

A CONSTITUIÇÃO E A REALIDADE SOCIAL

Cristiane Vieira de Mello

Especialista em Direito Civil pela FMU.

Mestra em Direito Processual pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Doutoranda em Direito do Estado – área de concentração Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Procuradora do Município de Diadema.

Professora de Processo Civil, Prática Civil e Processo Penal no Centro Universitário de São Caetano do Sul – IMES.

RESUMO

No presente trabalho objetivamos traçar noções básicas sobre o Constitucionalismo.

Avaliamos questões polêmicas tais como, rigidez constitucional e a escrituração da Lei Maior; Poder Constituinte: natureza Jurídica, espécies, titularidade e legitimidade para, ao final, refletirmos sobre a verdadeira eficácia da Norma Constitucional Brasileira no tocante à Governabilidade.

Palavras-chave: Constituição brasileira, realidade social, constitucionalismo, governabilidade.

ABSTRACT

This present work has the aim of outlining fundamental concepts about the constitutionalism. Polemic issues such as the Constitutional Rigor and the development of the Major Law; Constituent Power: juridical nature, species, ownership and legitimacy were evaluated. In conclusion, we reflected about the truthful validity of the Brazilian Constitutional Rule in concerning to Governability.

Keywords: brazilian constitution, social reality, constitutionalism, governability.

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é destacar a importância da Constituição enquanto Lei Maior que rege o Estado Moderno, organizando-o em busca do Bem Comum.

Em um primeiro momento, em exposição abreviada, a questão do Constitucionalismo, movimento histórico de repercussão política, social e principalmente jurídica, que estabelece um verdadeiro marco para o perfil dos Estados constitucionais nos moldes atuais e de novas perspectivas para o cidadão.

Outra questão a ser abordada é a conceituação do objeto maior de nosso estudo: a Constituição.

Enfrentaremos também matéria atinente à Constituição antes mesmo de sua formação: o Poder Constituinte, suas espécies, atributos e legitimação.

Concluindo o nosso estudo, avaliaremos genericamente a eficácia do documento constitucional.

Da análise ora proposta, constataremos, teoricamente, se o *estatuto jurídico do fenômeno político*,¹ instrumento de e da democracia, imprescindível na organização do Estado e decorrente do consenso social, expressa efetivamente as convicções e as necessidades comuns, compartilhadas pelos cidadãos e a sociedade.

CAPÍTULO I DO CONSTITUCIONALISMO

Muitas vezes o estudioso da Constituição fica preso à atualidade ao teor do documento moderno e, em sua apreciação, não se atém a todo o processo histórico evolutivo que o ensejou.

Chamamos a esse processo dinâmico que nos auxilia no entendimento do Direito Constitucional Geral Moderno de *Constitucionalismo*.

O Constitucionalismo apresenta traços marcantes, uma vez que busca limitar o exercício do poder absoluto dos dominantes por meio de um sistema fixo de regras, consagra os direitos e as garantias dos subordinados, como nos descreve Karl Loewenstein.²

Ao pensarmos em Constitucionalismo, rapidamente a França emerge de nossa lembrança estudantil, mas é indispensável colocar em foco o estudo de Karl Loewenstein³ sobre o assunto.

Esclarece que o *povo hebreu* foi o primeiro a praticar o Constitucionalismo por meio do regime teocrático. Acresce revelando-nos que para os hebreus “... el dominador, lejos de ostentar un poder absoluto y arbitrario, *estaba limitado por la ley del Señor, que sometía igualmente a gobernantes y gobernados*” (g.n.).

Vale, neste momento, recordar uma passagem da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴ sobre os gregos, segundo exemplo de povo a praticar o Constitucionalismo, na concepção do citado Karl Loewenstein.

Para o cientista jurídico nacional, “... na Grécia e em Roma as leis de conteúdo constitucional não se distinguiam formalmente das demais e se manifestavam sobretudo nos costumes, alternando-se pelos órgãos legislativos ordinários ou pela invenção individual”. (Licurgo, Solon)

Apesar de não haver distinção entre as leis constitucionais e ordinárias na Grécia, no entender de Manoel Ferreira Filho, Karl Loewenstein⁵ destaca que os gregos criaram, no passado remoto, um regime político absolutamente constitucional.

No seu entender, “esta nación excepcionalmente dotada, alcanzó casi de un solo paso el tipo más avanzado de gobierno constitucional: la democracia constitucional. La democracia directa de las ciudades-Estado griegas en el siglo V es el único ejemplo conocido de un sistema político con *plena identidad entre gobernantes y gobernados, en cual el poder político está igualmente distribuído entre todos los ciudadanos activos, tomando parte en el todos por igual...* todas las instituciones políticas de los griegos reflejan ser profunda *aversión a todo tipo de poder concentrado y arbitrario*, y su devoción casi fanática por los principios del Estado de derecho de un orden (eunomía) regulado democrática y constitucionalmente, así como por la igualdad y la justicia igualitaria (isonomía)”. (g. n.)

De conseguinte, impõe-se à conclusão de que o Constitucionalismo possui raízes bastante antigas, fincadas no tempo e no histórico das civilizações.

