PODER CONSTITUINTE

VITOR NUNES LEAL

SUMÁRIO: 1. *Alcance filosófico e sociológico do tema.* — 2. *Noção jurídica formal* — 3. *Titulares do poder constituinte* — 4. *O poder constituinte da nação* — 5. *Impossibilidade doutrinária de restrições ao poder constituinte da nação* — 6. *Soberania nacional e representação* — 7. *Alguns dados históricos* — 8. *Os fatôres reais de poder, de Lassalle* — 9. *Heller* — 10. *Schmitt* — 11. *Poderes do órgão constituinte do ponto de vista sociológico* — 12. *As nossas três primeiras Constituintes* — 13. *A quarta Constituinte brasileira.*

1. No momento em que se instala no Brasil mais uma Assembléia Constituinte (a quarta da nossa história política), parece oportuno recordar algumas noções sôbre o poder constituinte, especialmente sôbre a possibilidade, ou não, de ser limitada a competência da referida Assembléia.

O problema, estamos convencidos, transcende do terreno do direito, porque se insere, de um lado, no campo da filosofia (jurídica e política) e, de outro, na esfera da sociologia. Não é, contudo, estranho às investigações dos estudiosos do direito, porque está situado naquela espécie de terra de ninguém, onde o disputam vários ramos do conhecimento, inclusive o direito, dependendo do conceito que se forme da extensão de cada um dos compartimentos do saber.

Como a tarefa da Assembléia Constituinte é elaborar a constituição, e como a constituição é o texto básico do direito positivo de cada Estado, o problema penetra, como é intuitivo, na velha polêmica sôbre as relações entre o Estado e o Direito. As pretensões dêste comentário são, entretanto, muito mais modestas.

2. Dizer que o poder constituinte é o poder de elaborar a constituição é esclarecer quase nada. Restaria identificar o seu titular e indagar como se manifesta êsse poder, e como atua. Restaria ainda esclarecer que é a constituição.

A teoria jurídica nos ensina que o poder constituinte é o mais alto poder do Estado. É êle que define a organização estatal, as competências e o modo de funcionamento dos seus órgãos principais, e as relações entre o poder público e os particulares. O poder constituinte é, pois, a expressão mais alta da soberania.

Nesta qualidade, é o poder constituinte, por sua natureza, ilimitado. Confundindo-se com a soberania, não se reparte, não se aliena, nem prescreve. O seu exercício, por isso mesmo, não o esgota. Por exemplo: promulgada a constituição, continua a existir o poder constituinte. Está acima das próprias constituições, que são emanações dêle.

Assim nos ensina a doutrina jurídica na sua expressão mais formal.

3. Do que foi dito, entretanto, nos fica apenas uma noção abstrata de poder constituinte. Esta noção só se torna mais inteligível quando se individua o titular do poder constituinte. E esta é questão fundamental, porque é da individuação do titular do poder constituinte que resultam as conseqüências práticas apreciáveis. Pouca importância teria proclamar a suma eminência do poder constituinte, desde que êle possa pertencer a A, B ou C, e não conheçamos o mecanismo pelo qual seja A, B ou C que, em dado momento histórico, o exerça.

Nesta altura, porém, o que temos é uma questão filosófica ou sociológica, conforme o critério pelo qual se procure resolver o problema.

O poder constituinte já foi investido na pessoa do monarca absoluto, tendo-se em vista a sua expressão dinástica. A Igreja já o disputou, proclamando a subordinação dos príncipes ao representante de Deus na Terra. Finalmente, erigiu-se o povo, ou a nação, em titular do poder constituinte.

Quem quer que estude, porém, a argumentação que fundamenta qualquer das três teses verá que as soluções são de natureza filosófica, seja do plano racional, seja do religioso. Veja-se a polêmica, que durou séculos, entre o Papado e a Realeza. Vejam-se Rousseau e Hobbes. Percorra-se a história das doutrinas políticas. [1]

4. Como não pretendemos empenhar-nos na disputa filosófica, basta-nos constatar que desde há muito predomina o princípio da soberania da nação, ou do povo. A nação é, pois, na filosofia política dominante, o titular do poder constituinte. "Sieyès formulou a teoria do *pouvoir constituant* da nação. Êle designou acertadamente como um ato da Revolução o que já propusera em seus

1 DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, §§ 51 ss.

começos, a distinção entre poder constituinte e constituído. Apesar do grande influxo operado pelo modêlo americano, o ano de 1789 significa o comêço dêste novo princípio político... Segundo esta nova doutrina, a *Nação* é o sujeito do poder constituinte". [2]

A formulação ampla e clara da doutrina data daí. Por isso, é a Revolução Francesa o marco decisivo dessa etapa política.

Esmein contesta que a distinção entre o poder constituinte e o poder legislativo, como afirmava Sieyès, fôsse devida aos franceses e representasse uma das primeiras conquistas da Revolução: "É preciso não esquecer... que a idéia sôbre a qual ela repousa é mais antiga e que ela recebeu suas primeiras aplicações positivas na América do Norte. As primeiras constituições das colônias inglêsas emancipadas foram redigidas sôbre êsse tipo e também a Constituição federal de 1787-1789". [3] Nota, ainda, o mesmo autor, que "o *Instrument* of Government de Cromwell é o protótipo da Constituição dos Estados Unidos", porque foi "a primeira constituição escrita, nacional e limitativa que apareceu no mundo" (dezembro de 1653), e estabeleceu expressamente que seriam "nulas as leis contrárias às suas disposições" [4].

