

O PODER CONSTITUINTE E A CONSTRUÇÃO DAS UTOPIAS: SUAS POSSIBILIDADES E LIMITES

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO*

Palavras-chave: Poder Constituinte. Poder Constituinte e a construção das utopias. A utopia: quimera ou realidade possível. Utopia e Constituição.

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho representa a tentativa de sistematização de algumas reflexões e idéias, ao mesmo tempo sistematizadas e críticas, sobre a teoria da Constituição e do Poder Constituinte, sem se esquecer jamais do caráter inter-disciplinar do direito e, notadamente, suas íntimas relações com as nominadas ciências humanas, a Sociologia, a Filosofia e a Antropologia.

Desnecessário dizer que o trabalho - mesmo porque fruto de reflexões que ainda estão a merecer maior aprofundamento - não pretende dissertar sobre verdades absolutas, estas sempre precárias e provisórias no campo da ciência. Aliás, verdades absolutas e ciência são conceitos antípodas, porque essa requer o permanente questionamento como meio de se obter o progresso científico.

* Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC de São Paulo. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Campinas e Professor de Filosofia do Direito do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

Ao mesmo tempo, porém, em que o trabalho não pretende criar verdades absolutas, não se furta a questionar idéias ou conceitos absolutos, menos pela estéril rebeldia pseudo-científica e mais por reconhecer que só do debate sem preconceitos dos dogmas estabelecidos é que advém o progresso científico que, aliás, desde logo deve ser frisado, não é algo que esteja alheio à realidade humana. Não tenho receio de afirmar que o progresso da ciência não tem valor algum senão relacionado com a aventura e o drama humanos. A ciência não serve a si mesma, mas ao progresso e à felicidade do Homem, que é a medida de todas as coisas.

É nesse contexto que o trabalho foi concebido e se tentará sistematizá-lo.

Ao início, aborda a questão do conceito e do fundamento do Poder Constituinte, demonstrando a dificuldade doutrinária em torno dessas questões.

Na seqüência, enfrentará o debate sobre a natureza do Poder Constituinte, como um poder já juridicamente domesticado ou como um poder que se expressa exclusivamente pela lógica das forças dos fatos, com evidentes conseqüências sobre suas possibilidades e limites.

Após, se analisarão os graus do poder constituinte e se abordará o aspecto primordial do trabalho que é a demonstração das possibilidades e limites do Poder Constituinte e seu papel na aventura da construção das utopias humanas que, exatamente por serem utopias, jamais serão inteiramente alcançadas, mas que, por representarem o melhor que o gênero humano produziu para a convivência fraterna, ética e igualitária das pessoas humanas, devem ser buscadas e construídas historicamente, ainda que de modo imperfeito.

É a isso que o trabalho se propõe.

2 EM TORNO DO CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE

São absolutamente indissociáveis as idéias de Estado e Poder Constituinte.

Não se poderá conceituar o Poder Constituinte sem se ter clara sua ligação com o fenômeno político que, por sua vez, é manifestação da própria natureza humana, que não existe senão com a característica de ser gregária, social e histórica.

O Estado é manifestação, talvez a mais complexa, do fenômeno político que é próprio e decorre da convivência dos homens com seus semelhantes, condição primeira de sua formação e perpetuação como espécie.

As formas de Estado variaram conforme os distintos, espaços geográficos e momentos históricos em que se formaram, evoluíram e pereceram.

Mas é com o Estado Moderno, a sociedade política mais complexa e extraordinária da história do Homem, que se relaciona inteiramente o conceito de Poder Constituinte.

É com a idéia de que não apenas as pessoas, mas também o Estado devem sujeitar-se ao direito, que ganha corpo a Nação e o conceito de Poder Constituinte.

A idéia de autoridade estatal vai se legitimar em torno de um ideário ou de um sistema de normas que confirmará direitos e deveres, transformando homens em cidadãos, como, ainda, determinará que a autoridade estatal exercida pelos governantes deva se expressar dentro de certos pressupostos e limites.

A idéia do exercício da autoridade se desloca do eixo da força ou da mera conveniência, para ganhar legitimidade como “autoridade constituída”, segundo regras previamente estabelecidas.

Para que haja, todavia, direitos reconhecidos aos cidadãos e que se imponham ao próprio Estado, para que haja “autoridade constituída”, enfim, a sujeição do próprio Estado a certos regramentos, é preciso conceber um poder anterior e de cuja expressão seja soberana e constituidora e não meramente constituída.

E justamente a esse poder que surge como confirmador da estrutura do Estado e que confere direitos e deveres aos cidadãos e impõe limites à própria soberania do Estado, dá-se o nome de Poder Constituinte.

Sua característica será a de ser um poder pré-jurídico – no momento da formação do Estado Constitucional – e a expressão mais perfeita do poder político que ganha conformação institucional.

Daí o porquê irá conceituá-lo J. H. Meirelles Teixeira como aquele que

[...] aparece como a etapa primeira, a mais alta, de atuação do poder político, porque é então que se institucionaliza política e juridicamente a nação que se está transformando em Estado (Estado nada mais é que Nação juridicamente organizada), que se funda, que se cria, portanto, o Estado; que na ausência de Constituição e de Governo estabelecido de acordo com normas jurídicas anteriores (porque estas ainda não existem) se estabelece um “governo de fato”, e, normalmente, se convocam “eleições constituintes”, através das quais se elege uma Assembléia Constituinte, que irá elaborar e promulgar a primeira Constituição.¹

1 Curso de Direito Constitucional, pág. 203/204.

O Poder Constituinte, como doutrina, foi inicialmente pensado pelo Abade Sieyès que em seu “Quem é o Terceiro Estado?” soube aprender a característica fundamental desse poder originário e seu caráter constituidor (*Potestas Constituens*), assim como estabeleceu uma relação precisa entre ele e a nação.

