

O poder constituinte originário e o poder constituinte reformador

José Elaeres Marques Teixeira

Sumário

1. Introdução. 2. Poder constituinte originário: função. 2.1. Natureza. 2.2. Limites. 3. Poder constituinte reformador: função. 3.1. Natureza. 3.2. Limites temporais. 3.3. Limites circunstanciais. 3.4. Limites materiais. 3.4.1. Correntes doutrinárias sobre limites materiais de revisão. 3.4.2. Limites materiais explícitos e implícitos. 4. Conseqüências da inobservância dos limites do poder constituinte originário e reformador. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O poder constituinte é um dos temas centrais do constitucionalismo moderno, sempre presente em qualquer estudo a respeito das origens da Constituição, daí a relevância da investigação científica sobre a concepção que dele se tem. Com essa idéia, procurar-se-á explicitar, neste texto, as funções, a natureza e os limites do poder constituinte originário e reformador. Tratar-se-á com especial destaque dos limites materiais do poder constituinte reformador, um dos problemas mais difíceis na temática constitucional e sobre o qual há sérias divergências entre os publicistas. Ao final, um breve resumo dos pontos abordados e das posições doutrinárias identificadas envolvendo o tema.

José Elaeres Marques Teixeira é Procurador Regional da República em Brasília e Mestrando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

2. Poder constituinte originário: função

No período da revolução francesa, SIEYÈS (1988, p. 114-115), um dos principais teóricos do poder constituinte, escreveu que há três momentos na formação das sociedades políticas. No primeiro momento, um número considerável de indivíduos manifesta intenção de agrupar-se: aí já surge a nação e os direitos próprios dela. O poder tem origem nesse momento, em razão do jogo de *vontades individuais*. No segundo momento, surge a *vontade comum*, que é a de dar consistência à associação. Para isso, tais indivíduos escolhem entre eles alguns para atuarem como um *corpo de delegados*, porquanto, por serem numerosos e geograficamente dispersos, não detêm condições de implementar a *vontade comum*. A esse *corpo de delegados* é conferida porção necessária do poder total da nação para que estabeleçam mecanismos necessários à manutenção da boa ordem. O terceiro momento é caracterizado pela manifestação da *vontade comum representativa*, a qual não é exercida, portanto, por direito próprio, mas como direito de outrem.

No segundo momento desse processo é que nasce a Constituição, como obra do poder constituinte originário, cuja principal função é positivar a *vontade comum* da nação. Nessa tarefa, cabe-lhe adotar as decisões fundamentais sobre o modo e a forma de existência política da sociedade e, nas sociedades democráticas, estabelecer a separação de poderes, a forma de sua aquisição e de seu exercício, bem como os direitos fundamentais.

2.1. Natureza

Como expressão da vontade política da sociedade, o poder constituinte originário tem a natureza de *poder político*, porque exercido não com base em norma jurídica, mas fundamentado apenas na intenção natural da comunidade.

2.2. Limites

SIEYÈS (1988, p. 117), no seu texto de 1789, não é suficientemente claro sobre a existência de limites ao poder constituinte originário. Porém, nas entrelinhas, dá a entender que estaria ele limitado pelo Direito natural. Com efeito, ao mesmo tempo em que assevera que a “nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo”, e que a sua vontade é a própria lei, também admite que antes e “acima dela só existe o direito *natural*”.

Desse pensamento compartilha Jorge MIRANDA (1988, p. 87), quando afirma categoricamente que o poder constituinte está sujeito a limitações. Para ele, o poder constituinte não é um poder soberano, absoluto, no sentido de atribuir à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem observar quaisquer princípios, valores ou condições. Ao contrário, está sujeito a limites *transcendentes*, provenientes “de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva”, que não podem ser ultrapassados. Aponta os direitos fundamentais como parte desses limites e sustenta que não se poderia admitir como válido e legítimo “decretar normas constitucionais que gravemente os ofendessem”.

Carl SCHMITT (1996, p. 78) já não é desse entendimento. Segundo ele, o poder constituinte originário é soberano. E, no exercício dessa soberania, não está sujeito a limites outros que não aqueles estabelecidos por ele próprio. Assim, pode adotar todas as decisões que entender necessárias para o momento, como o faria uma ditadura. A propósito, atribui ele à assembléia constituinte a característica de uma “ditadura soberana”, na medida em que substitui todas as anteriores leis constitucionais por outras. Mas ressalva que, como não é soberana por si mesma, porque comissionada pelo povo, pode a todo momento, por uma ação política, ser desautorizada a prosseguir seu trabalho.

Identifica-se, na doutrina brasileira, como partidário dessa última posição, Pau-

lo BONAVIDES (2001, p. 179), para quem o poder constituinte originário é dotado de “competência ilimitada e soberana”.