Sem dúvida o precedente americano é muito expressivo, mas não apresenta a nítida formulação teórica da soberania do povo *contra a soberania do rei*. Quanto a Cromwell, cumpre lembrar, de um lado, o seu misticismo, que filiava o poder político a Deus e não ao povo, e, de outro lado, sua vinculação ao princípio dinástico, revelada na indicação que fêz, do próprio filho para suceder-lhe.

Que as bases da teoria eram mais remotas, não se pode contestar, [5] bastando lembrar, para não ir além, os monarcômacos e os contratualistas (mesmo Hobbes, cuja grande originalidade foi dar um fundamento naturalista e não teológico ao poder), mas é na Revolução Francesa que o poder constituinte da nação, em contraposição ao do rei, e a natureza inalienável da soberania, encontram sua formulação mais precisa e desenvolvida e as condições sociais do seu pleno florescimento.

Ainda é êste o princípio político dominante em nossos dias, ao menos na civilização ocidental. O próprio nazismo, erigindo o

---

2 CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, trad. esp. de FRANCISCO AYALA, Madri, 1934, pág. 90.

3 ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8.ª ed., rev. por HENRY NÉZARD, tomo I, Paris, 1927, pág. 613.

4 *Op. cit.*, pág. 616.

5 Cfr. GAETANO MÔSCA, *Historia de las doctrinas políticas*, trad. esp. de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, Madri, 1941. Veja-se também o resumo que figura em DUGUIT, *op. cit.*, § 53.

Fürher em depositário do poder e fonte do direito, procurou justificar-se pela comunhão mística entre o chefe e o povo alemão, e recorreu diversas vêzes a pronunciamentos plebiscitários.[6] O fascismo italiano, de doutrina oportunista e cambiante, construiu tôda uma demagogia em tôrno da nação.[7] Nos demais regimes fascistas, ou aparentados, não se chegou a construir um novo princípio teórico que excluísse a soberania da nação, muito embora se tenha conseguido, por muitos modos, reduzir ou anular a sua eficácia prática. O comunismo, por seu lado, sustentando que a apropriação privada dos meios de produção importa obstar à livre vontade do povo e transforma o Estado em instrumento de opressão a serviço da classe capitalista, não nega teòricamente o princípio de que ao povo compete decidir do seu destino político.[8]

5. Adotado, pois, êsse princípio básico da nossa civilização, de que o povo é o titular do poder constituinte, a conclusão lógica e necessária é que o povo, no exercício do poder constituinte, não pode sofrer limitações. Na expressão de Pedro Calmon, "Constituinte de poderes restritos parece um absurdo: seria como delimitar a própria soberania, que é, de sua natureza, inconstrangível".[9] Êste é o substrato da filosofia política dominante, especialmente da que corresponde à tradição política do Brasil.

Não cabe aqui uma análise sociológica das condições sociais em que tal filosofia se criou e firmou.[10] Basta lembrar que essa ideologia se construiu a serviço de uma classe que adquirira consciência do seu papel histórico — a burguesia. Entretanto, o desenvolvimento dos princípios políticos então formulados — determinado pelas novas condições sociais — tem ampliado o conceito de cidadania (sufrágio universal, inclusive das mulheres, e voto único) e vai pondo a própria burguesia em xeque. A mesma teoria da soberania da nação vai servindo, assim, de instrumento de afirmação política das grandes massas, e não mais apenas da burguesia, —

---

6 ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgues*, B. Aires, 1942, págs. 331 ss.

7 SAMPAY, *op. cit.*, págs. 287 ss. — Art. 1.º da Carta do Trabalho: "A nação italiana é um organismo que tem fins e meios de ação superiores por seu poder e duração aos dos indivíduos isolados ou associados que a compõem. E' uma unidade moral, política e econômica que, no Estado fascista, se realiza integralmente".

8 O art. 134 da Const. soviética de 1936 institui o sufrágio universal, igual, direto e secreto. A afirmação de seu art. 3.º, segundo o qual "todo o poder... pertence aos trabalhadores da cidade e do campo", há de ser entendida dentro do ponto de vista de que a sociedade soviética se compõe sòmente "de duas classes amigas: a dos operários e a dos componeses" (STALIN, *Cuestiones del leninismo*, Moscou, 1941, pág. 613).

9 *Curso de direito público*, 2.ª ed., Rio, 1942, pág. 242.

10 Vejam-se FRANCISCO AYALA, *El problema del liberalismo*, México, 1941; R. H. S. CROSSMAN, *Biografia del Estado moderno*, trad. esp. de J. A. FERNÁNDEZ DE CASTRO, México, 1941. Veja-se também a literatura marxista.

processo que evidentemente não se tem realizado sem atritos e comoções.[11]

Não seria possível, portanto, criar limitações ao exercício do poder constituinte do povo, sob pena de contradição, senão formulando outro princípio, em virtude do qual se transferisse o poder constituinte a outro titular. Como não há, modernamente, pelo menos na civilização ocidental, condições objetivas para essa mudança do titular do poder político, as doutrinas políticas têm procurado chegar a conseqüências práticas diversas através de conceitos vários da *representação* do povo, ou seja, do modo pelo qual o povo possa manifestar-se. Daí a projeção do Fürher, como encarnando, êle mesmo, diretamente, o espírito do povo germânico. Daí a criação do partido único, baseado num conceito artificial de unidade da nação. Daí o recurso aos plebiscitos (que seriam teòricamente o processo genuíno de manifestação da vontade po povo), sobretudo aos plebiscitos *a posteriori*, para legitimar fatos consumados.

