

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ESTUDO EPISTEMOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO E DA REVOLUÇÃO:
FUNDAMENTOS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**
EPISTEMOLOGICAL STUDY OF THE CONSTITUTION AND REVOLUTION

Marco Wachowicz
Heloísa Gomes Medeiros

Resumo

O presente artigo analisa o processo de criação de uma constituição envolto no movimento revolucionário, para estabelecer as bases epistemológicas da noção do poder jurídico subjacente para uma elaboração de constituição democrática no Estado contemporâneo. A metodologia de abordagem é necessariamente transdisciplinar utilizando-se de conceitos oriundos da ciência política e sociologia para fixar o conceito de revolução e a partir deste construir todo o enquadramento teórico-conceitual das revoluções jurídicas, dos órgãos constituintes, dos governos provisórios, dos éditos revolucionários.

Palavras-chave: Constituição, Estado democrático, Revolução, Epistemologia

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims at analyzing the process of creating an entity encompassing the revolutionary movement to establish bases of discussion about the decision - making theory underlying the process of democratic constitution in the contemporary State. The methodology of transdisciplinary indexation using the concepts of political science and sociology to be part of the concept of revolution and the construction of the whole concept of theoretical theory of legal revolutions, constitutive states, provisional governments, and revolutionary edicts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Democratic state, Revolution, Epistemological

1 INTRODUÇÃO

O processo revolucionário é uma atividade complexa na qual se conjugam inexoravelmente elementos jurídicos e políticos. A pesquisa histórica desenvolvida traça um grande esboço das revoluções: norte-americana, inglesa, francesa, russa. A teoria geral do Poder Constituinte conclui-se no presente estudo que não restam dúvidas, foi concebida na história política moderna pelos meandros da teorização revolucionária.

A superação do fenômeno revolucionário com a realização de um processo constituinte – nestes parâmetros de limitação –, tende a que, promulgada uma nova Carta, desde logo se restaurem os mecanismos de transformação evolutiva do Estado (através do Poder Constituinte derivado), a fim de mantê-lo permanentemente em adequação com a realidade social.

Não será por certo este o resultado se for produto de um processo constituinte arbitrário e ilimitado, no qual predominem ideologias unilaterais como arma revolucionária de implantação do Estado.

É justamente com o Direito de auto-organização dos povos inalienável num Estado Democrático que se encontra subjacente o primado democrático no ideário de um Poder Constituinte Originário.

Não há regime democrático que se pautem pela representação da sociedade civil no governo do Estado, sem fundá-lo também no ato de criação do Estado.

O conceito de revolução, na longa história do pensamento jurídico-político, possui diversas conotações teóricas.

Para Kelsen, a revolução consiste na mudança da norma fundamental que confere validade a todas as demais; podem manter-se as instituições e o Estado, sobrevivendo a revolução, mas, por força da nova ordem fundamental.

A concepção teórica do conceito de revolução está vinculada a tentativa, acompanhada do uso de violência, para a derrubada de autoridades políticas, existentes em determinado Estado e substituí-las a fim de efetuar mudanças estruturais nas relações políticas, sociais e econômicas da sociedade, com o rompimento do ordenamento jurídico constitucional, bem como reformas nos mecanismos socioeconômicos do Estado.

É preciso ainda, a princípio distinguir o conceito de Revolução da noção de Golpe de Estado. Este configura-se apenas na substituição das autoridades políticas existentes dentro do quadro institucional, com mudanças mínimas ou inexpressíveis dos mecanismos políticos e socioeconômicos. A pesquisa histórica desenvolvida nesse estudo faz esboço das revoluções: norte-americana, inglesa, francesa, russa.

A Revolução é essencialmente um movimento popular; já o Golpe do Estado é tipicamente elitista, realizado por escasso grupo de indivíduos.

O enquadramento teórico-conceitual de revolução é detectado com precisão, em sua intensidade (força para provocar uma ruptura com a ordem pretérita) e extensão (capacidade de realizar as mudanças com apoio popular), não ocorrendo divergências da concepção de revolução jurídica.

As Revoluções jurídicas, afirma VANOSSI (1975), *“têm como característica essencial o rompimento da lógica normativa da criação regular do Direito, estabelecido por um ordenamento jurídico”*.

Tal ideário implica que a Assembléia Constituinte reunida efetivará o rompimento com a estrutura constitucional anterior e a instauração imediata de uma nova ordem jurídica, bem como uma nova organização do Poder político, por meio do Poder Constituinte Originário.

Dessa forma, tal Poder apresenta-se em situação de precedência sobre os outros poderes constituídos, ou seja, fundados pelo Poder Constituinte.

Esta distinção de fixar a oposição do Poder Constituinte Originário de todos os Poderes constituídos, é fundamental.

Sendo feita por necessidade de moldar juridicamente e lhe dar disciplina jurídico-formal intrínseca de um Poder Constituinte estabelecido do ordenamento jurídico e do Poder constituído revisor do ordenamento (Poder Constituinte Derivado). Como bem diferencia SALDANHA (1983) *“A diferença entre Poder Constituinte e poderes constituídos é uma conquista do Direito público contemporâneo; tanto assim que na Inglaterra, dominada por uma Constituição medieval, esta diferença não possui existência nítida.”*

Todavia, para relativizar os fenômenos revolucionários e os Processos Constituintes se exige um estudo ao longo do tempo, para se aperceberem as rupturas na estrutura, bem como a própria convocação constituinte.