3. Poder constituinte reformador: função

Porque a sociedade está em constante mutação, não se pode pretender uma Constituição imutável, não sujeita a alterações após a sua promulgação pela assembleia constituinte. É certo que tal idéia – a da imutabilidade da Constituição – foi defendida por alguns iluministas do século XVIII, que ingenuamente imaginaram possível uma Carta de princípios de baixo da qual a sociedade viveria para sempre. Mas, se a Constituição é resultado da *vontade comum* de um determinado grupo social, em havendo redirecionamento dessa vontade, há necessidade de reforma do seu texto. Do contrário, o caminho que restaria para os momentos de crise seria o da força e da violência.

Nessa perspectiva, o poder de reforma da Constituição tem caráter instrumental, no sentido de que a ele incumbe a defesa da Constituição, proporcionando os acertos e as acomodações necessárias em razão das crises políticas que invariavelmente ocorrem.

3.1. Natureza

Como poder que tem origem na própria Constituição, o poder de reforma é um poder *derivado*, *jurídico* e *limitado*. *Derivado* porque decorre do poder constituinte originário; *jurídico* porque está contido na Constituição; e *limitado* porque um “corpo submetido a formas constitutivas só pode decidir algumas coisas segundo a Constituição” (SIEYÈS, 1988, p. 124).

Na doutrina, praticamente não há divergências sobre ser o poder de reforma um poder *derivado* e *jurídico*. O debate está em torno dos limites da reforma constitucional, especialmente dos limites materiais, como mais adiante se verá.

3.2. Limites temporais

Via de regra, a reforma da Constituição pode ocorrer a todo tempo, bastando para isso apenas ambiente político favorável. É assim na maioria dos países. Porém, há casos em que a Constituição só admite alteração após certo tempo da sua promulgação, ou de tempos em tempos. Exemplos mais marcantes são os da Constituição francesa de 1791, que proibiu reforma no período das duas primeiras legislaturas que se seguiram à sua promulgação, e Constituição norte-americana, que no seu Artigo V estabeleceu: “(...) Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I (...)”.

A razão desse tipo de limitação, segundo Paulo BONAVIDES (2001, p. 176), é proporcionar a consolidação da “ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no sentimento dos governados”.

3.3. Limites circunstanciais

Os limites circunstanciais existem para vetar qualquer reforma em situações de crise institucional, que se caracterizam como excepcionais. Em razão do ambiente que se instaura nesses momentos, impróprios para o debate não tendencioso, fica impedida a alteração da Constituição. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 estabelece não ser possível a sua emenda na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, § 1º).

3.4. Limites materiais

Os limites materiais têm que ver com o objeto da reforma. Certas matérias que estão na Constituição se tornam imutáveis, não podendo sofrer alteração. Assim, ficam os órgãos com competência para a reforma impedidos de sobre elas deliberar.

Notícia Jorge MIRANDA (1988, p. 152) que a primeira Constituição moderna a fixar limitações materiais ao poder de refor-

ma foi a norte-americana, a qual estabelece que nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de igualdade de voto no Senado, considerando os demais Estados ali representados (Artigo V), e que é garantida em cada Estado que compõe a União a forma republicana de governo (Artigo IV, Seção 4).

No Brasil, desde a Constituição de 1891, têm sido estabelecidas limitações materiais ao poder de reforma. Com efeito, verifica-se do seu art. 90, § 4º, que não poderiam “ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Limitações materiais da atual Constituição estão no art. 60, § 4º, segundo o qual não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

3.4.1. Correntes doutrinárias sobre limites materiais de revisão

Sobre os limites materiais de revisão, existem, basicamente, três correntes doutrinárias, a saber: 1ª) considera imprescindível o estabelecimento de limites materiais de revisão; 2ª) não admite limites materiais de revisão; 3ª) admite cláusulas de limites materiais, mas as considera suscetíveis de remoção, por meio da dupla revisão.

Para aqueles que se filiam à primeira corrente, o poder de revisão, porque poder constituído, não pode ir contra aquilo que o poder constituinte originário estabeleceu como fundamental, devendo “respeitar os preceitos que, explicitando uma proibição, denotam a consciência da idéia de Direito, do projecto ou do regime em que se corporiza” (MIRANDA, 1988, p. 166).

Para os adeptos da segunda corrente, não há diferença entre poder constituinte e poder de revisão. Ambos são a expressão da soberania do Estado e exercidos por representantes do povo. Também não há dife-

rença entre normas constitucionais originárias e supervenientes, porque o importante é que compõem a Constituição formal. Assim, vale a regra geral da revogabilidade das normas anteriores pelas posteriores.