6. Observou Carl Schmitt que, na teoria democrática da soberania da nação, não há forma precisamente definida pela qual o povo exerça o seu poder constituinte: "O povo manifesta o seu poder constituinte mediante qualquer expressão recognoscível de sua imediata vontade de conjunto dirigida para uma decisão sôbre o modo e a forma de existência da unidade política" (*op. cit.*, p. 96). Chega, assim, a admitir como emanação de poder constituinte as próprias manifestações tácitas do povo: "Desta maneira, pode adjudicar-se às mais diferentes constituições o caráter da legitimidade democrática, enquanto se baseiem no Poder constituinte do povo, presente sempre, *mesmo quando só atua tàcitamente*" (p. 105). Vai o mesmo autor ao ponto de afirmar que a idéia de representação é anti-democrática: "O democràticamente conseqüente teria sido deixar que o povo mesmo decidisse, pois a vontade constituinte do povo não pode ser representada sem que a democracia se transforme em uma aristocracia" (p. 92). "A forma política da aristocracia se distingue da democracia em que, por contraste com sua identidade imediata, se baseia em uma representação; mas, por outro lado, evita uma representação tão absoluta e absorvente como a representação mediante um único homem, a Monarquia; também priva de sua conseqüência extrema o personalismo a que tende uma representação, pois já não é uma pessoa única quem representa. Assim, a aristocracia pode aparecer como um têrmo médio e moderado entre dois extremos" (p. 252). "É muito inexato tratar à democracia representativa como uma subes-

11 Cfr. HAROLD J. LASKI, *El Estado en la teoría y en la práctica*, trad. esp. de VICENTE HERRERO, Madri, 1936.

pécie da democracia... O representativo é precisamente o *não*-democrático nessa "Democracia". Na medida em que o Parlamento é uma *representação* da unidade política, encontra-se em contraposição com democracia" (p. 253).

Com tais pressupostos doutrinários, não é realmente de admirar que o grande tratadista da constituição viesse mais tarde a ser um ardoroso defensor do nazismo. A verdade, porém, é que as formas de aclamação e plebiscito (que seriam genuínas expressões da vontade popular) se têm revelado, na maioria dos casos, modos imperfeitíssimos de manifestação das preferências do povo, sobretudo quando, através da abolição das formas representativas de govêrno e da supressão das liberdades públicas que isso implica, desaparecem as condições de formação honesta da opinião pública. Principalmente quando se trata de plebiscito *post factum*, seria ingênuo supor que, nas questões graves, pudesse a manifestação plebiscitária negativa repor as coisas no estado anterior. Além disso, não estando a massa do povo em condições de deliberar por si todos os negócios do Estado, é evidente que, de qualquer forma, o uso de plebiscitos e aclamações importa legitimar a ação daqueles que, incumbindo-se do trato cotidiano da coisa pública, na realidade se proclamam *representantes* do povo.

A razão está, evidentemente, com os que deduzem o princípio representativo do princípio da soberania do povo, embora as dificuldades lógicas e teóricas (algumas intransponíveis) que o problema suscita. *"La nation, en qui reside la souveraineté, étant, non pas une personne réelle, mais une collectivité d'individus, ne peut avoir par elle-même de volonté. L'equivalent de cette volonté, indispensable pour l'exercice de la souveraineté, ne peut se trouver que dans les volontés concordantes d'un certain nombre d'individus pris dans le corps de la nation"*. [12] Se o povo, por sua composição e pelas contingências da sua distribuição geográfica, não pode exercer diretamente os seus poderes, há que encontrar *um meio prático*, através do qual, na maior medida possível, se possa apurar a vontade do povo, garantindo-se, também na medida do possível, a livre e honesta formação dessa vontade. E até hoje os meios mais hábeis à consecução dêsse resultado têm sido as liberdades públicas e a eleição de representantes. (Não cabe aqui discutir os vários sistemas eleitorais, nem os fatôres que, na democracia capitalista, viciam o exercício das liberdades públicas e, conseqüentemente, o processo representativo).

É fora de dúvida que o poder constituinte do povo se manifesta, não raras vêzes, de modo inorgânico. As revoluções triun-

12 ESMEIN, *op. cit.*, págs. 328/9.

fantes, de origem e sentido popular, são a prova. Por isso, é de certo modo verdadeira a afirmação de Carl Schmitt, ao dizer que "o poder constituinte não está vinculado a formas jurídicas e processos, quando atua...; está "sempre em estado de natureza" (*op. cit.*, p. 91).

7. O problema de saber se pode ou não ser limitado o exercício do poder constituinte comporta soluções diferentes, conforme o ponto de vista em que nos coloquemos. Dentro do princípio dominante da soberania do povo, já o notamos, a resposta tem de ser negativa. Mas a questão escapa do plano puramente doutrinário. Resolve-se no plano histórico, no qual é inútil contrapor as doutrinas aos fatos.

Entram em jôgo, para resolver a controvérsia, as fôrças políticas então vigentes. O exemplo clássico da Revolução Francesa, onde o Terceiro Estado, exorbitando dos objetivos da convocação real, se erigiu em Assembléia Nacional com poderes constituintes, é o mais expressivo. Até então dominava na França o princípio da soberania do rei: *"L'Etat c'est moi"*, na frase famosa de Luís XIV. O poder constituinte pertencia ao monarca absoluto. O que doutrinàriamente não poderia ser limitada era, por conseguinte, o poder do rei. Alterada, porém, a relação das fôrças políticas presentes (processo que evidentemente não foi demorado), negou-se o poder constituinte do rei e erigiu-se o novo princípio do poder constituinte da nação, que passou, assim, a possuir a autoridade ilimitada.