O Poder Constituinte seria, então, atributo da nação e expressão de sua soberania e que, ao elaborar uma constituição, não estaria preso a limites pré-existentes.

Daí o porquê de se operar a distinção entre essa forma peculiar de manifestação da soberania da nação dos poderes ditos constituídos, ou seja, criados e conformados por obra do Poder Constituinte.

George Burdeau, em seu “*Traité de science politique*”², demonstrará a dificuldade de se analisar juridicamente o fenômeno do Poder Constituinte, dada a natureza muito especial. O exercício do poder pressupõe a existência de competência de modo a ser domesticado e, por isso mesmo, facilmente analisado juridicamente.

O Poder Constituinte, todavia, não se enquadra nessa formulação por ser ele mesmo o poder criador, não se enquadrando no rigor da análise jurídica, nem se submetendo - pelo menos em sua manifestação primeira - a condicionamentos da ordem jurídica.

Raul Machado Horta, analisando a doutrina de Burdeau em torno da natureza do Poder Constituinte, dirá em excelente síntese sobre a temática:

Com o poder constituinte, diz Burdeau, acontece o contrário, pois ele é rebelde a uma integração em sistema hierarquizado de normas e competências. É que ele é o poder criador da ordem jurídica, fixando-lhes os princípios e oferecendo-lhes seus investimentos. Burdeau localiza o poder constituinte originário no ponto de conexão entre a Política e o Direito, entre a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a ordem dos regimes estabelecidos.³

Evidentemente que a análise em torno do conceito de poder constituinte é complexa e não se esgota em poucas linhas de um item de um trabalho.

A própria natureza muito especial desse poder não permite a sistematização fácil de sua questão conceitual.

Foram lançadas, porém, algumas idéias em torno desse fenômeno histórico extraordinário, cuja problematização se dará no correr do fluxo do trabalho. O poder constituinte é um poder de fato e, por isso mesmo, absoluto e ilimitado, ou um poder

2 Obra citada, pág. 181/182.

3 Estudos de Direito Constitucional, pág. 25/26.

que - nada obstante suas peculiaridades - também se submete de alguma forma à ordem jurídica?

3 O FUNDAMENTO DO PODER CONSTITUINTE

A questão do conceito de Poder Constituinte nos remete necessariamente, a uma outra reflexão.

Se se admite com tranqüilidade que o Poder Constituinte, dito originário, não haure suas forças nos poderes constituídos e nas competências instituídas, mas sim que é ele um poder criador que difere radicalmente dos poderes do Estado, onde residirá seu fundamento é a pergunta que se impõe.

Forçoso concluir que, embora se possa admitir um condicionamento constitucional pela cadeia de constituições criadas ao longo da história, a primeira delas, aquela que se confundiu mesmo com o momento de formação do Estado Constitucional, foi incondicionada por norma positiva de qualquer categoria. De onde provém, portanto, a fonte legitimadora desse poder criador.

Kelsen, procurando responder a questão, criou o conceito de “norma hipotética fundamental”, que fundaria e condicionaria toda ordem jurídica e, inclusive, as Constituições.

Colocada no topo da pirâmide, como pressuposto lógico do sistema, a “norma hipotética fundamental” seria a autoridade legitimadora de todas as demais normas jurídicas positivas.

Convém, todavia, ressaltar que a genial elaboração Kelseniana, por ser uma mera pressuposição lógica ou por dar por logicamente suposto o fundamento da Constituição, pode até encerrar a discussão em torno do tema - por dele se afastar - mas não responde a incômoda indagação do fundamento do Poder Constituinte.

A chamada teoria da positividade, por outro lado, que procurou legitimar a validade obrigatória das normas jurídicas, por sua própria existência, também se mostra insuficiente.

É por demais simplório sustentar que as normas valem em decorrência de sua própria positividade que se sustenta em uma força capaz de dotá-las de coerção, seja a legitimidade do consenso ou até mesmo a ilegitimidade da violência e da arbitrariedade.

A teoria, em verdade, não está preocupada em buscar o fundamento do Poder Constituinte, mas simplesmente legitimar a ordem jurídica positiva, qualquer que seja ela.

A única razão fundante para o poder constituinte deverá ser, sem embargo das diversas teorias sobre o tema, metajurídica, vale dizer, residirá em fundamentos e princípios superiores éticos, filosóficos e políticos que estão fora do direito positivo ou a ele são transcendententes.

Sobre o tema, superiormente dirá J. H. Meirelles Teixeira:

O fundamento da Constituição não é e nem pode ser, portanto, nenhuma norma jurídica prévia ou superior. Na expressão do mesmo Recaséns Siches, a norma constitucional (Constituição), que serve de base para todo o sistema jurídico, apóia-se, em última instância, em “algo superior e anterior a todo direito estabelecido” sobre um “fenômeno real de existência política”. A base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas”, não é, portanto, em última análise, algo normativo, mas algo real: a vontade social, que da integração à comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas.” Essa “vontade social” não é aquela entidade misteriosa, metafísica, do romantismo político, mas um simples “processo”, “uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais” existentes no interior do Estado. Esta vontade social, manifestando-se sobre a existência política da nação, sobre o modo dessa existência, sobre a organização jurídica da nação, que a transformará em Estado, é o poder constituinte.⁴

O que importa notar, aqui, em última análise é que a Constituição como o ápice da pirâmide das normas jurídicas, nelas não poderá encontrar seu fundamento, mesmo porque aqueles princípios dos quais se originaram as normas constitucionais, não podem ser explicados por razões tão-somente jurídicas, mas sim por princípios e valores que são a elas transcendententes.

