

Teoria geral do Poder Constituinte

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Diretor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

- 1 — Noção de poder. As formas de poder
- 2 — Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte
- 3 — Natureza do Poder Constituinte
- 4 — Titularidade do Poder Constituinte
- 5 — Tipos de Poder Constituinte
- 6 — Poder Constituinte originário
- 7 — Poder Constituinte instituído
- 8 — Convocação de Constituinte. Assembléa Constituinte

1 — Noção de poder. As formas de poder

A conceituação de poder que assume formas variadas, com características bem diversificadas, constitui tema central para a Teoria do Estado, a Ciência Política ou o Direito Constitucional, sendo, também, essencial para o Direito, desde que sua própria determinação e modos de exercício podem afetar a ordem jurídica em geral.

RADOMIR LUKIC, ao mostrar a diversificação que a idéia de poder sugere, aponta a existência de aspectos comuns que se reúnem no conceito geral de poder.

A idéia de poder é vista no contexto social, efetiva-se quando uma pessoa dá ordens a outra, isto é, traça-lhe regras de conduta, conseguindo a submissão às normas. Consiste na imposição de certos modos de agir àqueles que as respeitam e se submetem; em síntese, é a predominância

Para este expositor, o poder não é um fenômeno autônomo que se realiza por si próprio, mas um meio para atender a certa finalidade social. Assenta-se esta justificativa na coordenação, no seio da coletividade, da atividade social das várias pessoas que a integram. Tem como objetivo regular a divisão das tarefas, com a finalidade de impedir uma ação global. Visa regulamentar particularmente os conflitos que surgem nos processos de atividade social. O gênero de atividade e a importância que ele apresenta para a sociedade, sua vinculação com as outras atividades, dependem da intensidade do poder, os meios pelos quais é exercido e os tipos de relações que surgem.

Todo poder implica em certa dose de sujeição, de coerção, exercida pelo detentor do poder sobre as pessoas, desde que ele pressupõe determinação de atitudes ao sujeito colocado no estado de subordinação. Mesmo quando o subordinado submete-se voluntariamente ao titular do poder e aceita-lhe as ordens, não existe nada menor do que uma diferença nascida entre o titular do poder e o sujeito, desde que o primeiro apenas dá as ordens e o outro as executa. A coerção do poder em certos casos surge dupla. Pode-se usar meios morais ou outros para influenciar a vontade e a consciência da pessoa, levando-a a agir de conformidade a certas regras sem a utilização da força física. Esses procedimentos mostram que o conflito de interesses entre o titular do poder e o indivíduo transforma-se em violência e torna-se difícil de ser resolvido ⁽¹⁾.

BERTRAND DE JOUVENEL, para conhecer a natureza do poder, procura sua origem e os meios que levam à obediência ao mesmo, ocasião em que apresenta levantamento das diversas fases e formas que toma através dos tempos. Aponta que o poder tem instintivamente, como uma lógica necessária, aumentar e centralizar o poderio público. Dentro desse desenvolvimento o poder desempenha na sociedade papel bem diferente quando consideramos a sua existência limitada por leis ou não, à proporção que são ditadas normas de conduta que limitem seu exercício:

“Cuando vemos, en un momento del desarrollo histórico, que el poder hace las leyes con el concurso del pueblo o de una asamblea, y que no puede hacerlo más que con ese concurso, interpretamos de ordinario esos derechos del pueblo o de esa asamblea como una restricción del poder absoluto primitivo; pero este absolutismo primitivo es pura leyenda. No es verdad que se proceda de un estado anterior, en donde los magistrados o el monarca determinaban a su arbitrio las normas de comportamiento. La verdad es que ellos no tenían en modo alguno este derecho, o, hablando más propiamente, este poder. El pueblo o la asamblea no quitan, pues, al poder la capacidad de hacer solo las leyes, ya que éste no la poséa” ⁽²⁾.

O conceito de poder, pela sua importância e repercussão na vida política e jurídica, tem merecido diversas justificativas que procuram

(1) LUKIC, Radomir — *Théorie de l'État et du Droit*, Dalloz, Paris, 1974, trad. franc. de MARC GJIDARA, pp. 195 e 196.

(2) JOUVENEL, Bertrand de — *El Poder*, Editora Nacional, Madrid, 1974, trad. de J. DE ELZABURU, pp. 258/259; RUSSELL, Bertrand — *O Poder, Uma Nova Análise Social*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1957, trad. de BRENNO SILVEIRA, p. 24.

fornecer as bases que possam determinar os elementos que justifiquem a capacidade de sua efetivação, por meio de atos que demonstram a vontade e a forma de sua concretização.

A interpretação do vocábulo, sua significação e alcance, podem gerar ambigüidades que só serão afastadas através de uma noção que permita destacar sua acepção pura, desbastada de deformações ou extensões. Conhecido através de suas manifestações e resultados, ocupa lugar de relevo no domínio político.

O poder pode ser visto como as múltiplas formas históricas de que se reveste a autoridade, exteriorizando-se por suas encarnações político-sociais que pertencem ao mundo do concreto. Por outro lado, é visto como energia, difusa na sociedade política, assegurando-lhe coerência e desenvolvimento (3).

Entendido dentro da perspectiva política e jurídica não tem sido examinado, muitas vezes, sem ser visto como mando social, isto é, fenômeno sociológico. O poder político tem como destinatários os homens, sendo de sua essência a estrutura relacional (4).

Encontramos a definição da política como ciência do poder. Ao mesmo tempo, é no Estado que ela atinge a forma e a organização mais completas. Estudos comparativos sobre o poder, em muitas coletividades, apontam diferenças entre o poder no Estado e o poder. Essas incursões pretendem analisá-lo fora do âmbito do Estado. Na aproximação com o Estado, PASSERIN D'ENTRÈVES define o poder como a força exercida de acordo com a lei e em seu nome:

“Le fait de concevoir l'État en termes juridiques ou, ce qui est la même chose, de définir le pouvoir comme la force exercée en accord avec la loi et en son nom, n'implique pas nécessairement que l'on exprime un jugement de valeur sur ce que l'État devrait être, ni sur les objectifs à atteindre dans l'exercice du pouvoir. Cette définition tient simplement compte du fait que l'État ne peut être conçu uniquement en termes de force, et que pour comprendre sa nature nous devons partir de la constatation, facile et évidente, qu'il existe entre hommes des relations de commandement et d'obéissance, afin de procéder à une analyse du commandement en soi et de la manière dont il s'extériorise et se réalise dans le contexte social” (5).

O conceito de poder ou a sua natureza normalmente estão vinculados ao fenômeno da obediência, entretanto em suas formas de exercício encontramos as limitações que lhe são impostas.

(3) BRASIL, Francisco de Souza — “O Poder — Sua Legitimidade”, *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 7, n.º 3, setembro, 1973, pp. 65 e ss; GOMES, Carlos Mejia — *Teoría de la Constitución*, Editorial Termis, Bogotá, 1967, pp. 185 e ss.

(4) BODENHEIMER, Edgar — *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, trad. de VICENTE HERRERO, 2.ª ed., p. 20; DUVERGER, Maurice — *Introdução à Política*, Estudos Cor, Lisboa, 1972, trad. MÁRIO DELGADO, pp. 11 e 12.

(5) D'ENTRÈVES, Alexandre Passerin — *La Notion de l'État*, Editions Sirey, Paris, 1969, trad. de JEAN R. WEILAND, p. 85.

A preocupação com as origens do poder motivou a elaboração de várias teorias que procuram explicar o seu aparecimento. Merecem destaques as explicações contratualistas formuladas por HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, pela repercussão dessas exposições, bem como as teocráticas, as democráticas, as nacionais, as populares, as proletárias e as econômicas (6).

O poder, na maioria dos estudos, com modificações de caráter restrito, apresenta três formas principais:

- poder imediato;
- poder individualizado;
- poder institucionalizado.

Considera-se como poder social imediato aquele que é imposto a todos os homens de um grupo, sem que possa distinguir quem o exerce, todos obedecem sem que se possa indicar aquele que manda.

Os usos e os costumes são observados, as tradições respeitadas. A submissão é espontânea, não há repressão, nem sanção, mas a reprovação do grupo. A individualização do poder surge quando aparecem os contatos mais freqüentes com outros grupos. Como a riqueza é um elemento de poder, a individualização do poder liga-se à evolução da propriedade privada. Ocorre a especialização e apropriação privada das funções econômica, militar e religiosa. Estas circunstâncias levam à individualização progressiva do poder social.

O poder institucionalizado começou a fazer parte de juristas contemporâneos como HAURIUO e BURDEAU. Consiste em uma operação jurídica, mas que é um fato social que consiste em transferir o poder social do indivíduo ou dos indivíduos a uma pessoa moral, que tem sua origem no próprio grupo (7).

As preocupações doutrinárias em torno do poder político, através dos elementos que possam defini-lo, são importantes na conceituação do poder constituinte. A maneira de apresentar as características do poder vão configurar as formas de seu exercício, que por sua vez importam na justificação e nos limites que lhe são inerentes.

DUGUIT denomina de democráticas todas as doutrinas que localizam a origem do poder político na vontade coletiva da sociedade submetida a este poder e entendem que ele é legítimo, unicamente porque foi instituído pela coletividade que o rege. Essas doutrinas, através de dois dos seus mais ilustres representantes, HOBBS e J. J. ROUSSEAU, colocam frente à onipotência do poder político a subordinação completa e sem limites ao indivíduo (8).

(6) ACUNA, Eduardo Roza — *Introducción a las Instituciones Políticas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, pp. 6 e ss.

(7) LAPIERRE, Jean-Williem — *Le Pouvoir Politique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1959, pp. 10 e ss.

(8) DUGUIT, Léon — *Traité de Droit Constitutionnel*, E. de Boccard, Successeur, Paris, 1927, Tomo I, 3.ª ed., pp. 570/571.

Mostra JUAN FERRANDO BADIA que as distintas formas que têm os cidadãos de considerar o poder, sua natureza, estrutura e fins, é que motiva o nascimento dos distintos sistemas e regimes políticos.

Entende, ainda, que, para afirmarmos a legitimidade do poder, torna-se necessário conhecer previamente qual a concepção predominante que existe na sociedade a seu respeito. Averigua-se o poder, forma de escolha dos governantes, sua estrutura e fins, bem como ocorre a acomodação com o sistema de crenças do grupo social, com análises empíricas prévias acerca do **status** de opinião difusa. Nos Estados do Ocidente existem meios formais ou institucionalizados e meios informais. Por intermédio do sufrágio recorre-se a consultas populares, que determinam sondagens de opinião pública.

As teorias acerca da natureza do poder político encontram concepções clássicas em C. J. FRIEDRICH, que distingue dois conceitos de poder, o substantivo ou corpóreo e o relacional. O primeiro é apresentado através de HOBBS, SPINOZA, os jusnaturalistas e os totalitaristas de nossos dias, passando pelos utilitaristas e hegelianos, que descrevem o poder como coisa tida, uma substância possuída por alguns seres humanos que o irradiam a todos.

A teoria personalista do poder não pode oferecer uma visão completa do conceito em questão, desde que ele existe no seio da comunidade.

A teoria relacional do poder apresenta o conceito relativo ou energético. Está em LOCKE, mais próxima à legitimidade democrática.

