

PODER CONSTITUINTE DO ESTADO-MEMBRO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Promotor de Justiça em Sergipe e Professor de Direito
Constitucional na Universidade Federal de Sergipe

“En toda nación libre, y toda nación debe ser libre, no hay sino una manera de terminar con las diferencias que se produzcan con respecto a la Constitución. No es a notables a quien hay que recurrir: es a la nación misma. Si carecemos de Constitución, hay que hacer una; solo la nación tiene derecho a ello.” EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS (1788)

PRIMEIRA PARTE — NOÇÕES GERAIS

I — ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA DOCTRINA DO PODER CONSTITUINTE

1. Considerações Gerais

A idéia de agrupar-se, sob a égide de leis fundamentais, com o intuito maior de organizar a vida social e política, remonta à Antigüidade, onde já podemos verificar a existência dessas leis, como bem afirma Carlos Sanchez Viamont.¹ Podemos observar este fato na Grécia Antiga, notadamente nas leis de Licurgo, em Esparta e nas de Drácon e Sólon, em Atenas.

As referidas leis funcionavam como verdadeiras “Constituições”, tendo, inclusive, hierarquia institucional.²

A noção de que existe essa diferença entre as leis que estruturam a organização do governo e as demais, ou seja, aquelas criadas pelos órgãos do governo, podemos encontrar no pensamento do filósofo grego Aristóteles, na sua obra intitulada *Política*. Assim, já na Antigüidade se vê esbo-

1. *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1957, pp. 33 e ss. Ver nesse sentido Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Poder Constituinte do Estado-membro*, São Paulo, Ed. RT, 1979, pp. 6-9.

2. O Prof. Celso Bastos contesta essa afirmação, pois crê que isto só ocorreu a partir do século XVIII, na América do Norte e na Europa Continental, como resultado do movimento constitucionalista (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 10).

çada a existência de leis constitucionais, contrapondo-se às não-constitucionais, hoje chamadas de leis ordinárias.³

No período medieval, iremos encontrar situação equivalente, vez que chegaram a existir certas normas consideradas superiores às demais. Todavia, a idéia de que estas normas, ditas superiores, seriam elaboradas por um poder especial ainda não tinha surgido.

O que é importante frisar, e forçoso admitir, é que, mesmo reconhecendo-se a existência das leis constitucionais e não-constitucionais e fazendo-se distinção entre elas, essas diferenças diziam respeito ao conteúdo e não à forma de elaboração.

Apesar de todas essas considerações, tendo em vista o cenário que a história nos forneceu, é de bom alvitre advertir, como o faz o mestre Paulo Bonavides,⁴ que o Poder Constituinte e a sua teoria são coisas distintas. Poder Constituinte sempre houve, “porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização”. Porém, mesmo sendo ele, como menciona Carré de Malberg, o problema capital do direito público,⁵ o que nem sempre houve foi uma teoria desse poder, cuja oposição se remonta aos fins do século XVIII.

A doutrina do Poder Constituinte vai aparecer com a eclosão das grandes revoluções, que deram nascimento ao Estado Constitucional moderno (Revolução Inglesa — 1688; Revolução Americana — 1776 e Revolução Francesa — 1789).⁶

2. O pensamento político-jurídico de SIEYÈS

A elucubração geral da Teoria do Poder Constituinte nasceu na Europa (1788), com Emmanuel J. Sieyès, pensador e revolucionário francês, ligada à idéia de constituição escrita.

Alguns meses antes da eclosão da Revolução Francesa, Sieyès, Abade de Chartres, publicou um opúsculo intitulado *Qu'est-ce que le tiers État?* que funcionou como um verdadeiro manifesto da dita Revolução Francesa, assim como o manifesto de Marx, para a Revolução Russa.

O autor em questão consubstancia em sua obra as reivindicações do Terceiro Estado, ou seja, do povo.

O texto de Sieyès tem uma grande importância, pois “contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo”.⁷

Passemos então para a análise dos principais pontos da sua obra.

Na França absolutista, a sociedade era dividida em estamentos, a saber: Clero, Nobreza e Povo. O Clero representava o Primeiro Estado; a Nobreza, o Segundo e, por fim, o Povo, o Terceiro Estado.

3. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado*, São Paulo, ed. da USP, 1974, pp. 1-10.

4. *Direito Constitucional*, Rio, Forense, 1980, p. 135.

5. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, t. 2.º, Paris, Sirey, 1922, p. 483.

6. Conferir Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoria Constitucional*, v. I, Buenos Aires, ed. Depalma, 1975, pp. 6 e ss.

7. Afirmação de Francisco Ayala na introdução do *¿Que es el Tercer Estado?* de Sieyès, que traduziu.

Partindo das reivindicações do Terceiro Estado (burguesia), Sieyès fundamenta as suas considerações, identificando aquilo que ele chamava de Nação com o Terceiro Estado.⁸ Manifestava o seu repúdio às classes privilegiadas, afirmando que o Terceiro Estado suportava todos os trabalhos, e não tinha, ao revés, o direito de uma autêntica representatividade na Assembléia francesa, conhecida por “Estados Gerais”.⁹

Durante todo o desenvolver do primeiro capítulo da obra já citada, o abade de Chartres demonstra que o Primeiro e o Segundo Estados (classes privilegiadas) constituíam um verdadeiro corpo estranho à nação, pois nada faziam, e poderiam ser supressos, sem nenhuma perda para a nação. Em virtude disso, e tendo em mente ser o Terceiro Estado uma nação completa, reivindica para a classe burguesa o que lhe seria justo: que os representantes do Terceiro Estado não fossem escolhidos senão entre os cidadãos que verdadeiramente pertençam a ele; que seus deputados fossem em número igual ao das duas ordens privilegiadas, e que os Estados Gerais votem por cabeça e não por ordem.

Depois de todas essas constatações, consubstanciadas nos caps. I, II e III do famoso escrito, Sieyès procura fundamentar juridicamente as suas afirmações, desenvolvendo, desta maneira, a doutrina do Poder Constituinte, especialmente no cap. V do “Que é o Terceiro Estado?”.

Parte ele da forma representativa de governo para chegar à célebre distinção entre o *Pouvoir Constituant* (potestas constituens) e os *Pouvoirs Constitués* (potestas constituta). Este é o ponto, reputado pelos doutrinadores em geral, como de maior originalidade no pensamento de Sieyès, apesar de alguns acharem que esta distinção já estava implícita em Locke e, tacitamente, consagrada nos Estados Unidos da América.¹⁰ Para explicar o problema da representatividade, de suma importância em se tratando de Poder Constituinte, analisa a formação das sociedades políticas, dividindo em três etapas distintas: na primeira época, concebe-se um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados, diz ele, que querem reunir-se. Por este fato já formam uma nação. Esta primeira época está caracterizada pelo jogo das vontades individuais. A segunda época está caracterizada pela ação da vontade comum. Os associados, continua Sieyès, querem dar consistência a sua união. Faz falta uma vontade comum. Sem a unidade de vontade não se chegaria a formar um todo capaz de querer e de atuar. É a origem do que ele chama de um governo exercido por procuração. Finalmente, a terceira época: aqui não é mais a vontade comum real a que opera e, sim, uma vontade representativa.

8. Sieyès, ¿Que es el Tercer Estado?, Madri, Aguilar, 1973. Nesse sentido afirma que a Nação é um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. “O Terceiro abraça, pois, tudo o que pertence à nação; e tudo o que não é o Terceiro não pode ser visto como da nação. O que é o Terceiro? Tudo”, pp. 13-15.

9. Sieyès, ob. cit., p. 24: “El Tercer Estado no ha tenido hasta ahora verdaderos representantes en los Estados Generales. Así, sus derechos políticos son nulos”, p. 26: “La verdadera intención del Tercer Estado es la de tener en los Estados Generales una influencia igual a la de los privilegiados”, p. 58: “Las leyes, que deberían al menos, estar libres de parcialidad se muestran ellas también, cómplices de los privilegiados”.

10. Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, v. I, Rio, Forense, 1977, p. 240.

