

132. O condicionamento do Poder Constituinte decorrente

Já transparece da fixação de prazos acima notada o condicionamento do Poder Constituinte decorrente. Entretanto, este condicionamento vai além disto. Chega ele à definição da própria maioria necessária à aprovação do texto.

No direito vigente, isto se depreende da exigência, constante do art. 11 do ADCT, de que, na elaboração da Constituição estadual, sejam observados os “princípios” da Carta federal. Ora, entre estes, considerando-se o aspecto formal, está a exigência de maioria qualificada. Com efeito, a Lei Magna nacional foi aprovada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, de modo que se entendeu exigível para a aprovação das Leis Maiores estaduais também

a maioria absoluta. E, como a Lei Fundamental brasileira reclama para a aprovação de emenda a maioria de 3/5 dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, a adoção de emenda à Carta estadual exige a maioria de 3/5 de seus membros.

133. A limitação material

Aspecto muito importante é a limitação material ao Poder Constituinte decorrente. Nisto, claramente se demonstra a sua sujeição ao Poder Constituinte originário, via Constituição.

No direito brasileiro, a Constituição de 1891 teve o cuidado de impor tal limitação ao Poder Constituinte dos Estados-membros. Ela o fez, porém, de forma indireta, ao dispor sobre a intervenção federal. No art. 6º, aparecia:

“O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo:

(...)

2º) Para manter a forma republicana federativa;

(...)”.

Entenderam os seus exegetas que isto impunha aos Estados a observância do princípio republicano, mas discrepavam eles quanto ao conteúdo e alcance deste princípio. Consequentemente, foi gerada uma área de atrito de que se aproveitaram, por exemplo, os positivistas gaúchos para estabelecer, na Constituição do Estado (1891), uma versão da ditadura republicana, refletindo de longe o ensinamento de Comte e de perto o de Júlio de Castilhos. Inclui-se com a possibilidade de reeleição do Presidente do Estado, o que era vedado ao Presidente da República.

As Emendas de 1926 procuraram sanar essa brecha e com elas veio nova redação para o art. 6º, em cujo inciso II se inscreveram, como alíneas, o que a doutrina veio a apelar de “princípios constitucionais sensíveis” (“a” a “i”).

Foi este o caminho seguido em 1934. O art. 7º, I, da Lei Magna enumerava os princípios obrigatórios para o Constituinte estadual (alíneas a a h). O desrespeito a estes ensejaria a intervenção federal (art. 12, V). Isto, porém, somente depois de haver ocorrido mani-

festação da Corte Suprema, provocada pelo Procurador-Geral da República, o que antecipava — querem muitos — o controle de constitucionalidade concentrado, por via de ação (art. 12, § 2º). Ademais, no art. 104 eram enunciados princípios obrigatórios para a organização da Justiça dos Estados.

A Carta de 1937 (art. 9º, e) e a Constituição de 1946 (art. 7º, VII) trilham o mesmo caminho. O modelo não foi abandonado pela Constituição de 1967 (art. 10, VII), nem pela Emenda n. 1/69 (também art. 10, VII). Estas últimas, por outro lado, acrescentaram outros princípios às limitações impostas ao Poder Constituinte decorrente (1967, art. 13; 1969, art. 13, também).

Ele está na Constituição em vigor (art. 34, VII), a que se voltará.

134. Infração de princípios e intervenção federal

Assim, pode-se dizer que, no direito brasileiro, é tradicional a limitação da auto-organização dos Estados, portanto, do respectivo Poder Constituinte, por princípios, sob a sanção da intervenção federal. Tais princípios hão de ser adaptados às peculiaridades do Estado, de modo que o Constituinte estadual conserva em relação a eles uma margem de manobra.

Por outro lado, essa intervenção por descumprimento a princípios “sensíveis” é condicionada ao crivo do Supremo Tribunal Federal (Constituição vigente, art. 36, III) em representação formulada pelo Procurador-Geral da República. E tal intervenção será substituída pela “suspensão da execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade” (art. 36, § 3º).