O exame das formas históricas do poder político e suas legitimidades deve perceber que toda instituição corresponde a uma determinada ideologia justificadora de si mesma. Dentro desse entendimento percebe-se que todo poder concretiza-se em um complexo de instituições coerentes e coordenadas entre si:

“La forma en que se interrelacionan estará en función de la ideología o teoría justificadora vigente que, a su vez, guarda estrecha intimidad con la correspondiente naturaleza del poder político también en vigor”⁽⁹⁾.

Os problemas da legitimidade e legalidade do poder político constituem dois pontos fundamentais do presente trabalho. A legitimidade vai sanear as formas de investimento de poder, desde que devem ter ocorrido de acordo com as normas jurídicas que regulamentam a transmissão. A aquisição do poder político mediante ato posterior próprio, emanado de um poder de fato, à margem de normas jurídicas que o regulam, enfrenta nulidade de caráter público. A legitimidade significa aquisição de conformidade com o direito, em conexão com a sua origem:

“Resumiendo lo expuesto, frente al problema de si la ilegitimidad de un poder es susceptible de sanearse y convertirse en

(9) BADIA, Juan Ferrando — *Estudios de Ciencia Política*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, pp. 375 e ss; MAYNEZ, Eduardo García — *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrua, S.A., Buenos Aires, 1978, 28.ª ed., pp. 102 e 103.

un poder político legítimo, podemos distinguir dos grandes corrientes: quiénes piensan que no se legitima bajo ninguna circunstancia a excepción de la vuelta a la normalidad constitucional bajo la aplicación de las normas jurídicas que regulan el procedimiento de transmisión del poder político, y quiénes piensan que la ilegitimidad del poder desaparece al ser éste ejercido en conformidad con los intereses del pueblo" (10).

A problemática da legalidade do poder na teoria do Estado mereceu do autor acima citado reflexões em que ele aponta a circunstância de o poder político converter-se em jurídico, que de certa maneira pode ser concebido através do Estado de Direito, no qual toda a atividade do Estado está submetida à lei, de maneira que o poder político está submetido ao estatuto legal que o rege, de acordo com a teoria clássica que examina essa legalidade do poder e sua conformidade com o direito positivo existente.

As preocupações com a limitação do poder e os instrumentos que podem levar a esse controle, a concepção de democracia e seu relacionamento com as noções de poder, a estrutura do poder na sociedade política levam, ainda hoje, a diversos questionamentos, o mesmo ocorrendo com a definição do objeto do poder político (11).

Para DUVERGER o direito é um dos instrumentos essenciais do poder. As Constituições, os códigos, as leis, os regulamentos, as decisões administrativas, as sentenças dos tribunais são procedimentos de ações fundamentais do poder, sendo que estão assentados em dois elementos: a coação e a legitimidade.

Partindo da mesma perspectiva, BURDEAU vê o poder como fenômeno jurídico. Ao serem determinadas as regras de direito, chega-se a levantamentos sobre a procedência de sua juridicidade, que se impõe à noção de poder. A representação e o poder criador da norma leva à sua noção. A força criadora da idéia de direito postula o conhecimento do poder:

"La vie politique moderne rend particulièrement sensible cette union du pouvoir et de l'idée de droit mais celle ne l'a pas créée. Nous voyons aujourd'hui chaque conception de l'organisation juridique de la société prendre une forme concrète dans un type de pouvoir. Jamais il n'a été plus vrai de dire d'un homme qu'il est **tout un programme**" (12).

BIDART CAMPOS, ao justificar a denominação dada a um de seus livros **Derecho Constitucional del Poder**, como equivalente à parte orgâni-

(10) BALMACEDA, Sebastián Eyzaguirre — *El Poder en la Teoría del Estado*, Editorial Jurídico de Chile, Santiago, 1967, p. 63.

(11) RIBEIRO, Manoel — *A Institucionalização do Poder*, Artes Gráficas, Salvador, 1953, p. 60; BEHRMANN, Rafael Ma. de Balbin — *La Concreción del Poder Político*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964, p. 168; LEÓN, Francesco — "El Poder Político en la Sociedad Moderna", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n.º 198, nov./dez., 1974, pp. 213 e ss; DABIN, Jean — *L'État ou le Politique*, Dalloz, Paris, 1957, pp. 146 e ss.

(12) DUVERGER, Maurice — *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 5.ª ed., esp., pp. 33 e ss; BURDEAU, Georges — *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, Tomo I, *Le Pouvoir Politique*, pp. 217 e ss.

ca da Constituição, diz que ele compreende o âmbito que ordena a estrutura do poder. Completando o raciocínio, diz que é o fragmento do mundo jurídico no qual se localiza a política traçada para os governantes e os governados (13).

Em *Le Problème du Pouvoir dans la Théorie Constitutionnaliste*, FRIEDRICH aponta que no mundo político contemporâneo existe uma pluralidade de poderes constituídos, ao passo que por detrás deles, que devem estar separados, existe outro poder que é uno e indivisível.

É o poder de fazer a Constituição, de fixar a ordem constitucional, modificá-la, transformá-la e inclusive substituí-la por outra (14).

Este Poder Constituinte é um poder relacional gerado por consentimento, capaz de traçar todo um sistema jurídico que dá estrutura constitucional ao Estado. Dentro da perspectiva assumida pelo poder, com as características de constituinte, na teoria da Constituição, toma relevo essencial na estruturação das formas políticas essenciais.

2 — Origem histórica da doutrina do Poder Constituinte

Ao apontar as formas primitivas do Poder Constituinte, SÁNCHEZ VIAMONTE acentua que a lei fundamental ou Constituição, destinada a reger a vida de um grupo social politicamente organizado, surge nos Estados teocráticos. A lei fundamental é sempre de caráter religioso. Nesses Estados a soberania não residia concretamente no rei. Este é o executor de vontade superior, de caráter divino, das leis permanentes, que foram escritas. Apresentada como a forma mais absoluta de autoridade, não deixa de ter certos limites que não eram tolerados nem nas monarquias absolutas dos tempos modernos:

“La violación de la ley divina es sacrilegio aunque sea el rey quien incurra en ella. La ley dictada por la divinidad, pero hecha por los hombres, redactada y escrita por ellos, es anterior y superior, entre los hebreos, a la monarquía, pero aun cuando no pueda establecerse igual circunstancia cronológica para el Código Hamurabi o el Código Manú, ambos presentan sus mismos caracteres.

En el sistema teocrático, pues, la ley divina o código que ha servido para constituir la unidad moral, política y jurídica de una nación (Caldea, Palestina, India, Creta) tiene un carácter constituyente *sui generis*, pero cuyo rasgo principal es el que singulariza el acto constituyente de la Edad Contemporánea.

Ese rasgo saliente consiste en su jerarquía institucional, puesto que se impone a la autoridad ordinaria y le fija sus límites” (15).

(13) GAMPOS, Germán J. Bidart — *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 13 e ss.

(14) BADIA, Juan Ferrando — *Estudios de Ciencia Política*, ob. cit., p. 405.

(15) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, Tomo I, Poder Constituyente, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, pp. 41 e 42.

Pelo exame das Leis de Hamurabi, da Bíblia, das Leis de Manu, da legislação de Esparta e Atenas, SÁNCHEZ VIAMONTE conclui:

— As leis fundamentais ou as constituições de Licurgo e Sólon apresentam a expressão unificada da vontade nacional, através das quais surge unidade política e jurídica, como essência do ato constituinte.

— Nos Estados laicos o Poder Constituinte é exercido pelo povo, podendo-se encontrar ali quase todas as idéias fundamentais de caráter institucional, que serviram para elaborar a teoria moderna do Poder Constituinte e da Constituição.

— ARISTÓTELES delinea com precisão e clareza as determinantes de valor supremo da Constituição e o caráter subordinado da lei, de modo que só falta a terminologia consagrada pela Revolução francesa, através da qual se dá o nome de Poder Constituinte àquele que cria a Constituição e poder constituído ao que a dita.

A ordem jurídica ateniense é vista aí, através de um poder constituinte, cujo exercício é denominado como de ato constituinte. Ao mesmo tempo surge um poder legislativo subordinado ao ato constituinte, cujos princípios fundamentais devem ser respeitados sob pena de invalidez.

As cartas, convênios escritos ou acordos, os pactos ou contratos celebrados entre o senhor e seus vassalos, para SÁNCHEZ VIAMONTE, surgem como nova maneira de manifestar-se a vontade constituinte, mesmo que não definam o sujeito desse poder, daí serem denominados atos constituintes rudimentares.

Além dos concílios, na Espanha surgiram os foros, conseqüência do direito medieval legislado, sob a forma jurídica de pacto, convênio ou contrato. O primeiro **Fuero** espanhol que apresentou caracteres de ordenamento jurídico-político de natureza constituinte foi o de Léon, de 1188, outorgado ante as Cortes convocadas pelo Rei Alfonso IX, que tem a forma de pacto político civil.

A história institucional da Espanha apresenta vários atos de natureza constituinte, registrados em sua legislação foral.

A Carta Magna de 1215, considerada como um ato constituinte para a Inglaterra, para SÁNCHEZ VIAMONTE está longe de alcançar significação institucional de um ato constituinte único, integral e completo, capaz de dar fisionomia global a todo o sistema institucional daquele Estado. Trata-se de um primeiro pacto, convênio ou acordo entre forças políticas daquela época, servindo como ponto de partida para lenta evolução posterior, que dará lugar a novos atos constituintes sucessivos e complementares⁽¹⁶⁾.

Dentro dessa evolução doutrinária do Poder Constituinte, SÁNCHEZ VIAMONTE o relaciona com o conceito de povo, através do levantamento

(16) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 35 e ss.

dos plebiscitos, assembléias populares, comícios, referendos, e outras instituições. Dentre essas destaca as formas do plebiscito constituinte e do referendo constituinte. Este consiste no reconhecimento ostensivo da soberania popular, com natureza de poder constituinte, que se distingue com nitidez do Poder Legislativo. O sistema de plebiscito constituinte funciona nos Estados Unidos e Suíça.

Dentro da evolução das doutrinas do Poder Constituinte merece relevo a teorização de SIEYÈS — que é o Terceiro Estado? —, que partiu da doutrina do contrato social⁽¹⁷⁾. O sistema ideológico, como aponta VIAMONTE, transforma-se em institucional. A idéia de Constituição surge de maneira nítida. O Poder Constituinte adquire a importância hierárquica desde o momento em que se cria o poder legislativo ordinário que dita as normas, mas com obediência à Constituição.

A técnica constitucional da separação entre Poder Constituinte e poderes constituídos é a grande criação que surge nessa fase do constitucionalismo moderno:

“La separación y diferenciación claras y precisas del Poder Constituyente y de los poderes constituídos es un rasgo esencial del Estado de derecho”⁽¹⁸⁾.

Esse autor demonstra inclinação para a intervenção direta do povo no exercício do Poder Constituinte, conforme chega, também, a afirmar na apresentação do exercício deste poder:

“En efecto, se trata de un poder que pertenece originaria y esencialmente al pueblo y que no se puede ejercer de un modo satisfactorio en su directa intervención. Es necesario, pues, allanar todas las dificultades y resolver todos los problemas del procedimiento para la leal aplicación de ese principio”⁽¹⁹⁾.

A doutrina do Poder Constituinte de SIEYÈS obteve grande repercussão no desenvolvimento da publicística, sendo que ele é considerado o teórico e o fundador do sistema representativo.

