

Tribunais

17 FEV 1985

# O povo, a Nação como legítimo titular do Poder Constituinte

JOSÉ CARLOS TOSETI BARRUFINI  
Procurador de Justiça

O poder constituinte é aquele que reflete a mais genuína expressão da atividade política, exteriorizando-se nas decisões fundamentais aptas para criar e impor originariamente uma ordem jurídica nova; como diz Danoso, citado por Jorge Xifra Heras ("Curso de Derecho Constitucional", tomo I, Bosch, Casa Editoriais Urgel, Barcelona), "no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmosfera, hiere la víctima y se extingue".

Trata-se de um poder alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada que, diferente dos poderes constituídos, não existe dentro, e, sim, fora do Estado.

Por ser um poder ilimitado é que a teoria jurídica nos ensina ser o mais alto poder do Estado. Definindo a organização estatal, as competências e o modo de funcionamento dos seus órgãos principais, e as relações entre o Poder Público e os particulares, ele aparece como a expressão mais alta da soberania.

Quando o notável abade (Emmanuel J. Sieyès — Qu'est que le Tiers État?, Genova, Droz, 1970) afirmava que uma Constituição supõe, antes de tudo, um Poder Constituinte, já nos legava um dado histórico importante e fundamental: o poder constituinte é superior a toda norma estabelecida, representando uma vontade imediata, prévia e superior a todo procedimento estatuído. Só encontra limitações no tocante aos "valores jurídicos ideais e a las exigencias del bien común en una determinada circunstancia histórica" (Recaséns Siches).

É a mais legítima vontade de conjunto que ao povo é dado manifestar, dirigida esta sempre para uma decisão sobre o modo e a forma de existência da unidade política.

Qualquer teoria sobre o poder constituinte será falsa, se não tiver como objetivo um sonho acautelado pela humanidade, transmitido de geração em geração, através dos tempos, e, assinando, como sói acontecer, a marcha para a liberdade, a tolerância e a justiça social.

É justamente na democracia — onde encontramos a tolerância, o direito de escolha dos representantes populares, o poder organizado da opinião nacional — que sentimos a possibilidade de manifestação desse poder máximo, mesmo que concretizado revolucionariamente, para realizar o que Cooley definiu como "o corpo de regras e máximas segundo as quais os poderes da soberania são habitualmente exercidos".

Como bem afirmou Vitor Nunes Leal (Revista de Direito Administrativo, vol. 3, 1946), "está situado naquela espécie de terra de ninguém, onde o disputam vários ramos do conhecimento, inclusive o Direito, dependendo do conceito que se forme da extensão de cada um dos compartimentos do saber". É o mais alto poder do Estado, é ele que define a organização estatal, as competências e o modo de funcionamento dos seus órgãos principais, e as relações entre o Poder Público e os particulares. Logo, apresenta-se como a expressão mais alta da soberania. Por sua natureza, é ilimitado e, confundindo-se com a soberania, não se reparte, não se aliena, nem prescreve. Promulgada a Constituição, continua a existir, por se tratar de um poder pré-jurídico. Suas intervenções breves e escassas, como escassos e breves são os momentos decisivos para a vida de um povo, representam a conjunção das instituições e da vida social espontânea, da corrente de harmonia que as enlaça e que vivifica os órgãos do governo.

Como observa com muita propriedade Carl Schmitt, na sua obra Teoria de La Constitución (trad. de Francisco Ayala, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934), "o poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo".

Para que se torne mais inteligível, devemos apelar para a ideia da individualização do Poder Constituinte, deli-

neando com dados simples o sujeito do poder constituinte.

Segundo a concepção medieval, somente Deus tem um poder constituinte. O postulado "todo poder vem de Deus" tem como significado o poder constituinte de Deus. Também a literatura política da Reforma, sobretudo a teoria dos Calvinistas, o sustenta. O poder constituinte já foi investido na pessoa do monarca absoluto, tendo-se em vista a sua expressão dinástica. Também a Igreja já o disputou, proclamando a subordinação dos príncipes ao representante de Deus na Terra. Finalmente, erigiu-se o povo, ou a Nação, em titular do Poder Constituinte. Durante a Revolução Francesa, desenvolveu Sieyès doutrina do povo, mais exata, da Nação, como sujeito do poder constituinte. A Nação é, pois, na filosofia dominante, o titular do Poder Constituinte. Sieyès formulou a teoria do pouvoir constituant da Nação (Paul Bastide — Sieyès et sa pensée, 2ª ed., Ed. Hachette, Paris, 1970).

Segundo nos parece, apesar do grande influxo operado pelo modelo americano, o ano de 1789 significa o começo deste novo princípio político. A Revolução Francesa constitui, sem sombra de dúvida, o marco decisivo dessa etapa política. O precedente americano (Instrument of Government de Cromwell, dezembro de 1653, primeira constituição escrita, nacional e limitativa que apareceu no mundo), é muito expressivo: todavia, não apresenta a nítida formulação teórica da soberania do povo, contra a soberania do rei.

De acordo com esta nova teoria, a Nação é o sujeito do poder constituinte. Designa o povo como unidade política com capacidade de obrar e com a consciência de sua singularidade política e a vontade de existência política.