Êste é o exemplo mais importante, porque aí se mudou o titular da soberania, afirmando-se no domínio teórico a preponderância das fôrças sociais que, amadurecidas, irrompiam na história.[13]

Já no caso da Assembléia francesa que elaborou as leis constitucionais de 1875, exorbitando da convocação, que era limitada à aprovação do tratado de paz com a Alemanha,[14] o exemplo é menos expressivo. Estava já em pleno vigor o princípio do poder constituinte da nação. A doutrina corrente podia, pois, prestigiar a exorbitância da assembléia, que emergia do povo, embora o mandato constituinte não lhe tivesse sido expressamente outorgado.[14]

As soluções históricas dos conflitos entre o poder convocante e as assembléias representativas não têm sido sempre favoráveis a estas, o que demonstra que tudo depende da correlação das fôrças políticas em jôgo.

---

13 A revolução soviética terá, sob certos aspectos, alcance histórico equivalente (Cfr. LASKI, *Reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, B. Aires, 1944).

14 Cfr. JOSEPH BERTHÉLEMY e PAUL DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, ed. de 1933, Paris, Introd., cap. I.

O parlamento convocado por Cromwell em setembro de 1654, havendo entrado a discutir a legitimidade da investidura do Lord Protetor, foi advertido por êle, logo no início dos trabalhos, com fundamento nos limites de competência fixados no ato de convocação: "Como vejo que se faz pouco caso da autoridade que vos convocou, e que é desprezada, eu vos informo que, enquanto não tiver recebido garantias das reservas inscritas na ordem de convocação, a entrada do parlamento vos será vedada".[15] Trezentos dos quatrocentos e sessenta deputados deram tais garantias, mas não tardaram a recomeçar as discussões sôbre a questão constitucional. Cromwell apenas deixou que se expirasse o prazo de cinco meses, fixado na carta do protetorado para a duração mínima do parlamento, e dissolveu-o em têrmos grosseiros: "Já que posso me desinteressar de vós e de vossos atos, penso ter o direito de vos dizer que ignoro o que tendes feito. Não sei se estáveis mortos ou vivos. Durante todo êsse tempo não ouvi falar de vós uma única vez..." (*op. cit.*, p. 205).

O segundo parlamento do protetorado também foi dissolvido por estar discutindo a legitimidade da investidura de Cromwell. O longo parlamento também havia sido dissolvido por Cromwell, na sua peculiar grosseria de linguagem (op. cit., p. 191), embora em tal ocasião não pudesse êle invocar as limitações do ato de convocação, porque esta emanara de Carlos I. Mas o caso é expressivo, porque com êsse mesmo parlamento as duas soluções tiveram lugar. No conflito com Carlos I, venceu o parlamento, que, dispondo de exército mais poderoso e organizado, destronou e executou o monarca. No conflito com Cromwell, como era a êste que o exército obedecia, perdeu o parlamento.

8. Não é preciso estar repisando muitos fatos para demonstrar essa verdade intuitiva de que, em questões tão fundamentais, as doutrinas desempenham papel secundário, quando as fôrças políticas dominantes têm interêsses opostos.

A conseqüência dessa verificação é que o órgão constituinte, quando elabora a constituição, não age como um ente racional, desvinculado da realidade social, reproduzindo no papel quanta fantasia lhe apresente a imaginação. O trabalho do órgão constituinte, se há de ser duradouro, tem de respeitar as condições sociais objetivas em que se realiza. A afirmação doutrinária de que o poder constituinte é soberano e, conseqüentemente, tudo pode, é desmentida pela observação sociológica. Do ponto de vista sociológico, o poder não é um princípio, uma norma. É um *fato*, que se

15 JOHN DRINKWATER, *La vie de Cromwell*, trad. franc. de ROGER GAUCHERON, Paris, 1929, pág. 203.

produz no meio social, condicionado, portanto, a todos os fatos sociais de que resulta. Não passava de ingenuidade a pretensão que teve Romagnosi de elaborar um projeto de constituição para todos os países. Segundo informa Marnoco e Sousa, [16] o referido projeto, ao dizer que "o govêrno é republicano, nacional e representativo", fazia a seguinte observação: "aqui ponha-se o nome da nação, como, por exemplo França, Itália, Inglaterra"...

Lassalle, na sua famosa conferência de 1862, imaginava um grande incêndio que destruísse todos os textos do direito germânico, ficando o país na contingência de estruturar do nada suas novas bases jurídicas. Como se tratava de fazer tudo novo, podia-se pensar, por exemplo, em suprimir a monarquia. Mas o rei responderia: "Poderão estar destruídas as leis, mas a *realidade* é que o Exército me obedece, que obedece a minhas ordens; a *realidade* é que os comandantes dos arsenais e dos quartéis trazem à rua os canhões quando eu mando, e, apoiado neste poder efetivo, nos canhões e nas baionetas, não tolerarei que me assineis outra posição ou outras prerrogativas senão as que eu queira". E rematava o conferencista: "Como vêem os senhores, um rei a quem o exército e os canhões obedecem... é um fragmento de Constituição". [17] Repetiu idêntica análise com relação à "nobreza influente e bem relacionada com o rei e sua côrte"; à grande burguesia, que não poderia voltar a produzir sob o sistema medieval dos grêmios; aos banqueiros, de cujo financiamento o govêrno dependia; à pequena burguesia e à classe operária, que prefeririam morrer lutando a suportar certas condições de vida. Cada uma dessas fôrças sociais representava, pois um pedaço de constituição, do mesmo modo que a "consciência coletiva e a cultura geral do país" também representavam, "dentro de certos limites", outro pedaço de constituição (ps. 60 a 65).