Isso porque a história de uma revolução mostra uma série de saltos inesperados, nos quais coexistem e sucedem micro revoluções, devendo esta ser

analisada como processo e não apenas no nível dos fatos que a caracterizam num dado período. MENDONÇA (1985) esclarece que “a expressão comumente usada de Revolução pode encobrir a realidade; servindo para identificar o período, dissimula a série de revoluções que se sucedem. (...) Encarando a Revolução como processo e não como evento, depara-se com a necessidade de analisar o que sucede na sequência do evento da derrocada violenta do regime; significa verificar se de fato houve mudança social.”

O presente estudo analisa o processo de criação de uma constituição envolto no movimento revolucionário, para estabelecer as bases epistemológicas da noção do poder jurídico subjacente para uma elaboração de constituição democrática no Estado contemporâneo.

1.1 A ASESEMBLEIA CONTITUINTE ENVOLTA NUM MOVIMENTO REVOLUCIONÁRIO.

O Processo Constituinte envolto num movimento revolucionário afirma WACHOWICZ (2008) é típico das Constituições escritas, elaboradas via Assembléia Constituinte de tal forma que a concepção de unicidade e temporalidade constituinte lhe é intrínseca.

Caso que não ocorre nas organizações estatais consuetudinárias como a Inglaterra, por ser virtualmente impossível detectar em algum momento da História Britânica (seja este revolucionário ou não), a manifestação constituinte com ruptura normativa temporalizada.

DANTAS (1978) na sua monografia Poder Constituinte e Revolução, denomina o interregno revolucionário em que persiste a ruptura, mais especificamente, entre a convocação e a promulgação da nova Carta de “hiato constitucional”, no qual inexistiria a vigência de Lei Fundamental no Estado, ou no mínimo, estaria suspensa.

Contudo, é errôneo concluir que durante esse período não vigorem no Estado normas fundamentais de Direito público. Destituída a Constituição de sua força, as lideranças (ou conselhos) revolucionárias emitem atos normativos que se prestam para regular provisoriamente a situação criada.

RAMALHETE (1969) chamou-os de “*éditos revolucionários*”, considerando-os como sendo formados por uma espécie de Direito transitório. É precisamente a concepção jurídica do “*édito*” que instrumentaliza a convocação de uma

Assembléia Constituinte tratando-se de Fenômeno Revolucionário, que poderá advir tanto de seus líderes revolucionários como de um governo provisório segundo afirma também.

No que tange ao alcance jurídico do “édito revolucionário”, este restringe-se à convocação constituinte, tão somente. Para MIRANDA (1976) a assembleia Constituinte não só possui competência legislativa como não tem Poder Constituinte em relação ao período de transição.

O seu Poder Constituinte refere-se à Constituição definitiva do país e não à Constituição revolucionária. Por definição, assim como os órgãos políticos transitórios não podem interferir nas funções daqueles e não pode, portanto, alterar as leis constitucionais editadas pela Junta de Salvação Nacional e pelo Conselho de Estado para vigorarem antes da Constituição.

O processo constituinte formal vivenciado dentro da Assembleia Constituinte encontra-se fora de seu alcance.

1.2 PROCESSO REVOLUCIONÁRIO: ATIVIDADE DO ÓRGÃO CONSTITUINTE

No tocante à atividade da Assembléia Constituinte, enquanto órgão extraordinariamente eleito para elaborar uma nova Carta, encontrar-se-á, em princípio, a sua função primordial na própria elaboração do texto constitucional.

Contudo, trata-se de atividade complexa, na qual se conjugam inexoravelmente elementos jurídicos e políticos.

Não se restringe à pura e simples votação de artigos e parágrafos, um a um, ao sabor aleatório dos arranjos e arreglos de ocasião.

É pertinente à atividade constituinte a fixação de princípios fundamentais perenes, sem os quais, fatalmente, produzir-se-á uma estrutura constitucional desconexa e frágil, bem como os debates sobre normas regimentais do próprio órgão constituinte.

As atividades ditas preliminares ou de auto-organização do Órgão Constituinte referem-se à adoção de um regimento interno, nos critérios de publicidade a ser dada aos trabalhos, na divisão de matérias para debates em subcomissões, entre outras.

É relevante sublinhar que, formalmente, o regimento interno condicionará o processo constituinte ao encaminhamento de propostas, pedidos de destaques, votações, pautas, dentre outros, pois, mesmo que a problemática jurídica na discussão do regimento não esteja propriamente voltada à temática constituinte, estará na medida política.

É na feitura do regimento interno que basicamente ocorre o primeiro conflito das forças político-ideológicas sociais reproduzidas no plenário Constituinte.

É nas normas regimentais que na verdade se estabelece e se denota a correlação de forças que dominam ou dominarão politicamente o processo, pois, estão implícitos nas formalidades do regimento tanto a disputa democrática pela prevalência de idéias quanto os mecanismos “causuísticos” de evitá-la.

Evidencia-se, assim, a inexistência de “modelos-padrão” relativamente às atividades constituintes, face às especificidades político-culturais intrínsecas a cada Assembléia Constituinte.