Por conseguinte, “a criação de um corpo de representantes necessita de uma Constituição, na qual sejam definidos os seus órgãos, as suas formas, as funções que lhe são destinadas e os meios para exercê-los.”¹¹

Havendo necessidade de se ter uma constituição, surge o Poder Constituinte, com a finalidade de elaborá-la. Segundo Sieyès, o “Poder Constituinte pode tudo”. Ele é ilimitado,¹² inicial e incondicionado.¹³ A nação é que exerce este poder. É o maior e o mais importante, diz ele. A nação precede o poder constituinte e é quem o titulariza. “A nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e por cima dela só existe o Direito Natural”.¹⁴

Afirmando que a nação se forma pelo direito natural, e que o governo só pode pertencer ao direito positivo, chega à constatação de que a Constituição não é obra do poder constituído e, sim, do poder constituinte (mais uma vez aparece a distinção).¹⁵

Por fim, diríamos, acompanhando o pensamento de Vanossi, que “as idéias de Sieyès não se desprendem nunca da dualidade e separação entre sociedade e Estado, o que vale como carta de apresentação para introduzir-se no liberalismo político, em companhia de uma concepção racional e normativista, que, não obstante a ilimitação apontada do poder constituinte, freariam seus impulsos ante o *a priori* ideológico e filosófico da liberdade do homem e a consequente impossibilidade de que o aparato do Estado abrange mais do que certos aspectos da atividade da sociedade.”¹⁶

Para concluir resumiremos o pensamento de Sieyès em dois pontos: do ponto de vista político, trata de defender os direitos da burguesia, identificando-o com a nação, frente ao Estado, isto é, frente às classes sociais privilegiadas; e do ponto de vista teórico, a importância da obra de Sieyès se volta a toda a forma representativa de governo e à doutrina do poder constituinte do povo. Neste particular, retrata também a organização do controle de constitucionalidade das leis.

Como bem afirmou Celso Bastos, o pensamento de Sieyès desenvolveu-se aprioristicamente nos moldes do racionalismo e do Direito Natural.

Essas foram as considerações que reputamos importantes para o estudo do Poder Constituinte e que, sem as quais, dificultaria sobremaneira o entendimento da matéria.

II — PODER CONSTITUINTE — CONCEITO E ESPÉCIES

Ao nos defrontarmos diante do estudo do Poder Constituinte, iremos notar que o mesmo não se estende somente ao poder de elaborar uma

11. Celso Bastos, ob. cit., p. 13 e na edição de 1989, p. 21.

12. Essa afirmação deve ser entendida em caráter relativo, pois a crença no Direito Natural é o único freio que se reconhece no pensamento de Sieyès à onipotência da vontade nacional (Francisco Ayala).

13. Ver nesse sentido as lições de Georges Burdeau, in *Traité de Science Politique*, t. IV.

14. Sieyès, ob. cit., p. 75.

15. Sieyès, ob. cit., pp. 76-78.

16. Ob. cit., p. 24.

Constituição, *Lex Maxima* de uma determinada organização política. Discute-se, porém, a amplitude do conceito de Poder Constituinte.

Dizer que o Poder Constituinte é o poder de criar, no sentido de estabelecer uma organização fundamental, modificá-la ou complementá-la, é uma afirmação que não encontra apoio unânime na doutrina.

Essa visão ampliativa, dada ao conceito do Poder Constituinte, é combatida por mestres como Carl Schmitt, Heller, Recaséns Siches, Carl Friedrich, Barthélemy e Duez.¹⁷ Pretendem eles que a essência do Poder Constituinte está na capacidade de formação originária do direito, ou seja, de elaborar a Constituição. O Poder Constituinte, então, é entendido de uma maneira restritiva. No extremo oposto desse pensamento, encontramos aqueles que, além de admitirem como verdadeiro Poder Constituinte o poder de elaborar uma Constituição, reconhecem também a sua manifestação no momento de revisar ou complementar o referido Texto Maior. Apresentam essa corrente os não menos ilustres Walter Dodd, Hans Kelsen, Maurice Hauriou, Rui Barbosa, além de outros. É a corrente mais aceita e a procuramos perflhar.

Tendo em vista a forma de intervenção do Poder Constituinte, a doutrina procura dividi-lo¹⁸ em dois tipos: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Instituído.

1. Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário, ou funcional como quer Vanossi, é o considerado pela doutrina como o genuíno Poder Constituinte. É essencialmente político e não se prende a limites formais alguns.

Notamos a sua manifestação quando da edição de uma nova Constituição, substituindo uma anterior, ou ainda, quando da organização de um novo Estado.¹⁹

Sábias são as palavras do Prof. Celso Bastos, ao dizer que o “Poder Constituinte originário sempre cria uma ordem jurídica, ou a partir do nada, no caso de surgimento da primeira Constituição, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de uma nova ordem”.

17. Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, 1946, p. 138, citado por Pinto Ferreira, in *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, Rio, t. I, 1951. Ver nesse sentido as lições de Pinto Ferreira, ob. cit.

18. É importante frisar que o Poder Constituinte não se biparte, no sentido de fracionamento. Ele permanece “latente” à espera do momento de atuação.

19. Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 20; Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, LGDJ, 1980, p. 85: “Le pouvoir constituant est le pouvoir createur de l’Etat; c’est lui qui incorpore une idée de droit dans un appareil de voies et moyens susceptible d’en procurer le réalisation”. No mesmo sentido in *Traité...*, pp. 181 e 182: “C’est la puissance créatrice de l’ordre juridique puisqu’il en fixe les principes et en établit les instruments. Il se trouve ainsi placé au point d’intersection entre la politique et le droit, entre la turbulence des forces sociales et la sérénité des procédures, entre l’apparent désordre révolutionnaire et l’ordre des régimes sûrs d’eux mêmes”.

Enfim, essas são algumas noções fundamentais do Poder Constituinte Originário, que será tratado, com mais vagar, na segunda parte deste trabalho.

2. Poder Constituinte Instituído

Espécie do gênero Poder Constituinte, o Poder Constituinte instituído ou constituído, derivado ou de segundo grau, intervém com o intuito de modificar a Constituição, ou para complementá-la. Neste sentido, só se pode falar de Poder Constituinte de revisão constitucional (ou reformador), nos países que adotarem, nos seus ordenamentos jurídicos, uma Constituição de estrutura rígida, isto é, uma Constituição escrita com previsão de sua reforma nos moldes estabelecidos, diferentemente do processo legislativo ordinário.

Temos, então, como modalidade do Poder Constituinte instituído, o Poder Reformador ou de Revisão Constitucional. Além desta, encontraremos outra modalidade que é, exatamente, o chamado Poder Constituinte decorrente, alvo desta monografia.

2.1 Poder de Revisão Constitucional

Sendo o “documento político” de maior importância e fundamento de validade para as demais normas jurídicas supervenientes, a Constituição jamais pode pretender-se eterna. Por estas razões, mister se faz que, quando necessário, em virtude da dinamicidade do direito e da sociedade, haja uma adaptação da Carta Magna às realidades subjacentes. É neste momento que intervém e se manifesta o Poder Constituinte de revisão constitucional, cuja finalidade é tão-somente modificar o Texto Maior. Nas palavras lúcidas de Nelson de Sousa Sampaio, é o chamado Poder Reformador.

Pelas razões acima aduzidas, “nas Constituições flexíveis o Poder Constituinte de revisão não é visível ou identificável. De fato, na Constituição flexível não há possibilidade de se identificar quando ou que órgão porá em prática um processo especial de reforma constitucional, exatamente porque esse tipo de Constituição se caracteriza por ser modificável pelo Poder Legislativo ordinário, da mesma forma pela qual são elaboradas as leis ordinárias”.²⁰

2.2 Poder Constituinte Decorrente

A outra modalidade, já citada, do Poder Constituinte instituído é o Poder Constituinte decorrente.

Sempre por previsão expressa da Constituição, essa espécie de Poder Constituinte vai aparecer nos Estados que adotarem uma estrutura federativa, ou seja, esposarem o princípio da descentralização política, dando às suas unidades federadas a possibilidade de autoconstituição.

Tem, dessa maneira, um caráter de complementariedade, porém sempre nos moldes e respeitando os princípios consagrados na Constituição Federal.

20. Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, ob. cit., pp. 17 e 18.

SEGUNDA PARTE — O PODER CONSTITUINTE

I — PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Como já tivemos oportunidade de dizer, o Poder Constituinte originário é um poder supremo, dotado de soberania e com capacidade de decisão em última instância.²¹ Com fulcro nesse pensamento inicial, passaremos a analisar alguns tópicos relacionados com o tema e necessários para uma real e verdadeira inteligência do Poder Constituinte.

1. Natureza

Com o advento da teorização do abade Sieyès a respeito do Poder Constituinte, fundamentando o mesmo num pretenso Direito Natural, o problema da natureza deste Poder não comportava maiores dúvidas, e a doutrina era pacífica nas suas considerações. Essa era a teoria tradicional.

Todavia, no século passado, uma doutrina surge, tentando pôr em xeque as conclusões da doutrina tradicional, relacionada com a natureza do Poder Constituinte. Era a dos Positivistas Jurídicos. Alegam estes, no nosso modo de ver com muito acerto, que, sendo o Poder Constituinte anterior ao direito posto e admitindo-se a positividade como a única maneira de ser do direito, não pode, desta forma, ser um poder jurídico, como querem os Jusnaturalistas. O Poder Constituinte é um poder de fato, pois decorre de uma força social estranha ao direito. Sua natureza é, pois, metajurídica.