E concluía Lassalle: "Eis aí, pois, senhores, o que é, em essência, a Constituição de um país: a soma dos *fatôres reais de poder* vigentes nesse país... Êsses fatôres *reais* do poder são captados e estendidos numa fôlha de papel, dá-se-lhes expressão *escrita,* e a partir dêste momento, incorporados a um papel, já não são simples fatôres *reais* de poder, transformam-se em *direito,* em instituições *jurídicas,* e quem atente contra êles atenta contra a lei e será castigado... É claro que não se escreve, lisa e ingênuamente: o Senhor Borsig, industrial, é um fragmento de Constituição; o Senhor Mendelssohn, banqueiro, é outro pedaço de Constituição, e

16 *Direito Político,* Coimbra, 1910, pág. 356.

17 FERNANDO LASSALLE, *Que es una constitución?*, trad. de W. ROCES, Madri, 1931, págs. 59/60.

assim sucessivamente; não, a coisa se exprime de um modo *muito mais elegante*, muito mais fino" (ps. 65/6).

Um autor moderno, Kralyevitch, depois de observar que Lassalle "não esgotou tôdas as fôrças sociais que influem na constituição", dada a natureza do trabalho em que expôs suas idéias, lembra que não são sòmente as "fôrças de um Estado", digamos *internas*, que desempenham aquêle papel, mas também a posição do Estado "em face de outros", ou sejam, as fôrças que operam de fora para dentro.[18] Está na consciência de todos a influência que o prestígio internacional da Itália fascista e da Alemanha nazista exercia dentro de outros países (mesmo abstraindo do auxílio direto que se verificou na revolução espanhola). E é dos nossos dias a influência que o prestígio internacional da U.R.S.S. exerce no desenvolvimento das idéias socialistas no seio de outros povos. O exemplo da Revolução Francesa tem, neste capítulo, um interêsse enorme. Não é, porém, nosso propósito desenvolver êste aspecto do tema.

9. Hermann Heller estuda, de maneira muito aguda, o papel das relações sociais e dos sistemas de valores na estruturação jurídica dos Estados. Limitar-nos-emos a indicações ligeiras e necessàriamente incompletas, pois tomaria muito espaço detalhar o pensamento denso e complexo do sociólogo.

Afirma êle que aquelas relações reais de poder, a que aludia Lassalle, estão em movimento constante e mudam a cada momento... Tôda organização humana perdura enquanto renasce constantemente".[19] Daí a existência de uma realidade *potencial*, ao lado da realidade *atual*. A potencialidade consiste na "probabilidade relativamente previsível de que uma cooperação dos membros (da organização humana) se reproduza de modo semelhante no futuro" (*ibidem*). Esta possibilidade assenta, de um lado, em "mera normalidade de fato" (o que ordinàriamente acontece, porque acontece) e, de outro lado, em uma "normalidade *normada*... no mesmo sentido" (o que ordinàriamente acontece em virtude de lhe estar ligado um julgamento positivo de valor, seja em conseqüência de mero hábito, seja por efeito de normas autônomas e conscientes) (p. 278). Por sua vez, essa *normação* (valoração) da conduta pode ser jurídica ou extra-jurídica, segundo dispõe, ou não, de uma sanção organizada pelo direito.

Temos, assim, que a realidade potencial se baseia tanto no que ordinàriamente acontece (normalidade) como no que ordinà-

18 NOVITZA KRALYEVITCH, *La portée théorique du glissement du droit vers la sociologie*, Paris, 1939, págs. 305/7.

19 HERMANN HELLER, *Teoria del Estado*, trad. esp. de LUIS TOBIO, México, 1942, pág. 277.

riamente *deve* acontecer em virtude de certos julgamentos positivos de valor (normatividade). Já se vê que dentre o que ordinàriamente acontece há uma parte valorada negativamente e que, portanto, *não deve* acontecer (por exemplo, o crime). A normatividade — sancionada pelo costume, pela moral, pelo direito — opera, pois, no sentido de modificar a realidade atual, fazendo desaparecer ou diminuir aquela parte da normalidade que está negativamente valorada. Visto que a normatividade faz parte da *realidade potencial,* assim se explica como a realidade potencial reage contra a *realidade atual,* para modificá-la. A normatividade funciona, portanto, e também, como criadora de normalidade (ps. 279 e 280).

Daí não se segue, porém, que seja possível a elaboração de normas arbitrárias, que pudessem, por si, criar uma normalidade nova, inteiramente desvinculada da anterior ou atual. Os próprios juízos de valor que reagem contra a realidade atual são, de certo modo e dentro de certa medida, produtos dessa mesma realidade atual, constituindo aquela potencialidade em virtude da qual as relações reais de poder, referidas por Lassalle, constantemente se renovam.

10. Carl Schmitt, apesar de dar grande relêvo à *vontade* na sua doutrina do Estado, acaba por se reportar, em outros têrmos, àqueles fatôres reais de poder a que aludia o próprio Lassalle. Assim é que, para Schmitt, a vontade só opera de forma constituinte, quando disponha de *fôrça* ou *autoridade,* sendo êstes dois últimos conceitos distintos um do outro, muito embora o autor, pelo menos na obra em que nos baseamos, tenha deixado de desenvolver a distinção examinada. Diz êle: *"Poder constituinte é a vontade política cuja fôrça ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sôbre o modo e a forma da própria existência política,* determinando, assim, a existência da unidade política como um todo" (*op. cit.*, p. 86). Aquela fôrça, ou aquela autoridade (*potestas* e *autoritas*), sem uma das quais o poder constituinte não atua (ponto de vista sociológico), podem traduzir-se nos mesmos fatôres reais de poder mencionados por Lassalle.

