

Poder constituinte estadual

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito
da PUC/SP

Conforme dispõe o art. 11 das Disposições Transitórias da Constituição Federal: "Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta". Embora o Texto se refira claramente ao exercício de "poderes constituintes", o fato de tais poderes serem exercitados pela Assembléia Legislativa tem gerado algumas controvérsias.

Da mesma forma, a referência à necessária observância dos "princípios" contidos na Constituição Federal tem gerado alguma dúvida quanto aos limites da liberdade da constituinte estadual.

Importa saber, portanto, quais são as conseqüências práticas da afirmação da existência de um poder constituinte estadual e da colocação dos princípios da Constituição Federal como condicionantes da atuação dos Deputados estaduais constituintes.

Primeiramente, é preciso fazer uma distinção muito clara entre poder constituinte e poder constituído. A Assembléia Legislativa de cada Estado, durante um certo período de tempo, irá exercitar, simultaneamente, ambos os poderes, mas sem que eles se confundam, sem que as regras que determinam o funcionamento de cada um deles possam ser combinadas ou fundidas em um único texto.

À Assembléia Legislativa, investida de poderes constituintes, caberá, apenas e tão-somente, elaborar a Constituição Estadual. Feito isto, ela auto-

maticamente perderá seus poderes constituintes recebidos do art. 11 das Disposições Transitórias da Constituição Federal. Depois de pronto o Texto Máximo Estadual, a Assembléia Legislativa não mais terá poderes constituintes, restando-lhe apenas a possibilidade de alterar a Constituição Estadual com base e na forma que sobre isso vier a ser disposto no próprio Texto por ela elaborado.

O mais importante, porém, é ressaltar que, enquanto no exercício dos poderes constituintes e exclusivamente para o fim específico de elaborar a Constituição Estadual, a Assembléia Legislativa e os Deputados Constituintes não sofrerão as limitações que a Constituição Federal estabelece para o Poder Legislativo. Isto porque, em tal caso, não estarão no exercício do Poder Legislativo, não estarão em situação de igualdade com os demais poderes, mas, sim, estarão no exercício de um poder fundante, atuando diretamente como representantes do povo de cada Estado, no exercício de um poder de representação outorgado diretamente pela Constituição Federal, em nome do povo.

Isto significa que, no exercício dos poderes constituintes, a Assembléia Legislativa deverá cuidar da organização do Poder Público na esfera estadual, dispondo livremente sobre a composição e funcionamento tanto do Executivo, quanto do Legislativo e, ainda, do Judiciário, desde que observe e respeite os princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Em síntese, a Constituinte Estadual é um poder constituído diretamente pela Constituição Federal que, no plano estadual, está fora e acima dos poderes constituídos estaduais, exatamente porque será o poder constituinte de todos eles.

Por outro lado, enquanto essa mesma Assembléia Legislativa estiver exercendo seus poderes constituídos de fiscalização da administração pública e de produção de leis ordinárias, ela deverá observar as disposições relativas à autonomia e independência de cada um dos poderes constituídos, não podendo imiscuir-se em assuntos privativos do Executivo e do Judiciário.

Se é muito fácil distinguir as atividades inerentes ao poder constituinte das ações pertinentes ao poder constituído, o mesmo não ocorre no tocante à distinção entre os princípios constitucionais e as simples normas isoladas. O problema começa pelo fato, perfeitamente observável, de que, contrariando a orientação unânime da doutrina mundial, no Brasil costuma-se

dar mais valor ao texto expresso de uma simples norma, até de terceiro ou quarto escalão, do que aos princípios constitucionais.

Seja permitido lembrar o que foi dito por um experiente, culto e respeitado Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, comentando o verdadeiro preconceito existente contra os princípios. Disse ele que, na prática forense, quando o advogado fundamenta seu pedido em um princípio "é porque não tem direito".