Contraopondo-se a essas alegações, vêm os jusnaturalistas que afirmam ser o Poder Constituinte originário decorrente do Direito Natural (liberdade humana de autodeterminação), anterior ao direito posto. É um poder jurídico. Sua natureza é jurídica.

Na doutrina de Carl Schmitt, o Poder Constituinte é vontade política, e uma Constituição não se apóia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade, como querem os jusnaturalistas.²² O jurista alemão afirma ser o Poder Constituinte um poder jurídico, pois, no seu pensamento, não há separação entre o político e o jurídico. Por isso é que, para ele, a Constituição deve ser entendida como um ato de vontade.

Diferentemente do decisionismo Schmittiano é a posição de Hans Kelsen. Este, ao identificar norma e direito, não vê nenhuma correlação entre os mundos do dever — ser (direito) e do ser (realidade). Logo, pelo seu pensamento, não é possível justificar a validade da Constituição por meio de um ser político.²³

21. Cf. Pinto Ferreira, *Princípios...*, ob. cit., pp. 92-95.

22. *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1966, pp. 93 e 94: "Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política", p. 94: "De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal — constitucional". El poder constituyente es voluntad política".

23. Cf. Celso Bastos, ob. cit., p. 26 (ed. de 1989).

Para Kelsen, a obrigatoriedade da ordem jurídica deriva de um pressuposto lógico — transcendental (que se chama de Norma Hipotética Fundamental). Esse pressuposto é a base do ordenamento jurídico, mas não pertence ao mesmo.

Por fim, na esteira do pensamento de Carré de Malberg, concluímos esse item, dizendo que a natureza do Poder Constituinte vai estar na dependência da corrente filosófica seguida.

Conforme a *doutrina positivista*, todo o direito positivo nasce com a Constituição e tira dela seu fundamento de validade. Conseqüentemente, a “Constituição não é gerada pelo direito, mas antes, é a geradora dele”. Sendo a Constituição um fato, o Poder Constituinte que a elabora é um poder de fato.

Para os *jusnaturalistas*, o direito não se restringe somente ao direito positivo. Há um direito anterior: o Direito Natural. Sendo assim, o Poder Constituinte é um poder de direito.

2. Titularidade e Exercício

Já preconizava Sieyès, no século XVIII, que a nação é quem titulariza o Poder Constituinte.

Porém, historicamente não foi sempre assim. Titular do Poder Constituinte é quem encarna, num dado momento, a idéia de direito. Conforme assevera Burdeau, o titular do Poder Constituinte pode ser o povo, ou um chefe de Estado de cuja vontade emane o ato constituinte de elaborar uma Constituição.

Hodiernamente, não se pode negar a afirmação democrática de que o titular do Poder Constituinte é sempre o povo. A maioria dos regimes políticos da atualidade se fundam na proclamação do princípio democrático, mesmo que, no exercício do ato de criação do ordenamento jurídico, utilizem e professem a prática do sistema autocrítica.

Como podemos observar, a titularidade e o exercício do Poder Constituinte são faces distintas da mesma moeda. A doutrina, por esta razão, costuma tratá-los de uma forma separada, apesar de, no fundo, terem pontos de contato.

O que é importante ter-se em mente é que “o problema da titularidade do Poder Constituinte não é um problema do direito positivo e, nem sequer, é um problema jurídico”.²⁴ É um problema de natureza ideológica e, por isso, não pode ser tratado pela Ciência do Direito.

Feitas essas colocações, passemos à análise de algumas teorias sobre a titularidade do Poder Constituinte, com as suas diversas concepções.

Podem ser divididas em duas concepções: as concepções clássicas e as modernas. As concepções clássicas, ditas tradicionais, podem ser subdivididas em três: Teorias do Sujeito Unipessoal, Teorias do Sujeito Coletivo e Teorias do Sujeito Compartido. As primeiras, de titularidade monocrática, dizem respeito ao período teocrático (onde era reconhecido Deus

24. Vanossi, ob. cit., pp. 277-280: “Es ante toda una cuestión de premisa ideológica, de la cual se parte necesariamente para producir de allí en más una serie de definiciones que caracterizan al regimen político de que se trate”.

como fonte de todo poder) e ao período absolutista (onde o monarca absorvia em si todos os poderes normativos). Como observa Vanossi, as segundas são de sujeito despersonalizado. Englobam três etapas distintas: A etapa estamental (do Poder Constituinte, a sua titularidade reside no Terceiro Estado); a etapa intermediária (onde o titular do Poder Constituinte era a nação) e, por fim, a etapa democrática (na qual era atribuída diretamente ao povo a titularidade do Poder Constituinte). Por derradeiro, temos as Teorias do Sujeito Compartido. Aqui com uma situação um tanto ambígua, a titularidade reside no rei e no parlamento consorciados, como expressão do povo.

Essas são em linhas gerais as concepções clássicas que procuram explicar a titularidade do Poder Constituinte.

As concepções modernas giram em torno da “polarização” entre “autocracia e democracia”, ora sendo titular do Poder Constituinte o soberano, ora o povo propriamente dito.²⁵

Depois de todas essas considerações, vamos tentar colocar o tema na expressão democrática mais propícia para ele e, assim, definir o problema da seguinte maneira: o titular do Poder Constituinte originário é sempre o povo. Como “povo” é um conceito que vai depender do ordenamento jurídico de cada Estado, tomemos, p. ex., o disposto no art. 12, seus incisos e alíneas da CF do Brasil. “Povo” é o definido pela Constituição como tal.²⁶

Como foi dito anteriormente, titular nem sempre é o exercente do Poder Constituinte. Sendo o titular o povo, exercente é quem em seu nome edita a Constituição.

Analisaremos mais adiante as formas de expressão do Poder Constituinte originário.

3. Características

Percorrendo trilhos que nem sempre encontravam pacificidade nos meios doutrinários, chegamos, enfim, a um ponto em que a doutrina é unânime nas suas considerações. Trata-se dos caracteres do Poder Constituinte originário.

Quem melhor traçou os contornos destes caracteres, depois do abade Sieyès, foi o mestre Georges Burdeau no seu *Traité de Science Politique*, que, neste momento, passaremos a comentar.²⁷

O Poder Constituinte originário detém três características importantes. Ele é inicial, autônomo e incondicionado.²⁸

25. Vanossi, ob. cit., p. 280.

26. A Constituição Soviética de 1936, cujos princípios foram ratificados pela de 1977, deixa bem claro no art. 3.º que “povo” não é o conjunto dos nacionais e sim dos trabalhadores. Cf. Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado*, ob. cit., p. 36. No mesmo sentido as atuais Constituições da Iugoslávia, Moçambique e a Constituição da República Democrática Alemã, antes da unificação.

27. Ob. cit., pp. 184 e ss.: “Le pouvoir constituant est un pouvoir initial, autonome et inconditionné”.

28. Para aqueles que consideram o Poder Constituinte originário como um poder de direito, não há ilimitação. Para os que consideram poder de fato, a ilimitação é plena.

É inicial, pois não se fundamenta em poder algum de Direito. É dele que derivam os demais poderes (Poderes Constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário). Antes dele, não existe outro poder, nem de fato nem de direito.

A segunda característica é a autonomia. O Poder Constituinte Originário é autônomo, porque não se subordina a outro poder. Como diz Burdeau, "l'autonomie du pouvoir constituant est le corollaire de son caractère initial".

Finalmente, a terceira característica. É incondicionado. Não há nenhuma forma preestabelecida a ser seguida. Ele é livre para seguir os caminhos que quiser (incondicionalidade formal, jurídica).

4. Formas de Expressão

Formas de expressão do Poder Constituinte Originário nada mais são do que as maneiras como ele se manifesta no momento de elaboração da *Lex Maxima* de um determinado Estado. Como podemos observar pelas considerações anteriores, não há forma preestabelecida para que o Poder Constituinte se expresse. Daí sua característica de incondicionalidade.

Porém, mesmo não tendo forma prefixada, encontramos, na experiência constitucional, alguns tipos de procedimentos, variando de cada país e segundo o grau de maturidade política.

O exercício, então, do Poder Constituinte originário, pode seguir duas linhas de procedimentos:²⁹ Procedimentos Monarquistas e Procedimentos Democráticos. Esta é a classificação de Burdeau que teve, como critério de distinção, o detentor do Poder Constituinte.

Os Procedimentos Monarquistas podem ser divididos em dois: a outorga e o pacto. Pela *outorga*, o soberano, ele mesmo, estabelece uma Constituição, consentindo, assim, com a regulamentação do exercício de seu poder. Pelo *pacto*, não há mais uma decisão unilateral e, sim, contrato entre o povo e soberano.