IV. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: PODER DE FATO OU DE DIREITO?

Como se tem por assente que o poder constituinte originário é o criador da ordem jurídica que nele encontra fundamento de validade e não o contrário, discute-se sobre sua natureza.

4 Obra citada, pág. 200.

Será o poder constituinte originário um meio poder de fato, circunstância que lhe concede um caráter de ser absoluto e incondicionado?

Ou será ele também em certa medida um poder já juridicizado, uma vez que mesmo ele encontra seus limites.

Considerando ser o poder constituinte aquele que irá originar o primeiro e mais fundamental estatuto jurídico do Estado e em seqüência emprestar validade a toda cadeia normativa com ele compatível, negam os normativistas o caráter jurídico desse poder, cuja autoridade é histórica e factual.

Bem por isso seria impossível emprestar uma disciplina jurídica adequada a uma manifestação de poder que é pré-jurídica e como tal deve ser estudada por outras ciências que não o direito.

Celso Antonio Bandeira de Mello, abordando a questão em conferência ministrada e publicada na Revista de Direito Constitucional, com a força de sua argumentação, sustentará:

A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se tratar de um dado interno do mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações políticas sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de consequente não conhece nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do direito.⁵

Parcela expressiva da doutrina, porém, argumenta, com base nos fundamentos do jusnaturalismo, que o direito não é tão-somente aquele positivado. Direitos outros existem, supra-positivos, e que decorrem da própria natureza humana e que prende à própria existência do Estado.

Esse direito suprapositivo conferirá certa disciplina, certa domesticação ao conteúdo fático presente no Poder Constituinte originário, fazendo-o tributário de seus princípios e valores.

5 Revista de Direito Constitucional, pág. 4/69.

Percebendo o extraordinário conteúdo de poder factual embutido na manifestação do Poder Constituinte, Georges Burdeau sustentará, no seu “*Traité de science politique*”, o seu caráter autônomo e incondicionado e sua insubordinação à ordem jurídico-constitucional pretérita, porque é poder criador e não demiúrgico. Mas ressaltará Burdeau que nem por isso deixará também o Poder Constituinte de ser um poder de direito. Porque poder de direito, como sustenta Raul Machado Horta, citando o mesmo Burdeau, não é só aquele que promana de um estatuto positivado anterior ou, em suas palavras,

É erro supor que o poder de direito seja unicamente aquele que cuja existência e exercício se acham condicionados por estatuto jurídico anterior. Seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador da idéia de direito que se imporá no ordenamento jurídico em seu conjunto. A verdade, conclui Burdeau, é que esse singular poder não é comandado pelo direito positivo estatal. Admitindo que o direito preceda ao Estado, o poder constituinte converte-se na mais evidente prova dessa anterioridade.⁶

No estudo da questão, Canotilho apontará que a idéia de um poder constituinte, absolutamente incontrastável na expressão de sua radicalidade, estaria ligada ao seu figurino francês e ao ideário presente no momento da revolução francesa, tendo-lhe sido reconhecido o poder divino de constituir, de editar normas e de criação a partir do nada.

Contudo, admitirá na seqüência, Canotilho:

A doutrina actual rejeita essa compreensão. Desde logo, se o Poder Constituinte se destina a criar uma Constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição pode deixar de condicionar a vontade do criador. Além disto, as experiências humanas não revelando a indispensabilidade de observância de certos “princípios de justiça” que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supra-legais mas “intra-jurídicos” são compreendidos como limites de liberdade e de onipotência do poder constituinte.⁷

Também ainda em torno do tema, Nelson Saldanha, no seu extraordinário “Poder Constituinte”, procedendo à distinção entre um poder constituinte pré-constitucional e um poder constituinte interconstitucional, afirmará o seu caráter jurídico.

6 Estudos de Direito Constitucional, pág. 26.

7 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pág. 75.

Dirá, então, Nelson Saldanha que indubitavelmente o poder constituinte distingue-se dos poderes do Estado, poderes constituídos.

Todavia, admite para a necessidade de se analisar os momentos históricos da manifestação do poder constituinte.

Quando se manifestar no momento externo e radical, na origem mesmo do Estado Constitucional poderá ser considerado um poder pré-constitucional.

Entretanto, se sua manifestação já encontra uma ordem estatal-constitucional dada, assevera, em verdade, um caráter inter-constitucional, com a característica dialética de romper e ligar-se à antiga Constituição.

Daí porque sustentará que, em certo sentido, esse poder constituinte será também constituído, porque já estará imbricado numa ordem constitucional. Sua natureza, portanto, não seria pré-constitucional, mas sim transconstitucional.

É o que sustenta, com o brilho invulgar de seus argumentos,

Mas o poder constituinte também é, em certo sentido, um poder constituído. A ordem constitucional não só o implica como o contém; ele (entendido como “instituído” no sentido que adotamos, não como originário e inicial) pressupõe uma base constitucional, prossegue através das Constituições que gera (ver parágrafo 9); é então um poder que podemos chamar “transconstitucional”. Como originário terá a precedê-lo apenas os princípios jurídicos genéricos, mesmo nos casos revolucionários; como instituído supõe eleições, supõe um processo de atribuição de poder a um grupo representativo. Nem se pode imaginar um poder constituinte, em momento originário, atuando hoje com independência absoluta de uma experiência constitucional qualquer, como o terão sido as primeiras tentativas constitucionais na história do Ocidente. Portanto, ao menos em sua fase instituída, que é de resto a definitiva, o poder constituinte aparece como um poder constitucional e pois constituído⁸

5 GRAUS DO PODER CONSTITUINTE

A análise dos graus do Poder Constituinte não pode prescindir da evidência de que, como quer Nelson Saldanha, sendo ele um poder que se expressa historicamente, possuirá uma ou outra radicalidade, conforme o momento histórico em que venha a se manifestar.