Os que seguem a terceira corrente entendem que as normas de limites materiais de revisão podem ser modificadas e até mesmo revogadas. Com isso, estaria aberto o caminho para, após esse primeiro passo, “serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites” (MIRANDA, 1988, p. 168). Para estes, as cláusulas de limites materiais, enquanto estiverem em vigor, são de observância obrigatória; porém, tais como as demais normas constitucionais, podem ser objeto de revisão.

Sem admitir explicitamente que se filia à terceira corrente, Jorge MIRANDA (p. 173), porém, não atribui valor absoluto às cláusulas de limites explícitos, afirmando que tais cláusulas devem ter uma interpretação objetiva e atual, nada impedindo “que o processo de revisão – não a revisão – seja utilizado para uma transição constitucional”. Para sustentar sua posição, diz que há diferentes categorias de limites: umas que incluem princípios fundamentais; outras que, embora abrangidas pelos limites materiais, não se identificam com a essência da Constituição material (p. 176). Como por trás do poder de revisão está latente o poder constituinte originário, aquele pode converter-se neste e ser reconhecido como tal (p. 195-196).

Em sentido diverso é o entendimento de Paulo BONAVIDES (2001, p. 179), que sustenta não ter o poder revisor competência “para modificar o próprio sistema de revisão”. Segundo ele, somente o poder constituinte originário pode alterar o procedimento de reforma da Constituição. Essa é a posição seguida pela maioria dos publicistas, entre os quais Carl SCHMITT (1996, p. 114).

3.4.2. Limites materiais explícitos e implícitos

Os limites materiais explícitos são aqueles contidos em cláusulas da Constituição

que limitam a competência do poder revisor. Essas cláusulas, quanto ao alcance, podem ser gerais ou individualizadoras de certos princípios; e, quanto ao objeto, podem abranger toda e qualquer matéria constitucional. Jorge MIRANDA (1988, p. 155-156) inclui uma terceira classificação, atinente à natureza das cláusulas de limites, afirmando que elas podem ser específicas da revisão constitucional ou do próprio poder constituinte originário, na medida em que este também tem suas limitações.

Os limites materiais implícitos são aqueles contidos e identificados ao longo do texto constitucional, decorrentes dos princípios, do regime e da forma de governo adotados. Para Paulo BONAVIDES (2001, p. 178), tais limitações “são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”. Assim, não é possível, por exemplo, a revisão total da Constituição, embora não haja cláusula a respeito, ou a remoção de um simples artigo que, não obstante, abale os alicerces de todo o sistema constitucional. Em hipóteses como essas, configura-se o que se convencionou chamar de “fraude à Constituição”, porque, apesar de a forma ser observada, “altera-se o fundo ou a base dos valores professados” (BONAVIDES, 2001, p. 179).

4. Conseqüências da inobservância dos limites do poder constituinte originário e reformador

Para aqueles que adotam entendimento de que o poder constituinte originário está sujeito também a limites, a preterição destes equivale a uma revolução. No que se refere ao poder revisor, uma lei de revisão que estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais abrangidos pelos limites materiais, explícitos ou implícitos, ou que insira no texto constitucional, como limites materiais expressos, princípios que se choquem com os princípios fundamentais é materialmente inconstitucional.

5. Considerações finais

O poder constituinte, tal como o concebemos hoje, tem como titular a nação, devendo ser a expressão da *vontade comum*, positivada na Constituição. Quando originário, tem natureza política; quando derivado, sua natureza é jurídica.

Há divergências na doutrina sobre os limites do poder constituinte originário. Enquanto alguns defendem que ele é soberano, sujeito apenas a limitações por ele próprio estabelecidas, outros sustentam que encontra limites no Direito natural.

No que toca ao poder constituinte derivado, identificam-se três tipos de limitações, quais sejam: limitações temporais, limitações circunstanciais e limitações materiais. O foco das divergências existentes se situa nessas últimas, havendo, nos extremos, aqueles que as defendem com fervor, não admitindo que sejam desrespeitadas em nenhuma hipótese, e aqueles outros que sustentam não ser possível a existência de normas insuscetíveis de revisão. Numa posição intermediária, estão os que toleram as limitações materiais, mas apregoam a possibilidade de serem removidas, por meio da dupla revisão. Ao lado das limitações materiais expressas, admite-se a existência de limites implícitos.

A revolução é apontada como equivalente ao desrespeito aos limites do poder constituinte originário e a inconstitucionalidade material, o resultado de uma norma que não atente para os limites do poder revisor.

Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1986.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (1787). *Constituição dos Estados Unidos da América*. Brasília, DF: Senado, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t. II.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. 2. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel. *A constituinte burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.