Por questão de ordem semântica, explicitam-se as expressões: Assembléia Constituinte e Convenção.

- (i) **Assembléia Constituinte** designa o órgão colegial representativo, extraordinário e temporário investido na função de elaborar a Constituição do Estado, de pôr (em outros termos) as regras fundamentais do ordenamento.

- (ii) **A convenção** é entendida como assembléia política; possui fundamentalmente dois significados, sendo o último típico do vocabulário norte-americano, significando: Assembleia de representantes do povo reunida para criar um novo Estado e formar instituições ou para substituir ou modificar a forma de Governo existente;¹ e; Assembleia de delegados de um partido convocada para designar os candidatos a cargos eletivos, fixar programas ou preparar campanhas eleitorais.

¹ Incluir-se-iam no primeiro caso as Convenções revolucionárias e constitucionais, de que são exemplos de Convenção francesa de 1972, e a de Filadélfia. A principal diferença entre os dois tipos reside no ponto de que a Convenção constitucional é convocada de modo legalmente válido pelo Governo legítimo, ao invés da revolucionária. Mas não se pode dizer que os seus propósitos sejam qualitativamente diversos, tanto assim é que, muitas vezes, poderá ser difícil – se não, artificioso, distinguir entre ambas.

Pode-se, porém, afirmar a existência de modos de atividades que buscam – uns mais e com mais êxito que outros –, aproximar-se das noções teórico-fundamentais do processo constituinte propugnado legítimo e democrático.

Para tal concorre a realização prévia de eleição sob a égide democrática, mas que, em absoluto, resolve a problemática constituinte no desdobramento das atividades do órgão soberano na elaboração da Carta.

Outro critério pode ser esboçado analisando-se a própria consecução de atividade Constituinte.

Isto é, se a feitura do Projeto preliminar da nova Carta, a servir de base dos debates desenvolvidos em plenário, será obra externa ou interna do órgão Constituinte.

- (i) **Na primeira hipótese como obra externa**, trata-se da adoção pela Assembléia de um anteprojeto elaborado por um grupo determinado que pode tanto agir por iniciativa própria (como no projeto apresentado pelos delegados de Virgínia à Convenção de Filadélfia), como por encargo (como o projeto constitucional estruturado pelo jurista Preuss para a Assembléia Constituinte de Weimar, por encargo do governo provisório).
- (ii) **Na segunda hipótese como interna do órgão Constituinte**, de elaboração do anteprojeto pelo próprio órgão Constituinte, sistema de índole mais democrática que atualmente vem sendo seguido pela maioria dos Processos Constituintes, por refletir desde o texto preliminar as orientações e correntes políticas democráticas colhidas em plenário. Não se ignorem, nem se desconheçam as influências que podem ter as forças coletivas ou individuais, as categorias sociais, os sindicatos, os grupos de pressão em ações locais, os movimentos religiosos, em concorrência paralela à atividade Constituinte.

A atenção e sensibilidade destas possíveis – e inevitáveis na perspectiva democrática –, ordens de influência consistem no papel intrínseco à atividade constituinte afirma FRANCO SOBRINHO (1984), pois permite que o Estado, em sua estrutura e regime político, se alicerce em instituições realistas, politicamente viáveis e

constitucionalmente estáveis, possibilitando a nova Carta disciplinar correntes heterônomas de opinião comenta LEBRUN (1986).

O processo de formulação constitucional, na sua dinâmica, não dispensa – se democrático –, reflexões quanto às atividades do órgão constituinte diante das realidades nacionais, dos princípios gerais envolvidos na decisão constituinte e das concepções estruturais de Estado.

É fato que nas formulações em plenário, há sempre a possibilidade de adoção desta ou daquela orientação, predominante entre os membros da Assembléia venha esta por vez distanciar-se dos princípios gerais intencionados na decisão constituinte, e não só, como também eventualmente converta as atividades constituintes do órgão em atividades legislativas pertinentes a uma Assembléia Legislativa.

Neste particular, arrolam-se linhas argumentativas favoráveis, que sublinham o fato da competência da Constituinte em regular os órgãos do Estado que cria, nada havendo que impeça os representantes-constituintes em integrarem o primeiro corpo representativo que é o Parlamento pela conversão automática das atividades.

Há também contrárias, que apontam ser o deputado constituinte eleito para a função específica de elaborar a nova Carta e não para tornar-se membro do Parlamento.

Por outro lado, ao se buscarem soluções jurídicas para a conversibilidade ou não da atividade Constituinte, não há que colocar o problema em termos de existirem limites substanciais à atividade da Assembléia Constituinte, posto que qualquer limite substancial contrastará com o caráter soberano que reveste o órgão na sua função primordial.

A perspectiva da realização do *referendum* do texto constitucional apresenta-se com reservas. Isso porque o ato de referendar traduz-se em retirar a soberania do órgão constituinte na sua atividade e função assevera o jurista italiano MORTATI (1958).

MIRANDA (1976) com propriedade, assevera que é, em última análise, um problema eminentemente político.

Tudo dependerá da composição efetiva da Assembléia, do jogo de forças no país e das vantagens ou inconvenientes de, no mesmo ano, promover novas eleições gerais para deputados e de manter um clima de incerteza sobre as orientações do governo do país.