Cumprir consignar também os ensinamentos de Santi Romano⁶ sobre a origem do Constitucionalismo moderno. Constata o estudioso que o movimento constitucionalista *há séculos vigorava na Inglaterra*.

Dinâmica de relevo político, social e jurídico, o Constitucionalismo apresenta-se de forma escalonada

¹ J. J. Canotilho. *Direito constitucional*.

² *Teoría de la Constitución* – Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.

³ Idem.

⁴ *Curso de direito constitucional*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵ *Teoría de La constitución*, cit.

⁶ Princípios de direito constitucional geral. *Origens e caracteres do moderno constitucionalismo*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

nas estruturas sociais, ora sob versão clássica, ora moderna. Mesmo o Constitucionalismo moderno apresenta-se na sociedade assim classificado, como, por exemplo, o da França, cujo florescimento só ocorreu no século XVIII, apesar da tentativa de adoção de seus institutos fundamentais durante o século XVI, resultando infrutífera diante das tendências filosóficas e políticas que vigoram na época. Esse assunto será melhor evidenciado posteriormente.

Com a Revolução Francesa, aflora e amadurece na França o Constitucionalismo, embora já tivesse sido, enquanto dinâmica social, objeto de prática de outros povos em tempos passados.

Importa não deslembrar o caminho trilhado pelo Constitucionalismo Moderno entre os continentes europeu e americano.

Inicialmente encontramos as noções básicas sobre alguns dos institutos fundamentais do Constitucionalismo na Inglaterra.

Reitera-se aqui a observação já feita sobre o Direito Inglês, não escrito, costumeiro, antigo e famoso, muito respeitado por sua lenta e progressiva evolução. Principal veículo das características do Constitucionalismo, suas bases transmigraram de seu país de origem por meio das conquistas e das colonizações próprias da época. A imitação legislativa também foi o processo utilizado pelos países colonizados que se moldaram no exemplo *inglês*.

A estrutura inglesa passou a orientar a estruturação do ordenamento maior de outros Estados ou por eles foi plenamente adotada, a exemplo dos Estados Unidos da América que, com adaptações, conceberam e estabeleceram o seu próprio ordenamento.

Apresenta a legislação inglesa princípios inovadores e estruturais de uma vida digna para a classe dominante e dos dominados. Talvez, por esse motivo, Jorge III refere-se à Constituição Inglesa como “a mais perfeita das criações humanas”.⁷ Outros doutrinadores ainda demonstram a sua admiração para com o ordenamento *inglês* e a ele se referem como “um mistério sagrado da ciência governamental”.⁸

Encontra-se propagação das idéias inglesas em textos importantes como a Constituição Americana de 1787, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e em alguns Estados não *européus*.

Historicamente temos que, durante o século XVI, os monarquistas franceses pretenderam imitar o modelo constitucional *inglês*. Tal intento restou vão diante da

difusão das idéias de Bodin na defesa da monarquia absoluta, justamente o ponto de contraposição à estrutura que se buscava difundir.

Somente no século XVIII, o Constitucionalismo Inglês passou a ser objeto de novo estudo por parte dos franceses e a obra de Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), em muito contribuiu para a eclosão e imitação das instituições inglesas na França.

Não só o ordenamento *inglês* foi fonte de inspiração para os franceses, que também se pautaram no modelo jurídico norte-americano.

Durante a fase colonial, os Estados Unidos possuíam ordenações que eram verdadeiras cópias de sua metrópole. Com o advento da independência da colônia, o povo americano resolveu adotar sua própria legislação, com afinidades significativas com a que antes vigia, decorrência do Direito Inglês.

Em maio de 1776, o Congresso da Filadélfia propôs a elaboração de Constituições próprias, momento em que foram redigidas as primeiras cartas constitucionais, “uma ordenação simplificada que conserva os caracteres fundamentais, não obstante profundas modificações e adaptações da língua inglesa, que, ao contrário, (...) estava dispersa numa infinidade de textos e documentos acumulados pelos séculos e, ainda mais, nas tradições e costumes”.⁹

Indiscutível que as premissas do direito constitucional inglês se propagaram para outro continente, o americano, que as ampliou e adaptou. Repetem-se fundamentos básicos que, melhorados, retornam ao continente de origem, o europeu, eclodindo da França para o mundo.

Resumindo as considerações anteriores e verificando sua existência em nosso modelo nacional, temos que a autolimitação do regime absoluto por parte dos soberanos é idéia utópica. O Constitucionalismo emerge justamente para limitar o poder absoluto e na consagração dos direitos das garantias individuais, elementos essenciais em qualquer documento estrutural dos Estados modernos.

O Estado brasileiro é Constitucional. Vive sob a égide de uma Constituição e, inegavelmente, em nosso diploma maior encontramos a limitação do poder, através da tripartição de suas funções encontradas no art. 2º, que dispõe, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁰

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Princípios de Direito Constitucional Geral, *cit.*

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

Em nosso ponto de vista, também encontramos limitados os poderes dos dominantes no parágrafo único de nosso Texto Maior, quando expressa que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, *nos termos desta Constituição*”. (g. n.)