A importância que a ciência jurídica dá ao regime como Constituição em sentido material, as questões que apontam o formalismo científico, geraram indagações sobre a noção de Poder Constituinte, compreendido no seu exercício do elemento **regime e constituição material**:

“Potere Costituente e regime politico sono qualificati da una connotazione assai simile a quella contemporanea — anche nel loro rapporto — nella esperienza costituzionale della rivoluzione francese, origine della concezione continentale dello Stato moderno. Considerare attraverso la visione di SIEYÈS alcuni aspetti della dottrina francese del Potere Costituente, esaminadone la

(17) SIEYÈS, Emmanuel — *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Librairie Droz, Genève, 1970.

(18) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 253.

(19) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 463.

formulazione e rintracciandone le implicazioni successive, è quanto ci si propone di fare in questo scritto” (20).

Ao focalizar o exercício do Poder Constituinte, o publicista argentino inicia pelo exame dos problemas do procedimento da revisão constitucional.

A primeira indagação que sugere é a de saber se se deve admitir de alguma forma o sistema de conferir o exercício do Poder Constituinte aos corpos representativos, que têm como atribuição específica o poder legislativo ordinário.

O constitucionalismo aponta a estrita separação entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. O exercício do Poder Constituinte por via legislativa normal merece várias indagações:

Pelo sistema das convenções, com o objetivo de uma reforma total ou parcial de uma Constituição, pode ocorrer, também, o referendo plebiscitário. Ao criticar a função ordinária do parlamento, como merecedora do exercício desse poder, defende SÁNCHEZ VIAMONTE o trabalho puramente constituinte, capaz de efetuar melhor reforma constitucional:

“Por lo que respecta a los cuerpos mismos, fuerza es reconocer que, como poder legislativo ordinario, desempeñan una función específicamente distinta del Poder Constituyente. Vinculados al Poder Ejecutivo por una relación de interdependencia recíproca, sufren, en muchas ocasiones, la influencia y hasta la presión que éste ejerce sobre ellos, en uso de una autoridad que, en vez de disminuir, ha ido aumentando en los últimos tiempos, y que los priva de la independencia necesaria para la alta función que les corresponde desempeñar” (21).

Ao confrontar o Poder Constituinte com o Poder Legislativo, reconhece VIAMONTE que o Poder Constituinte pode autolimitar-se. Pode fixar limitações inclusive no que toca a forma e condições sob as quais devem funcionar as convenções constituintes.

Ainda, no que toca à doutrina do Poder Constituinte, investiga o autor em questão a teoria do ato constituinte que é um fato realizado pelo povo, é a vontade política. Para SIEYÈS o termo Constituinte qualifica o poder que tem o povo de constituir-se em sociedade civil ou Estado. O Poder Constituinte é a função correspondente ao titular da vontade.

3 — Natureza do Poder Constituinte

As averiguações em torno do Poder Constituinte, quando pretendem apresentar as características de sua natureza, começam por considerá-lo como supremo, originário, dotado de soberania, com capacidade de decisão em última instância. Não estando comprometido com preceitos ante-

(20) TOSI, Silvano — “Sieyès e la Dottrina del Potere Costituente”, *Studi Politici*, Rivista Trimestrale, Sansone-Firenze, Ano IV, n.º 2, II Serie, abril/junho, 1957, pp. 240/241.

(21) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 466.

riores de direito positivo, autolimita a própria vontade ao determinar as regras reguladoras da atividade estatal ⁽²²⁾.

Trata-se de tema essencial para se proceder a investigações em torno da origem da Constituição. A produção de normas jurídico-constitucionais podem ter um duplo nascimento: originário ou derivado.

Quando ocorre a produção originária da ordem jurídica, esta nasce sem apoiar-se em norma positiva anterior, aparecendo pela primeira vez, possibilitando o surgimento de um novo Estado sem a ruptura com a ordem jurídica anterior. Na criação derivada surgem normas em torno do sistema jurídico já constituído, pelas competências definidas e os procedimentos estabelecidos. A execução derivada das normas jurídicas demanda processo complementar vinculado a competência previamente estabelecida.

SCHMITT define o Poder Constituinte como a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política ⁽²³⁾.

A origem da Constituição supõe a ruptura da ordem anterior, em conseqüência de uma revolução, golpe de Estado ou conquista ou a instauração de uma nova ordem.

Para XIFRA HERAS, a formação de um novo Estado pode obedecer a um procedimento primário ou imediato, secundário ou derivado, pela extinção ou transformação de um ou mais Estados preexistentes:

a) a formação primária que não modifica, nem extingue outros Estados;

b) a formação derivada por modificação de um ou vários Estados preexistentes pode ocorrer por segregação de parte do território estatal para constituir um novo Estado ou por um processo tipo federal;

c) a formação derivada pela extinção de um ou mais Estados.

Sendo de origem revolucionária a Constituição, decorrente da ruptura da ordem jurídica, por uma revolução, golpe de Estado ou conquista militar, a sociedade fica sem o direito, e, para vencer esse vazio, ocorre a necessária implantação de um novo Ordenamento.

A imposição revolucionária de uma ordem jurídica, proveniente da juridicidade das revoluções, que elaboram o direito, através do poder revolucionário, não é simples força material, mas poder, que ainda, de fato, encarna a idéia de direito:

“É um dado de fato, que está na experiência, que todo Estado que se forme ou que se transforme repousa num processo de vontade. Essa vontade, ainda que de um indivíduo, ou de um grupo, ou de uma coletividade nacional, não é parcial, mas com

(22) FERREIRA, Pinto — *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, 5.^a ed., p. 91.

(23) SCHMITT, Carl — *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 86.

intencionalidade global: é a vontade de dar forma política ao todo, imprimir-lhe um modo de ser político concreto, de conferir uma morfologia ao poder (ser poder monárquico, republicano, autocrático, democrático). Esse dado existencial é o que SCHMITT denomina decisão. É o **Grundfaktum**, ponto de partida efetivo de toda estrutura constitucional de poder. Dizendo em termos da teoria kelseniana: é o fato fundamental a que corresponde a norma fundamental (**Grundfaktum-Grundnorm**). Não é a norma fundamental que produz ou traz ao nível da existência o fato fundamental. Ao contrário, dado o fato fundamental, para colhê-lo em termos de conhecimento dogmático, pressupõe-se a norma que lhe corresponde, põe-se a hipótese normativa básica que tem o fato fundamental por conteúdo.

A revolução entra na categoria de fato fundamental, de decisão política proveniente de uma coletividade que tomou em suas mãos a opção de ser uma determinada forma. Essa decisão é prévia a toda normatividade. Pode ocorrer ora dentro de um Estado já constituído (a Revolução francesa de 89), ou antes de um Estado a constituir-se (o movimento de independência política das treze colônias inglesas). Constituído ou a constituir-se, o Estado ante a revolução está ante o poder constituinte" (24).

O pacto constitucional é o acordo de vontades, no ato gerador de uma Constituição. Surge nos estudos a respeito do Poder Constituinte. As Constituições outorgadas e impostas são alheias à idéia de pacto, falta nas mesmas a dualidade de titulares do Poder Constituinte, essencial para que ele possa existir.

Para XIFRA HERAS, quando estuda a natureza do Poder Constituinte, este reflete a mais genuína expressão da atividade política. Manifesta-se pelas decisões fundamentais, capazes de criar e impor originariamente uma ordem jurídica nova.

Trata-se de um poder peculiar, pois suas intervenções são breves, mas normalmente procuradas em ocasiões decisivas para a vida de um povo. No entender de XIFRA HERAS são estes os caracteres do Poder Constituinte:

a) é um poder originário, isto é, alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferente dos poderes constituídos. Não existe dentro, mas fora do Estado. É um poder extra-estatal que transcende à ordem jurídica positiva. Por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade ou coação;

b) é unitário e individual, serve previamente a todos os poderes constituídos;

c) é permanente e inalienável, seu exercício o exterioriza, subsiste acima da ordem que cria;

(24) VILANOVA, Lourival — "Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen)", em *As Tendências Atuais do Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 475.

d) é portador de eficácia atual, com força histórica efetiva, apta para realizar os seus fins (25).

Como poder supremo dentro do Estado, é um poder fundador, soberano, mas existem autores que apresentam problemas referentes a seus limites. Aponta XIFRA HERAS as três categorias de limites do Poder Constituinte:

“Los absolutos, que suponen imposibilidades radicales por motivos extrajurídicos e incluso extrapolíticos (recuérdese como ejemplo el principio inglés segun el cual el Parlamento puede hacer todo menos cambiar el sexo de las personas o la imposibilidad de que un país democrático vote una ley declarándose comunista), los autónomos procedentes siempre de una autolimitación que no afecta para nada al genuino Poder Constituyente (verbigracia, las normas que prescriben que “la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”) y, finalmente, los límites heterónomos que proceden de una presión externa que ha originado (sobre todo en los últimos tiempos) una grave minoración de la suprema facultad política decisoria. Propiamente hablando, sólo estos últimos límites son los que afectan al Poder Constituyente” (26).

O Poder Constituinte, entretanto, é considerado por vários autores, pela sua natureza, como ilimitado, absoluto. Não deriva sua competência de nenhum outro poder, ao mesmo tempo que não está submetido a qualquer tipo de ordenamento positivo:

“Observa-se, portanto, que o veículo do Poder Constituinte é a revolução. Através desta, o grupo constituinte consegue impor ou restaurar a idéia de direito, derrubando a antiga Constituição.

Deve-se entender como direito de revolução o direito de mudar de organização. Mesmo através do recurso à força, um povo tem o direito de mudar a organização constitucional estabelecida, o que, no entanto, não impede que um grupo venha a ficar em situação de estabelecer nova Constituição sem recurso à força” (27).

O Poder Constituinte é uma faculdade originária da comunidade política soberana, com o fim de provê-la, em sua origem e transformações revolucionárias **ab imis**, da organização jurídica constitucional, para a qual ele não se acha limitado em seus alcances e modo de exercício, por regras preexistentes de direito positivo. Pelo seu caráter originário não é possível esta forma de relativizar a sua atuação (28).

(25) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1957, Tomo I, 2.ª ed., pp. 143 e ss.

(26) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 149 e 150.

(27) BARRUFINI, José Carlos Toseti — *Revolução e Poder Constituinte*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 51.

(28) SAMPAV, Arturo Enrique — *Introducción a la Teoría del Estado*, Ediciones Politeia, Buenos Aires, 1951, p. 413.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no que diz respeito à natureza do Poder Constituinte, aponta ser a Constituição o ponto de partida da ordem jurídica positiva, pelo que apresenta duas teses a respeito da natureza da Constituição, obra do Poder Constituinte: a tese positivista e a tese jusnaturalista.

O Poder Constituinte dentro do primeiro entendimento é simplesmente força social. No que se refere ao Poder Constituinte ligado ao jusnaturalismo, acrescenta que está ligado à problemática da liberdade:

“O Poder Constituinte sobrevive, após a edição de uma Constituição, fora da Constituição, como expressão da liberdade humana” (29).

Ao examinar as Constituições de acordo com as suas fontes, SÁNCHEZ AGESTA apresenta aquelas que derivam de um Poder Constituinte genuíno, poder revolucionário com força histórica, que permite definir e impor uma nova ordem, como uma atividade política criadora, documentos que denomina de Constituições revolucionárias. Caracteriza-se por uma certa fragilidade e paradóxica rigidez, que provém de sua própria origem, com o objetivo de proteger juridicamente as conquistas de uma revolução (30).