Importa aqui – independentemente da conversão ou não da Assembléia em órgão legislativo, extrapolando a legitimidade da intenção do pleito constituinte –

assentar primeiramente o conteúdo do preceito constitucional democrático de que “*todo o Poder emana do povo e em seu nome é exercido*”, refere-se não tanto à eleição periódica de representantes, mas ao fato de que o povo, organizado em determinado tipo de convenção constituinte, tem o Direito exclusivo de determinar os poderes do órgão do executivo, judiciário e legislativo afirma o jurista argentino ALBERCI (1988).

Contudo, o fenômeno Revolução em si não implica automaticamente a convocação constituinte que, por vezes, é postergada; e ainda se nota, atualmente, existência de processos constituintes onde a pressuposição de ruptura com a norma constitucional anterior não é regra absoluta.

Vale dizer: há processos constituintes que não implicam ruptura, até a promulgação da Carta, daí por que a importância da aproximação teórica dos fenômenos.

2. O PROCESSO CONSTITUINTE E REVOLUÇÃO

A Assembléia Constituinte é, na verdade, órgão extraordinário, enquanto no exercício da função constituinte é verificado na geração do Estado. A Assembleia Constituinte é precisamente manifestação formal do Poder Constituinte Originário.

A noção de Poder Constituinte traduz-se numa espécie de potência constituinte, de virtualidade como um poder que a cada passo, sob determinadas circunstâncias, pudesse vir a ser propriamente um Direito, o poder de criar uma constituição.

Trata-se, evidentemente, de uma noção por certo difícil de ser situada juridicamente, ou melhor, exclusivamente na esfera jurídica. Para a formação do conceito de Poder Constituinte concorreram o sociológico e o jurídico. O primeiro tem o ponto de partida no termo “Poder”. O segundo terá na idéia de constituição como obra do Poder.

O Poder Constituinte Originário é, em tese, um poder absoluto, orientado por um objetivo jurídico que o determina, delimita e delinea, que é o de criar a Constituição.

O alcance do Poder Constituinte é, por assim dizer, correspondente ao da Constituição em seus termos, isso sob uma óptica formal.

Por outro lado, também na perspectiva histórica, o Poder Constituinte encontra-se condicionado, vale dizer, ao alcance do grau de consciência cultural² e jurídica do povo e dos seus representantes.

Cabe salientar que em cada momento histórico em que ocorre a manifestação constituinte é perceptível que correntes de pensamento (filosófico-jurídicas) predominantes atuam sobre o mesmo, o que de certo modo constitui uma limitação.

Por certo não se põe a hipótese no contexto atual da criação de uma ordem jurídica que estabeleça o feudalismo, ou restabeleça a escravatura.

Quer-se com isso significar que, na proporção dos seus alcances, encontrar-se-ão as próprias limitações do Poder Constituinte.

A bem da verdade, já teorizava Emmanuel Sieyès, o Direito Natural é o limite do Poder Constituinte. Como observa VANOSSY (1975), fundamentalmente a questão dos limites encontra-se em seus alicerces basilares, em seus pressupostos teóricos.

Embora cumprindo a mesma função, as Assembléias Constituintes podem apresentar notável variedade de características particulares, especificidades que diretamente estão relacionadas ao Processo Constituinte em que são geradas.

2.1 EXPERIÊNCIA INGLESA

No que se refere à experiência inglesa, existe certa dificuldade em se caracterizar na sua formação constitucional a idéia de um Poder Constituinte, ou de um Processo Constituinte, muito embora a Inglaterra tenha vivenciado um longo período revolucionário, 1640 a 1689, caracterizado pela disputa do Poder entre a nobreza e a burguesia.

O processo de Revolução na Inglaterra, durante o século XVII, é marcado por momentos importantes: Eleição Parlamentar de 1640, Revolução Puritana (1642), Protetorado de Cromwell (1653), Revolução Gloriosa (1688) e Declaração de Direito (1689), estes resultaram essencialmente da disputa pelo Poder entre a monarquia (Rei Stuart) e o Parlamento (dominado basicamente pela burguesia). Neste sentido é

² A palavra cultura é aqui empregada no sentido de contexto cultural, isto é, conjuntos de conhecimentos predominantes, de idéias estabelecidas, de crenças admitidas, de normas aceitas, de valores e de condutas a cada tipo de cultura.

analisada a Revolução Inglesa, por ARRUDA (1977). E foi aprofundada a análise por MORTON (1986).

A historiografia da Revolução Inglesa demonstra a inexistência da convocação constituinte e a produção de uma Carta. Contudo, é forçoso admitir que, em seu processo histórico determinado, a Revolução teve e implicou inexoravelmente a idéia de ruptura e instituição de uma nova ordem político-institucional.

A expressão constituinte, para a experiência britânica aplica-se não mais a um Direito expressamente posto que resulta na produção da Constituição escrita, mas dos Direitos positivados, através de vontades identificáveis no tempo.

O Poder Constituinte visto como um Processo histórico-cultural, impossibilita a codificação e sistematização em um texto constitucional único, o que por sua vez demanda que a Constituição seja antes normas esparsas, umas estatuídas, as outras costumeiras.