8 O Poder Constituinte, pág. 84.

Nesse aspecto e com base na profunda doutrina de Nelson Saldanha, é possível entender os diferentes graus do poder constituinte, conforme se expresse ele num momento fundamental que se confunde com a própria criação do Estado Constitucional ou em momento posterior no qual sua expressão já encontrará uma certa estrutura estatal mais ou menos complexa.

Distinguindo os momentos históricos nos quais se dá a atuação do Poder Constituinte, Nelson Saldanha sustentará que é necessário compreender o fenômeno concretamente. Dirá, então:

No primeiro caso, o problema consiste em se compreender o poder constituinte situado, ou em um momento de sentido extremo e radical, isto é, no que se possa chamar de “primeiro” ato constituinte de uma comunidade política, ou em outro momento, mais “atual”, em que ele se ache disponível dentro de uma existência estatal - constitucional dada.⁹

Nelson Saldanha chamará ao Poder Constituinte, que está na base da formação do Estado Constitucional moderno, como originário e aquele que se expressa historicamente já dentro ou na seqüência constitucional, de poder constituinte instituído.

Para sua teoria, originário deve ser considerado tão-somente o poder constituinte que atue num momento primeiro que se confunde com o próprio nascimento do Estado Constitucional e que, portanto, não seja condicionado por norma positiva anterior.

Por outro lado, nomina instituído o Poder Constituinte que se inserirá numa ordem ou numa seqüência constitucional e, portanto, se expressará dentro de um ordenamento jurídico pré-existente.

A distinção de graus do Poder Constituinte que propõe pode ser singelamente resumida na seguinte proposição: Poder Constituinte originário é aquele que se expressou no momento da formação do Estado Constitucional e, por isso mesmo, nasceu, sob certo prisma, incondicionado. A partir desse momento extremo que se confundirá com a própria gênese do Estado Constitucional, o poder constituinte, ao se expressar nos momentos históricos subseqüentes, será, de certa forma, condicionado pelas manifestações anteriores e, portanto, também, em alguma medida instituído.

A maioria dos doutrinadores, todavia, tratará a questão de modo diverso, identificando o poder constituinte originário como aquela potência capaz de elaborar

9 O Poder Constituinte, pág.78.

uma Constituição em todo e qualquer momento histórico e o denominado derivado como aquele já previsto nas Constituições, capaz de empreender suas reformas.

Paulo Bonavides dirá sobre a questão que,

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado.

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extra-jurídico.

O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder principalmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional.¹⁰

A distinção operada pela doutrina ou conforme o enfoque que se dê a essa circunstância das diferentes manifestações do Poder Constituinte, segundo o momento histórico em que atue, terá significativas conseqüências ao se abordar em momento posterior, a questão dos limites jurídicos e extrajurídicos que se impõe ao Poder Constituinte.

Sem embargo das classificações que os diversos doutrinadores dão à temática, a contribuição da doutrina de Nelson Saldanha está justamente na singularidade de demonstrar, e isso de forma indubitosa, que existirá um poder constituinte, por assim dizer, pré-constitucional, e um poder constituinte constitucional que, nada obstante a força renovadora que traz dentro de si, não poderá simplesmente ignorar, por absoluto, a ordem constitucional pretérita consolidada ao longo da história dos Estados Constitucionais.

6 POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte não é um fenômeno que possa ser analisado abstratamente.

Em verdade, por ser um fenômeno histórico de se expressa, portanto, historicamente, sua análise há que ter em conta o momento concreto de sua manifestação na vida dos povos.

Impossível falar-se dos eventuais limites dessa força soberana, senão situando-a historicamente e nela observando as dimensões fáticas e jurídicas que a compõem.

Ao nosso ver, o Poder Constituinte não pode ser considerado tão-somente como força fática ou, por outro lado, apenas como um fenômeno jurídico, uma disciplina jurídica.

10 Curso de Direito Constitucional, pág. 125.

Dialeticamente, fato e norma compõem o Poder Constituinte, remetendo-lhe a um original, mas ao mesmo tempo emprestando-lhe algum grau de disciplina jurídica.

Momentos haverá em que se expressará ele com toda a força de sua radicalidade fática, como naquelas hipóteses em que se confundirá com a própria formação do Estado Constitucional e, em outros, sua manifestação já se deparará com uma ordem estatal e com uma cadeia condicionante de Constituições pretéritas.

Em um e outro caso, com as gradações próprias de cada momento histórico, se deparará ele com certos limites, inclusive de natureza jurídica.

A postura clássica da doutrina francesa, que concebia o Poder Constituinte como uma força incontestável, encontra hoje certas objeções a evidenciar limites políticos, jurídicos e suprapositivos.

Dirá Canotilho que a doutrina atual rejeita o Poder Constituinte como um poder jurídico e socialmente desvinculado, e esclarece:

... se o poder constituinte se destina a criar uma Constituição concebida como organização e limitação ao poder, não se vê, como essa “vontade de Constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, esse criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticas e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade da observância de certos princípios de justiça, independentemente de sua configuração (como princípios supra-positivos ou como princípios supra-legais mas infra-jurídicos) são compreendidos como limites de liberdade e de onipotência do poder constituinte.¹¹

Também Nelson Saldanha, e com o mesmo brilho, postulará e demonstrará a existência de certos limites a essa extraordinária força criadora e criativa.