A natureza jurídica do Poder Constituinte, conforme exposição de CANOTILHO, pode partir inclusive de uma consideração de sua existência como puro fato, onde os acontecimentos preparatórios de uma constituinte, através de inéditas manifestações do Poder Constituinte originário, situam-se no campo do pré-jurídico, onde o direito surgiria com a própria Constituição:

“Esta tese, típica do positivismo, ainda hoje tem os seus defensores. O Poder Constituinte continua a ser visualizado como um ato revolucionário que, criando um novo fundamento legal para o Estado, opera uma ruptura jurídica em relação à situação anterior. Quando muito, diz-se, o Poder Constituinte reclamará um título de legitimidade, mas não a cobertura da legalidade. O Poder Constituinte será legítimo a partir de determinadas idéias políticas, mas não a partir do prisma da legalidade. E a legitimidade de um ato constituinte não é uma qualidade jurídica, é uma qualidade ideológica — a sua concordância com determinadas idéias políticas” (31).

Esse publicista, por outro lado, lembra aqueles que não aceitam que uma revolução seja um simples fato antijurídico:

“A revolução será um fato antijurídico, ou melhor, antilegal em relação ao direito positivo criado pela ordem constitucional derrubada, mas isso não impede a sua classificação como movi-

(29) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Direito Constitucional Comparado. I — Poder Constituinte*, José Bushnatsky Editor, São Paulo, 1974, pp. 63 e ss.

(30) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Constitucional Comparado*, Editora Nacional, Madrid, 1968, 3.ª ed., p. 30.

(31) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1977, p. 157.

mento ordenado e regulado pelo próprio direito; visam, sim, substituir uma idéia de direito por outra idéia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. É de acordo com estas premissas, ou seja, de que a revolução não rompe com o direito, antes transforma a substância do direito, que certos autores defendem a possibilidade e necessidade da teorização jurídica das revoluções e do Poder Constituinte originário, considerado como ato revolucionário" (32).

A noção de Poder Constituinte adquire na sistemática institucional papel relevante, desde que a sua compreensão dará explicação definitiva para elaboração decisiva do processo democrático, assentado em bases legítimas.

É ponto essencial de uma teoria do Poder Constituinte o exame de sua natureza, tendo em vista que dessa compreensão dependem as várias implicações decorrentes da delimitação deste conceito.

LUIZ CARLOS SÁCHICA, ao traçar esquema para uma teoria do Poder Constituinte, apresenta, inicialmente, estes dados:

— é faculdade e função;

— poder criativo de ingerência política, de construção e estrutura relacional da convivência.

Coloca, ainda, a teoria do Poder Constituinte como uma teoria política. Contrariando diversas opiniões, às quais nos filiamos em parte, o professor colombiano entende que no direito, como ciência, não interessa o poder político em si, por não ser próprio de seu objeto e escapar sua metodologia. Está de acordo com o entendimento exposto por LUIS CARLOS SÁCHICA mais no campo da ciência política; desde que o poder aí considerado é elemento da realidade política. O direito, como sistema normativo dotado de coercibilidade, reconhece e apreende o poder político para regulá-lo em seu exercício. Aceita o poder racionalizado, institucionalizado, normativado e transformado em competência jurídica atribuída como faculdade contida nos preceitos jurídicos de um órgão estatal (33).

A teoria constitucional e do Estado, vista pela perspectiva do constitucionalismo liberal e democrático, bem como a ordem normativa correspondente, surgem de uma teoria do poder político, de cuja essência é o Poder Constituinte.

A atuação do constituinte é ocasional, solicitada em decorrência de mudanças institucionais e quando a conjuntura política força transformações necessárias.

A Constituição precisa de estabilidade, que está assentada na estrutura de poder, responde pela segurança jurídica. A função constituinte

(32) CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 157/158.

(33) SÁCHICA, Luis Carlos — *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pp. 3 e ss.

não deve ser confiada a um organismo permanente. A iniciativa reformadora deve estar delimitada pelo condicionamento temporal.

Considera-se desprestígio para os constituintes o prolongamento artificial de seu funcionamento.

As constituintes devem ser eleitas especialmente para as reformas necessárias, sendo seu funcionamento breve e de término fixo.

A iniciativa convocatória da constituinte tem gerado múltiplas discussões quanto à oportunidade, os mecanismos e o órgão encarregado de concretizar o seu estabelecimento. A etapa vestibular da constituinte pode originar-se do Congresso ou outro corpo que possa encarnar as atribuições que lhe deverão ser definidas.

É necessário evitar que o legislador ordinário se desdobre em constituinte, sem participação popular explícita sobre essa função, nem no que diz respeito à iniciativa ou aos seus resultados.

CARLOS SÁCHICA, dentro de sua exposição, apresenta duas etapas do exercício da competência reformadora:

— pré-constituente, em que o Congresso decide se é oportuno, necessário e conveniente convocar um corpo constituinte;

— outra em que os eleitores designam ou adiantam a reforma correspondente.

O Poder Constituinte é de atuação contínua, no momento em que, através de sua vontade organizadora, é um sistema normativo, que adquire vigência permanente e estabilidade institucional. Entretanto, a função constituinte é descontínua. O constituinte primário estará presente em momentos críticos e excepcionais⁽³⁴⁾.

O poder democrático identifica-se à liberdade coletiva de decisão. ROUSSEAU caracteriza dessa maneira a análise do pacto social, cujo objeto essencial consiste em estabelecer o poder da vontade geral.

A significação do contrato social, o estudo dos princípios de organização política, através do conhecimento da obra de ROUSSEAU, HOBBS, LOCKE fornecem dados para uma compreensão do Poder Constituinte, desde que chegaremos a uma etapa histórica da existência de um Estado de natureza anterior a esta operação.

As indagações em torno da formulação em termos de direito sobre o primeiro princípio de organização política leva-nos a questionamentos em torno da natureza do Poder Constituinte.

O consentimento dos cidadãos na decisão política impõe-se em consequência da liberdade reconhecida a todos que deverão participar na elaboração do documento básico, regra comum de convivência política. O direito que têm os povos de traçar as normas básicas da estrutura política decorre desse poder de elaboração de sua Constituição.

(34) SÁCHICA, Luis Carlos — *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, ob. cit., pp. 5 e ss.

A proteção das liberdades contra o poder deve ser efetuada através de mecanismos que o limitem na forma de atuação que só é possível através de Poder Constituinte que tenha natureza para tal ⁽³⁵⁾.

4 — Titularidade do Poder Constituinte

PAULO BONAVIDES acentua que fundamentalmente a teoria do Poder Constituinte é uma teoria da legitimidade do poder, que surge na ocasião em que nova forma, situada nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, toma relevo histórico e revolucionário em fins do século XVIII.

Poder novo que surge oponível ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, transforma-se em dado essencial para as reflexões em torno das instituições políticas:

“Nasce assim a teoria do Poder Constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.

Cumprido, todavia, não confundir o Poder Constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder, porém, para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção mecanicista de sociedade. Numa fórmula feliz estabeleceu EGON ZWEIG a síntese dessa teoria: um conceito novo para instituir a **suprema potestas nationis et rationis**” ⁽³⁶⁾.

As indagações sobre a natureza do Poder Constituinte, se é um poder jurídico ou não, levam às definições de sua titularidade.

PAULO BONAVIDES aponta as controvérsias sobre a questão da titularidade do Poder Constituinte, quando faz levantamentos que procuram determinar a quem pertence esse poder:

“Se nos afastarmos da indagação de legitimidade, que abrange considerações valorativas, deixando, portanto, de lado o fundamento ou a justificação da pessoa investida nesse poder, a resposta se simplifica, visto que uma fácil consulta aos fatos políticos nos mostrará, numa dimensão exclusivamente histórica, que a titularidade vem atribuída ora a Deus, ora a um príncipe ou monarca, bem como ao povo, à nação, a um parlamento ou a uma classe” ⁽³⁷⁾.

A determinação da titularidade do Poder Constituinte é tema fundamental para a compreensão da própria legitimidade de um regime político,

(35) LACHARRIÈRE, René de Jean-Jacques Rousseau — “Interprétation et Permanence”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Librairie de Droit et de Jurisprudence, n.º 3, maio/junho, 1961, pp. 469 e ss.

(36) BONAVIDES, Paulo — “O Poder Constituinte”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 10, junho/1977, pp. 91 e ss.

(37) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1980, 1.ª ed., pp. 153/154.

desde que está aí o traço fundamental para explicar a sua origem e as conseqüências que ocorrem por formulações espúrias em torno do mesmo.

Em trabalho que destaca aspectos essenciais da natureza e titularidade do Poder Constituinte, ARICÉ MOACYR AMARAL SANTOS apresenta importantes destaques sobre o tema, quando relaciona:

— a nação como titular do Poder Constituinte, assentando-se na exposição de SIEYÈS;

— o povo como titular do Poder Constituinte, para o jusnaturalismo;

— o Poder Constituinte como força social, na sustentação da perspectiva positivista;

— o decisionismo de SCHMITT, que coloca a titularidade no povo;

— a titularidade fixada, ainda, na nação, conforme a perspectiva de HAURIUO;

— o princípio, o povo ou uma autoridade revolucionária, que, no dizer de HELLER, podem ser os titulares do Poder Constituinte;

— a posição de CARRÉ DE MALBERG, para quem a soberania primária reside no povo, na totalidade e em cada um de seus membros;

— a concepção de BURDEAU, em que o povo surge, também, como titular desse poder⁽³⁸⁾.

O Ato Constituinte supõe uma vontade em condições de produzir uma decisão eficaz. O titular dessa vontade é também a do Poder Constituinte.

A atribuição do Poder Constituinte ao povo não foi unânime em todas as épocas, conforme podemos confirmar pelo exame da titularidade:

“La atribución del Poder Constituyente al pueblo no ha sido unánime en todo momento. Es más, en el plano real, es uno de los frutos políticos tardíos que no se implanta hasta fines del siglo XVIII en América del Norte y en Francia. En la antigüedad preclásica, en la Edad Media y en la literatura protestante era general la creencia en que Dios era el único titular del Poder Constituyente. En las monarquías absolutas esta titularidad pasó al Rey, quien la justificaba a su vez en un derecho divino. Pero cuando se impuso la concepción inmanente que rechazó la creencia en el Poder Constituyente de Dios, el poder pasó a la comunidad, al **populus**, a la **universitas civium**. La revolución burguesa lo consolidó en la nación. La técnica democrática lo limitará frecuentemente al partido mayoritario, y la táctica socialista lo concentrará nuevamente en las minorías dirigentes. De ahí que se haya afirmado que “el Poder Constituyente ha pasado por todos los aspectos que la autoridad ha revestido entre los huma-

(38) SANTOS, Aricé Moacyr Amaral — O Poder Constituinte (A Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário), Sugestões Literárias, São Paulo, 1980, 1.ª ed., pp. 24, 25, 32, 36, 42, 43, 49, 50, 57, 58, 63 e 68.

nos: 1) la exégesis de los libros sagrados: las leyes de Hammurabi, la Biblia, la ley del Manú, el Corán; 2) las asambleas del pueblo en Grecia y en los pueblos germanos; 3) los fueros medievales con los cuales comienza la construcción intelectual de una soberanía constituyente atribuida a la sociedad: las manifestaciones más trascendentales de la actividad constitucional en el sistema foral son el Pacto de Mayflower, acordado por los peregrinos que fundaron la colonia de Massachussets en 1620; el Fuero de Guernica, convenido en 1562 por el pueblo de Vizcaya; y el "Agreement of the People" de 1647, por el cual el pueblo inglés se pronunció contra la monarquía absoluta de Carlos I; 4) las decisiones del Parlamento, como apoderado de la voluntad constituyente particular: los Estados Generales franceses con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Parlamento británico con la Petición de Derechos de 1628" (39).