O Direito para a tradição inglesa está ligado à noção de razoabilidade, àquilo que é um determinado caso justo, sobretudo algo que pratica e se constata como existente.

Dessa forma, importa menos aquilo que é determinado por uma norma estabelecida por um Poder superior produtor do Direito.

Daí dizer-se que a constituição inglesa é costumeira; é claro que no Direito Inglês e na sua constituição existem também normas estabelecidas por atos do Parlamento, mas predomina o Direito Consuetudinário.

Detecta-se na Inglaterra tendência bastante frágil para o culto do Estado como grande produtor do Direito.

Portanto, na experiência inglesa, constata-se que o fenômeno revolucionário não se condicionou nem se legitimou através da Assembléia Constituinte, tampouco produziu uma Carta Constitucional, o que torna o caso inglês um exemplo histórico que não pode ser objeto de generalização.

2.2 EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

No caso norte-americano, não obstante a origem anglo-saxônica no seu processo de desenvolvimento, assiste-se a uma revolução (1775 a 1783) que, ao final, cria as condições para que surja uma necessidade de se produzir uma organização do Poder Político, através de uma Assembléia Constituinte, e a promulgação de uma Carta.

Na Revolução Americana, rompe-se com as bases antigas que eram da Coroa Britânica e estabelece-se uma nova base, que é o acordo entre os Estados Coloniais em 1787. O Processo de Revolução nos EUA ocorreu no período de 1775 a 1783, sendo marcado por momentos importantes: a deflagração da guerra contra a Inglaterra, com a tomada do Forte Ticonderoga, em 1775.

O primeiro Congresso de Filadélfia, em setembro de 1774, que pedia a revogação de leis intoleráveis. A Constituição da Pensilvânia em 1776.

O segundo Congresso de Filadélfia, em 1775, de caráter separatista. A vitória final em Yorktown, em outubro de 1781. O reconhecimento pela Inglaterra da independência, em 1783, pelo Tratado de Versalhes: conforme análise de ARRUDA (1977).

Este tipo de acordo foi algo novo que existia na tradição inglesa, em cuja base a figura constante do Rei surge como corolário a idéia de República em oposição à monarquia.

O processo constituinte americano foi o primeiro da história constitucional. Dispunha de escassos lineamentos teóricos – apenas Locke e Montesquieu – e sem qualquer outra experiência política prévia, ou qualquer dado empírico como afirmava JELLINEK (1902). Thomas Jefferson, John Jay, James Madison e Alexander Hamilton foram capazes de criar um ordenamento constitucional que influenciaria todos os movimentos de independência que sucederiam na América. Hipotetizaram um sistema presidencial de governo, na condição igualitária *one man, one vote*; teorizaram o princípio do legislativo bicameral, do duplo grau de jurisdição e a primazia do judiciário.

O procedimento adotado para elaboração da Carta, problematizados relativamente aos moldes de constituinte, hoje entendidos como democráticos (tais como legitimidade e representatividade), são questionáveis, pois não ocorreu eleição constituinte.

A Carta foi produto de um consenso de lideranças político-revolucionárias, não existindo consulta prévia à população. Vale dizer: verifica-se na Revolução Americana a formação espontânea de uma Assembléia Constituinte.

Dessa forma, a vicissitude revolucionária conduziu à idéia de que o texto elaborado pelo Constituinte deveria ter aprovação do povo posteriormente, o que aconteceu em cada Estado³.

No transcorrer de dez meses de debates para a ratificação da Carta pelo povo norte-americano, é que se erigiu a mais importante obra produzida no processo constituinte. Em artigos publicados em jornais, assinados por HAMILTON, J. JAY, J. MADISON (1902) no livro O Federalista, transparece cristalinamente a problemática da legitimidade do Poder Constituinte que na prática conduziu à aprovação pela ratificação e ao consentimento dos governados.

A expressão constituinte para a experiência americana, dentro do contexto histórico, vê o Direito como um produto decorrente de uma revolução. Pela Carta de Filadélfia, de 1787, elaborada após a Guerra da Independência, a noção de Constituinte apresenta-se conjugada a um processo de alteração revolucionária da ordem jurídica e a instituição de uma nova ordem, que tem por início a base fática resultante de uma brusca mudança em curto espaço de tempo.

Ao se comparar o processo Americano de Revolução e elaboração da Carta Constitucional com os demais, constata-se a diferença significativa de atores políticos em conflito.

Isto porque, enquanto na Inglaterra, por exemplo, a disputa pelo Poder ocorria entre a nobreza e a burguesia especificamente, nos Estados Unidos observa-se a união dos diversos segmentos sociais a fim de obter a independência do domínio britânico.

Este fato contribuiu em grande medida para o sucesso da Revolução Americana em curto espaço de tempo.

O Processo Constituinte Americano, que se verificou, aponta para os princípios de Democracia embasada na soberania popular.

A concepção de um Poder Constituinte, capaz de elaborar uma Carta, cuja titularidade reside no próprio povo, instrumentalizou o resultado na promulgação da primeira Constituição Republicana da História do Ocidente.