"Basta que a Nação queira", este postulado de Sieyès aponta a essência do fenômeno.

O poder constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentais; quando atua dentro desta propriedade inalienável está sempre em estado de natureza. No poder constituinte descansam todas as faculdades e competências constituídas e acomodadas à Nação.

Se adotarmos esse princípio básico da nossa civilização, de que o povo, é o titular do poder constituinte, a conclusão lógica a que chegamos é de que o povo, no exercício do poder constituinte, não pode sofrer limitações; seria como que delimitar a própria soberania, que é, por sua natureza, ilimitada.

Daí porque o poder constituinte sobrevive à edição de uma Constituição, por constituir uma forma de liberdade. O poder constituinte originário, portanto, subsiste como expressão da liberdade humana. O poder constituinte de revisão subsiste com base na Constituição, mas o poder constituinte originário sobrevive fora da Constituição, como expressão da liberdade humana.

Segundo os autores 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 24.6.1793, a chamada Constituição Jacobina, porque foi estabelecida sob o influxo da influência jacobina. No art. 28, esta 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 às suas leis as gerações futuras".

Aqui está a fórmula clássica que exprime a permanência do poder constituinte após a edição da Constituição. O poder constituinte, portanto, sobrevive, no sentido de que o homem, embo-

ra tenha tomado uma decisão, pode rever, pode mudar posteriormente essa decisão.

Através da Assembleia Constituinte, manifesta-se tal poder, sendo que a forma mais radical do poder constituinte se manifesta é a revolução vitoriosa, que se legitima a si mesma. Aliás, a história constitucional brasileira teve início com um ato de violência política, que se traduziu na dissolução da Assembleia Constituinte, convocada em 1823, e culminou no gesto autoritário de D. Pedro I, que outorgou ao Brasil, em 1824, uma Carta Constitucional.

Na Assembleia Constituinte existe uma representação convocada para tanto que estabelece, através do debate e das votações, uma Constituição. A elaboração de uma Constituição por uma Assembleia ou Convenção Constituinte é a fórmula que mais se apegue à democracia, porque, quando exerce a sua atividade legislativa, tem toda a liberdade no conceber as regras de que se incumbem no momento, o que, todavia, não exclui certas limitações, que não de ser formuladas pelo titular do poder constituinte. As Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1946 foram Constituições em que a Assembleia Constituinte estabeleceu e promulgou os textos constitucionais.

No Brasil de hoje, em face da ruptura do processo democrático, ocorrida em 1964, prevalece uma ordem constitucional de índole autoritária, instaurada e imposta por um triunvirato militar. A Carta Constitucional em vigor (Emenda nº 1, de 1967), basicamente constitui um processo de centralização, descaracterizando a federação e a prática do federalismo, pois privilegia-se a União em detrimento dos Estados-membros e dos municípios, rompendo o equilíbrio entre os poderes do Estado, degradando-se, institucionalmente, o Judiciário e o Legislativo.

A única maneira de se entregar novamente o poder constituinte ao povo, à Nação, como titular legítimo deste poder, será a convocação de uma Assembleia Constituinte, com o objetivo de dar ao País uma nova Constituição. O supremo poder existe em função do interesse da comunidade como um todo; por cima do poder constituinte não existe nenhum outro poder político: é a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade e de toda coação, que se funda sobre si mesma e em si mesma e que, na ordem constitucional, pode tudo.

Todos os homens têm, igualmente, o direito natural de autodeterminar a sua vida coletiva; estabelecer as instituições, e conseqüentemente, mudar de instituições, sempre que tal mudança lhes pareça razoável e adequada.

Uma nova Constituição através da Assembleia Constituinte restabelecerá o poder de auto-organização do povo, pois só o poder constituinte tem condições de estabelecer a sua carta fundamental. A liberdade humana constitui a justificação do poder constituinte originário. Se somos naturalmente livres, é na vontade de todos que há de repousar a organização política. Se aceitarmos uma mudança de organização fundamental, isto se verifica porque nós nos conservamos livres.

A Assembleia Constituinte como manifestação legítima deste poder representa a liberação de certas forças e aspirações sociais, evidenciando princípio de direito natural, no sentido de que cada um determine a sua própria vida, apenas com as limitações no campo dos princípios da Justiça e dos demais valores jurídicos e da opinião social que o originou.

Esperamos que o nosso próximo Presidente da República — Dr. Tancredo Neves —, tenha a conduta exemplar de um verdadeiro estadista, de um autêntico democrata, convocando a constituinte, para que o sonho de milhões de brasileiros se concretize, assinalando a marca para a liberdade, a tolerância e a justiça social.

Como bem assinalou Barthélemy (La Compétence dans la Démocratie), "Uma atração profunda, misteriosa, irresistível, poderosa e fatal como uma força da natureza encaminha os povos para a democracia... Pode-se criticar a movimento democrático, mas deve-se levar em conta que isso constitui um trabalho tão vão como o de criticar o curso das estações ou a atração dos astros".

## Professor profere conferência

O Instituto Paulista de Direito Agrário e o Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado farão realizar, no dia 12 de março vindouro, às 18 horas, na rua Álvares Machado, nº 18, uma conferência sobre o tema "Ação Discriminatória", a cargo do professor Donald Armelin.