Nos Procedimentos Democráticos, conclui-se que haverá sempre a necessidade de uma manifestação popular. Esta manifestação pode ser feita por diversas modalidades. Sendo, ainda, fiel ao pensamento de Burdeau, temos a *Convenção*, que é uma assembléia especialmente eleita para fazer uma Constituição; o *Referendum Constituinte* (a Constituição será elaborada por uma Assembléia, mas o seu texto só está perfeito depois da ratificação popular); e por fim o *Plebiscito*. Este último é uma variação do *Referendum*.

Estas seriam, em linhas gerais, as formas de expressão do Poder Constituinte originário, que poderiam ser resumidas em duas: a outorga e a convenção. Haverá, então, duas formas básicas de expressão do Poder Constituinte.³⁰

Quando consistir no estabelecimento de uma Constituição por declaração unilateral de vontade, será outorga. Sendo elaborada por representantes populares, reunidos com este fito específico, seria Convenção.

29. Burdeau, *Droit Constitutionnel...*, ob. cit., pp. 87-89.

30. Ferrelha Filho, *Direito Constitucional Comparado*, ob. cit., pp. 71-89.

Como vemos, em se tratando de Poder Constituinte Originário, titularidade nem sempre se confunde com exercício.

Esses seriam os comentários que reputamos necessários para o estudo em foco. Passaremos, a seguir, a tecer algumas considerações a respeito do Poder Constituinte de revisão constitucional ou reformador, para, finalmente, adentrarmos no estudo, já especificado, do tema, motivo deste trabalho: Poder Constituinte decorrente.

II — PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

1. Natureza

Como bem assinala Michel Temer, diferentemente do originário, que é poder de fato, o poder de reforma Constitucional é jurídico,³¹ pois sempre previsto em disposições constitucionais.

A natureza do Poder Constituinte reformador não comporta nenhuma dúvida, ao contrário da do Poder Constituinte originário, como já tivemos oportunidade de discorrer. É um poder, sempre, de natureza jurídica, prefixado nos moldes da Carta Magna.

Por mais fundamental que seja, uma Constituição não pode, em hipótese alguma, pretender-se ser dotada de uma imutabilidade absoluta. O Poder Constituinte reformador ou derivado visa a adaptar a Constituição às suas necessidades que, porventura, advenham.

É importante registrar que a existência de um Poder Constituinte reformador só tem sentido nos países que adotam uma Constituição de estrutura rígida, como dissemos em páginas anteriores. Uma Constituição, sendo rígida, deve prever, obrigatoriamente, um procedimento distinto de modificação das leis constitucionais, contrapondo-se ao das leis ordinárias. Esse é o seu caráter de rigidez.

A finalidade básica do Poder Constituinte de revisão constitucional é possibilitar a adaptação da Lei Maior, a modificação dos seus dispositivos, dentro da ordem jurídica existente, evitando, desta forma, uma ação revolucionária, e a conseqüente manifestação do Poder Constituinte originário.

2. Caracteres

Enquanto o Poder Constituinte originário é caracterizado por ser dotado de caracteres de iniciabilidade, autonomia e incondicionalidade, o Poder Constituinte reformador, ao revés, tem como notas caracterizadoras ser derivado, subordinado e condicionado.

É derivado, pois provém de outro, isto é, do Poder Constituinte originário. É neste que encontra a sua origem.

A outra característica encontrada é a subordinação. Não possui autonomia, pois está abaixo do originário, como preleciona Manoel Gonçalves

31. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1990, p. 36.

Ferreira Filho. Tem que obedecer às prescrições estabelecidas pela Constituição. Como consequência é condicionado.

3. Limitações

Sendo um poder derivado e dependente do Poder Constituinte originário, o seu exercício comporta limitações. Daí o seu caráter de subordinação e condicionalidade.

As limitações vão estar na dependência dos dispositivos estabelecidos pela Lei Maior. Em geral elas são de três ordens: materiais, circunstanciais e temporais.

As limitações materiais consistem em que determinadas matérias não podem passar pelo crivo do Poder Reformador.

Sob determinadas circunstâncias a Constituição não pode ser modificada. São as chamadas limitações circunstanciais.

Por fim, as limitações temporais. Há constituições que só permitem a sua revisão em determinadas épocas.

Vamos exemplificar casos de limitação, na Constituição Federal Brasileira de 1988.

O § 4.º do art. 60 da atual Constituição do Brasil proíbe que seja proposta emenda tendente a abolir a Federação (inc. I). É uma limitação material, p. ex.

A limitação circunstancial, encontramos-la no § 1.º do mesmo artigo: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de Sítio".

Além dessas limitações, há as chamadas limitações processuais, isto é, aquelas que introduzem um procedimento mais rígido e dificultoso para a reforma da Constituição. Achamos esses dispositivos na Constituição Federal Brasileira no art. 60, incisos e §§ 2.º, 3.º e 5.º.

Quanto às limitações temporais, na história constitucional brasileira, só as encontramos na Constituição Imperial de 1824.

Para concluir essa parte relativa ao Poder Constituinte Reformador, uma última palavra a respeito da titularidade e exercício dessa espécie do Poder Constituinte. Diferentemente do Poder Constituinte originário, o titular e o exercente do Poder Constituinte reformador se identificam nas pessoas dos parlamentares (Congresso Nacional).

Essas seriam as noções gerais a respeito do Poder Constituinte que reputamos necessárias para introduzir o tema em estudo. Partimos da análise, utilizando um método dedutivo, do Poder Constituinte originário, noções do Poder Constituinte reformador até atingir, neste instante, o motivo principal desta monografia, que é exatamente o Poder Constituinte do Estado-membro. Esperamos, até o momento, ter cumprido uma parte do objetivo proposto e, assim, poder ter contribuído, modestamente, para o alongamento e sedimentação de tema tão apaixonante na doutrina constitucional, qual seja, o Poder Constituinte.

TERCEIRA PARTE — PODER CONSTITUINTE DO ESTADO-MEMBRO

I — CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Toda problemática relativa ao Poder Constituinte decorrente do Estado-membro, só tem razão de ser, e somente será levantada, no momento em que estivermos diante de um Estado que adote como forma particular a Federação. Só a partir dela que é dada a possibilidade de auto-organização às suas unidades componentes. Caracteriza-se, então, por um certo grau de descentralização política, administrativa e financeira. Ocorrendo tais premissas, estaremos diante de um Estado Federal. É evidente que essas são noções primárias, não caracterizadoras, na sua essência, do Estado Federal. Todavia, não é nosso mister fazê-lo. Remetemos o leitor para os tradicionais compêndios existentes na doutrina nacional e alienígena que tratam especificamente do assunto.

O que devemos ter em mente, é que o Poder Constituinte decorrente é um problema dos Estados do tipo federal, não se cogitando naqueles consolidados em uma unidade de regime (centralizado politicamente), conhecidos sob o rótulo de Estados Unitários, nem muito menos nas Confederações de Estados, conforme observa Jorge Reinaldo Vanossi.

Na verdade, o Poder Constituinte do Estado-membro é tratado pela doutrina em geral, como uma “competência outorgada pela Constituição Federal”,³² com o intuito básico de possibilitar às unidades federadas auto-organização.

Difere desta maneira, profundamente do Poder Constituinte originário, visto que este é tratado como uma emanção da soberania (potência), enquanto aquele, sendo um poder instituído, é ponto de autonomia dos Estados-membros (competência), conferida pela Constituição Federal.

É um poder decorrente do Poder Constituinte Fundacional ou Originário. “É um poder de auto-organização estreitamente delimitado pela Constituição Federal, que, inclusive, já fixa diretamente boa parte da estrutura estadual”.³³

A delimitação aqui exposta diz respeito, exatamente, não à obediência às normas simplesmente vistas na sua literalidade e, sim, aos princípios consagrados constitucionalmente. Os Estados-membros se subordinam aos princípios, pois, como assevera Michel Temer, a obrigatoriedade de observação desses princípios tem objetivo de assegurar a unidade nacional e a uniformidade jurídica.

Trataremos desse assunto, mais particularmente, no decorrer das nossas disquisições específicas sobre o tema em estudo, que neste momento iniciamos.

II — CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

A autonomia é o elemento que mais caracteriza o Estado-membro de um Estado Federal. Etimologicamente (autós = próprio; nomos = lei),

32. Michel Temer, ob. cit., p. 83 (ed. de 1983).

33. Ferreira Filho, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 56.

autonomia significa autogoverno, isto é, governo de si próprio e de acordo com regras por si estabelecidas.³⁴ Transpondo-se esse conceito sobre a linguagem do Direito, teríamos um governo de si próprio, dentro dos limites preestabelecidos pelo Poder Soberano (Poder Constituinte originário).

Todavia, não só na capacidade de autogoverno³⁵ reside o aspecto caracterizador da autonomia do Estado-membro e, sim, também, na capacidade de auto-organização, autolegislação e capacidade de auto-administração. “A inexistência de qualquer desses elementos é suficiente para desfigurar a unidade federada como tal”.