³ No caso da formação de um Estado Federal por meio de união de vários Estados soberanos, surge a questão da manifestação da vontade destes últimos em aceitar a nova Carta. A prática é discordante. Em casos como nos EUA, houve ratificação sucessiva à elaboração da Carta. Entre outros casos, como o acordo entre Rússia e Ucrânia, Rússia Branca e Transcaucásia, em 1922, houve aceitação prévia à elaboração da Carta.

2.3 EXPERIÊNCIA FRANCESA

A sociedade francesa da segunda metade do século XVIII era composta de dois grupos privilegiados: o Clero, Primeiro Estado, e a Nobreza, Segundo Estado.

Estes oprimiram um terceiro grupo, constituído pela grande maioria da população, chamado de Terceiro Estado, formado pelos burgueses, camponeses sem-terra e pelos chamados *Sans-culottes* (uma camada heterogênea composta de artesãos, aprendizes e proletários).

O Clero e a Nobreza tentavam diversas manobras para conter o ímpeto reformista do Terceiro Estado. CRAYLE (1986) revela “a coisa feita era como então eles diziam: abolir a França antiga e construir uma nova, por meios pacíficos ou forçados, por concessão ou violência.”

Dada a intransigência dos Estados dominantes, o Terceiro Estado, reunindo-se em separado a 15.06.1789, proclamou a Assembléia Nacional, que a 09 de julho se transformou em Assembléia Constituinte⁴.

Tratava-se de um órgão legislativo advindo do *ancien régime*, que se auto-elevou à condição de Assembléia Constituinte, cumulando as funções legislativas anteriores e as constituintes BARRACHO (1986).

Observa-se ainda, quanto ao procedimento da Constituinte francesa, a questão do mandato dos seus membros.

Conforme a concepção vigente durante a Idade Média, e ainda à época, predominava em vários países europeus a teoria do mandato imperativo⁵, prática repudiada pelos teóricos da Revolução Francesa. PIERANDREI (1959) analisa com clareza que “Sieyès, referindo-se à função Constituinte, afirma que os representantes atuam em lugar da nação e que a sua vontade comum é a da própria nação.”

Em 1791 ficou pronta a Constituição Francesa, que expressamente dispunha: “*Os representantes eleitos no departamento não serão de nenhum departamento em particular, mas de toda a Nação, e não lhes poderá ser dado nenhum mandato*”.

⁴ Cabe evidenciar que a Assembleia Constituinte, no dia 04.08.1789, aprovou a abolição dos Direitos Feudais e, a 26 do mesmo mês, aprovou a Declaração dos Direitos do Homem, marco fundamental não só para o Constitucionalismo Francês, mas também para o pensamento jurídico ocidental. A finalidade destas deliberações para o momento em que foram instituídas era aliviar as pressões populares.

⁵ O designado mandato imperativo possuía nítido caráter contratual; implicava a concepção de que os deputados enquanto mandatários estavam obrigados a seguir fielmente as instruções geralmente escritas de parte dos seus eleitores.

OSTROGORSKI (1960) afirma que “quando a Constituição fala aí em mandato, está se referindo, exatamente, às instruções ou ordens especificadas dadas pelos eleitores.”

A Revolução Francesa foi um fenômeno historicamente identificável, marcado pela violência e convulsão social, em que se substitui o princípio da soberania do Rei, de fundamentação divina, pelo princípio da soberania do povo através da legitimidade dos diversos segmentos sociais.

O *referendum*, a ratificação jurídica do povo soberano do Texto Constitucional, surge nos desdobramentos da Revolução com as Cartas de 1783 (ou do ano I) e de 1795 (ou do ano III), ambas referendadas e aprovadas.

O instrumento teórico do Poder Constituinte atuou, de um lado, como bandeira político-revolucionária e, de outro, como meio reorganizador radical das instituições do Estado, diante de novas correlações de forças políticas. Por esse motivo, o Processo revolucionário em França é concomitante ao Constituinte.

A expressão constituinte para a experiência francesa aplica-se não mais a um Direito respaldado na unidade do Poder Secular Eclesiástico, mas a outro, personificador de uma legitimidade popular.

Por fim, cabe evidenciar que, entre os publicistas do século XVIII e os teóricos da Revolução, propunha-se inserir nas Constituições uma “Declaração de Direitos” não apenas doutrinária mas imperativa, proclamando nulas todas as leis que lhe fossem contrárias⁶.

2.4. A EXPERIÊNCIA RUSSA

A Revolução Soviética⁷, ocorrida em 1917, é uma ruptura política em relação a um sistema jurídico que se aproxima do sistema continental europeu. Porém, com a queda do Regime Czarista, inexistiu a instauração do Processo Constituinte. Houve a convocação da Assembleia Constituinte, esta reuniu-se em 18.01.1918, depois

⁶ “No primeiro projeto de Constituição apresentado à Convenção, na sessão de 10.05.1793, disse Robespierre: “A Declaração de direitos é a constituição de todos os povos; as outras leis são mutáveis por sua natureza e subordinadas a ela. Deve estar presente em todos os espíritos, brilhando à frente do Código político. O primeiro artigo da Constituição deve ser a garantia formal de todos os direitos do homem, a segunda parte é que toda lei que a contrarie é tirânica e nula.”