É de notar, em face do artigo acima transcrito, que a “lei constitucional” ao tempo estrutura, organiza e *limita* os poderes dos soberanos. Mostra-se, portanto, como garantia da garantia.

Ao definir as competências dos poderes legislativo, executivo e judiciário, a Constituição também está delimitando os poderes dos dominantes e sagrando os direitos dos cidadãos, bem como suas garantias. Este último tópico, insistimos, é extremamente relevante, senão mais que o primeiro, para traçar o perfil de um Estado Constitucional.

O art. 5º de nossa Constituição protege os *Direitos e as Garantias Fundamentais* dos cidadãos brasileiros.

Ainda a respeito do assunto, impende notar que de outros artigos incertos na Carta Magna decorrem, implícita ou explicitamente, garantias para os cidadãos que devem ser respeitadas por todos, sem qualquer distinção, e que significam limitações para os detentores do poder.

Cristalino, pois, o respeito do Estado Brasileiro ao Constitucionalismo que, por meio da colonização e da imitação, adotou os traços marcantes do movimento em estudo.

CAPÍTULO II

A CONSTITUIÇÃO ESCRITA E RÍGIDA E O CONSTITUCIONALISMO

Não se pode confundir o Constitucionalismo com as constituições escritas, modelo.

Não há como reduzir o Constitucionalismo à escrituração do Texto Constitucional.

Os traços tipificadores do Constitucionalismo, como já deixamos claro no capítulo anterior, fundam-se na separação dos poderes e na definição dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos.

DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

A documentação do Texto Maior produz ilusoriamente a impressão de estabilidade da legislação. Tal procedimento, que consiste em resumir em cartas

ou estatutos fundamentais o Direito Constitucional, surgiu na América do Norte e na França.

Está em pauta o sentido da terminologia jurídica utilizada para compreender o que deve ser tido por constituição escrita e não escrita.

Na linha de José Afonso da Silva,¹¹

“considera-se *escrita* à constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente de um jato por um órgão constituinte, encerrado todas as normas tidas como fundamentais sobre a estruturação do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos fundamentais, coletivos, econômicos e sociais). *Não escrita*, ao contrário, é a constituição cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseia principalmente nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa”.

De conseguinte, impõe-se a conclusão: a constituição inglesa, consuetudinária, composta por textos esparsos, portanto não escrita, não afastou o Constitucionalismo, pelo contrário. Há que reconhecer o berço do Constitucionalismo moderno no Direito Inglês, fonte de uma estrutura estatal modelo, veículo de movimento que hoje é adotado pela maioria dos estados modernos. Não parece, ante do exposto, que a sistematização do ordenamento jurídico que estrutura o Estado em um único texto seja sinônimo de Constitucionalismo.

É importante lembrar o posicionamento de Santi Romano¹² sobre o assunto:

“A Inglaterra, embora Cromwell dela tivesse tido a idéia, nunca teve uma constituição escrita, salvo alguns textos fragmentários nos quais estão consagrados seus princípios basilares; entretanto, quando a ordenação inglesa foi transplantada para outros lugares, no sentido e nos limites que serão mencionados, prevaleceu por exemplo, na América do Norte e na França, o sistema de redigir o direito constitucional, resumindo-o em cartas ou estatutos fundamentais. *Sistema este que apresenta muitas vantagens e desvantagens. Tais cartas ou estatutos pretendem ser concisos, mas completas codificações das constituições de cada um dos Estados*; porém, um exame mesmo superficial demonstra que esta não tem sido

¹¹ *Curso de direito constitucional positivo, cit.*

¹² *Princípios de direito constitucional geral, cit.*

e não pode ter sido uma *ingênua ilusão*, a qual, mal se esvai, e causa de críticas que acabam por dirigir-se não só ao texto do qual a constituição deveria resultar, mas também a própria substância da constituição, o que, certamente, *não contribui para a sua estabilidade*. Pelo contrário, na concepção que inspirou as primeiras cartas constitucionais, estas eram consideradas como solenes contratos estipulados entre os componentes da sociedade política ou entre o príncipe de um lado e o povo do outro, quase como uma renovação do original e do mítico contrato social, do qual se teria dessumido um caráter sagrado e de intangibilidade. Com a queda do dogma do Estado de natureza e com a dissipação das teorias contratualistas, revigorando o princípio da unidade orgânica do Estado, as constituições escritas não são hoje consideradas senão como uma categoria de leis, ainda que tenham o mesmo caráter e, às vezes, eficácia diversa e maior do que a das leis ordinárias. Assim mesmo, sobreveio a opinião muito difundida de que, principalmente, em consideração de sua intangibilidade, proclamava por certo a sua imodificabilidade e perpetuidade. *Pouco a pouco, o princípio das constituições rígidas foi-se atenuando, na teoria e na prática, e não é indubitável que tal princípio possa preservar uma constituição das tendências reformadoras e mesmo revolucionárias*. Caem, igualmente, muitas outras ilusões. Como aquela que pretende que uma carta, redigida de modo claro e breve, pudesse difundir entre os cidadãos o conhecimento e o amor por seus direitos e deveres como uma espécie de catecismo civil colocados à mão de todos.