Partindo desses pressupostos, vejamos, agora, quais os traços caracterizadores do Poder Constituinte decorrente.

Como assevera Vanossi,³⁶ os Estados-membros existem em virtude da Constituição nacional, de modo que a existência de um Poder Constituinte local ou estadual nasce e se dimensiona nas previsões e limites da Constituição geral. É a partir da Constituição nacional que os Estados-membros são considerados poderes constituídos.

Desta forma, no que diz respeito às suas características, o Poder Constituinte decorrente assemelha-se ao de revisão constitucional ou reformador (cf. item 2 do n. II da Segunda Parte).

Três são as suas características básicas. É um poder derivado, subordinado e condicionado.

Mesmo exercendo uma função constituinte, é, exatamente, nos seus caracteres que irá diferenciar-se profundamente do Poder Constituinte originário.

Vejamos, então, as características:

Sendo um poder de natureza complementar, é um poder derivado, secundário ou de segundo grau. Na verdade, como já tivemos oportunidade de afirmar, o Poder Constituinte decorrente é uma subespécie do Poder Constituinte instituído e, como tal, derivado. É derivado, pois resulta expressa ou implicitamente do Poder Constituinte originário ao organizar o Estado Federal.³⁷ Desta forma, não se cria a si próprio, porém é criado por outro poder.

A segunda característica, como conseqüência de sua derivação, é ser um poder subordinado. Subordinado ao Poder Constituinte originário.

Vejamos o que diz o texto da Constituição Soviética de 1977, no seu art. 82, *in fine*: “A república autônoma é dotada de Constituição própria conforme à Constituição da URSS...” (grifo nosso). No mesmo sentido o art. 6.º, 2, “a”, da Constituição da Suíça de 1874: “Os cantões são obrigados a pedir à Confederação a garantia das suas Constituições. Esta garantia é concedida desde que aquelas não contenham nada em contrário das disposições da Constituição Federal” (grifo nosso). Ainda na mesma linha de raciocínio, o art. 28.º, 1, da Constituição da República Federal Alemã de 1949: “A ordem Constitucional dos Estados devem confor-

34. Idem, p. 56.

35. Anna Cândida da Cunha Ferraz, ob. cit., p. 54.

36. Vanossi, ob. cit., pp. 452 em diante.

37. Ferreira Filho, *Direito...*, ob. cit., p. 180.

mar-se aos princípios do Estado de direito republicano, democrático e social no sentido da presente Lei Fundamental” (grifo nosso).

Como podemos observar pela leitura desses dispositivos, a subordinação do Poder Constituinte decorrente à obra do Poder Constituinte originário existe de uma forma bem explícita. Às vezes não tão expresso, mais, no máximo, implicitamente reconhecido nos cânones adotados pela Constituição Federal.

Em suma, o Poder Constituinte do Estado-membro é um poder subordinado, sujeito a limites impostos pelo Poder Constituinte originário.

Por fim, a última característica: O Poder Constituinte decorrente é um poder condicionado.³⁸ Esse condicionamento reside em que, no exercício desta modalidade de Poder Constituinte, deverão ser obedecidas as prescrições finais, as condições postas pelo Poder Constituinte originário. Em geral elas vêm estabelecidas na Constituição Federal.

Concluindo, diríamos que as características do Poder Constituinte reformador e as do Poder Constituinte decorrente se identificam. Podemos constatar isto, observando as características daquele (item II, n. 2, da Segunda parte) e confrontando com as deste, acima arroladas, vez que ambos são poderes instituídos.

III — NATUREZA

O problema da natureza do Poder Constituinte decorrente não comporta maiores dúvidas. Como vimos, os seus traços nos permitem concluir que o Poder Constituinte do Estado-membro é um poder jurídico, é um poder de direito.

Creio que, neste particular, não merece maiores comentários, sob pena de nos tornarmos repetitivos.

IV — ESPÉCIE

Conforme acentua Celso Bastos,³⁹ o Poder Constituinte é próprio de quem é soberano. Continuando, afirma que “a soberania é justamente essa capacidade de se fixar as próprias competências. O Poder Constituinte dos Estados é apenas autônomo, delimitado, pois, por um fator extrínseco e heterônomo: a Constituição Federal”.

Entretanto, a idéia de autonomia implica em auto-organização. Essa auto-organização tem como consequência a elaboração de uma Lei Fundamental, para estabelecer a organização interna da unidade federada. É, neste momento, que se manifesta o Poder Constituinte decorrente. Tal como o Originário, na órbita do sistema normativo estadual, iremos encontrar, no ápice da pirâmide jurídica estadual, uma Constituição fruto de manifestação de um Poder Constituinte. Nesse momento de institucionalização de uma nova ordem jurídica no âmbito do Estado-membro, estamos diante do chamado Poder Constituinte decorrente Inicial. Recebe a denominação

38. Vanossi, ob. cit., p. 459: “Esta variedad de poder constituyente (local) es mucho más limitada que el poder constituyente nacional, ya que opera en relación de subordinación al complejo normativo que constituye el “derecho federal”, al cual debe necesariamente conformarse”.

39. Ob. cit., p. 118, no mesmo sentido na edição de 1989, p. 271.

de “inicial”, pois, na verdade, vai dar início à ordem jurídica estadual. A sua obra, ou seja, a Constituição estadual, vai estar num grau de hierarquia superior às demais normas existentes e válidas para serem vigentes no espaço territorial do Estado-membro, uma vez provenientes do Legislativo estadual.

Como podemos observar, o Poder Constituinte inicial ou institucionalizador assemelha-se ao Poder Constituinte originário, visto que ambos têm como objetivo a elaboração de uma Constituição. Eles vão diferir nos traços característicos já esboçados em itens anteriores.

Na mesma medida que a Constituição Federal, a Constituição estadual deverá sofrer reformas e adaptações no decorrer dos tempos. Primeiro, por uma conseqüência lógica, isto é, a própria evolução que torna alguns dispositivos constitucionais obsoletos; e, depois, em segundo lugar, em virtude de uma modificação qualquer na Constituição Federal, a qual influencia direta ou indiretamente na Constituição estadual. Ela terá, assim, que se adaptar àquela de grau de hierarquia superior.

Teremos então um Poder Constituinte estadual de revisão normal, quando for modificada segundo os trâmites estabelecidos pela própria Constituição do Estado-membro, e, como afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz, um poder de revisão anômalo ou extraordinário. Este intervirá sempre que a Constituição Federal for reformada. Isto é, sempre que, por determinação expressa ou implícita da Constituição Federal, necessite uma convocação do Poder Constituinte estadual de revisão. Há uma verdadeira imposição Constitucional. Sendo o Poder Constituinte decorrente um poder derivado, subordinado e condicionado, não pode opor-se às determinações impostas pela Constituição Federal. Daí afirmarem alguns autores que não seria conveniente adotar a expressão “Poder Constituinte estadual” para realidades tão antagônicas.

Como vimos, duas são as espécies do Poder Constituinte decorrente: Poder Constituinte decorrente inicial e Poder Constituinte decorrente de revisão ou reformador. Analisaremos, depois, cada uma dessas espécies.

Como última palavra, segundo as magistras conclusões de Anna Cândida da Cunha Ferraz,⁴⁰ diríamos que a fonte do Poder Constituinte decorrente inicial é a Constituição Federal; o fundamento do poder de revisão normal é a Constituição estadual; e o poder de revisão extraordinário tem duplo fundamento: a Constituição Federal (fundamento primário) e a Constituição estadual (fundamento secundário).

V — TITULARIDADE

Parece-nos que, nos dias atuais, a titularidade do Poder Constituinte não comporta maiores dúvidas. Porém, isto é relativo ao Poder Constituinte originário.

No que diz respeito à titularidade do Poder Constituinte decorrente, há ainda, duas correntes fortes. Uns afirmam que a titularidade pertence ao próprio Estado-membro e outras, parece-nos, com maior acerto, reconhecem ao povo o verdadeiro titular do Poder Constituinte. Porém com-

40. Ob. cit., p. 99.

preende-se “povo” numa acepção mais restrita, isto é, o povo de cada determinada unidade federativa.

Os que dizem ser o Estado-membro o detentor da titularidade do Poder Constituinte, defendem-se, alegando os próprios dispositivos da Constituição Federal que, quase sempre, dão competência aos Estados-membros, e somente a eles para se auto-organizarem.

Porém, esquecem-se eles de que, apesar disto, as Constituições estaduais invocam sempre a soberania popular, ao introduzirem no seu texto a famosa máxima “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Como podemos notar, é um reconhecimento expresso de que o povo é o verdadeiro titular do Poder Constituinte decorrente. E, diga-se de passagem, não poderia deixar de sê-lo, uma vez que a quase unanimidade dos países federados adotam o princípio democrático como trilha a percorrerem.