Não é o caso de se reproduzir, aqui, a formidável lição sobre o valor da noção de princípio, exposta por GERALDO ATALIBA em seu precioso livro sobre *República e Constituição* (Ed. RT, 1988, pp. 5 e segs.), bastando transcrever um pequeno trecho relativo aos princípios básicos e fundamentais da Constituição Federal, que condicionam toda a legislação, abrangendo as próprias emendas à Constituição, as Constituições Estaduais, as leis complementares e a legislação ordinária: "toda lei emanada de quaisquer órgãos constituídos do País há de submeter-se às balizas e limites contidos na Constituição, e, sobretudo, tender a realizar (assegurando-lhes a sua eficácia, na maior plenitude possível) os princípios constitucionais, dos quais a Federação, a República e a tripartição do poder comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicas de todo o sistema)".

É preciso, por conseguinte, entender que não se pode tomar cada dispositivo isolado da Constituição Federal como um modelo obrigatório a ser servilmente copiado pela Constituição Estadual, dado que isso se chocaria frontalmente com o princípio federativo, que (vale repetir) é básico e essencial de todo o sistema.

Fique perfeitamente claro que, se a Constituição Estadual não pudesse organizar o Poder Público diferentemente daquilo que é feito pela Constituição Federal, atendendo às peculiaridades de cada Estado, obedecendo apenas aos princípios da Constituição Federal, ela nem mesmo teria razão de existir.

Depois de mais de vinte anos de centralismo absoluto, de concentração total do poder nas mãos do Executivo Federal, depois de consolidado um hábito de subserviência a todas as vontades do governo central, é até chocante falar-se em independência dos poderes e, principalmente, em autonomia dos Estados para decidir, com liberdade, sobre os assuntos de seu interesse. Mas esta é a nova realidade que emerge do novo Texto Constitucional.

MICHEL TEMER, em seus *Elementos de Direito Constitucional* (Ed. RT, 5.^a ed., 1989, p. 89) é muito enfático ao afirmar a liberdade do poder constituinte estadual, que deve obediência não à literalidade das normas da Constituição Federal, mas apenas a seus princípios, cuja obrigatoriedade de observação tem por objetivo assegurar a unidade nacional. Diz ele que o constituinte federal mostrou-se muito atento ao princípio federativo, derivando daí a previsão de Constituições Estaduais: "Por ser Federação é que as Constituições estaduais são textos normativos hierarquicamente superiores a todos os demais, que a eles se submetem".

Em resumo, não se podem aplicar à produção da Constituição Estadual as mesmas limitações existentes para a produção da legislação ordinária estadual.

De resto, a observância da literalidade das normas da Constituição Federal levaria até mesmo a uma impossibilidade de funcionamento da constituinte estadual. Com efeito, se fossem tomados como de competência privativa do Chefe do Executivo aqueles assuntos que a Constituição Federal (art. 61, § 1.^o) elenca como de iniciativa privativa do Presidente da República, muito pouca coisa restaria a ser tratada pela Constituição Estadual.

Com relação à organização do Poder Judiciário estadual (assunto que já tem ensejado muita polêmica) é preciso separar aquilo que pode ser estabelecido livremente pelo constituinte estadual, daquilo que lhe é defeso alterar por apresentar-se como princípio da Constituição Federal.

Evidentemente, é obrigatória a existência de um Poder Judiciário Estadual por força do princípio da tripartição do poder. O órgão de cúpula da Justiça estadual haverá de ser, obrigatoriamente, o Tribunal de Justiça, porque assim está disposto no Texto Federal. Não obstante caiba à Constituição Estadual definir a competência de seus tribunais (art. 125, § 1.^o), ela já está proibida de, por qualquer forma, esvaziar, diminuir ou enfraquecer o Tribunal de Justiça, pois isso violaria a Constituição Federal.

Entretanto, com relação a outros tribunais, necessariamente inferiores, está livre a Constituição Estadual para criar ou extinguir o que lhe aprouver. Evidentemente está-se supondo a sensibilidade e o bom-senso das constituintes estaduais, que certamente ouvirão todas as partes necessárias à administração da Justiça e, especialmente, o povo, destinatário último da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, manifestou-se o eminente professor e Juiz Federal em São Paulo, AMÉRICO LACOMBE em trabalho publicado sob o título "Os Tribunais Estaduais", numa coletânea de estudos sobre *A Constituição Brasileira* (Ed. Forense Universitária, p. 254), enfocando, especificamente, os Tribunais de Alçada: "A Constituição Federal não prevê, deixando aí absoluta liberdade para a Constituição Estadual, a criação dos Tribunais de Alçada e nem mesmo se esses Tribunais de Alçada funcionarão na realidade como alçada ou serão tribunais especializados. Aí fica a critério de cada Estado".