Dirá, então, que

O poder de criar uma constituição, se é por uma parte em poder livre e incondicionado, e, sob o aspecto positivo, um poder pré-jurídico, por outra parte é um poder atraído por um fim, orientado por um objetivo jurídico, e como tal controlado, domesticado, limitado. Não fora limitado e não seria jurídico; se o fosse de todo, não seria um poder sociologicamente distinto, nem constituinte. Na proporção de seus limites estão porém seus alcances, de vez que esta mesma

11 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pág. 75.

combinação de fato e norma, que o segura, lhe fornece as mais concretas perspectivas de atuação.¹²

6.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Mesmo na atuação do Poder Constituinte originário - seja no momento de sua radicalidade extrema, seja como Poder Constituinte instituído, como chama Nelson Saldanha, aquele poder que tem a força de elaborar uma Constituição, mas que se expressará dentro de uma seqüência constitucional - encontrará limites de natureza jurídica e extra-jurídica.

Sobre o tema, afirmará a doutrina de Jorge Miranda:

“O poder constituinte é logicamente anterior e superior aos poderes ditos constituídos - na tricotomia clássica, o legislativo, o executivo e o judicial.[...]”

Daí não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique a capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é o poder soberano absoluto - tal como o povo não dispõe sobre um poder absoluto sobre a Constituição - e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites.

Embora seja mais corrente na doutrina considerar a existência (ou a possibilidade ou necessidade de existência) de limites materiais do poder de revisão constitucional - freqüentemente tido como poder constituinte derivado - importa outrossim considerar a existência de limites materiais (em graus diversos, se se quiser) do poder constituinte verdadeiro e próprio, e mesmo do poder constituinte material originário.¹³

6.1.1 Limitações extrajurídicas

Uma das primeiras limitações à atuação do poder constituinte a ser anotada é aquela que diz respeito aos contornos políticos e sociais no seio do qual irá se manifestar.

12 O Poder Constituinte, pág. 90.

13 Manual de Direito Constitucional, pág. 105/106.

Evidente que a eclosão do Poder Constituinte, quase sempre estará organicamente vinculada a uma situação revolucionária ou, no mínimo, reformadora do *status quo*.

Por trás da força fática do Poder Constituinte, haverá sempre um ideário, doutrinas, ainda que não inteiramente hegemônicas e que ditarão regras e, portanto, imporão limites à sua ação soberana.

Assim, por exemplo, a Constituição que se seguiu à proclamação da república estava fortemente influenciada por um ideário, por certas doutrinas dominantes à época que, evidentemente, o Poder Constituinte, com toda sua força fática, não poderia contrariar. A forma de governo republicano, o estado federativo, a separação dos poderes temporal e espiritual, a rotatividade periódica nos cargos eletivos, formaram um ideário que, naquele momento histórico, impunham um limite à soberania do Poder Constituinte que não poderia contrariá-lo e sim consagrá-lo.

Ninguém admitirá, por outro lado, no atual estágio de desenvolvimento da consciência coletiva ética e jurídica dos povos, uma constituição que possa restabelecer a escravidão.

Há, ainda, outras limitações como a própria soberania que, como aponta Nelson Saldanha, em sua extraordinária monografia sobre o Poder Constituinte, é ao mesmo tempo sua fonte e sua limitação. Isso porque o Poder Constituinte atuará apenas e tão-somente na órbita de sua soberania.

6.1.2 Limitações jurídicas

O Poder Constituinte, dito originário ou instituído, também ele possui limites, inclusive, de natureza jurídica.

Parte da doutrina sempre rejeitou a idéia de que o Poder Constituinte originário, sobretudo aquele que se expressaria em momentos de graves rupturas institucionais, viesse a possuir limites de natureza jurídica.

Diz, acertadamente, que nesses momentos históricos, o Poder Constituinte não age condicionado por uma pré-positividade.

Ainda que existente esse direito anterior, o Poder Constituinte não lhe reconhece validade ou eficácia para se interpor entre sua manifestação e sua resultante.

No momento em que o Brasil foi constituído como república, evidentemente, reviram as leis da Monarquia. Nesse sentido, o Poder Constituinte não foi por elas condicionado ou influenciado.

Isso deve ser, absolutamente, aceito. Todavia, existem certos princípios vinculados à dignidade humana que, embora suprapositivos, mas intrajurídicos como postula Canotilho, se impõem como limite ao Poder Constituinte e vão contrabalançar seu elemento fático.

Esses princípios, ligados à dignidade humana, como a liberdade, a igualdade - jurídica e material -, o acesso aos bens materiais e imateriais necessários ao desenvolvimento da personalidade, a ausência ou a proibição de discriminações, se estabelecem como um limite à atuação soberana do Poder Constituinte, ainda que originário, e por ele não podem legitimamente ser negados.

Evidentemente que a Constituição não irá haurir sua legitimidade seja em outra Constituição, seja na ordem jurídica positiva anterior.

Mas como adverte J. H. Meirelles Teixeira,

note-se que falamos em ausência de subordinação do Poder Constituinte a normas jurídicas positivas anteriores.

Há normas não positivas, e contudo jurídicas, às quais o Poder Constituinte está sujeito: os grandes princípios do Direito Natural, da Justiça e da democracia, os princípios gerais do direito, os grandes princípios da convivência internacional.

Em relação a esses princípios, não positivos, mas jurídicos, num sentido superior e mais elevado ainda, aos quais o Poder Constituinte está subordinado, pode-se falar em juridicidade da Constituição.¹⁴

Evidentemente que, se na hipótese mero poder fático se sobrepor a todas essas exigências, desconhecendo os direitos inalienáveis da pessoa humana, impondo-se exclusivamente pela força, não haverá aí, legitimamente, manifestação do Poder Constituinte.