É importante frisar que, quando nos referimos aos temas “soberania popular” no parágrafo anterior, não utilizamos num sentido eminentemente técnico. Esse conceito utilizado é eminentemente territorial, pois é de todos sabido que o Estado-membro não goza de soberania. Este é um atributo inerente à União Federal.

O que devemos ter em mente, quanto à titularidade do Poder Constituinte decorrente, é que, sendo o povo o detentor desta titularidade, o conceito de povo também é territorial. Vale dizer, será o povo compreendido dentro dos limites territoriais da unidade federada, por uma explicação muito simples: o Estado-membro só pode exercer a sua soberania dentro dos seus limites territoriais.

Todos esses comentários dizem respeito à titularidade do Poder Constituinte decorrente inicial.

Falamos até o momento da titularidade. Perguntar-se-ia: titular do Poder Constituinte decorrente se confunde com o seu agente, isto é, com quem vai, na realidade, fazer uso deste poder? A resposta será sempre negativa.

Diante da impossibilidade de fazê-lo, este poder é delegado a uma ou diversas pessoas que atuarão na qualidade de representantes do povo. Poderá ser o governante ou uma Assembléia eleita para este fim.

Todavia, na prática, nem sempre acontece. É de se lamentar. Em geral, as Constituições estaduais são sempre impostas. Citam-se, como exemplo, as dos Estados-membros brasileiros.⁴¹ Porém, neste momento, trazemos à consideração o pensamento de Sieyès, que assim interpretamos: o passado, passado está. Contudo, vamos fazer dos erros do passado um motivo de ânimo, para que no futuro isto não mais aconteça.

Finalizando este capítulo, constatamos que não há identidade entre o titular e o exercente do Poder Constituinte decorrente inicial. Quanto ao poder de revisão, não podemos fazer a mesma afirmativa. O titular e o exercente se confundem nas pessoas dos parlamentares estaduais (Assembléia Legislativa estadual).

41. É importante ressaltar que, no Brasil em 1891, quando passaram de províncias para Estados, foram estabelecidas Assembléias Constituintes, eleitas para este fim. O que ocorreu sempre foi um ato de outorga inicial, submetendo à Assembléia Constituinte um projeto já elaborado.

VI — PODER CONSTITUINTE DECORRENTE INICIAL

Toda vez que não existe mais Constituição no Estado-membro, isto é, quando ela não tem mais vigência, é chamado o Poder Constituinte a manifestar-se. Essa atuação é denominada de Poder Constituinte decorrente inicial, vez que inaugura a ordem jurídica no âmbito territorial e na esfera de competência legislativa do Estado-membro.

Vimos também que é um poder derivado do Poder Constituinte originário na medida em que este, estabelecendo a organização política fundamental do Estado, estabelece a forma federativa que o Estado terá, e via de consequência prevê, também, que as unidades federadas se auto-organizem.⁴²

É importante salientar que todo esse problema, relacionado ao Poder Constituinte decorrente, só tem razão de ser nos Estados que adotaram o federalismo por segregação, isto é, naqueles Estados Unitários que se transformaram em Estados Federais. A explicação é muito simples: nos países que adotaram o federalismo por agregação isto não ocorre, pois serão formados por Estados preexistentes, já organizados, inclusive com sua Constituição, que renunciarão sua soberania em prol da União-formada. O que eles deverão fazer é uma simples adaptação dos seus textos constitucionais, para não conflitarem com a Constituição Federal.

Como vemos, sendo a finalidade do Poder Constituinte decorrente inicial organizar, com autonomia, politicamente o Estado-membro, criando uma Constituição, não há necessidade do Poder Constituinte decorrente para organizar constitucionalmente Estados que já preexistiam.⁴³

Outro tópico importante, relacionado com o Poder Constituinte decorrente, são os seus efeitos.

O estabelecimento de uma nova Constituição estadual, substituindo uma anterior, implica em certos efeitos. A teoria constitucional costuma classificá-los em três, que passaremos a analisar. São eles: desconstitucionalização, recepção e repristinação.

Ocorre o fenômeno de desconstitucionalização sempre que, com o advento de uma nova Constituição, as normas tidas como constitucionais, que não contrariem essa Constituição, passem a vigorar rotuladas de simples leis ordinárias. Isto é: preceitos que vigoravam, inseridos no texto constitucional anterior, sendo, portanto, normas constitucionais de hierarquia superior às demais, seriam desconstitucionalizados, em virtude do surgimento de uma nova Constituição Estadual, e passariam a vigorar como leis ordinárias, tendo como fundamento de validade a sua Constituição.

Esse problema surge, quando a Constituição estadual não cria um dispositivo na nova Constituição para, expressamente, revogar as normas constitucionais anteriores, que não colidam com o texto seguinte.

Seria admissível a adoção desse fenômeno, ou não?

Parece-nos que não. Trazemos neste momento os lúcidos comentários do mestre Celso Bastos, ao tratar do assunto relacionado ao Poder Cons-

42. Ferreira Filho, *Direito Constitucional...*, ob. cit., pp. 177-180.

43. Idem, *ibidem*.

tituinte Originário: ⁴⁴ “A tese de desconstitucionalização não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para serem rebaixadas à categoria de leis ordinárias, *sem disposição nesse sentido*” (grifo nosso).

Aceito esse fenômeno, levar-nos-ia, fatalmente, para um verdadeiro caos institucional, pois não se saberia ao certo e ter-se-ia sempre dúvida em saber se esta ou aquela norma seria válida ou não.

Depois, é de se considerar que, se não houver disposição expressa, foi porque não quis o legislador constituinte que aquele determinado dispositivo passasse a vigorar no rol das leis ordinárias. Esse é o nosso pensamento. ⁴⁵

O outro efeito, aqui lembrado, está relacionado ao fenômeno da recepção. Este consiste no recebimento pela nova ordem jurídica fundada (advento de uma nova Constituição) da legislação anterior à Constituição que não a contrarie. Como afirma o mestre de Viena, Hans Kelsen, ⁴⁶ “essa recepção é produção de Direito”. O conteúdo destas normas permanece na verdade o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este, mas também o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, mudou. Também neste particular o pensamento do ilustre filósofo citado continua atual nas lições de nossos mestres: o fenômeno da recepção é perfeitamente admissível.

A legislação anterior à nova Constituição persiste, ou por determinação expressa ou na falta dela, desde que não seja incompatível com a Lei Maior nova do Estado-membro.

Outra consequência, de natureza jurídica, resultante do surgimento de uma nova Constituição é o fenômeno conhecido como repristinação. Consiste o mesmo em indagar-se da possibilidade de leis incompatíveis com a velha Constituição recobrem a vigência, vez que houve uma substituição por outra mais nova.

A solução para esse problema será da seguinte maneira: na omissão do texto constitucional, o fenômeno repristinatório não será possível. Só por disposição expressa. Segue esta corrente de pensamento a maioria dos doutrinadores, a exemplo de Celso Bastos, Michel Temer e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Como vimos, a doutrina constitucional aceita os fenômenos da desconstitucionalização e da repristinação, desde que por disposição expressa da nova Constituição. Se não ocorrer, se houver um silêncio constitucional, esses efeitos não poderão ocorrer, conforme já salientamos.

Quanto à recepção, é ela perfeitamente aceitável e necessária, pois “se destina a dar continuidade às relações sociais, sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária”, segundo observa, com bastante propriedade, Michel Temer.

44. *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 28, no mesmo sentido Michel Temer, ob. cit., p. 40.

45. Carl Schmitt e Carré de Malberg são partidários do fenômeno da desconstitucionalização. O primeiro o aceita, uma vez que se faz distinção entre Constituição e normas constitucionais.

46. *Teoria Pura do Direito*, v. II, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1962, p. 36.

Depois desses comentários iniciais, relacionados ao Poder Constituinte decorrente inicial e seus possíveis efeitos, passemos à análise de alguns tópicos que nos parecem importantes. Dirão respeito às formas de expressão, limites e controle do Poder Constituinte em estudo.

1. Formas de Expressão

O Poder Constituinte decorrente manifesta-se basicamente de duas formas, de dois modos de expressão característicos: Formas autocráticas e formas democráticas; a outorga e a manifestação popular.

A forma autocrática ou a forma de expressão por meio de outorga, consiste no estabelecimento da Constituição por meio de um ato unilateral por parte de quem detém, por parte de quem é o agente do Poder Constituinte. A Constituição, desta forma, é concebida integralmente para o Estado-membro cumpri-la. Às vezes, o que acontece na prática é a prefixação pelo Poder Central do agente do Poder Constituinte decorrente. A Constituição do Estado-membro é concebida autoritariamente sem, em nenhum momento, ter havido qualquer participação popular.