135. A recepção do direito constitucional federal

Não é apenas pela imposição de princípios que o Poder Constituinte originário limita o Poder Constituinte decorrente. Ele o faz, também, quando edita no corpo da Constituição regras obrigatórias para os Estados-membros, ou já delineia, imperativamente, a estrutura de alguns de seus órgãos. Tais normas, portanto, preordenam o direito constitucional estadual. Neste caso, nada resta ao Constituinte estadual senão copiá-las no texto que edita, cópia que, na verdade,

serve apenas para dar conhecimento das regras, pois estas têm eficácia, independentemente de sua transcrição.

Parece ter sido na intenção de proteger os Municípios que foi criada esta técnica de limitação do Poder Constituinte estadual, consistente na imposição ao direito constitucional estadual, pela Constituição Federal, de regras, completas e acabadas, auto-executáveis. Com efeito, ela está nítida no art. 28 da Constituição de 1946, do qual decorre que os Estados-membros haveriam de organizar sua descentralização em Municípios, prevendo Prefeito e Vereadores eleitos (inciso I), administração própria (inciso II) e já lhes delimitando a competência legislativa e tributária (inciso III).

Na Constituição de 1967, já aparece nitidamente a recepção. Entretanto, como sanção à mora. Assim, ela previu no art. 188, já citado, *in fine*, que, não havendo sido efetivada, no prazo concedido de sessenta dias, a adaptação das Constituições estaduais às normas obrigatórias da Carta federal, estas “considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas estaduais”.

O modelo, todavia, radicalizou-se na Emenda n. 1/69. No art. 200, *caput*, foi dispensado o prazo de adaptação, substituído pelo da recepção. Com efeito, nesse artigo vem disposto:

“As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”.

Na verdade, a jurisprudência e a doutrina, quando chamadas a manifestar-se sobre esse texto, adotaram três pontos como definidos. Um, o de que ele importava na eficácia imediata no plano estadual dos preceitos federais; segundo, que a cláusula “no que couber” remetia ao disposto no art. 13 por inteiro; e, último, que o preceito deveria ser “estadualizado” *ipsis litteris*, ou seja, visto como cópia do original federal.

136. O Poder Constituinte decorrente na Constituição de 1988: aspectos formais

Vale examinar à parte como disciplina a Lei Magna de 5 de outubro de 1988 o Poder Constituinte decorrente, tanto no tocante aos Estados como no que diz respeito ao Distrito Federal por ela equiparado em *status* àqueles.

O art. 11 do ADCT — já se apontou — determinou que as Assembléias estaduais (e a do Distrito Federal) elaborassem, no prazo de um ano a contar da promulgação da Lei Magna federal, a Constituição do respectivo ente político. Na verdade, este preceito faz eco ao art. 25, *caput*, da Constituição.

Isto, “obedecidos os princípios” da Constituição. Ou seja, considerando-se no plano formal o que prescreve a Lei Magna federal para a elaboração de emendas (art. 60).

137. *Idem*, aspectos materiais

O texto do art. 11 do ADCT, bem como o do art. 25, *caput*, da Constituição, fala em “princípios”. O termo não engana a ninguém, porque a Constituição Federal faz mais do que impor princípios: ela preordena em muitos pontos a organização estadual e, mesmo, impõe normas que configuram as instituições estaduais e sua atuação.

É certo que a Constituição Federal impõe princípios. Na linha tradicional, são eles enunciados no art. 34, VII. São eles a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático (inciso I); os direitos da pessoa humana (inciso II); a autonomia municipal (inciso III); e a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde” (redação da Emenda n. 29/2000). Ademais, o art. 125 menciona vários princípios obrigatórios para a organização da Justiça estadual. É de se perguntar, ainda, se não se tem de acrescentar à lista o princípio da separação dos Poderes, incluído no núcleo intangível da Constituição Federal pelo art. 60, § 4º, III).

Tais princípios podem ser, e devem ser, adaptados às peculiaridades locais. Existe, portanto, quanto a eles uma certa flexibilidade, uma certa discrição a ser aproveitada pelo Constituinte estadual.