A titularidade e o exercício do Poder Constituinte são temas bem próximos, que devem ser tratados paralelamente. A atividade constituinte torna-se parte importante nas análises em torno da dinâmica do Poder Constituinte.

XIFRA HERAS define o ato constituinte como essencialmente revolucionário, pelo que é impossível estabelecer um procedimento prévio ao qual se vincule o Poder Constituinte. Está alheio a toda regulamentação. Na evolução das formas de atuação de um Poder Constituinte, percebem-se certas maneiras de atuação do mesmo:

a) como atributo do monarca, que outorgava a Constituição, mediante ato unilateral de sua vontade;

b) ao passar a titularidade ao povo, como instância informe e inorganizada, surge a questão da exteriorização dessa vontade, anterior e superior a todo procedimento regulamentado. A forma natural de manifestação imediata da vontade do povo seria a "aclamação". Processo impraticável em comunidades de grande densidade, daí que foram sendo adotados outros mecanismos constitucionais;

c) assembléias constituintes, órgãos representativos, com a finalidade específica de elaborar e aprovar uma Constituição;

d) convenções constituintes, assembléias que preparam um projeto de Constituição, cuja aprovação deve ser submetida ao **referendum** popular ou a outra ratificação direta ou indireta dos cidadãos ativos;

e) plebiscito constituinte utilizado para legitimar um projeto de Constituição elaborado sem a intervenção do povo ou qualquer órgão representativo; introduz-se aí um mínimo de decisão democrática para provocar o consentimento popular a um fato já consumado (40).

Os levantamentos em torno dos tipos de constituintes surgem como aspecto importante da problemática ora examinada. Mas as classificações

(39) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 153.

(40) HERAS, Jorge Xifra — *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 154 a 156.

variam, quando os autores procuram encarar os elementos fáticos e político-democráticos que encarnam o Poder Constituinte dentro dessas formas:

- a) Assembléias Constituintes absolutas;
- b) Congresso em função constituinte;
- c) Parlamento com poderes de revisão constitucional ⁽⁴¹⁾.

As discussões em torno das formas democráticas e autocráticas modernas levam a relevantes questões que estão ligadas aos regimes políticos contemporâneos. Dentre essas inquirições, a questão da titularidade ou o sujeito do Poder Constituinte ou o seu exercício merecem cuidadosa atenção. A maioria dos regimes políticos proclamam a titularidade democrática do Poder Constituinte.

A titularidade ou sujeito descansa obrigatoriamente no povo como um todo, que se expressa graças a sua liberdade política, que se conforma com uma organização pluralista da sociedade. Democracia, povo, pluralismo, maiorias são palavras que se supõem reciprocamente, opõem-se a autocracia, oligarquia, monismo, monocracia e minorias.

VANOSI apresenta classificação das teorias sobre a titularidade do Poder Constituinte, começando a separar as concepções clássicas das modernas. Entende que as concepções modernas giram em torno da autocracia e democracia. Já as concepções clássicas ou tradicionais apresentam três séries, que correspondem a fases da evolução do pensamento político: teorias de sujeito unipessoal, teorias de sujeito coletivo e teoria de sujeito compartilhado.

Ao tratar do exercício do Poder Constituinte fundacional ou revolucionário, VANOSI examina o nascimento das Constituições que decorrem como criaturas desse mesmo poder.

Os órgãos ou autoridades que assumem o exercício dessa força ou poder de organização política da comunidade merecem detido exame do publicista argentino, que apresenta a seguinte tipologia:

- 1) Exercício **autocrático**: criação unilateral da Constituição:
 - a) **cartas** eram concessões graciosas do rei, no exercício de seu poder absoluto e ilimitado;
 - b) decretos constituintes ou atos institucionais, como atos de imposição dos detentores do poder, pela força ou em virtude do consentimento, seja por um golpe de Estado de alguns dos poderes constituídos ou pela insurreição das forças armadas frente ao poder civil.
- 2) Exercício sinalagmático: criação **consensual** da Constituição:
 - a) **pactos** entre o rei e o parlamento, correspondentes a uma etapa híbrida ou ambígua sobre a titularidade do Poder Constituinte;

(41) LIMA, Getúlio Targino de — "Reflexões sobre o Poder Constituinte", *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, vol. II, n.º 3, p. 54.

- b) **pactos** entre Estado e províncias que levam à formação de confederações de Estados, cuja base jurídica é o pacto, ou que levam à reunião de um congresso, assembléia ou convenção que determinará uma nova forma de Estado e sua Constituição.
- 3) Exercício **democrático**: criação soberana-popular da Constituição:
- a) criação representativa, através da democracia indireta, mediante:
- órgão especial, convocado para este efeito, como o sistema de "Convenção" de Filadélfia;
 - órgão comum e permanente, sanciona a Constituição mediante o mesmo procedimento das leis ordinárias, como o caso da Constituição flexível da Inglaterra;
- b) criação popular, através da democracia semidireta, por meio de:
- **referendum ante legem** ou consultivo, em cuja hipótese trata-se mais propriamente do Poder Constituinte;
 - **referendum post legem** ou aprovatório, o povo decide diretamente sobre uma proposta governamental, elaborada ou não por um órgão representativo prévio;
- c) pela combinação dos procedimentos anteriores ou regime misto:
- sanção do Parlamento, com ulterior **referendum**;
 - sanção da convenção, por meio de **referendum** posterior;
- d) por sanção direta.

Observa-se que o exercício do Poder Constituinte originário nos procedimentos democráticos, através de **assembléia** ou **referendum**, é constante.

O órgão e o procedimento da modificação constitucional é outro assunto importante dentro das pesquisas sobre o tema que pode ser matéria de órgãos especiais⁽⁴²⁾.

BIDART CAMPOS aceita como sendo tese geral a opinião clássica de que a **comunidade** é o sujeito titular do Poder Constituinte:

"En definitivo, significa que el pueblo es titular del Poder Constituyente para manifestar su voluntad en dos momentos políticos: al formar el Estado y al dar una Constitución; es decir, al consentir la convivencia en una organización política concreta, y al atribuir a esa institución una forma constitucional y una investidura de poder. Ambos momentos no coinciden si la Constitución es escrita y se dicta después de la fundación del Estado⁽⁴³⁾.

Em estudo que tem por objeto a análise do que denomina a teoria da Constituição, soberana para o povo, LE MONG NGUYEN inicia esse trabalho fazendo referência a ANDRÉ HAURIUO que proclamava a existência

(42) VANOSSI, Jorge Reinaldo A. — *Teoría Constitucional. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 277 e ss.

(43) CAMPOS, German J. Bidart — *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 169/170.

de mais de 130 Estados independentes, com um aparelho político e uma Constituição. Essa vida política exposta no estatuto constitucional é cheia de contradições, que levam a período de calma, tumulto, golpes de Estado ou revoluções:

“Ainsi, gouverner c’est avant tout avoir une Constitution. Que la pratique puisse en altérer le sens initial, la chose n’est rien de moins que naturelle! Le général De Gaulle n’a-t-il pas déjà invoqué Solon dans son discours de Bayeux afin de justifier dès 1946 des modifications ultérieures de “son” oeuvre constituante? La Constitution suit de ce fait le cheminement de la conscience d’une nation, elle épouse l’évolution d’un peuple dans sa recherche constante de la liberté. La Constitution n’est pas, elle ne peut pas être une notion uniforme, car elle secrète l’avenir, elle revêt des aspects multiples et variés, qui font ainsi la synthèse de ses articles, de sa pratique, de son évolution et — pour quoi pas? — de sa “violation”? (44)

A complexidade da questão da titularidade do Poder Constituinte é percebida no trabalho em questão, quando faz referência ao desdobramento constitucional ocorrido, através de um ensaio de racionalização de sua prática referendária. Esse fenômeno é criticado nas instituições políticas contemporâneas, pois acarreta certos perigos que afetam o próprio Poder Constituinte.

Após dois séculos de distância, as idéias revolucionárias de SIEYÈS sobre o Poder Constituinte da nação encontram eco na concepção gaullista de poder.

A titularidade de Poder Constituinte em uma Constituição soberana do povo, desde que ele a estabeleça soberanamente, conforme pronunciamento do general De Gaulle, em 1945, determina que o povo detenha diretamente este poder:

“Parce que le peuple peut toujours la modifier librement (selon le général De Gaulle, ce pouvoir populaire s’exerce sans entrave).

Parce qu’elle l’enporte — en cas de conflit — sur les autres aspects relationnels de la Constitution, étant hiérarchiquement supérieure (selon le général De Gaulle “la souveraineté nationale appartient au peuple et elle lui appartient évidemment, d’abord, dans le domaine constituant”).

Parce qu’elle est présumée la meilleure, étant le reflet continu des aspirations nationales dominantes (selon le général De Gaulle, à “une Constitution, c’est un esprit, des institutions, une pratique”) (45).

A titularidade do Poder Constituinte é objeto de várias implicações doutrinárias e práticas, principalmente tendo em vista as grandes transfor-

(44) NGUYEN, Le Mong — “Contribution à la Théorie de la Constitution Souveraine par le Peuple”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, julho/agosto, 1971, n.º 4, pp. 925 e 926.

(45) NGUYEN, Le Mong — *Contribution à la Théorie de la Constitution Souveraine par le Peuple*, ob. cit., pp. 931 e 932.

mações e crises por que passa a estrutura constitucional do Estado contemporâneo.

A consideração da Constituição como um ato de vontade unilateral da nação, que pode ser sempre revista, livremente, surge em considerações atuais sobre o Poder Constituinte.

Esse Poder Constituinte permanente da nação, **Exposition raisonnée**, de 20 de julho de 1789, por SIEYÈS, mereceu o seguinte comentário de ESMEIN, em **Éléments de Droit Constitutionnel** (7ª ed., T. I, p. 570):

“Trata-se de uma ação revolucionária reconhecida legítima e quase permanente.”

A nação como titular do Poder Constituinte não está ligada a qualquer regra preestabelecida. Ela é independente de qualquer forma. A nação detém, de maneira absoluta, o direito de trocar a Constituição, sem se importar pelo processo a ser empregado, desde que sua vontade é lei suprema.

Percebem-se, claramente, as invocações que demandam a questão da titularidade do Poder Constituinte. Já CARRÉ DE MALBERG, em capítulo sobre a teoria do órgão do Estado e a questão do Poder Constituinte, indagava: Em que reside o Poder Constituinte?

Para esse autor, o estatuto orgânico pelo qual uma pluralidade de homens concorrem para a formação de uma mesma nação, constituindo-se em um corpo estatal unificado, deve ser obra desses mesmos homens. A soberania primária ou o Poder Constituinte reside essencialmente no povo, na totalidade e em cada um de seus componentes (46).

A teoria que parte da idéia de que a soberania constituinte reside em princípio no povo mereceu detalhada análise de MALBERG. Para chegar a este entendimento, vê como necessário partir das indagações em torno da primeira Constituição do Estado, aquela da qual ele se originou.