O caráter consuetudinário do direito público inglês e a multiplicidade de seus documentos escritos beneficia a sua estabilidade, opondo aos inovadores e aos revolucionários uma resistência longa e continuada de trincheiras; o direito constitucional escrito, pelo contrário, apresenta-se como um fácil e próximo alvo aos seus adversários, quase um convite e um concurso perpétuo a quem souber escrever uma melhor. Com efeito, diferentemente de uma Constituição que tem dado lugar a uma longa história, que não se pode pensar em cancelar ou refazer de uma só vez, *uma constituição escrita auxilia a difundir a idéia utópica e perigosa de que uma constituição possa compilar-se em um dia, uma hora, e que seja, por isso, fácil de ser substituída por outra que surtiu na mente de um feliz momento de capricho*.

Seja como for, *o sistema de constituição escrita, ainda que sejam modificadas as suas bases doutrinárias, não observantes seus defeitos e desvantagens, continua a ser seguido e aparece, indissolavelmente, ligado à forma*

do constitucionalismo hodierno, em contraposição ao fato de que as constituições precedentes eram todas, salvo algumas exceções particulares, prevalentemente consuetudinárias. Nem poderia ser diversamente: as constituições que trazem na sua origem um movimento político mais ou menos revolucionário devem ser elaboradas por uma assembléia ou por qualquer outro órgão constituído, devem necessariamente assumir aquela forma”.

Está claro, pois, que a escrituração de uma Constituição nada assegurada, uma vez que os exercentes do poder podem simplesmente ignorar o seu conteúdo, de forma a observá-la como mera folha de papel, sem qualquer aplicabilidade.

DA CONSTITUIÇÃO RÍGIDA

José Afonso da Silva¹³ nos ensina o que devemos entender por constituição rígida:

“rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto constitucional. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível, como fora a Constituição do Império do Brasil, à vista de seu art. 178.

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais que o admitido para a alteração da legislação ordinária (Meirelles Teixeira, Lições Apostiladas).

Cumprido, finalmente, não confundir o conceito de constituição rígida com o de constituição

¹³ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 41.

escrita, nem o de constituição flexível com o de constituição histórica. Tem havido exemplos de constituições escritas flexíveis, embora o mais comum é que sejam rígidas. As constituições históricas são juridicamente flexíveis, pois podem ser modificadas pelo legislador ordinário, mas, normalmente, são política e socialmente rígidas. Raramente são modificadas”.

Conforme a doutrina que acabamos de transcrever, não há vínculo algum entre a idéia de Constitucionalismo e a de constituição rígida, mero procedimento escolhido pelo poder constituinte na elaboração do texto maior ligado à possibilidade de alteração do texto constitucional.

É preciso observar o exemplo da própria constituição inglesa, costumeira, e, conforme já observamos, modelo vetor dos institutos consagrados pelo Constitucionalismo moderno.

Passemos agora a nos preocupar com o conceito de Constituição, objeto maior de nossa atenção.

CAPÍTULO III DA CONSTITUIÇÃO

O polêmico conceito de Constituição foi-nos imposto, conforme vimos, pela Revolução Burguesa.

Cumpramos agora analisar o termo *Constituição*.

Em uma rápida consulta ao dicionário,¹⁴ verificamos que o vocábulo Constituição pode ter vários significados. Nesse sentido:

“1) Ato ou efeito de constituir. 2) Modo por que se constitui uma casa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização. 3) Lei fundamental num Estado, que contém norma sobre a formação dos poderes públicos, direitos e deveres dos cidadãos, etc..., carta constitucional”.

José Afonso da Silva¹⁵ preleciona em sua obra ser a constituição um vocábulo análogo, pois todas as idéias que decorrem desta palavra demonstram “o modo de ser de alguma coisa e, por extensão, de organização interna de seres e entidades”. Nesse momento conclui o autor que “todo Estado tem constituição que é o simples modo de ser do Estado”.

Considerada Lei Fundamental do Estado, sob a ótica do estudioso e cientista jurídico, a Constituição é o “sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a constituição organiza os elementos constitutivos do Estado”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a constituição pode ser observada sob um ponto de vista genérico e, no sentido geral, é a “organização de alguma coisa”.

Ressalta o mestre que a acepção conferida ao termo “não pertence apenas ao vocabulário do Direito Público ... é ... termo que se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é; concluindo que nunca haverá Estado sem constituição”.

Ocorre que, a par do conceito geral, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶ destaca a existência de um conceito jurídico de Constituição “freqüentemente usado para designar a organização jurídica fundamental ...” organização que, no diapasão de Kelsen, é o “conjunto de normas positivas que regem a produção do direito, obra do poder”.

Para Jorge Miranda,¹⁷ a Constituição pode ser estudada por ângulos em sentidos diversos. Em sentido formal é um “complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força superior a de quaisquer outras normas”, o que vale dizer um sistema normativo merecedor de relativa autonomia; acarreta uma consideração hierárquica ou estruturada da ordem jurídica, ainda quando dela não se reterem todas as conseqüências. Em sentido *material*, a Constituição, conceituada pelo mesmo autor, é “o estatuto do Estado, seja este qual for, seja qual for o tipo constitucional de Estado”. É neutro esse conceito que apresenta o autor.