⁷ No caso da Revolução, precisa-se tomar em conjunto a série de Revoluções que se inicia com a Revolução de 1905; a segunda, é a Revolução Burguesa, e a terceira, a Revolução Socialista, dividida em três fases: o período do comunismo de guerra, o período da NEP, com Lenin, e o período de Stalin.

de eleições efetuadas com base em listas formadas durante o Governo de Kerenski. Com posicionamento diverso, recusando-se ratificar a ação do Poder bolchevique.

Lenin decidiu dissolvê-la aduzindo que as listas não eram representativas das forças progressistas, não refletiam as relações reais de força pertencente ao proletário industrial.

Nessa altura, os bolcheviques sustentavam que o Poder revolucionário destinado a consolidar um sistema de “democracia proletária” não podia conviver com um sistema democrático parlamentar, de que a Assembleia constituía uma instituição típica conforme aponta BOBBIO (1983).

Ao contrário, a Rússia ficou sem Constituição durante um longo período, de 1917 a 1936, quando apareceu a Carta Stalinista. Entretanto, não foi promulgada por meio de um processo constituinte, mas foi outorgada⁸.

O socialismo de Lenin, e nesse aspecto também o de Stalin, acreditava que as mudanças político-econômicas e jurídicas só se realizariam através de revoluções violentas.

Não existia qualquer perspectiva de alteração da ordem pretérita, via processo legislativo. Nestes parâmetros, a instauração de uma nova ordem por meio de uma Constituinte não serviria para os propósitos revolucionários, uma vez que estes não tinham por fim a instituição de uma nova Carta Constitucional.

A Constituição deveria fazer parte ou ser projeção de uma situação político-econômica de fato, que seria conquistada.

Assim, a revolução marxista, no sentido do leninismo, não apresenta qualquer correlação direta com a concepção de Constituinte Ocidental, que condensa valores do liberalismo, tanto ideológico quanto do próprio Direito.

Nesse contexto, em relação aos países socialistas soviéticos, exclui-se a expressão constituinte como algo pertinente à noção constituinte, em termos de Poder e Processo, que se estabeleceu na prática política ocidental com fundo ideológico do Estado liberal, que diverge radicalmente da visão marxista do Estado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸ A Rússia teve na sua experiência constitucional o texto de 1918 que foi a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado; o Texto Federal de 1924 e as Constituições de Stalin de 1936 e a de 1977. A Carta de Stalin tornou-se modelo das Constituições adotadas pelos países da Europa Oriental pertencentes à esfera de influência russa.

A teoria geral do Poder Constituinte, não restam dúvidas, foi concebida na história política moderna pelos meandros da teorização revolucionária.

Nomeadamente, com a força e violência que se fizeram presentes na Revolução Francesa enquanto fenômeno político, é que simultaneamente Sieyès, entabulando a existência de um Poder criador da Constituição, instrumentalizou no Processo Constituinte um discurso político incendiário que acabaria por destronar a monarquia absoluta.

A experiência francesa demonstra na queda do Estado Absolutista, sucedida via Assembléia Constituinte, a operacionalização de mudanças que marcam na civilização ocidental o advento de uma sociedade mais liberal. BONAVIDES (1981) aponta que “na memória dos povos e dos conservadores, a arma revolucionária de implantação do Estado liberal traz sempre à lembrança os períodos convulsórios que assustaram a sociedade nos seus fundamentos.

Admitindo-se o fenômeno revolucionário como fato anormal da vida de qualquer Estado por oposição à anterior ordem estabelecida, e que mesmo plenamente justificado e orientado, tem aspectos negativos por criar a possibilidade de ação arbitrária no processo constituinte, seja por postergar-se a convocação, seja por manipular-se a atividade da Assembleia.

DALLARI (1976) com clareza aponta que “com o abatimento da ordem jurídica vigente há um momento de incerteza jurídica, durante o qual ficam abertas as portas à arbitrariedade, à violência e ao uso indiscriminado dos meios de coação, sempre havendo quem se utilize desse momento para resolver os seus problemas particulares em nome da Revolução.”

A Assembléia Constituinte Revolucionária dotada de Poder Constituinte Originário, que – para SCHMITT (1966) é a “*vontade política cuja força e autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política*”, à medida que é fruto da mentalidade de um todo criado por consentimentos livres, não pode ser, por conseguinte, arbitrária e ilimitada.

MIRANDA (1976) observou a limitação do processo constituinte na perspectiva da atividade da Assembléia Constituinte sob dois aspectos: material e temporal. No primeiro, estaria a atividade da Assembléia “*confinada, no aspecto material, à elaboração da Constituição, sem receber qualquer outro Poder*”.

Equivale dizer: evita-se, com a limitação material a possibilidade de que uma ação arbitrária no Fenômeno Revolucionário seja instrumentalizada na atividade constituinte.

O segundo, quanto à limitação temporal, concentrar-se-ia numa preocupação de eficácia e celeridade da atividade constituinte.

Na realidade, o “hiato constitucional” entre a velha e a nova ordenação deve ser o mais breve possível; o processo constituinte não deve estender-se por mais que o necessário para que a nova ordem possa atuar com eficácia. Indica-se assim que uma limitação do Poder Constituinte é a temporalidade.

