

O poder constituinte e a sua pragmática

PAULINO JACQUES

Professor emérito

I — Origem e evolução

Se a soberania, que é o supremo poder de Estado, reside no povo, o Poder Constituinte, que dela deriva, repousa numa pessoa sobrenatural ou natural, ou num conjunto de pessoas coordenadas entre si, com fins políticos, ou seja, uma assembléa.

Como o próprio nome indica, o Poder Constituinte é aquele poder que constitui o Estado, estruturando-o com os poderes constituídos — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, na terminologia moderna. Como observamos em *A Constituição Explicada*, de nossa autoria (5ª edição, Forense, de 1982), o Poder Constituinte está no bojo de toda revolução vitoriosa, como o nascituro no útero da gestante. Por isso, pode desenvolver-se como o feto na vida uterina, enquanto durar a gestação. Dai o Poder Constituinte “remanescente”.

A verdade é que, como ensina a História, o Poder Constituinte era exercido, nos mais remotos tempos, por pessoas sobrenaturais, como Shamasch, que inspirou a Hamurabi o seu famoso Código (2000 a.C., aproximadamente); Jeová, que anunciou a Moisés o *Decálogo* (1600 a.C., aproximadamente); Brahma, que prescreveu a Manu as *Leis* (1100 a.C., aproximadamente) e, mais tarde, esse mesmo Poder Constituinte foi exercitado por pessoas naturais, como Licurgo com a sua Constituição (Esparta, 898 a.C.); Filolau, com a sua Constituição (Tebas, 890 a.C.) e Sólon, com a sua Constituição (Atenas, 593 a.C.).

Na velha Roma, fenômeno semelhante ocorreu. Tarquínio, o Soberbo, editou o *Jus Papirianum* (520 a.C.), os Decênviros em (439 a.C.) elaboraram a *Lex Duodecim Tabularum* e Justiniano outorgou os seus famosos *Códigos*, consolidando o direito romano anterior, no século VI d.C. No fim desse mesmo século, Maomé, inspirado em Alah, começou a escrever o *Alcorão*, que só terminou no século seguinte, VII d.C.

Mais tarde, as *Capitulares* de Carlos Magno (século IX d.C.) vieram consagrar, mais uma vez, o Poder Constituinte exercido por pessoas naturais, podendo incluir-se entre elas o próprio João Sem Terra, com a sua *Magna Carta* imposta pelos barões (1215 d.C.).

II — No Estado de Direito

É certo que, após o advento do Estado de Direito com a centúria revolucionária anglo-franco-americana (1689-1789) — as leis fundamentais do Estado passaram a ser elaboradas por Assembléias exercitando o “Poder Constituinte”, como regra geral; mas menos é que houve exceções que merecem registro.

Assim, a Carta Constitucional outorgada à França em 1814, por Luís XVIII; a Constituição do Império do Brasil, outorgada por D. Pedro I em 1824; e a Constituição de Portugal, outorgada por D. Pedro I do Brasil, então D. Pedro IV de Portugal, em 1826.

A verdade é que essas “leis fundamentais”, embora outorgadas, eram liberais, tendo vigorado as duas últimas durante mais de meio século e assegurado, tanto ao Brasil quanto a Portugal, grandeza cívica, política e militar.

Vale observar que o Poder Constituinte apresenta dois aspectos: o Poder Constituinte originário, que não tem limites, senão a soberania, e o Poder Constituinte derivado, que emana daquele e é por ele limitado, qual se verifica no poder de emenda constitucional. Convém lembrar, ainda, o Poder Constituinte “remanescente”, que atua enquanto durar a revolução que o originou.

III — A Assembléia Constituinte

O Grande Conselho do Rei (Concilium Principum ou Curia Regis), constituído de barões, bispos, abades e outros cortesãos — apesar de ter elaborado “leis fundamentais”, não pode ser considerado, obviamente, uma Assembléia Constituinte. Igualmente, as Assembléias de barões e bispos que impuseram aos reis da velha Bretanha a promulgação de cartas constitucionais, como a *Petition of Rights* de 1628 e o *Bill of Rights* de 1689.

Só mesmo a partir dos Congressos de Filadélfia, que se reuniram na Colônia americana de Pensilvânia, de 1774 a 1787, é lícito falar em Assembléia Constituinte, composta de representantes do povo, que elaboraram e promulgaram as Constituições das Colônias, da Confederação e da Federação americana.

O fenômeno político-constitucional, a partir daí, propagou-se pela França e outros países europeus. Assim, foram votadas e promulgadas por Assembléias políticas algumas Constituições, como a de 1791 (Monárquica), 1793 e a de 1795 — com vigências efêmeras, porque não tardou o advento do Consulado Napoleônico e, a seguir, o seu Império até 1814. Ainda outras Constituições foram votadas e promulgadas, como as de 1830, 1848 e 1875. Vale observar que esta última constava apenas de três leis constitucionais (Organização da Câmara dos Deputados, do Senado e suas relações com o Executivo) — não tendo se codificado, porque nada impediu que vigorasse durante 70 anos.