Konrad Hesse¹⁸ observa a constituição como “o ordenamento jurídico fundamental da comunidade” que fixa os princípios que direcionam e formam a unidade política e que devem assumir as tarefas do Estado, limitando assim, a ordem de vida estatal, base em que se assenta. Documento composto de normas dirigidas à conduta humana, que assegura a estabilidade da vida em sociedade e em constante mutação por servir à comunidade.

¹⁴ *Minidicionário Aurélio*.

¹⁵ *Curso de direito constitucional positivo, cit.*

¹⁶ *Curso de direito constitucional, cit.*

¹⁷ *Manual de direito constitucional, 1996.*

¹⁸ *Escritos de direito constitucional.*

Para Eduardo Garcia Enterría, “la Constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”.

Celso Bastos¹⁹ verifica a palavra *Constituição* como termo equívoco e não análogo, da mesma forma que alguns autores aqui citados. Observa o Professor ser o vocábulo “constituição de difícil conceituação. É um termo equívoco, que se presta a diversos significados. Conforme se faça variar a sua abrangência, para abarcar este ou aquele campo da realidade, assim também variará a área de estudo do Direito Constitucional”.

Resultam do exposto anteriormente as várias acepções propostas pelo cientista:

1. A Constituição pode ser observada num sentido atécnico muito amplo, equivalendo à “maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura”. Nessa acepção, todo e qualquer ente tem sua própria constituição. Fala-se, assim, da constituição de uma cadeira, um planeta, do homem.
2. Sob o ponto de vista material, a Constituição é observada através das “forças políticas, econômicas, ideológicas etc. que conformam a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser”.
3. A constituição, em sentido substancial, é estudada como um “complexo de normas, regras ou princípios que objetivam a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos supremos e a definição de suas competências. ... É um complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capazes de traçar linhas mestras de um dado ordenamento jurídico”.
4. Constituição em sentido formal é “um conjunto de normas legislativas que se distingue, das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene”.

Como pudemos perceber, várias são as formas de delimitar o contorno do documento maior que rege um Estado.

À guisa de ilustração, entendemos que os autores observam a Constituição como se fosse um prisma de cristal, uma única peça composta por vários lados e ângulos. A cada conceito elaborado corresponde um ângulo de visão diferente e, por consequência, uma cor, móvel das várias acepções sobre uma mesma terminologia. No entanto, se este prisma for observado como um todo, haverá sempre o predomínio da mesma razão.

Forçoso é concluir que a Constituição é uma lei que se destaca das demais pelo seu conteúdo. É a Lei Maior de um Estado.

A Constituição é a lei de maior relevo, visto funcionar como elemento vetor de toda a estrutura Estatal. Composta por princípios e regras jurídicas que determinam o modo de ser da instituição que organiza, dispõe quanto ao seu governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação. É uma carta que organiza os elementos do Estado, bem como os seus objetivos, fundamentos de validade de todas as demais legislações que vão compor a pirâmide jurídica idealizada por Kelsen.

Passemos agora a analisar o poder que funda este documento de vital teor a ponto de organizar um Estado: o Poder Constituinte.

CAPÍTULO IV DO PODER CONSTITUINTE

O Poder Constituinte “só se faz notar depois que agiu”,²⁰ é ponto de partida para a criação de uma nova ordem jurídica visto estabelecer a Constituição.

Trata-se na verdade de um “poder-para-ação”,²¹ força, potência, pressuposto fundamental de um novo Estado.

Aparece o Poder Constituinte como expressão de um momento e modernamente exerce uma função de *soberania nacional*, já que tem o condão de “construir e reconstruir ou reformular a ordem jurídica estatal”.²²

Na verdade, o Poder Constituinte “cria o poder político que dará ao ordenamento o seu direito positivo, é um poder criador do poder”.²³

Essa capacidade de conferir organização e estruturar inicialmente, originariamente uma ordem jurídica faz com que aproximemos a idéia de Poder

¹⁹ Curso de direito constitucional.

²⁰ Nelson Saldanha. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.

²¹ *Idem*.

²² Sahid Maluf. *Teoría de la constitución*, p. 86. apud José Britto da Cunha. Reformas constitucionais limites do poder constituinte derivado *In: Boletim Informativo da Escola Judicial*. Brasília, v. 1, n. 3, 1999.

²³ Konrad Hesse.

Constituinte da norma fundamental (Constituição) que projeta a história e as necessidades de uma comunidade, passado, presente e futuro.

O Poder Constituinte pode ser analisado por diversos focos. Sociologicamente apresenta-se o Poder Constituinte como um poder social que juridicamente só se faz notar após a sua realização, isso porque funda a Constituição.

Trata-se, na verdade, de uma potência criadora, pressuposto fundamental em um regime constitucional por criar a lei maior do Estado.

É interessante notar os ensinamentos de Nelson Saldanha²⁴ sobre o assunto:

“são as Constituições o ponto de referência mais alto, e a ação ‘constituente’ o *nisus formativus* por excelência das estruturas jurídicas atuais”.

