

REVISTA N.º 11**Dezembro de 1985 - p. 13-19**

O Poder Constituinte Originário: formas de manifestação

Clóvis de Souto Goulart

Livre docente pela UFSC

Professor do CPGD/UFSC

"Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, e plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs." (preâmbulo da Constituição francesa de 1793 - art. 35).

As constituições nascem, modificam-se ou morrem segundo o maior ou menor grau de estabilidade política dos povos, enquanto organizados em Estado.

A perenidade de uma constituição se situa na razão direta de sua autenticidade, expressa na legitimidade de origem, na valorização de princípios e enquadramento dos fatos sociais mais significativos, na fidelidade às aspirações populares, enfim, naquilo que Lassalle chamou de "fatores reais de poder".

Em outras palavras, dir-se-á que uma constituição será tão mais duradoura, quanto mais revelar-se material; por conseqüência, quanto menos identificar-se com uma lei meramente formal ou, na expressão do referido autor, com uma "simples folha de papel".

A título de elucidação desta questão, vale a referência à constituição inglesa que, embora consubstanciada em práticas consuetudinárias, complementadas por algumas leis orgânicas mais ou menos dispersas, tem, na materialidade, a sua tônica, fazendo com que, não só se torne perene, mas também, possivelmente, a mais prestigiada entre os Estados europeus.

A instabilidade política que marca a história de muitas nações e assinalada por sucessivos movimentos revolucionários, traduz, invariavelmente, a debilidade do desenvolvimento político do corpo social, em função do que prosperam e prevalecem as paixões e interesses de grupos.

A sociedade civil mostra-se desorganizada e fraca.

A consciência de cidadania não alcança todas as camadas sociais. Os governos que se instalam, embora aparentemente fortes, mercê de aparelho repressivo e das técnicas de controle social de que se utilizam, em verdade, por falta de prestígio e apoio popular, são fracos e inseguros. Essa fraqueza e essa insegurança abrem oportunidade, geram perspectiva de sucesso a grupos de oposição, dispostos a tomarem o poder pela via da rebelião.

Assim, a cada movimento revolucionário vitorioso, corresponde a ruptura da ordem constitucional, o advento de uma nova constituição.

As constituições serão sempre obra de um poder que nelas não se inscreve porque lhes é anterior, e com elas

não se esgota porque continua vivo e vigilante na vida e na vigilância de seu legítimo e exclusivo titular a Nação. É o poder constituinte.

Sem, neste artigo, nos preocuparmos com a natureza do poder constituinte, isto é, abstraindo qualquer sentido axiológico, em função do qual pudessem resultar privilegiadas algumas teses ou correntes doutrinárias, asseveramos que o poder de fundar o Estado e de alterar sua organização é uma realidade inelutável, poder este que é originário e que, por isso, não deflui de normas jurídicas pre estabelecidas, nem a estas se condiciona para seu exercício.

O poder constituinte originário se manifesta e atua nos momentos de fundação de um novo Estado, decorrente da independência política conquistada por determinado grupo social, ou da unificação de Estados pre existentes ou, ainda, de ruptura da ordem constitucional estabelecida numa sociedade política já organizada.

Em qualquer hipótese, fundacional ou revolucionário poder constituinte originário só se caracterizará pela legitimidade, se exercitado por seu exclusivo titular que, conforme já o dissemos, é a Nação.

Isto vale dizer que somente à Nação cabe, por direito próprio, a tarefa de organizar ou reorganizar o Estado.

Nos Estados da atualidade, em face das dificuldades naturais para o povo reunir-se com o objetivo de elaborar e votar sua constituição, a ação para constituir o Estado dar-se-á pela via da representação, ou seja, através de um órgão colegiado cujos integrantes recebam delegação de poderes da Nação para, em seu nome e conforme sua vontade, realizarem a obra constituinte.

Este órgão é a Convenção ou, como mais comumente é conhecido, a Assembléia Nacional Constituinte.

Ao tratarmos dos momentos de manifestação do poder constituinte originário, assinalamos, como sendo um deles, a ruptura da ordem constitucional vigente, equivalendo dizer, o movimento revolucionário, quando vitorioso.