Haverá opressão, arbítrio, mas não legitimamente Constituição.

Só há legítima manifestação do Poder Constituinte e só se pode falar assim em Poder Constituinte e não de mero poder que se impõe pela lógica da força, quando em sua manifestação estiver presente o equilíbrio entre o individual e o coletivo, a justa equação que postula Nelson Saldanha deva ser buscada pelo Estado Moderno.

Bem por isso admitirá a doutrina de Jorge Miranda:

Os limites transcendentais são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, porém de imperativos de Direito

Natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (conforme se entender).

Entre elas se avultam os que se prendem com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana. Seria inválido ou ilegítimo decretar normas constitucionais que gravemente os ofendessem (v.g.), que estabelecessem o arbítrio no seu tratamento com o Estado, que negassem a liberdade da crença ou a liberdade pessoal, que criassem desigualdades em razão da raça ou em Portugal, pelo menos, que restaurassem a pena de morte.¹⁵

Ao que deve visar o Poder Constituinte contemporâneo, já experimentado pelo decurso da história senão o estabelecimento de um programa, de uma meta concretizável, dentro de um clima de respeito às liberdades individuais e de promoção integral da pessoa humana. Afinal, qual é a finalidade última do Estado senão proporcionar racionalmente a todas as pessoas a participação na herança material e espiritual da civilização humana.

6.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Como se viu, de um ponto de vista funcional, o Poder Constituinte pode ser definido como aquele a que se atribui o poder de criar a Constituição e distribuir as competências do Estado.

Haverá Poder Constituinte tanto na manifestação primeira, que cria a primeira Constituição e cujo momento se confunde com o surgimento do Estado Moderno, como, ainda, em outras situações nas quais a nova ordem constitucional se integrará naquilo que Nelson Saldanha denomina “regime constitucional” ou “interconstitucionalidade”.

Na hipótese do poder de reforma, a situação é um pouco distinta.

Embora se admita que a manifestação do poder reformador também implique a idéia ou a manifestação do Poder Constituinte, autores há que lhe negam esse traço distintivo.

Mas mesmo para aqueles que buscam ou sustentam a essência única do Poder Constituinte, é impossível não distinguir certas diferenças essenciais entre ambos, com evidente reflexo no tema de suas limitações.

15 Manual de Direito Constitucional, pág. 107.

Burdeau chamará de originário o poder de fazer uma constituição e de instituído o poder de revê-la, mas sempre identificando com o Poder Constituinte.

Classicamente, a doutrina costumeira emprega a terminologia “Poder Constituinte originário” e “Poder Constituinte derivado”.

Nelson Saldanha, em sua extraordinária monografia sobre o Poder Constituinte, irá criticar como identificação e demonstrará o traço distintivo entre os fenômenos. Afirmará, então, que o Poder Constituinte, por colocar toda vida constitucional, quando não a preceder, terá um alcance muito maior que o poder de reforma.

Nelson Saldanha postula que o poder de reforma não é criador, mas demiúrgico na medida em que apenas trabalha e refaz a Constituição já elaborada.

Dessa postura, decorre, evidentemente, a conseqüência de se verificar limites postos pela Constituição à própria possibilidade de sua reforma.

O sentido do Poder Constituinte não é apenas formal, mas material, qual seja, destinada a uma missão específica de colocar a ordem constitucional. E, esse sentido material, o poder de reforma não o possui.

6.2.1 Limites constitucionais de reforma

De toda distinção anteriormente procedida, decorre logicamente a evidência de que, ainda que se admita o caráter constituinte do poder de reforma, estará ele sujeito a diversos limites, sejam formais, sejam materiais, em grau de intensidade muito maior do que aqueles eventualmente colocados ao Poder Constituinte originário.

Dentre os limites ditos formais, sobreleva notar aqueles relacionados ao procedimento: iniciativa, *quorum*, dentre outros.

Há, também, outros relacionados aos aspectos temporais quando a Constituição impede sua reforma ou a revisão de certa matéria senão decorrido outro lapso de tempo.

Ao lado de limitações formais ao poder de reforma, limites outros de conteúdo material a ele se impõem impedindo sejam revistas as denominadas cláusulas pétreas.

Para o citado Jorge Miranda,

Mantendo-se em vigor a mesma Constituição, o poder de revisão é um poder constituído, como tal sujeito às normas constitucionais; quando o poder de revisão se libertasse da Constituição, nem haveria mais Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte

originário. A subordinação material do poder de revisão constitucional ao poder constituinte (originário), de revisão constitucional à Constituição, é um postulado lógico: por uma banda, se o poder de revisão se deriva do poder constituinte, a revisão constitucional que realiza não pode ir contra a Constituição como totalidade instituída pelo mesmo poder constituinte; por outra banda, se a revisão constitucional é a revisão de normas constitucionais, não a feitura de uma Constituição nova, ela fica encerrada aos limites da Constituição. [...]

O poder de revisão é um poder constituinte, porque diz respeito a normas constitucionais. Mas é poder constituinte derivado, porque não consiste em fazer nova Constituinte, introduzindo princípios fundamentais em vez de outros princípios fundamentais.¹⁶

Aqui, nesse aspecto, razões metajurídicas impediram que o poder de reforma viesse a tocar em questões estruturais do Estado e em direitos e garantias individuais.

Na vigência da ordem constitucional inaugurada em 1988, expressamente são vedadas a abolição da forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º da C.F.).