O Poder Constituinte é função da soberania nacional, repete-se, e aparece como sendo a expressão de um momento que cria o poder político e confere ao ordenamento o seu direito positivo.

Ainda no diapasão de Nelson Saldanha,²⁵ é o Poder Constituinte “um poder criador do poder”, que aparece com capacidade de organizar conscientemente, passo a passo, a vida de um país.

Implica o Poder Constituinte a participação do homem em uma liberdade histórica de conquista da felicidade e bem-estar.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho,²⁶ o “Poder Constituinte traduz a autodeterminação, portanto a liberdade de cada povo (ou nação, como queria Sieyès, o que não é exatamente a mesma coisa) ...” O pai da doutrina do Poder Constituinte que pela primeira vez foi exposta no seu livro *Qu’est-ce que le tiers état?* Sutilmente propunha à nação, sugerindo duas idéias: a de que cada comunidade nacional é que deveria ser a “matéria” do Estado que a Constituição conformaria; a de que o interesse da comunidade, vista como uma entidade distinta das gerações que passam, é que deveria prevalecer”.

O professor Jorge Reinaldo Vanossi,²⁷ ao ser entrevistado pelos professores Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo sobre a manutenção da noção de Poder Constituinte, elaborada na época da Revolução Francesa a partir de Sieyès, respondeu sobre a existência

de elementos perduráveis que mantêm a sua total vigência e outros que requerem um enfoque mais atualizado, acrescenta ainda que “a noção de Poder Constituinte aparece como algo absolutamente necessário para poder compreender-se o tema da distribuição do Poder”, sendo a Constituição manifestação concreta, produto ou resultado dos atos fundacionais do Poder Constituinte.

No conceito de Carl Schmitt,²⁸ Poder Constituinte é “vontade política. É vontade com força e autoridade” capaz de organizar o Estado pela primeira vez ou alterar a ordem constitucional anterior que não se prende em tendências ideológicas, princípios inspiradores ou regimes políticos, mas é a aptidão capaz de adotar concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política”.

Em resumo, temos sobre o conceito do Poder Constituinte a mesma opinião já apresentada sobre o conceito de Constituição. Até mesmo por tratar-se de matéria atinente à ciência jurídica, do mundo do dever, muitos conceitos são elaborados de forma a delimitar o contorno do que possamos entender sobre o Poder Constituinte, contudo, a razão fundamental orientadora da análise dos estudiosos é sempre a mesma.

NATUREZA JURÍDICA DO PODER CONSTITUINTE

Uma questão que se impõe e que desencadeia polêmica é a natureza do Poder Constituinte. Trata-se de um *poder de fato* que se impõe ou de um *poder de direito* que deriva de regra anterior ao Estado novo que busca organizar?

Dois são as correntes que tratam do assunto:

A primeira doutrina entende ser o Poder Constituinte um *poder de fato* e que detém autoridade suficiente para ser observado e aceito pela comunidade.

Os doutrinadores que seguem a corrente acima mencionada se inspiram no Positivismo. Entendem que haverá sempre uma ruptura na atuação deste poder, dado que o Poder Constituinte funda a si próprio e não admite a existência de direito anterior do positivo que limite a organização da vida estatal.

A Segunda corrente pauta-se na existência de um direito limitador da atividade do Poder Constituinte Originário. Esse direito anterior, pré-existente ao Direito

²⁴ *O poder constituinte, cit.*

²⁴ *Idem.*

²⁶ *Poder constituinte e direito adquirido* (algumas anotações elementares).

²⁷ *Uma visão atualizada do Poder Constituinte.*

²⁸ *Apud* Pedro Salvetti Neto. *Curso de ciência política.*

Positivo, é o Direito Natural, superior ao direito estatal que consagra a liberdade do homem, portanto um poder de direito e não de fato.

ESPÉCIES E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE

Quando pensamos Poder Constituinte, duas figuras conhecidas vêm à mente:

1. O Poder Constituinte originário, que possui os atributos próprios: é *inicial*, pois não se funda em outro poder; é base de ordem jurídica, constituinte originário do qual derivam os demais poderes; é *autônomo*, visto não estar subordinado a qualquer outro poder; é *incondicionado*, por não estar atado à observância de qualquer condição ou forma prefixada para que possa manifestar a sua vontade.

Cumpre-nos questionar o *ilimitado* o Poder Constituinte originário.

Para responder a tal questão, devemos observar se um poder anterior tem o condão de delimitar o campo de atuação do Poder Constituinte Originário.

A resposta é afirmativa para os positivistas, mas negativa para os jusnaturalistas.

Para os positivistas não há limites no campo de sua atuação, pois o Poder Constituinte Originário tudo pode, inaugura uma nova ordem jurídica sem estar atado a conceitos preconcebidos.

Por outro lado, as jusnaturalistas discordam terminantemente da doutrina anteriormente apresentada porque nos figura como respaldo para os positivistas. Os jusnaturalistas encontram os limites de sua atuação no Direito Natural, principal parâmetro de atuação do Poder Constituinte Originário.

2. A outra figura que nos vem à mente é a do Poder Constituinte Derivado, terminologia rechaçada doutrinariamente, tendo em vista que o Poder Reformador não é originário, dele apenas deriva.