Cumpre aqui discernir a significação de movimento revolucionário: Consideramos a revolução em seu aspecto restrita e rigorosamente jurídico, ou seja, não por sua forma de manifestação ou pelas causas que a determinam, mas por seus efeitos no campo jurídico constitucional. Enfim, pelo fato de modificar a ordem constitucional através de processos não previstos na Constituição.

Há, entretanto, movimentos revolucionários cujos líderes usurpam a Nação, assenhoreando-se ilicitamente do poder constituinte para outorgar uma carta constitucional autoritária e opressiva.

A revelação mais expressiva desse fato, em 'nossa história política, poderemos identificar na outorga da Constituição de 10 de novembro de 1937.

Não menos exemplificativo dessa usurpação é o declarado no preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964:

"A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória."

Por desconhecimento ou aleivosia, os redatores desse preâmbulo incorreram no erro grosseiro de confundir o direito de revolução com o poder constituinte. O primeiro se exprime na prerrogativa que a Nação tem de, pelo uso da força, se necessário, reconduzir o Estado ao reto caminho da persecução do bem-estar comum.

O direito de revolução, pois, propicia a que a Nação se reinvesta no exercício do poder constituinte, por meio do qual possa dar, a si mesma, uma ordem constitucional mais justa, mais democrática. Em suma, o direito de revolução viabiliza o exercício do poder constituinte, mas, comeste, não se confunde.

Então, a primeira flagrante impropriedade contida no sobredito preâmbulo consiste na assertiva de que "a revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte".

A revolução é apenas um ato; como tal, não possui personalidade, quer jurídica, quer moral; não pode, por isso, ser sujeito de direito ou de poder.

Com a revolução vitoriosa, isto sim, a Nação se reinveste do poder constituinte.

Mas, a imprecisão conceitual não pára aí. Retomemos o que diz o texto em seqüência: "Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução."

Ora, é indiscutível, por elementar, que a eleição se traduz na forma democrática por meio da qual a Nação, em Assembléia Constituinte, ganha a condição para exercer o poder constituinte, isto é, o poder de elaborar e votar uma constituição,

Portanto, o poder constituinte não se manifesta pela eleição; desta se utiliza para exercitar-se.

Ademais, neste sentido, também quando ocorre a revolução, a forma democrática de manifestação do poder constituinte não prescinde da eleição como instrumento de viabilização.

É evidente - e disto já tratamos - que a revolução poderá determinar a outorga de uma constituição sem o prévio processo eleitoral. Nesta hipótese, entretanto fica caracterizada a usurpação do poder por quem nele se investe, arvorando-se à condição de representante da vontade nacional.

A revolução, considerada sob o ângulo jurídico, tem, por consequência necessária, a ruptura da ordem constitucional então em vigor - é um axioma da Ciência Política.

Destarte, a substituição de uma ordem constitucional por outra, isto é, o advento de uma nova constituição não poderá ocorrer na conformidade das prescrições da constituição substituída.

É uma verdade que se fortalece quando se tratar de constituições rígidas que opõem limitações materiais ao exercício do poder de revisão, como acontece com todas as constituições brasileiras.

Por isso, decididamente, esteve pouco inspirado o governo federal quando optou pela emenda à Constituição em vigor para a convocação da próxima Assembléia Nacional Constituinte.

Segundo a melhor doutrina da Teoria Constitucional, apenas em dois momentos poderá ocorrer a Assembléia Constituinte: na fundação de um novo Estado por via pacífica ou insurrecional, pouco importa- ou, nos Estados preexistentes, através de ruptura da ordem constitucional então em vigor.

A história política do Estado brasileiro é pródiga no registro de fatos caracterizadores do segundo momento.

Efetivamente, todas as constituições brasileiras da República tiveram seu nascedouro em movimentos revolucionários, a partir do que aboliu a monarquia e o Estado unitário em 1889, seguido dos movimentos de 1930, 1937, 1945 e 1964. Destes, apenas três determinaram a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e deram causa às constituições de 1891, 1934 e 1946, precisamente porque objetivaram a reconstitucionalização do Estado brasileiro pela via democrática. Ensejaram, assim, a que a Nação, no exercício do poder constituinte originário, desse, a si mesma, a Carta Fundamental que melhor respondesse aos seus anseios de liberdade, justiça social e prosperidade.