A respeito dessa Constituição inicial, surge doutrina que se esforça em descobrir base jurídica. Entretanto, para este doutrinador, a teoria do Contrato Social que procura chegar a esses esclarecimentos, parte de erro essencial, quando aceita ser possível dar uma construção jurídica aos acontecimentos ou a atos que puderam determinar a fundação do Estado ou sua primeira organização. Estas, no entendimento de MALBERG, não resultam senão como fato, não susceptível de ser classificado em nenhuma categoria jurídica, desde que não está governado por princípios de direito.

Dentro dessa perspectiva positivista, desde que não existe direito anterior ao Estado, é essencial que o Estado já constituído possua uma ordem jurídica, especialmente uma ordem jurídica destinada a regulamentar eventualmente a reforma de sua organização.

O Poder Constituinte não é exercido com o objetivo de criar uma nova nação e o Estado.

(46) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, trad. esp. de JOSÉ LIÓN DEPETRE, pp. 1.161 e ss.

Nas coletividades erigidas em Estado, o Poder Constituinte há de explicar-se, para CARRÉ DE MALBERG, pelos órgãos mesmos da Constituição. Estes podem ser uma assembléia especialmente eleita com esta finalidade, o corpo de cidadãos ativos atuando por via do governo direto ou várias autoridades constituídas.

Quaisquer que sejam as pessoas ou assembléias chamadas para exercer a função constituinte, apresentam o caráter jurídico de órgãos estatais ou representantes.

Para esta exposição, a teoria do órgão do Estado faz-se extensiva ao Poder Constituinte:

"Así, pues, el concepto jurídico de Poder Constituyente implica la preexistencia de cierta orden y de cierta organización constitucional. Este punto fué comprendido instintivamente por la primera Constituyente de 1789. Aunque esta asamblea estuviese decidida, desde el principio, a reorganizar la nación francesa sobre bases enteramente nuevas y a emanciparla completamente del orden jurídico anterior, sintió la necesidad de un título jurídico tomado del pasado, y se esforzó por creárselo a sí misma" (47).

Apesar das diferenças que existem entre os diversos sistemas constituintes, ocorre de comum entre eles, à exceção das cartas, que as Constituições, geralmente, coincidem em que o Poder Constituinte deve ser exercido não pelo corpo legislativo ordinário, mas por uma assembléia especial:

"Esta asamblea es el Senado en las épocas napoleónicas: bajo las Constituciones de 1791, de 1793, del año III, y de 1848 es una asamblea que — cualquiera que sea el nombre que se le dé: convención, asamblea de revisión etc. — tiene por carácter esencial el ser una constituyente, es decir, una asamblea especialmente llamada a ejercer el poder constituyente, formada por diputados que han sido elegidos por el pueblo para el cumplimiento especial de una labor constituyente y, por último, que no tiene más función que la de efectuar la revisión para la que fue convocada, pues debe disolverse inmediatamente después de cumplida esta misión" (48).

A experiência constitucional da Espanha ocorrida em 1978, pelo que demonstra LUIS SÁNCHEZ AGESTA, debateu a questão dos poderes constituintes e o processo constituinte.

As Cortes tiveram grande importância, sendo que o projeto de reforma tinha três objetivos intimamente relacionados: nova composição e base política das Cortes; novo procedimento de reforma constitucional; e o estabelecimento dos princípios básicos da lei eleitoral que permitisse conhecer efetivamente as opções que representavam os partidos (49).

(47) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 1.169 e ss.

(48) MALBERG, R. Carré de — *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 1.183.

(49) AGESTA, Luis Sánchez — *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 41 a 43.

5 — Tipos de Poder Constituinte

As modalidades sob as quais surge o Poder Constituinte têm apresentado variantes que podem ser assim nomeadas:

- a) Poder Constituinte originário;
- b) Poder Constituinte derivado, constituído, instituído ou de segundo grau;
- c) Poder Constituinte decorrente ⁽⁵⁰⁾.

Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, tendo em vista a finalidade da intervenção do Poder Constituinte, a doutrina apresenta dois tipos:

- a) Poder Constituinte originário;
- b) Poder Constituinte instituído ⁽⁵¹⁾.

É constante a referência ao Poder Constituinte originário, que elabora a Constituição e não se prende a limites formais. Essencialmente político, é para PAULO BONAVIDES até extrajurídico. O Poder Constituinte constituído insere-se na Constituição. É órgão constitucional, afeito a limitações tácitas e expressas, surge como primacialmente jurídico, desde que tem como objeto reformar o texto constitucional ⁽⁵²⁾.

A fixação desses tipos é importante, desde que podem influenciar no procedimento do Poder Constituinte para elaborar e adotar uma Constituição ⁽⁵³⁾.

Como poder originário da sociedade política, somente o Poder Constituinte tem caráter inicial e ilimitado:

“O Poder Constituinte originário sempre cria uma ordem jurídica, ou a partir do nada, no caso de surgimento da primeira Constituição, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de uma nova ordem. O poder reformador apenas modifica a Constituição” ⁽⁵⁴⁾.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO, após mostrar que o poder reformador está colocado abaixo do Poder Constituinte, apesar de sua natureza **constituída**, salienta que sua base está na Constituição, que lhe fixa os contornos e estabelece o processo de atuação:

“O poder de reforma jamais atingirá, portanto, a eminência representada pela ilimitação da atividade constituinte. Chame-mo-lo um “Poder Constituinte constituído”, como faz AGESTA; “Poder Constituinte derivado”, conforme PELAYO; ou “Poder Constituinte instituído”, segundo BURDEAU; devemos encará-lo,

(50) RUSSOMANO, Rosah — *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1972, 2.ª ed., p. 35.

(51) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha — *Poder Constituinte do Estado-Membro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, p. 13.

(52) BONAVIDES, Paulo — *O Poder Constituinte*, ob. cit., p. 94.

(53) LOEWENSTEIN, Karl — *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed., trad. ALFREDO GALLEGU GALLEGU ANABITARTE, pp. 160 e ss.

(54) CAETANO, Marcelo — *Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. I, pp. 397 e 398; BASTOS, Celso Ribeiro — *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1980, 3.ª ed., pp. 18 a 20.

nas palavras de PONTES DE MIRANDA, como uma "atividade constituidora diferida" ou um "Poder Constituinte de segundo grau" (55).

Dentro da tipologia do Poder Constituinte, ocorrem indagações que permitem análises em torno da natureza de cada um dos tipos. Dessas investigações surgem questionamentos se o poder de modificação é total ou parcial, apenas modificatório ou substituto institucional do regime. Principalmente quando se procuram apontar as características da atuação do constituinte primário. Este distingue-se do constituinte derivado, que não pode negar a fonte de seu poder, a razão de sua legitimidade (56).

A organização constitucional em momentos de crise sente-se atraída pelas formas de exercício do Poder Constituinte, circunstância que pode gerar inquietações, sobre o melhor tipo para soluções de impasses institucionais. Nem sempre essas situações podem ser resolvidas por atribuições de poderes excepcionais a órgãos que tiveram estruturação constituída através da elaboração de uma Constituição, que não encontra correspondência com a nova realidade (57).

O Poder Constituinte, normalmente, é examinado em relação com as Constituições rígidas, porque surge nelas nitidamente a atribuição normativa desse poder a um órgão extraordinário e superior, acima dos poderes consultivos. Em vista dessa rigidez, a ulterior reforma que é reservada a um órgão com Poder Constituinte, que se habilita de acordo com o procedimento indicado pela Constituição, ocorre de maneira diferente.

BIDART CAMPOS aceita nova distinção quando fala em Poder Constituinte formal e Poder Constituinte material. O primeiro é aquele em que tanto o ato originário como as reformas derivadas ajustam-se à formalidade solene, que é clássica no constitucionalismo rígido. Na segunda hipótese, os órgãos ordinários o exercem quando cumprem atos de conteúdo constituinte, legislando, de maneira válida, por disposições em matérias constitucionais, seja interpretando a Constituição por via jurisprudencial, seja instaurando normas constitucionais em desacordo com a Constituição escrita. O Poder Constituinte, quando não formal, não está preso a corpos nem processos especiais. Nos Estados de Constituição rígida, quando ocorre a circunstância em que os poderes constituídos usam a competência ordinária, estes são, muitas vezes, titulares de um Poder Constituinte material.

A elaboração de uma Constituição supõe um Poder Constituinte originário e formal (58).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao considerar as particularidades inerentes ao Poder Constituinte reformador, salienta:

"Como se nota, o poder de emenda constitucional foi atribuído ao Congresso Nacional, que é o poder constituído e órgão

(55) SAMPAIO, Nelson de Sousa — *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954, pp. 42 e 43.

(56) SÁCHICA, Luis Carlos — *Exposición y Glosa del Constitucionalismo Moderno*, Editorial Temis, Bogotá, 1976, p. 63.

(57) LEROY, Paul — *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1966, pp. 33 e ss.

(58) CAMPOS, German J. Bidart — *Derecho Constitucional*, Edlar, Buenos Aires, 1968, Tomo I, pp. 165 e ss.

da legislatura ordinária. Trata-se de um problema de técnica constitucional. Seria muito complicado ter que convocar o Poder Constituinte originário todas as vezes que fosse necessário emendar, reformar ou rever a Constituição. Por isso, o próprio Poder Constituinte originário, ao estabelecer a Constituição da República, instituiu um Poder Constituinte reformador, que, por isso mesmo, a doutrina denomina o Poder Constituinte derivado, Poder Constituinte instituído ou constituído, poder de reforma constitucional” (59).

Os tipos de Poder Constituinte, pela repercussão na forma de elaboração constitucional, têm grande importância na criação da ordem jurídica, na sua manutenção e continuidade.

Não é fácil apontar as manifestações do Poder Constituinte, tendo em vista os tipos sob os quais ele aparece.

Entende-se que o povo revela seu Poder Constituinte por meio de qualquer expressão reconhecível de sua imediata vontade de conjunto, dirigida para decisão sobre o modo e a forma de existência da unidade política. Apesar de dotado desse poder, de ser seu titular, não é considerado como organismo estável, nem de atuação contínua (60).

As transformações institucionais que ocorrem em nossos dias demonstram a importância dos aspectos teóricos e práticos do Poder Constituinte, no que se refere aos tipos sob os quais ele se apresenta.

Na consolidação de autêntico sistema democrático, o tipo de Poder Constituinte, que vai traçar diretrizes de determinado regime, depende de sua forma de atuação, que por sua vez decorre do tipo sob o qual surge a elaboração constitucional.

VANOSI, sob a denominação de controvertidas etapas do Poder Constituinte, aceita que a doutrina tradicional consagra dois tipos, classes ou etapas do mesmo, correspondentes a momentos do Estado e como base para a trabalhosa construção teórica sobre os limites desse poder:

“Coinciden la mayoría de los autores en hablar de un Poder Constituyente originario y de otro derivado, asignando al primero el nombre y la condición de genuíno, mientras que el último o tendría la calidad de ser un Poder Constituyente constituído o instituído. En el primer caso, se trataría del Poder Constituyente que actúa en el momento de la constitución originaria, es decir, la primera vez que se da la comunidad un ordenamiento jurídico; mientras que en el segundo caso estaríamos ante el ejercicio del poder encargado de la reforma de la constitución vigente” (61).

Mostra esse publicista a diferente situação existente entre a criação ou recriação revolucionária de um ordenamento constitucional (Poder

(59) SILVA, José Afonso da — Curso de Direito Constitucional Positivo. Da Organização Nacional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, vol. I, p. 25.