11. Parece desnecessário insistir em que o órgão constituinte, que doutrinàriamente age sem qualquer restrição, sociològicamente procede de outro modo, preso que está às relações de poder, atuais e potenciais, existentes na sociedade e no momento dados, sendo êle próprio, em certa medida, produto dessas relações de poder. Em certa medida — dissemos —, porque pode ocorrer que o órgão investido da função constituinte não traduza, na sua composição, as relações de poder do organismo social, dando lugar a

choques e atritos entre aquêle órgão e as fôrças sociais que nêle não estejam representadas na altura da sua importância.

Não é demais lembrar que a predominância de determinadas fôrças sociais não leva, necessàriamente, na sua vitória, um julgamento positivo de valor. O mecanismo descrito é o que opera no plano dos fatos e não do domínio dos valores. Assim acontece, porque acontece, e não porque, no julgamento melhor, devesse acontecer. É evidente, contudo, que os próprios sistemas de valores vigentes em determinado agrupamento nacional também atuam como fôrças sociais. Já Lassalle destacava o fato, quando aludia à "consciência coletiva" como um dos fragmentos da constituição.

Por conseguinte, qualquer conflito entre o órgão constituinte e outras fôrças sociais que nêle não encontrem ressonância proporcionada à sua importância, resolvem-se afinal no plano dos fatos, com o predomínio das fôrças mais poderosas. O papel das doutrinas, no caso, varia na medida em que elas próprias traduzam fôrças sociais. Isso não impede — é claro — que, em nome da doutrina que cada um julgue melhor, se possa condenar a solução que na realidade tiver prevalecido. Por exemplo: em nome da doutrina democrática, que está na base da consciência política da nossa civilização, condenaremos qualquer solução que faça predominar a fôrça material contra a fôrça da opinião pública, traduzida em eleições que consideremos livres e honestas.

12. Em nossa história política, o único exemplo de conflito sério dêsse tipo foi o da luta entre D. Pedro e a nossa primeira Assembléia Constituinte, em 1823. Agenor de Roure[20] descreve minudentemente as relações da Assembléia com o Imperador, que acabou por dissolvê-la, invocando, no manifesto de 16-11-1823, entre outros motivos, ameaças à sua "imperial pessoa", desacato à sua "augusta pessoa", "por todos os modos que a calúnia e a malignidade podiam sugerir", bem como o propósito, manifestado na Assembléia, de *"restringir em demasia as atribuições que competem pela essência dos governos representativos ao Chefe do Poder Executivo"*. 21

Na segunda Constituinte (primeira da República), instalada a 15 de novembro de 1890, os debates iniciais sôbre os poderes do Govêrno Provisório não chegaram a provocar uma crise com o Executivo; foi aprovada, por grande maioria, uma proposta nestes têrmos: a Assembléia *"resolve apelar* para o govêrno atual, a fim de que, por seu patriotismo, se mantenha na direção dos negócios pú-

---

20 *Formação constitucional do Brasil*, Rio, 1914.

21 Texto do manifesto em AGENOR DE ROURE, *op. cit.*, pág. 297.

blicos, aguardando a Constituição que deve ser votada e a organização do govêrno definitivo".[22]

Na forma da convocação,[23] os senadores e deputados eleitos reuniram-se em assembléia única e, depois de findos os seus trabalhos de elaboração constitucional e de eleito o Presidente da República, dividiram-se em Câmara e Senado (art. 1.º das Disp. Trans. da Const.). O conflito — embora presente, mas contido, na eleição presidencial, que fôra feita pela Assembléia — explodiu mais tarde entre o já Congresso (não mais constituinte) e o Presidente eleito, Marechal Deodoro da Fonseca, e culminou com a dissolução inconstitucional das câmaras e a renúncia do Chefe do Executivo.

Carlos Maximiliano assim descreve os fatos: [24] "Se no primeiro encontro, talvez por amor à ordem, não ousaram bater Deodoro em pessoa, derrotaram-no, todavia, parcialmente: o seu candidato a Vice-Presidente, o Ministro da Marinha Eduardo Wandenkolk, foi vencido pelo homem para o qual os descontentes principiavam a volver olhares esperançosos, Marechal Floriano Peixoto.... Gruparam-se em tôrno dêle os adversários de Deodoro. Travou-se a luta entre êste e o Congresso, acirrada ainda mais quando o Generalíssimo rompeu com o seu ministério, composto de republicanos prestigiosos, e chamou outro em que predominavam os seus correligionários de outrora, do antigo Partido Conservador. Timbrava o Poder Legislativo em aprovar acintosos projetos, que o Presidente *vetava*. Foi causa determinante do último atrito a lei reguladora da responsabilidade presidencial, votada adrede para processar e destituir o Presidente das suas funções civis. O soldado perdeu a calma e dissolveu o Congresso, golpeando audazmente o código fundamental do país (3 de novembro). Estalou a revolução, a 8 de novembro no Rio Grande do Sul, a 23 na baía do Rio de Janeiro. O Contra-Almirante Custódio de Melo, à frente da esquadra, de fogos acesos, intimou Deodoro a deixar o poder, sob pena de ser bombardeada a cidade. Magnânimo e valente, caiu em si

---

22 AGENOR DE ROURE, *A Constituinte Republicana*, Rio, 1920, vol. I, pág. 10.

23 Decreto 78-B, de 21-12-1889: "No dia 15 de setembro de 1890 se celebrará em tôda a República a eleição geral para a Assembléia Constituinte, a qual compor-se-á de uma só câmara, cujos membros serão eleitos por escrutínio de lista em cada um dos Estados" (art. 1.º).