As formas democráticas podem ser expressadas através de uma Convenção, ou de uma Assembléia Constituinte. Em ambas, há uma verdadeira participação popular, vez que, nos dois órgãos citados, haverá representantes do povo, eleitos especificamente para este fim.

Teremos uma Convenção, quando a Constituição estadual for elaborada por representantes do povo e, após a confecção do Texto Constitucional, houver necessidade de uma ratificação popular (*referendum*).

Conforme as lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz, no seu esplêndido livro *Poder Constituinte do Estado-membro*, por diversas vezes citado nesta monografia, a convenção constituinte é uma instituição caracterizada no direito constitucional norte-americano. As Constituições das unidades federadas dos Estados Unidos da América foram, na sua maioria, confeccionadas por Convenções, eleitas para este fim, com a conseqüente ratificação popular.

No caso de ser a Constituição do Estado-membro elaborada por meio de uma Assembléia Constituinte, normalmente não há ratificação popular. Após a discussão e a deliberação por parte desse órgão, ele mesmo se encarrega de promulgar a sua obra.

É forçoso admitir que mesmo nesses procedimentos democráticos, acima citados, quase sempre, há um ato de outorga inicial, na sua base, exercitado pelo Poder Central.

Essas são as formas comuns e típicas de expressão do Poder Constituinte decorrente inicial. Há exceções como o pacto ou o acordo, de que não achamos necessário quaisquer comentários, pois, além de serem exemplos históricos, na época atual jamais ocorrerão.

Vimos que os critérios adotados para se designarem as formas de expressão do Poder Constituinte decorrente foram as mesmas que utilizamos ao nos referirmos ao Poder Constituinte originário. Fizemos, apenas, um simples transplante dos institutos.

2. Limites

Por ser denominado de Poder Constituinte de segundo grau, derivado ou decorrente de outro poder, seu exercício está condicionado a uma série de limitações.

A regra é a seguinte: tudo que não for expresso ou implicitamente vedado pela obra do Poder Constituinte originário, poderá ser disciplinado pelo Poder Constituinte decorrente, desde que seja matéria que corresponda aos poderes estaduais. Essa é a amplitude do Poder Constituinte do Estado-membro.

Na realidade, não existe nenhuma teoria que limite o exercício do Poder Constituinte decorrente. Tudo será possível, dentro de seu âmbito de autonomia, contanto que não contrarie disposição da Constituição Federal. Deverá então ser conforme à Constituição Federal.

Apesar dessas considerações, há quem classifique as limitações que sofre o Poder Constituinte decorrente em duas ordens: as limitações positivas e as negativas.⁴⁷

As limitações negativas são as vedações expressas ou implícitas que norteiam o exercício do Poder Constituinte decorrente.

As limitações positivas consistem na assimilação obrigatória, por parte do constituinte estadual, dos princípios adotados pela Constituição Federal.

Há quem faça outras classificações, porém esta nos basta, pois resume o que precisa o Poder Constituinte decorrente observar, quando da sua manifestação.

Teoricamente é muito difícil precisar essas limitações, vez que vão ser estabelecidas, caso por caso, dependendo sempre da Constituição Federal que fixará a área de atuação de "independência" do constituinte estadual.

3. Controle

Sabemos que um Estado Federal é um Estado Constitucionalmente descentralizado. Esta descentralização se manifesta na possibilidade de auto-organização das unidades federadas, componentes deste Estado.

Também sabemos que o Estado-membro, ao se organizar, sofre limitações, pois a sua auto-organização é fruto de um poder derivado, subordinado e condicionado juridicamente.

Para que essas limitações possam ser eficazes, mister se faz que haja um controle do exercício do Poder Constituinte decorrente, pois o controle da ação do Poder Constituinte do Estado-membro é da própria essência do Sistema federativo, no dizer de Cláudio Pacheco.

Esse controle pode ser externo, quando não previsto pela Constituição estadual, ou interno, caso contrário.

3.1 Controle Interno

Da mesma maneira que ocorre o controle da constitucionalidade da Constituição Federal, esta vai ocorrer na Constituição estadual, exercido

47. Cf., Anna Cândida, ob. cit., p. 134.

pelos poderes constituídos, nascidos após a manifestação do poder decorrente. É sempre previsto na própria Constituição estadual.

Há dois tipos de sistema de controle interno, visando a fulminar a constitucionalidade dos atos normativos que tenham fundamento de validade na Constituição estadual e que estejam contrariando as suas disposições. São os sistemas político e o jurisdicional.⁴⁸ As suas características assemelham-se às dos sistemas político e jurisdicional do controle de constitucionalidade da Constituição Federal, como dissemos acima.

O controle político ocorre, quando é feito por órgão distinto do Poder Judiciário. É geralmente confiado ao Poder Legislativo. Todavia cremos que não é muito eficiente, visto que é um contra-senso fulminar a constitucionalidade dos atos normativos que, na sua maioria, são elaborados por este mesmo Poder Legislativo.

O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade é aquele efetuado pelo Poder Judiciário. Pode processar-se por meio de ação própria ou *incidenter tantum*, isto é, argüido como preliminar no curso de uma ação qualquer. É o sistema mais utilizado.

3.2 Controle Externo

Basicamente, tal qual o Controle Interno, existem dois sistemas de controle externo: o político e o jurisdicional.

Este tipo de controle há para a verificação da constitucionalidade da própria Constituição estadual, ou das reformas efetuadas nessa Constituição.

O controle será político, se exercido por órgão estranho ao Poder Judiciário, e será jurisdicional, se exercido pelo próprio Poder Judiciário.

O controle político pode ser exercido pelo próprio povo, pelo Legislativo Federal ou por outro órgão qualquer, sempre de natureza federal e estranho aos quadros do Judiciário. Atua antes ou depois de elaborada a Constituição estadual.

O controle jurisdicional é o mais comumente conhecido. Embora não previsto na Constituição norte-americana, surgiu após as considerações do Juiz Marshall, no famoso caso *Marbury x Madison*, onde o citado juiz ficou num dilema, se aplicava a disposição da Constituição estadual ou da Constituição Federal. Foi depois deste caso que foi instituído o *judicial control* no direito norte-americano.

O controle jurisdicional, diversamente do controle político, só pode ser posterior à elaboração da Constituição estadual. Nunca preventivo.

Pode processar-se de dois modos: ou é privativo de um único órgão do Poder Judiciário (Sistema Concentrado) ou é atribuído a qualquer juiz ou tribunal. Este último é o sistema difuso.

Este tipo de controle externo pode ser feito por duas vias: ou por via de ação própria ou por via de exceção. No primeiro caso será apreciada a constitucionalidade em tese, com efeitos *erga omnes* e, no segundo caso, sendo argüida como preliminar; numa ação qualquer, a sua declaração de inconstitucionalidade só valerá para as partes litigantes.

48. Ver, nesse sentido, Anna Cândida, ob. cit., pp. 184-288, sobre as considerações a respeito do controle interno e externo.

Sabemos que o tema relativo ao controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos, inclusive da Constituição estadual, seria motivo para uma monografia. Referimo-nos, *en passant*, não sendo tratado com a profundidade que merecia, pois achamos que prejudicaria a visão de conjunto do nosso trabalho. Penitenciamos-nos por isso, mas gostaríamos de registrar o problema do controle, mesmo que superficialmente. Foi o que fizemos.

V — PODER CONSTITUINTE DECORRENTE DE REVISÃO

1. Noções Gerais

Como bem afirma Karl Loewenstein, mesmo que as previsões de revisão constitucional não sejam um seguro contra as mudanças revolucionárias, sempre é preferível sua acertada inclusão.⁴⁹

É evidente que o problema da revolução não se adapta aos Estados-membros, pois possibilitaria a intervenção federal. Todavia, sendo uma consideração do Poder Constituinte de revisão da Constituição Federal, podemos transplantá-la para o nosso estudo, no sentido de permitir mudanças ou adaptações a novas necessidades supervenientes do Estado Federal, quando este sofre alterações, repercutindo, por via transversa, no Estado-membro.

O Poder Constituinte decorrente de revisão estadual consiste em modificar, alterar ou complementar o texto da Constituição estadual. É um poder instituído pela própria Constituição estadual limitado pelos seus contornos.

Esta revisão constitucional, conforme assevera Anna Cândida da Cunha Ferraz, tem uma dupla finalidade: emendar a Constituição ou revisá-la que, em regra, consiste na mudança de toda a Constituição.

Sendo um poder de direito, criado pelo Poder Constituinte decorrente inicial, dentro dos limites da Constituição Federal, é tal qual este, derivado, subordinado e condicionado.

Subordina-se ao constituinte originário e à própria Constituição estadual.