Demais, podemos lembrar a Constituição espanhola votada e promulgada pelo Congresso de Cádiz em 1812; e a Constituição portuguesa votada e promulgada pelas Cortes, em 1822.

Não obstante, o Reino Unido da Grã-Bretanha permaneceu elaborando novas "leis fundamentais", sem convocar qualquer Assembléa Constituinte, porque nesse país a Câmara dos Comuns sempre exerceu e ainda exerce, singularmente, o Poder Constituinte — nas conhecidas lições de BAGEHOT e DICEY. Aliás, é sentimento popular nesse país que "Os Comuns podem tudo, menos mudar um homem em mulher"...

Além disso, na segunda década de nosso século, foram votadas e promulgadas por Assembléas Constituintes, entre outras, as seguintes Constituições: a) Constituição dos Estados Unidos do México pela Assembléa Constituinte instalada na cidade do México em 1917; b) Constituição da República Socialista Federativa dos Soviéticos da Rússia pelo V Congresso Panrusso, reunido na cidade de Petersburgo em 1918; c) a da República Federal da Alemanha pela Assembléa Constituinte que funcionou na cidade de Weimar em 1919. Convém notar que essas Constituições foram as precursoras das leis fundamentais, incorporando ao seu texto os novos direitos do homem, ao lado dos civis e políticos — os econômicos e sociais.

Após a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), votaram-se e promulgaram-se por Assembléas Constituintes outras Constituições republicanas, como a da Itália (Roma, 1947) e da Alemanha Ocidental (Bonn, 1949) — ambas parlamentaristas e social-democráticas.

No Brasil, tivemos três Assembléas Constituintes que funcionaram regularmente, votando e promulgando as Constituições de 1891, 1934 e 1946, apesar das conjunturas políticas que sacudiram o País.

IV — O *casuismo* constitucional

Não obstante, crises políticas têm sacudido várias nações, em diferentes períodos de sua história, originando a Legislação Constitucional *in specie*, quando deve ela ser normalmente *in genere*.

Assim, a legislação fascista, a legislação nazista e a legislação franquista — todas produtos de crises políticas — e, conseqüentemente, *casuísticas*, para melhor atenderem às emergências. São as lições de SANTI ROMANO, KARL SCHMITT e LEGAZ Y LACAMBRA, entre outros.

O Brasil não escapou dessa fenomenidade legislativa, com os Atos Institucionais oriundos da Revolução de 1964, e a legislação complementar (veja de PAULINO JACQUES, *A Constituição Explicada*, cit.).

A verdade histórica é que as crises políticas geradoras das conjunturas legislativas são benéficas porque ensejam a transformação do organismo social e, em conseqüência, a evolução da normatividade jurídica.

V — As Superconstituições

As antigas “declarações de direitos” (Bill of Rights) inglesas, norteamericanas e francesas (1689-1776-1789) — eram verdadeiras Superconstituições, porque as Cartas Magnas ou as Constituições não podiam feri-las. Eram essas “declarações de direito” promulgadas anteriormente às Constituições, como aconteceu com as da Virgínia, Nova Jersey, Maryland e Carolina do Norte — na Nova Inglaterra — e na França, em 1789 (Déclaration des Droits de l’Homme).

Mais tarde, essas “declarações de direito” foram incorporadas aos textos constitucionais, aparecendo no preâmbulo das Constituições ou em capítulo próprio na parte dogmática — com o que perderam, evidentemente, o caráter de superconstituições.

Hoje, porém, ressurgiram com geral ênfase esses atos normativos excepcionais, no âmbito internacional, qual se verifica das declarações dos direitos humanos da ONU e da OEA.

Demais, nos Estados totalitários da esquerda (União Soviética e aliados ou China Popular e aliados); e nos Estados totalitários da direita (Itália fascista, Alemanha nazista e Espanha franquista) os estatutos dos respectivos Partidos não podiam ser feridos pelas Constituições. Era o renascimento da superconstituição sob forma normativa esdrúxula — ensinamento de VISHINSKY, KIRICHENCO e DINISOV.

VI — O poder inalienável

A pragmática do Poder Constituinte, que atrás examinamos, demonstra a sua versatilidade formal, tanto quanto a sua imutabilidade substancial. É que esse Poder paira acima de quaisquer outros, como os Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). As próprias superconstituições, sejam declarações de direitos, sejam estatutos partidários, estão inelutavelmente submissas ao Poder Constituinte. Nem mesmo aquele “quarto Poder do Estado” — que era a imprensa no juízo de BURKE — fugia ao império do Poder Constituinte, ainda que pudesse subverter os Poderes Constituídos.

Por isso, as funções constituintes, bem se percebe, só podem ser exercidas pelo Poder Constituinte, que reside numa Assembléa Legislativa extraordinária, como o Congresso Nacional, especialmente convocada. Isso só seria possível no momento atual através de um golpe de Estado, que é uma revolução branca, sem derramamento de sangue, mas que é incompatível com o Estado democrático. Este é o meu pensamento definitivo, fruto da mais profunda meditação e plena isenção doutrinária.

Daí, o caráter, por assim dizer, de lei natural, estabelecida por Deus, que o Poder Constituinte revela no plano estatal.