(60) SÁCHICA, Luis Carlos — Constitucionalismo Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1977, 5.ª ed., p. 101.

(61) VANOSI, Jorge Reinaldo A. — Teoría Constitucional, vol. I, ob. cit., p. 123.

Constituinte originário) e sua modificação, sem solução de continuidade (Poder Constituinte derivado). Aceita dentro desse entendimento, um Poder Constituinte fundacional ou revolucionário e um Poder Constituinte de reforma da Constituição.

O Poder Constituinte revolucionário leva a questionamentos sobre a configuração do fato revolucionário, em relação à legalidade preexistente, com o exercício da competência reformadora. Para configurar a existência de um acontecimento revolucionário, VANOSSI aponta três situações:

a) para as ciências sociais em geral, principalmente a economia e sociologia, o revolucionário supõe mudanças estruturais;

b) para a ciência política, o revolucionário indica transformações institucionais;

c) para a ciência jurídica, o revolucionário supõe a violação da lógica dos antecedentes, tem como característica essencial o rompimento da lógica normativa de criação regular do direito, estabelecido por um ordenamento jurídico ⁽⁶²⁾.

6 — Poder Constituinte originário

O Poder Constituinte é originário ou genuíno quando o exercício da faculdade soberana do povo de constituir-se originariamente, e pela primeira vez, no Estado tem o objetivo de elaborar o ordenamento jurídico. Surge para dotar um novo Estado de Constituição ou para estabelecer as instituições que foram revolucionariamente extirpadas, não se achando o titular desse poder necessariamente investido ⁽⁶³⁾.

Entende AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO que o Poder Constituinte originário surge na oportunidade de organização do Estado, no caso de uma antiga colônia que conquista a independência e elabora sua lei constitucional, ou nos Estados existentes, por ocasião de revolução, guerra externa ou outros fatos que acarretam a reordenação jurídica fundamental ⁽⁶⁴⁾.

O caráter originário e extraordinário sob que se produz a ordem constitucional tem pela frente uma decisão criadora, não prevista por meio de um preceito jurídico, nem por uma lei histórica de probabilidade. Não tem apoio na ordem anterior nem segue uma sucessão regular de causas. Está além dos poderes constituídos e das razões que possam fundamentar o exercício desse poder. Para LUÍS SÁNCHEZ AGESTA, o Poder Constituinte originário deve apresentar essas características:

a) não encontra sua justificação em uma legitimidade jurídica anterior;

b) sua base é de caráter transcendente à ordem jurídica positiva;

(62) VANOSSI, Jorge Reinaldo A. — *Teoria Constitucional*, vol. I, ob. cit., pp. 143 e 144.

(63) QUINTANA, Segundo V. Linares — *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Parte Geral. Teoría de la Constitución*, Tomo II, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 129; ACCIOLI, Wilson — *Instituições de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, pp. 42 e 43.

(64) FRANCO, Afonso Arinos de Melo — *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 123.

- c) deve ser procurado em um direito superior ao positivo;
- d) surge com legitimidade transcendente, com a invocação de valores de justiça superiores ao direito positivo ou apoiando-se em necessidades históricas ou em titular de direito que o direito positivo é incapaz de realizar;
- e) deve ser buscado no direito natural;
- f) o caráter radicalmente originário e revolucionário do Poder Constituinte o distingue daquelas criações da ordem que têm seu fundamento em uma norma constitucional, ainda que esta não regule senão a competência de um órgão criador;
- g) caracteriza-se por sua **eficácia atual**, que inova esse direito, deve estar em condições, por razão da força de que dispõe, ou pela autoridade de que se acha investido, de realizar criação da ordem frente às forças que se lhe opõem;
- h) essa originalidade demonstra ser uma efetiva força histórica, capaz de realizar os fins a que se propõe;
- i) a mera formulação de uma nova ordem, ou o propósito revolucionário de realizá-la, não surgindo vias eficazes de cumprimento, não pode ser considerada como manifestação efetiva do Poder Constituinte;
- j) é preciso a plena consumação de fato de seu objeto, com a criação de uma nova ordem;
- k) o Poder Constituinte é diferente de toda atividade política que não tem imediatamente seu objetivo;
- l) é uma atividade criadora e transformadora da ordem jurídica, sua ação não é conservadora⁽⁸⁵⁾.

O Poder Constituinte não é apenas o que ordena e organiza o Estado, ao fundá-lo ou estruturá-lo pela primeira vez. Pois, após estar constituído o Estado, tem poderes de reforma, modificação ou emenda à Constituição. Surge daí a distinção entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado. Apesar de ambos serem constituinte, existe uma etapa de prioridade. No primeiro caso, elabora-se, originariamente, uma estrutura constitucional, ao passo que no outro ocorre uma etapa posterior e subordinada à problemática da revisão constitucional.

BIDART, com essa classificação, chega às seguintes conclusões:

- a subordinação hierárquica do poder constituído ao Poder Constituinte e a separação entre um e outro;
- o poder constituído não pode, validamente, exercer o Poder Constituinte e deve respeitar a Constituição, que lhe é dada por este;
- dessa distinção surge a teoria da inconstitucionalidade de todo ato do poder constituído contrário à Constituição;

(85) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Político*, Granada, 1951, 4.ª ed., pp. 338 a 341; DANTAS, Ivo — *Poder Constituinte e Revolução. Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*, Editora Rio, 1978.

— a subordinação hierárquica do Poder Constituinte derivado ao Poder Constituinte originário;

— o Poder Constituinte derivado, para reformar, com validade, a Constituição deve estar habilitado de acordo com o que foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário ⁽⁶⁶⁾.

O Poder Constituinte originário, no dizer, ainda, de BIDART CAMPOS, é o que possui maior força criadora do direito, desde que preside o momento inicial ou de reestruturação do Estado. É fundacional desde que, através de seu exercício, surge um Estado, que adquire existência política por meio de sua primeira Constituição. Este Poder Constituinte originário deve residir no povo ou na comunidade. Daí que o titular do Poder Constituinte originário é o povo. Como titular nato, só quando ele exerce esse poder, pode-se reconhecer a validade da obra aí surgida:

— o povo ou a comunidade são os sujeitos titulares do Poder Constituinte originário;

— nenhum homem ou grupo de homens têm, por si mesmos, a titularidade desse poder;

— como todos não podem exercê-lo em conjunto, a titularidade é exercida em “ato”, através de homens ou grupos de homens, dentro do mesmo povo, que estão em condições de determinar a estrutura fundacional do Estado e de adotar a decisão fundamental de conjunto ⁽⁶⁷⁾.

7 — Poder Constituinte instituído

O Poder Constituinte derivado, constituído ou instituído, conforme aponta PAULO BONAVIDES, suscita graves reflexões quanto à sua natureza e extensão:

“Com efeito, tomada ao pé da letra, a distinção clássica usual que separou o Poder Constituinte em duas modalidades, a saber, Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, carece, por inteiro, de fundamento, se, mediante a mesma, pretendermos estabelecer limites teóricos ao seu exercício. Equivaleria o reconhecimento de tais limites a negar-lhe caráter ou teor soberano, o que sem dúvida contraria a essência do Poder Constituinte” ⁽⁶⁸⁾.

A essência do Poder Constituinte, conforme bem acentua, ainda, esse autor, leva-nos a concebê-lo como absoluto, livre de vínculos restritivos que não fossem os da direta e imediata expressão da própria vontade. Aponta que a teoria constitucional procura dar, o quanto possível, ao Poder Constituinte derivado caráter mais jurídico do que político:

“De sorte que se empenha em colocá-lo nas Constituições como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, diminuindo-lhe o alcance

(66) CAMPOS, German José Bidart — *Derecho Político*, Aguilar, Buenos Aires, 1967, 2.ª ed., pp. 522 e 523.

(67) CAMPOS, German J. Bidart — *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, 1969, pp. 163 e ss.

(68) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 146.

ou competência e afastando-o assim, consideravelmente, daquele entendimento há pouco exposto, por onde resulta, aliás, em grande parte, o sacrifício da tese lógica" (69).

LINARES QUINTANA discorda da doutrina que sustenta que a faculdade de emendar a lei fundamental não importa no exercício do Poder Constituinte, mas, apenas de um poder legislativo extraordinário. Acrescenta que a obra do Poder Constituinte só pode ser validamente modificada pelo mesmo poder e não por outro de menor hierarquia jurídica.

Para RECASÉNS SICHES, em *El Poder Constituyente* (Madrid, 1931, p. 77), de nenhum modo deve-se confundir o Poder Constituinte com a competência legal estabelecida por uma Constituição para a reforma parcial de algumas de suas normas. O poder titular dessa competência para reforma de preceitos fundamentais da Constituição não detém caráter de Poder Constituinte, desde que essa faculdade é determinada pela própria Constituição.

Aceita-se que a primeira espécie de Poder Constituinte instituído é aquele que surge para rever e modificar a Constituição, daí as denominações, também, de Poder Constituinte de revisão ou Poder Constituinte reformador. Tem sua base na Constituição, pelo que acrescenta-se somente ser possível quando é fixa ou rígida.

Além da modalidade de Poder Constituinte instituído, (70) que é o de revisão constitucional, admite-se uma segunda espécie que é o Poder Constituinte decorrente. Estipulado na Constituição, surge para exercer tarefa de caráter constituinte, quando estabelece a organização fundamental de entidades que compõem o Estado federal:

"Mas a Constituição não estabelece apenas esses poderes. Em regra geral, ela institui também um outro poder, que é o Poder Constituinte, usualmente denominado de 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 se manifesta, 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" (71).

O Poder Constituinte derivado ou Poder Constituinte instituído, entretanto, é definido por MARCEL PRÉLOT como o que modifica a Constituição já em vigor. São alterações que ocorrem de conformidade com as regras, anteriormente, estabelecidas (72).

(69) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 147.

(70) FERRAZ, Anna Cândida da Cunha — *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., pp. 17 e ss.

(71) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Direito Constitucional Comparado. I. O Poder Constituinte*, ob. cit., p. 85.

(72) PRÉLOT, Marcel — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, 1969, 4.^a ed., p. 206.

A doutrina está presente na enumeração dos requisitos próprios à caracterização do Poder Constituinte instituído. Um Poder Constituinte, ao qual falta o caráter radical inerente ao Poder Constituinte genuíno, não surge com vontade originária, mas com competência determinada pela Constituição, que lhe fixa o exercício e procedimento. Trata-se de Poder Constituinte estabelecido, pelo que surge a denominação de Poder Constituinte constituído. A essência desse poder é que a própria Constituição determina o órgão e a maneira como ocorrerá sua reforma ou transformação. Apesar de aparentar qualidades comuns inerentes ao Poder Constituinte originário, para SANCHES AGESTA, três são os atributos que o particularizam:

a) diferentemente do Poder Constituinte genuíno, o Poder Constituinte constituído encontra sua legitimidade na "legalidade" de sua função reguladora pela própria Constituição. A autoridade deriva da própria Constituição que vai reformar;

b) o poder e a eficácia que mantém não encontra suporte em autoridade ou força material estranha à ordem constituída, desde que é a ordem constitucional vigente que permite a efetividade de seu exercício. A base de sua eficácia é o respeito ao direito existente e às formas legais estabelecidas; mais do que em sua legitimidade, importa falar em sua legalidade;

c) ocorre uma situação de supra-ordenação e subordinação com o direito estabelecido⁽⁷³⁾.