Enfim, cabe a cada Estado conservar ou alterar a estrutura judiciária existente no tocante a tribunais inferiores. Em caso de alteração, seja qual for a denominação adotada, seja qual for o critério escolhido (alçada, especialização, regionalização), algumas pautas, alguns princípios devem ser observados, como é o caso do chamado quinto constitucional, previsto no art. 94 da CF para os "Tribunais dos Estados" genericamente. Ou seja, existe liberdade, mas não absoluta.

Já se argumentou, entretanto, que a Constituição Estadual não poderia dispor sobre o Poder Judiciário estadual ou que, ao fazê-lo, não poderia alterar a organização existente, dado que, conforme disposto no art. 96, II da Constituição Federal, compete privativamente ao Tribunal de Justiça propor diretamente ao Poder Legislativo qualquer alteração da ordem existente e, especialmente, a criação ou extinção de tribunais inferiores.

Ora, claro está que a organização existente não é esta que, hoje, atualmente existe, mas, sim, a que vier a ser estabelecida pela Constituição Estadual, mesmo porque não se pode confundir Poder Legislativo com Poder Constituinte.

A Assembléia Legislativa, enquanto estiver funcionando no exercício dos poderes constituintes de que foi investida, está fora e acima dos poderes constituídos, não havendo sentido em falar-se de iniciativa privativa, de quem quer que seja, no tocante a normas constitucionais. A constituinte é bastante em si; não depende da provocação de ninguém para organizar o Poder no âmbito estadual.

Essa mesma Assembléia Legislativa, uma vez concluída a elaboração da Constituição Estadual, não mais terá qualquer possibilidade de alterar a organização e funcionamento do Poder Judiciário, senão mediante proposta do Tribunal de Justiça, dado que, nessa ocasião, ela não mais estará investi-

da de poderes constituintes, mas será um simples órgão do Poder Legislativo, e, nessa condição, deverá observar as regras inerentes à harmonia e independência dos poderes constituídos.

Com as devidas adaptações, tudo que foi dito aqui serve também para o poder constituinte municipal. Cada Câmara Municipal, durante um certo período de tempo, por força do art. 11, parágrafo único, das Disposições Transitórias da Constituição Federal, estará investida de poderes extraordinários para organizar o Poder Público no âmbito municipal, observados os limites estabelecidos no mesmo dispositivo acima referido, mas com plena liberdade, no sentido de que, enquanto estiver funcionando como poder constituinte, não depende nem estará limitada por suposta iniciativa privativa do Executivo.

Em síntese, não se pode confundir poder constituinte com poder constituído, nem se podem aplicar ao poder constituinte as limitações aplicadas aos poderes constituídos, dado que aquele está fora e acima de todos estes. O poder constituinte não pode deixar de organizar os poderes constituídos, estabelecendo normas que assegurem a harmonia e independência recíproca entre eles, por força do princípio da separação do poder. A liberdade de organização dos poderes é bastante ampla, por força do princípio federativo, e, em caso de dúvida quanto a algum aspecto específico, a solução deve ser encontrada à luz e em consonância com o mesmo princípio federativo, que serve de suporte tanto para as Constituições Estaduais quanto para a Lei Orgânica de cada Município.

Seja permitido, para finalizar, uma referência à sábia lição de RAUL MACHADO HORTA ("Natureza do Poder Constituinte do Estado-Membro", RDP, 85/61):

"As normas centrais, que partem da Constituição Federal, não podem absorver o terreno da auto-organização do Estado-Membro e devem coexistir com as normas constitucionais autônomas de auto-organização. A conversão da Constituição Federal em Constituição total — a Gesamtverfassung — na terminologia de HANS KELSEN — subverteria a natureza do Estado Federal".

A sabedoria e a oportunidade dessas palavras ganham ainda maior relevo ao se considerar a orientação política dos constituintes, claramente transferida para o texto da Constituição, no sentido de descentralizar o Poder, restaurar a federação e fortalecer as unidades cujo conjunto harmônico integra e forma a União Federal.