Decreto 510, de 22-6-1890: "E' convocado para 15 de novembro do corrente ano o primeiro Congresso Nacional dos representantes do povo brasileiro, procedendo-se à sua eleição aos 15 de setembro próximo vindouro" (art. 1.º). "Êste Congresso trará poderes especiais do eleitorado para julgar a Constituição, que neste ato se publica, e será o primeiro objeto de suas deliberações" (art. 2.º). "A Constituição ora publicada, vigorará desde já ùnicamente no tocante à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à sua eleição e à função, que são chamadas a exercer, de aprovar a dita Constituição, e proceder em seguida na conformidade de suas disposições" (art. 3.º).

24 *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.ª ed., pág. 93.

o Generalíssimo, preferiu resgatar o próprio êrro com a generosidade da renúncia, transmitiu o govêrno ao Vice-Presidente, Marechal Floriano Peixoto".

A terceira Constituinte, instalada em 1933, foi convocada com certas limitações. Segundo o Decreto n.º 22.621, de 5 de abril de 1933, teria ela "poderes para estudar e votar a nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, *devendo tratar exclusivamente de assuntos que digam respeito à respectiva elaboração, à aprovação dos atos do Govêrno Provisório e à eleição do Presidente da República — feito o que se dissolverá*" (art. 2.º). O Govêrno Provisório chegou mesmo a promulgar diretamente o seu regimento interno, que foi aprovado pelo citado decreto.

As violações aos dispositivos decretados pelo Govêrno, cometidas pela Assembléia, não chegaram a produzir conflito entre esta e o Executivo. Razão que podia ensejar um atrito sério eram as disposições constitucionais, que se votavam, restringindo consideràvelmente os poderes do Presidente. Mas, não só o assunto cabia na tarefa constituinte, como ainda o então Chefe do Govêrno se desinteressara da obra da Assembléia, afirmando, em particular, que seria talvez o primeiro revisionista da Constituição, segundo o testemunho de um amigo, recolhido por um dos biógrafos do Senhor Getulio Vargas.[25] (O golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 confirmou a confidência...).

A aprovação de novo regimento interno da Assembléia não chegou a provocar qualquer embaraço, sobretudo porque foi adotado quase integralmente o que fôra decretado pelo Govêrno. E a principal conseqüência das alterações introduzidas era ampliar o prazo dos trabalhos constituintes, o que de modo algum podia molestar o Chefe do Govêrno, depositário de poderes legislativos amplos até que a Constituição fôsse promulgada.

A aprovação, logo na abertura dos trabalhos, da moção Medeiros Neto, ratificando os poderes do Chefe do Govêrno Provisório, embora envolvesse, como envolveu, discussão sôbre competência, também não provocou choque. Primeiramente, porque aquêles que combatiam a moção argumentavam que a Assembléia fôra convocada para elaborar a Constituição e não lhe competia ratificar, ou não, a investidura e as atribuições do Chefe do Govêrno. Em segundo lugar, porque a moção foi aprovada, não se afetando, portanto, a competência legislativa e executiva de que o Govêrno Provisório dispunha. Aliás, informa o Sr. Levi Carneiro,[26] então deputado constituinte, que o Sr. Getúlio Vargas não

25 PAUL FRISCHAUER, *Presidente Vargas*, 2.ª ed., Rio, 1944, págs. 314/5.

26 LEVI CARNEIRO, *Pela nova Constituição*, Rio, 1936, pág. 3, nota.

deu qualquer resposta a essa moção. O seu silêncio bem podia significar que êle não quisesse legitimar a interpretação que tornava seus poderes dependentes de ratificação por parte da Assembléia.

A proposta do deputado Fábio Sodré de se promulgar uma constituição provisória — e que poderia ter dado origem a um desentendimento talvez grave entre o Executivo e a Assembléia — não foi avante. Outra proposta, esta prestigiada pelo *leader* da maioria e por diversos *leaders* de bancadas situacionistas, no sentido de se eleger o Presidente da República *antes* de promulgada a Constituição, também importava alteração da ordem dos trabalhos estabelecida pelo decreto governamental, mas não foi aprovada. Se o tivesse sido, não poderia desagradar ao Chefe de Estado, que era o candidato apoiado pela grande maioria da Assembléia.

A questão mais discutida foi, já no final dos trabalhos, a proposta de transformação da Assembléia Constituinte em Câmara dos Deputados, para servir na primeira legislatura (mais quatro anos). O decreto do Govêrno Provisório determinava expressamente que a Assembléia se dissolvesse uma vez realizadas as tarefas para que fôra convocada. Havia, pois, violação flagrante daquela disposição. A proposta não vingou na sua forma original, mas em parte: a Assembléia foi transformada em Câmara dos Deputados, exercendo cumulativamente as funções do Senado, até que ambos êsses órgãos se organizassem, ficando desde logo marcadas novas eleições para noventa dias após a promulgação da Constituição (arts. 2.º e 3.º das Disp. Trans.). De qualquer modo, violou-se o decreto governamental. Mas isso em nada afetaria o Chefe do Govêrno Provisório, cujos atos do período discricionário haviam sido aprovados em globo (art. 18 das Disp. Trans.), e cuja eleição para Presidente da República, por parte da própria Assembléia, estava definitivamente garantida.