Isto vale dizer que, nos períodos de normalidade constitucional, a Constituição só poderá ser alterada mediante ação do poder constituinte derivado, nos estritos limites e condições nela estabelecidos.

Mas, argumentar-se-á, o poder constituinte originário não esgota sua capacidade de atuação com a realização de sua obra - a Constituição. Dir-se-á mais, com apoio no existencial decisionismo de Carl Schmitt, que a Nação, na qualidade de titular exclusivo desse poder, não terá que submeter-se a limitações ou procedimentos jurídicos preestabelecidos, para fazer valer sua decisão política. Com isto, até concordamos. Porém, quando a regra constitucional for descumprida, fica caracterizada a ruptura da ordem vigente, o processo revolucionário, portanto.

O mestre Afonso Arinos de Meio Franco, a quem o governo confia a tarefa de coordenar grupo de trabalho incumbido de produzir o documento básico para a nova Constituição, preconizou a convocação da Assembléia Constituinte através de resolução do Congresso Nacional.

Ora, o renomado Jurista sabe que o Congresso Nacional não tem competência jurídico constitucional para convocar a Constituinte; percebe, entretanto, a necessidade da ruptura da ordem constitucional e imagina - pensamos que com razão - que a convocação pelo Congresso seja a forma menos ostensiva e traumatizante do provocar a ruptura.

Mas, a ruptura poderia revelar-se na expedição de um decreto pelo Presidente da República, como manifestação da decisão política da Nação. Aos que argumentassem que ao Presidente faltaria suporte constitucional para expedir ato de tal natureza, responder-se-ia que não é com respaldo em permissivo legal que a Nação faz irromper a revolução reconstitucionalizadora do Estado.

O Governo Federal, entretanto, optou pela forma mais insólita imaginável para convocação do órgão constituinte supremo, qual seja, a da inserção de emenda ao texto constitucional.

A Constituição, como lei fundamental que é, apresenta, entre outras características, a perenidade. Em nome da perenidade, as constituições são geralmente rígidas e, por isso, prescrevem processos e limitações especiais para abrigarem as alterações que lhes forem oferecidas.

Uma proposta de emenda constitucional que tenha por objeto a convocação da Assembléia Nacional Constituinte equivalerá à sentença de morte da própria Constituição; mais do que isto, ao chamamento do poder constituinte originário pelo poder de revisão; à destruição, por este, da obra que aquele construiu.

Proposta dessa ordem será, por via de consequência, manifestamente inconstitucional. A inconstitucionalidade argüida, no caso brasileiro, revela-se, inclusive, pelo desrespeito às limitações de ordem material que o poder

constituente originário insculpiu na obra de sua criação, quais sejam as referentes à intocabilidade da Federação e da República, nos termos do artigo 47, § 1.

Com efeito, acolhida a emenda para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, resultarão desprestigiadas e inócuas as aludidas limitações opostas pelo poder constituinte originário ao poder de revisão, posto que, por ser soberana e incondicionada, a constituinte, pela Constituição que der ao Brasil, poderá reimplantar a monarquia e o Estado unitário.

A propósito cabe ressaltar a impropriedade em que incorreram os elaboradores do primeiro projeto de emenda destinado à convocação da Constituinte, quando, no artigo 2.º, declararam que "à Assembléia Nacional Constituinte não se aplicam as limitações do artigo 47, parágrafo 1.º da Constituição Federal". A impropriedade reside no fato de legislar sobre o óbvio. Deviam, os autores do projeto, saber que é da própria essência da Assembléia Nacional Constituinte não sofrer qualquer limitações de ordem constitucional em sua tarefa de produzir novo Estatuto Político.

A inadequação da forma utilizada para convocar a Constituinte está repercutindo negativamente no próprio processo de discussão e votação da mensagem governamental, não afastada, inclusive, a possibilidade de a mesma não obter, no Congresso, os votos necessários à aprovação, na forma da Constituição em vigor.