Acresce notar, outrossim, que, ao lado dessas cláusulas pétreas explícitas, existem outros limites implícitos à reforma e que derivam do próprio espírito da Constituição.

Dentre eles, evidentemente, estavam aqueles princípios superiores, suprapositivos e supraconstitucionais que se impõem, inclusive, ao Poder Constituinte originário, como já analisado em tópico anterior.

Aqui caberia, também, uma palavra quanto àqueles direitos de índole social e que representam uma conquista dos trabalhadores, como, por exemplo, a garantia da limitação da jornada de trabalho, a liberdade sindical, dentre outros.

Poderíamos fazer um referência à igualdade jurídica e à igualdade material, a independência e separação dos poderes, a impossibilidade da subtração do Poder Judiciário de qualquer lesão a direito, devido processo legal, a fundamentação das decisões administrativas e judiciais, enfim toda uma gama de garantias da cidadania, como pressuposto do desenvolvimento da personalidade e o alcance do bem comum, da convivência fraterna e igualitária dos homens, um rico caminho a ser explorado.

16 Obra citada, pág. 197.

7 PODER CONSTITUINTE E A CONSTRUÇÃO DAS UTOPIAS

7.1 A UTOPIA: QUIMERA OU REALIDADE POSSÍVEL

Utopia pode ser singelamente definida como um modelo ideal de sociedade, por meio do qual se possa contrastar a sociedade histórica e real, mas destinada à irrealização, a uma simples aspiração ou mesmo alienação das condições reais de existência.

É mais ou menos assim que o nosso senso comum identifica a utopia, algo inatingível, uma esperança irreal, uma quimera, enfim.

As quimeras, porém, seres híbridos e fantásticos, pertencentes ao imaginário mitológico, compõem-se de partes de animais perfeitamente identificáveis na natureza.

Assim como nas quimeras, é possível identificar uma parte do real; também nas utopias, é possível tornar realidade um ideal de convivência humana.

Ainda que um projeto seja utópico, sua tentativa de consecução sempre ferirá e transformará o real, tornando menos iníquas as condições de vida dos homens.

A utopia pode ser sonho, mas não é uma miragem estéril, e sim uma ação e finalidade coletivas.

Muito do que se considerava no século passado utopias científicas, meras ficções, não passam hoje de realidade banal, a demonstrar que a intervenção do homem pode transformar a natureza, o mundo e, portanto, suas próprias condições de vida e existência.

A utopia, ainda que muitas vezes sirva para tentativa de legitimação, possui importante papel crítico das consciências coletivas e de importante modelo de crítica do real, uma análise prospectiva de futuros possíveis para a humanidade.

Não que seja a utopia ela mesma um motor que movimenta a história, mas ela é um vetor, um vetor axiológico que indica um caminho, uma direção.

Se a utopia propõe, muitas vezes, esperanças impossíveis, cuja frustração implicaria amargas desilusões, é preciso não perder de vista que ideal e real, conquanto não possam ser inteiramente identificados, podem ser aproximados. O ideal pode fecundar o real e transformá-lo.

A utopia não é mero devaneio, mas sim uma análise prospectiva de futuros possíveis ou não e que pode estabelecer, assim como o mito, uma importante relação com a realidade. Mas seu papel primordial não é ser a visão do mundo futuro, um arquétipo

contemplado *a priori* por poucos, seu fundamental papel é ser a crítica do real e assim nos impulsionar para um futuro que será construído e não só pensado melhor.

Como dirá Paulo Ferreira da Cunha,

Ao contrário dos que pensam que a utopia é uma espécie de visão do mundo futuro - encarado esse, portanto, como um dado, um arquétipo que aos iluminados seria dado contemplar *a priori* -, consideramos que a grande vantagem da utopia está em influir sobre a realidade presente, e assim actuar sobre a constituição do futuro. Não é pelo seu “realismo” que uma utopia acaba por se realizar. É pelo seu utopismo bem sucedido. E o sucesso do ideal no real deve-se a todo o *mare magnum* dos acasos da história.¹⁷

Apenas completaria asseverando que não se deve perder a consciência crítica, não dissolvê-la na mesmice das pretendidas unanimidades, tão ao gosto dos tempos da globalização e, sobretudo, não se perder a esperança de sonhar, de transformar a realidade pela intervenção consciente e pela generosidade fraterna dos homens.

7.2 UTOPIA E CONSTITUIÇÃO

A utopia não deve ser vista como uma mera tentativa de antecipação do futuro, mas aquela que aprende certos vetores presentes na sociedade real que - devido à sua complexidade e sua historicidade, é muito mais conciliadora -, não pode assumi-los na sua inteireza.

Assim, a utopia poderá falar livremente, por exemplo, na abolição do Estado, sem que isso tenha sido em algum tempo histórico se realizado.

A utopia nos fornece prontos certos modelos que a realidade histórica só nos deixará antever em aspectos multifacetados e caóticos, realizando-se, parcialmente, ao longo da aventura humana do conhecimento da natureza, do mundo e das relações sociais.

Daí o valor prospectivo das utopias, apontando erros, indicando caminhos e pleiteando que se tome, neste momento histórico, as sóbrias medidas já antevistas.

Utopia e lei são realidades ou ideais que pretendem se excluir. A utopia radical pretende prescindir das leis. E essas, confessadamente, não querem parecer utópicas.

Mas a lei pode ser um modo de intervenção e de transformação da realidade, pode ser um vetor na construção de um programa utópico.