Esta posição se coordena perfeitamente com a explicação de Nelson Saldanha, anteriormente apresentada: o Poder Constituinte originário é um *poder criador do poder* (o instituído).

O Poder instituído (García Pelayo) tem por característica a *derivação*, conforme já mencionado: decorre de outro poder. É *subordinado*, pois hierarquicamente encontra-se abaixo do Poder Constituinte Originário e é *condicionado*, visto que

só pode agir no que diz respeito à matéria e forma previamente estipuladas pelo Poder Constituinte Originário.

Resta-nos agora questionar se há limitação para atuação do Poder Constituinte Constituído (Georges Budian) pelo direito positivo.

A conclusão a que chegamos é que há limitações, sim, para o agir do Poder Instituído. Afinal, se o Poder Constituído recebe sua competência do Poder Constituinte Originário, não pode de forma alguma ultrapassá-la, sob pena de quebrar a estrutura soberana que destaca o poder inicial, autônomo, incondicionado e, para alguns, ilimitado.

Sobre o assunto em pauta, consideram ilimitado o Poder Constituinte Derivado, ou melhor, Instituído: Duguit, Joseph Barthélemy, Laferrière, Duverger, Vedel, por entenderem que o poder derivado é o poder Originário que subsiste no tempo e, se dispõe de competência para declarar regras, pode mudá-las.

Já autores como Schmitt, Burdeau, Hariou Recnaséns Siches, Pinto Ferreira, entre outros, compartilham a idéia de que, se o poder instituído é criação do Poder Constituinte Originário, deve ficar restrito aos poderes e competências por ele estipuladas, não podendo ultrapassar tais limites.

DA TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Outra questão relevante, que se impõe, está ligada à titularidade dos poderes que estamos estudando.

Conforme já vimos, através de estudos transcritos neste trabalho, realizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para Sieryès, o titular do Poder Constituinte é a *nação*. Tal postura, com o tempo, foi sendo modificada por meio da dinâmica social. Atualmente, entende-se que o titular do Poder Constituinte Originário é o *povo*.

A Constituição Federal Brasileira em, seu art. 1º, dispõe que:

Art. 1º (...)

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ressalte-se que nem sempre o titular do poder é quem detém o seu exercício. No modelo brasileiro, o povo pode exercitar o poder diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. Neste último caso, quem exercita o poder o figura não na titularidade, mas exerce

a atividade destacada para o Poder Constituinte Originário, é um grupo que exaure a sua atividade com a edição da Constituição.

DA LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Quanto à legitimidade do Poder Constituinte, deparamo-nos com outra matéria controversa na doutrina e no tempo.

Lembramo-nos de que a legitimidade do Poder Constituinte decorre da própria soberania, supremo poder do Estado.

Pautada no consenso, a legitimidade do poder está na conformidade com a opinião pública dominante. Reside, portanto, a legitimidade no consenso, no assentimento das decisões de poder que passarão a reger todo o novo Estado por parte dos titulares deste mesmo poder, elemento que lhe confere estabilidade jurídica.

No entanto, uma ressalva deve ser feita no presente tópico. Não há que confundir legitimidade com legalidade.

A legalidade significa haver plena consonância com as leis postas, vigentes. Contudo, as leis vigentes, em determinado espaço e tempo, podem ser ilegítimas por não derivarem do consenso, gerando do meio organizado instabilidade, pois muito embora tenha sido observada a legalidade, a conduta em sua *ratio* é ilegítima.

Compete-nos agora passar a avaliar a eficácia das normas constitucionais, avaliando genericamente o desenvolvimento de nosso Estado em sua governabilidade.

A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS NO TOCANTE À GOVERNABILIDADE

Por derradeiro, cumpre avaliar se a Constituição Brasileira atende às necessidades gerais de sua sociedade, se contém uma legislação eficaz.

Convém desde logo acentuar que a doutrina nacional não poupa elogios à Constituição Federal de 1988, conhecida por *Constituição-Cidadã*.

No entanto, como explicar a crise política e jurídica que assola o nosso País?

Parece generalizada a tendência ao desrespeito à lei.

Seria o caso de questionar todo o processo evolutivo do Direito Constitucional Geral Moderno pautado no Constitucionalismo que aqui expusemos, de questionar as garantias e os direitos consagrados e preservados dos cidadãos, de questionar tripartição das funções do poder e se tais processos ainda se aplicam à nossa sociedade.

Sabemos que a sociedade evolui, que dentro de uma dinâmica social os processos políticos e jurídicos também progridem. Os conceitos elaborados no século XVIII não mais vigoram na forma em que foram desenvolvidos. Alguns pontos subsistem imodificados, contudo, a Constituição de 88, produto da atividade de Poder Constituinte Originário, vem sendo totalmente retalhada pela atividade do Poder Instituído, que nem sempre observa as limitações impostas por sua própria natureza e muitas vezes exorbita de forma a ferir esses elementos básicos do Constitucionalismo.