13. Chegamos agora à quarta Constituinte, cuja história recente, no que interessa a êste comentário, vamos ràpidamente sumariar.

Em 28 de fevereiro de 1945, foi promulgada a Lei Constitucional n.º 9, que, a par de diversas alterações na Constituição de 10 de novembro, convocou eleições para Presidente da República e para o Parlamento (Câmara dos Deputados e Conselho Federal). *Na primeira legislatura*, em virtude de alteração feita pelo mesmo texto no art. 174 da Constituição, o Parlamento a ser eleito poderia emendar, modificar, ou reformar a Constituição, mesmo com a oposição do Chefe de Estado, *desde que o projeto contasse com o voto de dois terços dos membros das duas casas*. (Para as demais

legislaturas, se viesse a prevalecer o citado art. 174, o processo de reforma constitucional obedeceria a outros trâmites, cuja explicação aqui não interessa).

No prosseguimento da campanha eleitoral, sobretudo devido à palavra de ordem do Partido Comunista, que pleiteava uma Constituinte, suscitou-se a questão de saber se o Parlamento a ser eleito em 2 de dezembro de 1945 teria função constituinte. Em outras palavras, a questão consistia em saber se o processo estabelecido no art. 174, emendado, da Const. de 1937, teria de ser obedecido pelo Parlamento para reformar ou substituir aquela Constituição.

A interpretação literal da Carta de 10 de novembro, reformada em fevereiro de 1945, evidentemente impunha ao Parlamento a obediência aos trâmites e à maioria qualificada nêle estabelecidos. Mas a questão transcendeu da simples interpretação dos textos e passou a envolver o problema fundamental da soberania da nação, chamada a eleger representantes num momento em que a situação constitucional do país apresentava uma singularidade: não se havia realizado o plebiscito previsto pela própria Constituição outorgada, de 1937, para sua legitimação pelo povo, em quem o seu art. 1.º reconhecia o titular do poder político. As peças fundamentais da polêmica então travada foram uma moção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados,[27] o parecer e a réplica do prof. Sampaio Dória, então Ministro do Tribunal Superior Eleitoral;[28] o parecer do prof. Hahnemann Guimarães, Procurador junto àquele tribunal;[29] o debate da questão entre os membros daquela Côrte;[30] e uma entrevista do prof. João Mangabeira.[31]

O Tribunal Superior Eleitoral, decidindo as consultas que nesse sentido lhe haviam sido formuladas, concluiu, contra o voto de um de seus ilustres juízes e o parecer do Procurador, que o Parlamento teria funções constituintes, independentemente das limitações do art. 174 da Constituição, emendado pela Lei Const. n.º 9; seria conveniente, entretanto, para evitar controvérsia, que o Govêrno, em texto legal expresso, confirmasse aquela interpretação.

---

27 *Diário Carioca*, de 19-9-1945.

28 Parecer: *Jornal do Comércio*; réplica: *Correio da Manhã* de 3-10-1945.

29 *Jornal do Comércio* de 30-9-1945.

30 *Correio da Manhã*, de 3-10-1945.

31 *Diário Carioca* de 30-9-1945, 2.ª seção. Em sua entrevista, o prof. JOÃO MANGABEIRA sustenta inclusive a tese desenvolvida por CARL SCHMITT de que o poder de *fazer a constituição* é qualitativamente diverso do poder de *emendar ou reformar* a Constituição.

O Govêrno não tratou do assunto em novo texto jurídico, até que os acontecimentos de 29 de outubro empossaram na chefia do Estado o Presidente do Supremo Tribunal Federal, que levou o prof. Sampaio Dória para a pasta da Justiça. A tese por êste defendida no Tribunal Superior Eleitoral não tardou a ser convertida na Lei Constitucional n.º 13, de 12-11-1945, que, além de mudar o nome do futuro Conselho Federal para Senado Federal (restabelecendo a designação tradicional da nossa câmara alta), dispôs: "Os representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, para votar, *com poderes ilimitados*, a Constituição do Brasil... Promulgada a Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal passarão a funcionar como Poder Legislativo ordinário".

Mais tarde, pela Lei Constitucional n.º 15, de 26 do mesmo mês de novembro, foi estabelecido:

1.º) que, a despeito dos *poderes ilimitados* do Congresso Nacional na sua função constituinte, estava ressalvada a legitimidade da eleição do Presidente da República, que se iria realizar, por sufrágio direto, conjuntamente com a dos deputados e senadores;

2.º) que o período presidencial do Presidente eleito a 2 de dezembro e a duração da legislatura eleita na mesma data serão os que forem estabelecidos na Constituição para os futuros presidentes e legislaturas;

3.º) que, enquanto não fôr promulgada a nova Constituição, o Presidente eleito terá os poderes de legislatura ordinária e de administração que couberem à União.

Evidentemente, essas duas leis constitucionais, sobretudo a segunda, impõem restrições à soberania da Assembléia Constituinte. E' de prever-se que nenhum atrito haverá entre o Presidente eleito e a Assembléia, devido à composição partidária desta. Entretanto, se houver, a sua solução, dentro da lógica da doutrina da soberania da nação, deverá ser favorável à Assembléia. Mas, na realidade, para usarmos as palavras do prof. Francisco Campos, quando interpelado em 1937 sôbre a possibilidade de um julgamento plebiscitário desfavorável à Constituição outorgada a 10 de novembro, 32 — *"isto é do domínio dos acontecimentos e da história"*.

---

32 *O Estado Nacional*, 3.ª ed., 1941, pág. 103.