Sanção desta limitação por princípios é a intervenção federal, como o prevê o art. 34, VII, da Constituição. Depende ela de provimento pelo Supremo Tribunal Federal de representação promovida pelo Procurador-Geral da República (art. 36, III). Pode ser substituída pela decretação da suspensão da execução do ato impugnado (art. 36, § 3º).

Entretanto, não são princípios mais regras completas e auto-executáveis as que o Poder Constituinte federal impõe em artigos como o 27 e 28 da Lei Magna nacional. Aqui não cabe senão a recepção do direito editado pelo Constituinte federal na Carta estadual.

Diga-se o mesmo do que vem no art. 37 da Constituição brasileira, quanto à administração pública estadual; no art. 75, aos Tribunais de Contas estaduais, sua organização, composição e funcionamento etc. Neste campo, o que é dado ao Constituinte estadual é copiar o direito federal, para clarificação da organização estadual, pois, mesmo sem esta cópia, tais normas são imediatamente eficazes no plano dos Estados.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, em nome do princípio de simetria, o rol das matérias em que as normas federais se impõem aos Estados. Assim, quanto ao processo legislativo, por exemplo, como deflui da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 216-PB, relatada pelo Min. Celso de Mello (RTJ 146/388).

138. A auto-organização do Distrito Federal

A Constituição em vigor equiparou o *status* do Distrito Federal ao dos Estados. É ele um ente federativo, conforme decorre do art. 1º, *caput*, da Lei Magna.

Sua auto-organização deflui do art. 32. Segundo este, o Distrito Federal é regido por uma Lei Orgânica, adotada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, aprovada pela maioria de dois terços de sua Câmara Legislativa, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Assim, a sua auto-organização em nada difere da dos Estados, salvo por resultar numa Lei Orgânica e não numa Constituição. A própria limitação material é posta nos mesmos termos da que tolhe os Estados. Pode-se, portanto, entender decorrer da Constituição Federal um Poder Constituinte do Distrito Federal.

139. A auto-organização dos Municípios

É inegável que a Constituição de 1988 procurou valorizar o Município. Incluiu-o entre os entes federativos no art. 1º, *caput*; am-

pliou-lhe a esfera de autonomia, dando-lhe auto-organização em termos análogos à dos Estados (e Distrito Federal).

Com efeito, no art. 29, prevê-se o Município regido por uma lei orgânica. Esta será estabelecida pela sua própria Câmara de Vereadores, de acordo com um procedimento delineado no *caput* desse artigo. Tal lei orgânica deverá observar os "princípios" inscritos na Constituição federal, incluir preceitos já explicitados nesta (mormente nos diferentes incisos do próprio art. 29) e também os "princípios" adotados na Constituição do respectivo Estado.

Ademais — aponte-se — o art. 11 do ADCT, no seu parágrafo único, previra que o Município teria seis meses a contar da promulgação da Constituição do Estado para editar sua lei orgânica.

O paralelismo entre o Estado e o Município no tocante à sua auto-organização é patente. Ambos fixam a sua própria organização, respeitando os princípios e preceitos da Constituição Federal (o Município, também os da Constituição do respectivo Estado). Tanto um como o outro o fazem por determinação da Constituição Federal, nos dois casos pela Casa legislativa. Mas o documento que consubstancia essa auto-organização se denomina Constituição no concernente ao Estado e lei orgânica no respeitante ao Município.

É verdade que, em relação ao procedimento de adoção das normas de auto-organização — de elaboração dessa organização — a Constituição Federal não explicita as normas a serem observadas pelos Estados (e Distrito Federal), conquanto exija dos Municípios que o texto seja discutido e aprovado em dois turnos, por maioria de dois terços (art. 29, *caput*).

Em face do exposto, não será absurdo falar num Poder Constituinte municipal, o que certamente arreará certos constitucionalistas sempre prontos a denunciar os "erros" da Carta.

BIBLIOGRAFIA

Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 1986; *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. I, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

PARTE IV

A Constituinte da Nova República