Isso acontece em um Estado tido por “provisório”, onde a atividade do Poder Executivo ultrapassa os limites do equilíbrio. Medidas provisórias, forma de exceção na criação das normas jurídicas, são editadas e reeditadas de forma a aniquilar a atividade do Poder cuja função típica consiste na criação de leis.

A adoção de emendas que acabam por ferir certos direitos e garantias dos cidadãos também afeta a estrutura do Estado em suas raízes. Conforme já dissemos, seguimos a corrente em que o Poder Instituído tem sua atuação delimitada na forma e na matéria pelo Poder Constituinte Originário.

Tal situação nos leva a crer que a ingovernabilidade do País decorre não da falta de legitimidade do poder, alicerçado que está no voto direto e dentro da legalidade.

Questionamos a organização das escolhas do poder, a racionalização de sua atividade bem como a observância das prioridades.

Não criticamos aqui a atividade do Poder Constituinte Originário, que, “constituído” para a criação da Constituição Federal de 1988, cumpriu a missão a que fora destinado.

Na forma anteriormente exposta, a Constituinte de 1988, juridicamente exerceu o poder de ação. Ocorreu que a nossa Constituição nem sequer foi aplicada na íntegra, uma vez que inacabada carece de legislação infraconstitucional que a viabilize. Logo foi objeto de revisão.

Revisão, convém lembrar, que sequer terminou.

Não bastasse a revisão de uma estrutura inacabada ou, vista por outro ponto, ainda em construção, a Lei Maior vem sendo objeto de inúmeras modificações estruturais por meio de emendas constitucionais.

Surge, na verdade, em nosso sistema organizado em crise de *governabilidade* e não de *legitimidade*.

O Poder Constituinte foi legítimo, mas, no fundo, apesar do consenso conferido pelos titulares do poder àqueles que o exercitaram, questionamos se a Constituição funcionou exatamente como um instrumento de

canalização, filtragem e seleção das necessidades sociais em busca do bem comum. É esse seu papel. Se o fez, não pode demonstrar prática à sua eficácia, porque inaplicada, de tal forma a não alcançar e efetivar seus objetivos.

Somos forçados a concluir que não há no nosso sistema plena identificação das escolhas da sociedade com o seu modelo político, o que nos leva à ingovernabilidade.

O problema que expomos não reside no fato de ser analítica a nossa Constituição. Acreditamos que o documento maior de nosso Estado, em sua forma, apenas retrata a falta de síntese de nosso povo.

O grande número de preceitos inseridos no documento constitucional não nos atrapalha. O que, na verdade, nos afeta é sua inoperância, ou o incentivo à inobservância, ou, ainda pior, a constante e indiscriminada modificação dos preceitos, sem permitir a assimilação por parte dos cientistas do Direito, seus operadores, ou do próprio cidadão. Tal retrato tende a gerar instabilidade social, econômica e jurídica, o que leva à ingovernabilidade por falta de racionalização e priorização das estruturas básicas a organizar, ou pela atividade desintegradora do Poder Reformador, que não observa na íntegra os seus limites.

bilidade por falta de racionalização e priorização das estruturas básicas a organizar, ou pela atividade desintegradora do Poder Reformador, que não observa na íntegra os seus limites.

Creemos, assim, constatar em nosso sistema a inadequação das decisões da escolha do poder, e portanto, uma crise que impede e prejudica o desenvolvimento harmônico e total de um documento até então considerado em nossa história constitucional o melhor e o mais completo de todos.

Qual seria a solução?

O problema de nosso estudo não reside na necessidade de nova ruptura estrutural ou de revisão periódica (o que seria ótimo, se prevista expressamente no texto constitucional após sua efetiva aplicação e seleção dos ineficazes) ou ainda de inserção de mais emendas em nossa Carta Constitucional.

A solução, a nosso ver, reside em permitir a aplicação texto na forma como foi editado para, então sim, após a eleição dos problemas, modificá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, C. R.; TAVARES, A. R. *Modernas tendências para a alteração constitucional*. São Paulo: IBDC (artigos e estudos). Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br>>. Acesso em: s.d. 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CUNHA, J. B. Reformas constitucionais: limites do poder constituinte derivado. *Boletim Informativo da Escola Judicial*, Brasília, v. 1, n. 3, nov. 1999.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. ver. São Paulo: Tribunal da Justiça, 1977.
- _____. Poder constituinte e direito adquirido. *Revista dos Tribunais*, v. 745, 1997.
- _____. *O poder constituinte: direito constitucional comparado*. São Paulo: Edusp, 1975.
- HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- FERREIRA, A. B. H. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- MEDINA, L. D. A. A constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 131, 1996.
- MELLO, C. A. B. Poder Constituinte. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Ed., 1996.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 6. ed. ver. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOREIRA NETO, D. F. Crise política, ingovernabilidade e revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, 1991.
- _____. *Revista dos Tribunais*. v. 20, 1997.
- _____. *Revista dos Tribunais*. v. 22, 1997.
- ROMANO, S. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: RT, 1977.
- RUSCHEL, R. R. O poder constituinte e a revolução. *Revista dos Tribunais*, n. 2, 1993.
- SALDANHA, N. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.
- VANOSSI, J. R. Uma visão atualizada do poder constituinte. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.