Geralmente, o atributo de reformar a Constituição do Estado-membro é conferido ao Poder Legislativo ordinário. Este é o exemplo brasileiro.

2. Limites

Ao tratarmos das limitações que sofrem o Poder Constituinte decorrente reformador, teremos que analisá-las, tendo em mente um dupla limitação, a saber: as inseridas na Constituição Federal e as da própria Constituição estadual.

Esboçaremos aqui quatro tipos de limitações: formais, materiais, circunstanciais e temporais. São limitações sempre expressas.

As limitações formais são aquelas inseridas no texto constitucional, introduzindo um procedimento rígido, dificultoso, diferente do utilizado para

49. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 185.

a modificação das leis ordinárias. É processo estabelecido para as emendas à Constituição. Geralmente é utilizado um processo mais árduo, com quórum qualificado etc.

As limitações materiais consistem na proibição de se alterarem determinadas matérias da Constituição, consideradas como fundamentais. São as chamadas cláusulas pétreas. Vão variar de acordo com o conteúdo de cada Constituição estadual.

Serão circunstanciais todas aquelas limitações que tenham o objetivo de proibir a reforma do texto constitucional em determinadas circunstâncias, que poderiam, de uma forma ou de outra, coibir a livre manifestação do poder reformador.

Por fim, as limitações temporais. Estas existem visando a proibição de elaboração de reformas durante um certo tempo, determinado pela Constituição estadual.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, além desta modalidade de limitação temporal, cita outra que é, exatamente, a fixação de períodos para a ocorrência da reforma constitucional. É estabelecida, desta maneira, uma periodicidade para a modificação das Constituições dos Estados-membros. É uma exigência que, obrigatoriamente, terá que ser observada. Ainda no rol das limitações temporais, Anna Cândida da Cunha Ferraz cita outra: proibição de reforma constitucional de um mesmo artigo durante certo lapso de tempo. A proibição existe para que o Poder Constituinte decorrente de revisão não modifique o mesmo dispositivo num período de tempo muito curto. Como acentua a doutrina, possibilita esta limitação uma maior rigidez constitucional, pois exige uma maior cautela e exame, quando da modificação de qualquer artigo inserido na Constituição.

Diante de tantas limitações, o Poder Constituinte decorrente de segundo grau ou de revisão constitucional fica condicionado a só atuar conforme as regras estabelecidas que fixam o seu procedimento. Daí serem relevantes os pensamentos de alguns autores, ao questionarem se seria ou não um verdadeiro Poder Constituinte.

Passemos agora à análise do último tópico do nosso trabalho: algumas considerações a respeito do Poder Constituinte decorrente no atual Direito brasileiro.

QUARTA PARTE — PODER CONSTITUINTE DECORRENTE NO DIREITO BRASILEIRO

I — AUTO-ORGANIZAÇÃO DAS UNIDADES FEDERADAS

Sendo a Federação a forma de Estado adotada pelo Brasil, o problema do Poder Constituinte decorrente vai se manifestar, quando da auto-organização das unidades federadas.

A possibilidade de auto-organização é delegada aos Estados-membros, como consequência da autonomia que lhes é conferida pelo Poder Central, vale dizer, pela Constituição Federal.

Tal possibilidade se encontra prevista no art. 25 da *lex maxima* vigente.

Conforme a redação desse dispositivo, notamos que, sendo unidades autônomas e não soberanas, os Estados-membros, ao organizarem-se, terão que respeitar os princípios constitucionais garantidos pela União.

Vejamos o que diz o artigo referido: "Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição".

Como vemos, a Constituição Federal convoca, através desse dispositivo, o Poder Constituinte estadual para manifestar-se no sentido de estruturar politicamente a organização fundamental do Estado-membro, dentro do âmbito de autonomia conferido, e nos limites estabelecidos pela Lei Maior do País.

O Poder Constituinte estadual é, desta forma, um poder *derivado* e *subordinado* à obra do constituinte originário.

O Poder Constituinte decorrente, consoante explicitado, é poder derivado. É um poder jurídico. É o poder de auto-organizar as unidades federadas. Sendo um poder derivado não é ilimitado. É sim, ao revés, estritamente limitado pela Constituição Federal que, inclusive, fixa algumas (muitas) regras.

II — LIMITES

Analisando o texto constitucional pátrio vigente, o Prof. José Afonso da Silva, ao afirmar que "é a Constituição Federal que fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados",⁵⁰ constata a existência de dois grupos de princípios constitucionais que delimitam a atuação do legislador constituinte do Estado-membro, a saber: *princípios constitucionais sensíveis* e *princípios constitucionais estabelecidos*.

Os chamados princípios constitucionais sensíveis, como bem afirma Celso Bastos, "traduzem a própria essência da organização constitucional do Brasil". São inclusive providos de sanção, desde que violados. Há uma verdadeira imposição, por parte da Constituição Federal, aos Estados-membros, que deverão obedecê-los sem quaisquer questionamentos. Estão consagrados no art. 34, VII, da CF promulgada em 5.10.88. Entre outros, encontramos a *forma republicana*, o *sistema federativo*, o *regime democrático* e os *direitos da pessoa humana*.

A não observância de tais princípios, sendo contrariados pela Constituição estadual, possibilitará a *Intervenção da União* nos Estados-membros, exigindo o cumprimento. Cessados os motivos ensejadores da intervenção, isto é, quando o respeito aos mencionados princípios constitucionais for assegurado, perderá o sentido a intervenção, devendo a mesma ser extinta.

O segundo grupo de princípios que deverão ser observados são os princípios constitucionais estabelecidos. Estes limitam a autonomia do Estado-membro. São encontrados esparsamente no Texto Constitucional

50. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed., Ed. RT, 1990, pp. 514-519. Ver nesse sentido, as suas valiosas lições.

Federal, gerando *limitações expressas*, como também *implícitas* ao poder de auto-organização das unidades federadas.⁵¹

Exemplificando, teríamos limitações expressas ao exercício do poder constituinte decorrente consubstanciadas nos arts. 19, 37 e 150 da CF. Tais limitações, ainda na esteira do pensamento do Mestre José Afonso da Silva, poderão ser de natureza *mandatória* ou *vedatória*. A limitação de natureza mandatória, de maneira direta, determina ao Estado-membro a observância de certos princípios (art. 98 da CF). As vedatórias consistem em proibir explicitamente os Estados de adotar determinados procedimentos (art. 152 da CF).

Por último as limitações implícitas. Estas são decorrentes da distribuição das competências entre as pessoas políticas estatais. O que for conferido privativamente à União será vedado ao estado, p. ex.

Seriam estas algumas considerações que tínhamos a fazer a respeito do Poder Constituinte decorrente, no atual Direito brasileiro. Vê-se que o assunto é vasto, mas procuramos, pelo menos, suscitar os principais contornos que delimitam o campo de atuação do Poder constituinte estadual.

CONCLUSÕES GERAIS

Do estudo efetuado, chegamos às seguintes conclusões:

1. Para que haja uma distribuição de poder, é necessário pressupor-se a existência de um poder superior que pratique essa distribuição. Este poder é o *poder constituinte*.

2. Por fundar uma nova ordem de competências, o Poder Constituinte é fundamentalmente uma função (distribuição das competências supremas do Estado).

3. O *poder constituinte* é aquele que se exercita num dado momento, sem que a eficácia que dele resulta encontre fundamento no ordenamento preexistente. Há necessidade de haver um ato de ruptura, e esta ruptura se dá somente na órbita da ordem jurídica. Não é, desta forma, um poder jurídico, pois anterior ao Direito.

4. Não existem dois poderes constituintes, mas etapas do mesmo poder: nascimento e reforma da ordem jurídica.

5. O Poder Constituinte decorrente é nota característica dos Estados que adotam, na sua configuração, uma estrutura federativa. É fruto da autonomia da unidade federada.

6. Sendo um poder instituído pelo Poder Constituinte originário, já nasce limitado. É, portanto, um poder derivado, subordinado e condicionado juridicamente. Só pode atuar dentro dos limites concedidos pela Constituição Federal.

7. O Poder Constituinte decorrente tem seu corpo de atuação delimitado ao espaço territorial de cada Estado-membro da Federação. É "soberano" dentro destes limites territoriais.

8. Para garantir a Federação, é necessário que o Poder Constituinte decorrente seja submetido a controles externos (não previstos pela Cons-

51. Idem, *ibidem*.

tituição estadual) e internos. Serão preservados, desta maneira, os princípios assegurados pela Constituição Federal. O controle pode ser preventivo (sistema político) ou repressivo (sistema jurisdicional).

9. O Poder Constituinte decorrente pode ser subdividido em “institucionalizador”, o que cria a Constituição estadual, e Poder Constituinte decorrente reformador. Este último, diante das limitações impostas, não deveria ser taxado de poder constituinte.