8 — Convocação de Constituinte. Assembléia Constituinte

As preocupações em torno do Poder Constituinte, do poder de reforma constitucional, ou suas implicações com os processos revolucionários, têm sido objeto de constantes preocupações de publicistas e cientistas políticos.

Para CARL J. FRIEDRICH uma Constituição bem redigida estabelecerá normas necessárias para sua própria reforma, de modo que possa antecipar, até onde seja humanamente possível, as reivindicações revolucionárias. As disposições para essas reformas constituem parte fundamental das Constituições modernas. Não se percebeu, inicialmente, o valor dessas disposições⁽⁷⁴⁾.

As constituintes, convenções ou assembléias de revisão, chamadas e eleitas com a finalidade de desempenhar as tarefas constituintes, de conformidade com a doutrina da soberania nacional, apresentam as características de assembléias especiais:

"Dissolvem-se de imediato uma vez elaborada a Constituição. Deve a Constituição em seguida sujeitar-se à ratificação do

(73) AGESTA, Luis Sánchez — *Derecho Político*, ob. cit., pp. 343 e 344; SCHMITT, Carl — *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, trad. de José Dias Garcia.

(74) FRIEDRICH, Carl J. — *Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática*, Fondo de Cultura, México, trad. de Vicente Herrero, 1.ª ed., pp. 134 e ss.

povo ou da nação, de conformidade com o princípio ou sistema de separação entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. Tudo naturalmente no espírito daquelas máximas segundo as quais “o povo tem sempre o direito de rever e reformar a Constituição” (Thouret), ou só a nação é competente para decidir sobre a Constituição, “independente de todas as formas e de todas as condições” ou ainda “todos os poderes aos quais uma nação se sujeita emanam de si mesma”⁽⁷⁵⁾.

Muitas são as indagações que surgem quando das reflexões sobre a convocação de constituinte, voltadas algumas delas para noções essenciais do Poder Constituinte. A Constituição ou Ato de Constituição de um povo, a legislação constitucional positiva ou Poder Constituinte promovem várias indagações de ordem doutrinária. Com SCHMITT a doutrina do ato constituinte retornou aos fundamentos da teoria contratual. Sendo que RECASÉNS SICHES disse ser necessário entender que, quando atua o Poder Constituinte, a sociedade encontra-se sempre no estado de natureza. Nesse sentido, SÁNCHEZ VIAMONTE alerta que não é conveniente complicar o sistema contemporâneo do constitucionalismo com uma terminologia em desuso e a evocação de conceitos discutíveis⁽⁷⁶⁾.

Nas democracias torna-se prática a convocação de Assembléia Nacional Constituinte, eleita segundo os postulados do sufrágio universal e igual, como procedimento reconhecido para os processos de elaboração constitucional.

A convocatória de Assembléia Nacional Constituinte, para SCHMITT, não é o único procedimento democrático imaginável, pois foram introduzidas outras classes de execução e formulação da vontade constituinte do povo⁽⁷⁷⁾.

Nos procedimentos constitucionais modernos, também, **referendum** popular passou a ser acolhido e examinado com certo interesse, nas buscas de melhores formas para legitimar as Constituições e suas alterações.

O **referendum** teve, assim, um clima favorável na Constituição italiana. Com a queda de alguns regimes autocráticos, as tendências refratárias a essas formas políticas procuram opor obstáculos ao renascimento das normas:

“Il **referendum** trovò un'atmosfera favorevole nella nostra Costituente, che era nata da una votazione congiunta ad un **referendum**; e si sentiva da tutti i membri della Costituente, senza eccezione, l'esigenza di reagire al totalitarismo, che aveva soppresso l'espressione della volontà popolare”⁽⁷⁸⁾.

(75) BONAVIDES, Paulo — *Direito Constitucional*, ob. cit., pp. 148 e 149.

(76) VIAMONTE, Carlos Sánchez — *Manual de Derecho Político*, Editorial Bibliográfico, Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 414 e ss; SICHES, Luís Recaséns — *El Poder Constituyente*, J. Morata, Madrid, 1931.

(77) SCHMITT, Carl — *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 97.

(78) RUNI, Mauccio — *Il Referendum Popolare e la Revisione della Costituzione*, Dott. A. Gluffrè, Milão, 1953, p. 7.

Em várias ocasiões que ocorrem, em nossos dias, as discussões em torno das alternativas das transformações de regimes totalitários nas diversas maneiras que podem cristalizar o sistema democrático pluralista, surgem dúvidas no que diz respeito à convocação do Poder Constituinte e à amplitude de sua atuação.

JORGE MIRANDA aponta as diferentes concepções expostas na Assembléia Constituinte, no que diz respeito às relações entre revolução e Constituinte, bem como ao desenvolvimento que os processos revolucionários e o Constituinte tomaram. Realça a importância da relação entre revolução e Constituição como essencial para a Assembléia Constituinte, ocasião em que aponta os requisitos de uma Constituição revolucionária:

“1) que a Constituição não pretenda ser um estatuto definitivo, eternamente válido, mas sim um estatuto expressamente válido apenas para a próxima fase da revolução;

2) que a Constituição não se apresente como um estatuto de exceção, após o qual se regressaria a um pretense “estado normal”, mas sim como estatuto normal de uma certa fase, também ela natural, da revolução;

3) que a Constituição receba e garanta as conquistas revolucionárias já efetuadas;

4) que a Constituição deixe margem ampla aos necessários avanços no sentido do socialismo;

5) que a Constituição não impeça as medidas de combate à contra-revolução que se venham a revelar necessárias;

6) finalmente, que a Constituição integre na estrutura constitucional todos os órgãos de poder revolucionário” (79).

JUAN FERRANDO BADIA observa que, com a morte de Franco, o problema da mudança do regime, tendo em vista as posições e tendências políticas, ocorreram três alternativas a seguir:

- a) mediante a ruptura;
- b) por meio da chamada reforma pactuada; e
- c) através de reforma constitucional (80).

No Brasil, nos últimos tempos, as questões inerentes à Constituinte passaram a ser objeto de vários debates. FREITAS NOBRE, ao iniciar campanha em favor de uma Assembléia Nacional Constituinte, dentre outras afirmativas, expõe:

“Com a Constituinte abre-se um espaço político permissível à participação popular. O cansaço e o desgaste da continuidade

(79) MIRANDA, Jorge — *A Constituição de 1976. Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, pp. 32 e 33.

(80) BADIA, Juan Ferrando — *Democracia frente a Autocracia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 364.

aconselham o governo a procurar o caminho que apontamos. A Constituinte — perguntaria o povo — vai por si mesma resolver esses problemas todos? Temos que ser sinceros. É claro que não, mas ela vai possibilitar ao povo caminhar junto com o governo à procura das soluções nacionais. Ela encarna um movimento social democratizado” (81).

Proposta de Emenda à Constituição para convocação de uma Constituinte, a ser eleita em 15 de novembro de 1982, recebeu esse pronunciamento da Ordem dos Advogados do Brasil:

“A idéia consubstanciada no anteprojeto de emenda à Constituição coincide, nos seus pontos essenciais, com o que vem defendendo a Ordem dos Advogados, em várias oportunidades, ao sustentar que a convocação de uma Assembléia Constituinte é o caminho indicado para superar o impasse criado com a ilegitimidade institucional do poder e votar uma nova Constituição que propicie o reencontro histórico da nação com o Estado de Direito, sob a égide de um instrumento democrático de governo. Uma nova Constituição com força e autoridade suficientes para mobilizar o interesse e as energias necessárias à realização de um projeto nacional de vida que reflita o consenso do povo brasileiro” (82).

O Relator FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO, no exame da proposta, afirma que uma Constituição é legítima quando tem origem numa Assembléia Constituinte, representativa da vontade da nação. No mesmo trabalho, em nota sobre a história constitucional do Brasil, faz um levantamento das Constituintes convocadas em 1823, 1891, 1934 e 1946, quando apresenta dois pronunciamentos sobre a convocação de uma Assembléia Constituinte:

“Duas conferências pronunciadas recentemente na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, tendo como expositores os renomados constitucionalistas, Professores AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO e PAULO BONAVIDES, focalizaram os principais temas em torno dos quais se formam duas vertentes de uma corrente de opinião pública sobre a reorganização constitucional do País, a saber: uma, a que adere o eminente Prof. AFONSO ARINOS, sustenta que “a solução política para o caso brasileiro não pode ser outra, senão a mais moderada, ou seja, a convergência das forças da situação e de oposição no Congresso, no sentido ou da feitura de um projeto global de Constituição, ou da revisão de um projeto que venha do governo”.

A esta conclusão chegou S. Ex^ª depois de recordar o Poder Constituinte na feitura das Constituições brasileiras, tendo em

(81) NOBRE, Freitas — *Constituinte*, Paz e Terra, 1977, pp. 11 e ss.

(82) *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Ano X, vol. X, janeiro/abril, 1980, n.º 25.

vista duas coisas: “A primeira é que o Poder Constituinte em 1823, 1891, 1934 e 1946 foi sempre convocado pelo poder político preexistente, que traçou os lineamentos do futuro texto. A segunda é que, como poder instituído e não originário, ele sempre funcionou com incumbências derivadas, procedentes à revisão de textos anteriores”.

Outra, a que se filia o Prof. PAULO BONAVIDES, assevera que: “Como soluções mediatas, tomadas em nome da legitimidade democrática, com o objetivo de extinguir a crise político-institucional, não poderão alternativamente ser outras senão estas: a) conferir poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional; b) convocar mais adiante uma Constituinte soberana que, em nome do povo ou da nação, exercite o seu poder de criação jurídica fundamental; e c) convocar uma Constituinte não soberana, de poderes limitados, cuja obra ficaria sujeita ao **referendum** popular.

Dentre as três soluções, o Prof. BONAVIDES aponta: “a primeira, visto ser mais branda e representar um desdobramento consideravelmente atenuado da segunda, passa a ser, sem dúvida, aquela que, nas circunstâncias atuais do processo político brasileiro, melhor se recomenda à reconciliação do poder com a legitimidade, da Revolução de ontem com a democracia de amanhã. De qualquer maneira, uma conclusão logo se impõe: não há saída legítima com a Constituição em vigor” (83).

O poder de revisão das Constituições tem sido analisado de diversos modos, chega-se a dizer que, consubstanciado no poder de emendar, não teria praticamente limites, até fazer uma Constituição inteiramente nova. Mas a extensão desse poder acobertaria uma verdadeira revolução, com o exercício do Poder Constituinte sem delegação expressa do eleitorado. Ocorreria uma usurpação de funções que o povo não deveria abdicar, com tal alcance, ao Poder Legislativo.

O Poder Constituinte originário, que é livre no que se refere à forma e ao fundo, opõe-se, de acordo com esse entendimento, ao poder instituído ou poder de revisão, que é limitado.

As Constituições enumeram certos limites ao poder de emendar; tais inscrições constitucionais revelam que as Assembléias Constituintes têm poderes que não podem ser exercidos pelas Assembléias Ordinárias, mesmo que se tratasse de emendas constitucionais.

As mudanças políticas, sociais e econômicas levam a novas interpretações quanto às questões constitucionais. A ordem constitucional, para que não se converta em simples legalidade, deve corresponder à situação real da sociedade.

(83) CASTRO, Francisco Ferreira de — *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ob. cit.