A superação do fenômeno revolucionário com a realização de um processo constituinte – nestes parâmetros de limitação –, tende a que, promulgada uma nova Carta, desde logo se restaurem os mecanismos de transformação evolutiva do Estado (através do Poder Constituinte derivado), a fim de mantê-lo permanentemente em adequação com a realidade social.

Não será por certo este o resultado se for produto de um processo constituinte arbitrário e ilimitado, no qual predominem ideologias unilaterais como arma revolucionária de implantação do Estado.

Talvez, por isso, continue o receio de que as Assembléias Constituintes Revolucionárias operem com a força e energia daquela que, numa noite de deliberação, pôs abaixo a dinastia francesa.

O legislador constituinte tem que atender ao que em determinado momento e em determinado lugar é compatível com os limites imanentes e heterônomos.

Da mesma forma, ao alterar as regras do fenômeno pré-estatais, deverá estancar onde a alteração vier a traduzir a negação da própria composição do Poder Constituinte, em seus limites materiais e transcendentais.

As limitações arrojadas do processo constituinte geralmente são materiais, embora existam no plano formal limites não atinentes a dificuldades técnico-legislativas, mas condicionantes relativas à organização política, ao regime a ser adotado, aos precedentes históricos ou costumeiros, aos caracteres geográficos indeclináveis do Estado. Isto porque na elaboração de uma Constituição aglutinam-se, além dos valores emergentes no próprio Processo Constituinte, outros valores mediatos, pois o Estado organizado constitucionalmente na Carta o é presente e para o futuro. Portanto, alicerçar-se-ão valores político-jurídicos não *in abstracto*, mas concretos e realizáveis.

Por outro lado, as aspirações de valores sociais intrínsecas ao Processo Constituinte material informarão e limitarão o exercício do Poder Constituinte no Processo Formal (ou seja, em Convenção Constituinte) neste sentido CANOTILHO (1977):

O Poder Constituinte não pode criar uma Constituição a partir do nada, não inventa novos valores aos quais a Constituição se terá de ajustar. Encontra, sim, uma ordem prepositiva, um conjunto de princípios fundamentais aos quais o Poder Constituinte estaria verticalmente amarrado. Por outro lado, o Poder Constituinte depara com uma certa 'ambiance', com certos condicionamentos horizontais (econômicos, sociais e políticos). Quaisquer que sejam as formulações, o que está em causa é o problema do momento da validade material do Direito, inelutavelmente presente sempre que se trata do problema das fontes do direito.

O momento de “validade material” de que fala o autor supra citado é, em outras palavras, a unicidade que deve existir entre a norma Constitucional e os valores sociais do grupo.

A sensibilidade face às dimensões de limites formais e materiais é, sem dúvida, um componente de um Processo Constituinte com objetivo de realizar mudanças e reformas na ordem social vigente, divergente do radicalismo jurídico marcado pelo irrealismo insensível a valores sociais. Ora, não se faz revolução com Assembleia Constituinte. Esta, no melhor dos casos, consagra legalmente avanços que se tenham conquistado previamente.

4. REFERÊNCIAS

- A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON. *Le Federaliste*. Paris: V. Gérard & F. Brieré, 1902
- ALBERCI, A. Escritos póstumos. Buenos Aires. Tomo X.
- ARRUDA, José Jobson de A. História Moderna e Contemporânea. São Paulo: Ática, 1977. p. 101-109. E foi aprofundada a análise por MORTON, A. L. em Revolução Constitucional e Ditadura, organizado por CARVALHO, Nanci Valadares. São Paulo: Vértice, 1986. p. 92-135.
- BARRACHO, José A. de Oliveira. *Teoria Geral das Constituições Escritas*. in Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n. 352, jan. 1986.
- BOBBIO, Norberto. *La Tendenza Costituzionale Contemporanea*. Torino: Torinese, 1983
- BONAVIDES, Paulo. *Quem tem medo da Constituinte*. Jornal Folha de São Paulo, 26.07.1981, seção Folhetim.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1976.
- CRAYLE, Thomas. *A Revolução Francesa*. In: CARVALHO, Nance Valadares (Org.) *Revolução, Constituição e Ditadura*. São Paulo: Vértice, 1986.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes Políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOLDWIN, Robert A.; SCHEMBRA, William A. *A Constituição Norte-Americana*. Paulo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.
- JELLINEK, G. *La Declaration de Droit de L'Homme et du Citoyen*. Paris, 1902.
- LEBRUN, Gérard. *Os limites do Poder*. São Paulo: Visão, 1986.
- MENDONÇA, Nadir Domingues. Uma questão de interdisciplinaridade: o uso dos conceitos. Petrópolis: Vozes, 1985, p.178
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976.
- MORTATI, Constantino. *Raccolta di scritti sulla Costituzione*. Milano: Giufrè, 1958.
- MORTON, A. L. *Revolução Constitucional e Ditadura*, organizado por CARVALHO, Nanci Valadares. São Paulo: Vértice, 1986.
- MOSCA, Gaetano. *História das Doutrinas Políticas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- OSTROGORSKI, M. *La Democratie et l' Organization des Pratiques*. Paris, 1960. Tomo 1.
- PIERANDREI, F. *Novissimo Digesto*. Torino: UTET, 1959.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1983.
- SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1966.
- VANOSSI, J. R. A. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: De palma, 1975. v. I, p. 582.
- WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004