17 Constituição, Direito e Utopia, pág. 98.

Nas normas ditas programáticas da Constituição, por exemplo, não se pode negar um certo valor utópico, conquanto deva ser esclarecido que ali não foram inseridas por mero diletantismo ideológico ou filosófico, mas sim para serem concretizadas. São os vetores que apontam para o futuro. Assim, pode-se afirmar que o programatismo liga a Constituição à Utopia.

Esse componente utópico da Constituição nada tem de quimérico, mas de projeto possível e realizável de cidade (sociedade) ideal.

O espírito constitucionalista, poderíamos dizer o Poder Constituinte, guarda muita similitude com a concepção das utopias.

As inspirações utopistas muitas vezes são o motor ideológico/filosófico das revoluções e das transformações sociais.

No apaziguamento dessas forças inspiradoras e transformadoras, é preciso criar as utopias legais e as Constituições após o embate entre as idéias e as forças políticas e históricas representarão, em grande parte, a sociedade a que se almeja ou, ao menos, a utopia possível naquele momento.

A utopia inspiradora é, por assim dizer, decantada e filtrada pela realidade política e histórica, para ser transformada em discurso jurídico, em Constituição.

Abstraídos os regramentos de pormenores e de regulamentação secundária, as lutas programáticas que se dão no seio do Poder Constituinte e que se transformam em normas constitucionais são vetores importantíssimos a demonstrar a vontade concreta de mudança social e o caráter, em certo sentido, utópico das Constituições.

Ainda que nesse aspecto a utopia e a Constituição não retratem um mundo real e histórico, mas a um mundo ideal que, todavia, aspira a fecundar a realidade.

O momento histórico no qual atua esse extraordinário fenômeno constituinte, que recria em outras bases uma nova aspiração de mundo, sobre as ruínas das ilusões superadas, convida ao sonho e à ousadia de tornar possível os sonhos utópicos.

Nesse sentido, o Poder Constituinte destrói as velhas bases de um passado injusto, mas para avançar nas conquistas humanas.

Não se trata apenas de negar uma velha ordem, mas, como as utopias, procurar a construção de um mundo novo, justo e feliz.

Só um utopismo de asas audazes e raízes profundas poderá arrancar como um sopro renovador de metanóia, o conhecimento do político de seu presente marasmo, ou desencanto. Desde que se guarde de cair na cristalização do sonho utópico. Não é, pois, o livro de Tomas Moro que mais importa: o que conta, e o que permanecerá, é o seu olhar e o seu sorriso, desafiando o futuro e as tiranias, subtil, firmemente. Para isso também, aí está o guarda vigilante

do Direito, a impedir, como âncora sólida e segura, largadas levianas e infelizes, mas igualmente a soprar os bons ventos da Justiça, esse utopismo de todas as marés.¹⁸

É preciso lutar contra a proibição dos sonhos e a interdição das utopias que subliminarmente vazam no discurso pragmático da contemporaneidade.

Mais do que eficiência e competência, é preciso não perder a capacidade de ousar e, contra todas as evidências do discurso alienante das pretensas unanimidades, apontar um caminho de um mundo novo, fraterno e sobretudo mais justo.

Todos, e os operadores do direito, em particular, têm que resgatar o sentido utópico das Constituições e torná-lo possível.

8 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi proceder a uma análise, um olhar panorâmico sobre esse fenômeno fático-jurídico de extraordinárias conseqüências na vida das civilizações e dos povos, modernamente.

E justamente por ser um olhar panorâmico, conjugado, ainda, com os limites naturais de um trabalho acadêmico, muitas das questões aqui abordadas deixaram de ser aprofundadas.

Preferiu-se a análise mais abrangente do fenômeno, com o enfoque mais específico para a demonstração dos limites jurídicos do Poder Constituinte e sua importância para a construção no presente de sociedades, senão perfeitas, ao menos mais equilibradas e justas, no seio das quais todos os homens possam desenvolver suas potencialidades e serem felizes.

Espera-se, assim, tenha se dado uma contribuição para a análise do Poder Constituinte e a demonstração que, presentemente, não pode ser ele encarado como uma mera expressão de poder factual.

Domesticado ao longo de sua história pelas diversas expressões que assumiu, o Poder Constituinte é, hoje, também, um poder jurídico.

Poder-se-ia dizer, em conclusão, que nele se mesclam componentes fáticos que o impulsionam para o progresso da história e componentes jurídicos que são um limite à sua mera expressão factual.

18 Paulo Ferreira Cunha - obra citada - pág. 447/449.

Na sua extraordinária e irresistível atuação, esse poder encontrará também seus limites, notadamente naqueles direitos cujo conhecimento representam o elevado grau de desenvolvimento da consciência ética e jurídica das civilizações.

Não se trata, aqui, de constituir direitos, mas de reconhecer que direitos há, suprapositivos, atemporais, toda aquela gama de requisitos para que possa florescer com dignidade humana.

Falamos, evidentemente, da liberdade pessoal, da consciência, da igualdade, não apenas formal, mas de igual possibilidade de acesso aos bens culturais imateriais e aos bens materiais naturalmente, enfim da própria dignidade humana que, lamentavelmente, ontem e mais ainda hoje, tem faltado, pela prevalência do egoísmo, da exploração do homem pelo homem e em detrimento da solidariedade.

Finalmente, era preciso demonstrar que os momentos de eclosão do Poder Constituinte, geralmente momentos extremos ou pelo menos muito férteis, são oportunos para o avanço da humanidade para a construção de sociedades mais justas ou menos excludentes.

É o momento de se antecipar o futuro e não apenas antevê-lo, de saber ousar e tornar concreto o sonho dos homens.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Constituição, Direito e Utopia. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Poder Constituinte. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política 4/85. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- SALDANHA, Nelson. O Poder Constituinte. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- TEIXEIRA, J.H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.