

O ser e o dever-ser na composição do poder constituinte

Hilda Helena Soares Bentes¹, hildabentes@uol.com.br

1. Doutora em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo, SP; professora assistente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ; professora-adjunta de Introdução ao Direito da Universidade Cândido Mendes-Centro, Rio de Janeiro, RJ.

RESUMO: Este artigo discute a indagação formulada por Celso Bastos sobre a possibilidade de caracterizar-se o poder constituinte como um poder esteado no Direito e não apenas como manifestação de força política. Através de estudo teórico-conceitual de constituições, analisou-se o ser e o dever-ser na formação do poder constituinte.

Palavras-chaves: ser e o dever-ser, poder constituinte, Constituição.

RESUMEN: El ser y el deber ser en la composición del poder constituyente. Este artículo discute la indagación formulada por Celso Bastos sobre la posibilidad de caracterizarse el poder constituyente como un poder apoyado en el derecho y no apenas como manifestación de la fuerza política. A través del estudio teórico y de concepto de constituciones, se analizó el ser y el deber en la formación del poder constituyente.

Palabra llave: ser y el deber ser, poder constituyente, Constitución.

ABSTRACT: The being and must-be in the composition of the constituent power. This article discusses the investigation formulated by Celso Bastos on the possibility to characterize the constituent

power as a power supported in the Right and not only as a political force manifestation. Through a theoretical-conceptual study of constitutions, it was analyzed the being and must-be in the formation of the constituent power.

Keywords: to be and must-be, constituent power, Constitution.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo a análise da natureza do poder constituinte. Ressalte-se, preliminarmente, que um estudo sobre o poder constituinte representa um dos temas mais relevantes da teoria da Constituição. Constitui tópico bastante esclarecedor quanto à gênese constitucional e ao pacto fundador que engendra a Constituição. Abrange aspectos políticos, sociológicos, ideológicos, que configuram a nova modelagem da ordem jurídica, sendo, portanto, imprescindível para o exame dos tipos de Constituição gerados a partir das determinações pré-jurídicas, ou seja, do impulso caracterizado como poder constituinte.

Importa reconhecer que o poder constituinte traz no seu bojo considerações de ordem metajurídica, mas também orientações jurídicas, pois, segundo Nelson Saldanha, ele é “um poder atraído por um fim, orientado por um objetivo jurídico” (1986, p.90). Deve-se investigar esse duplo aspecto que pertence ao poder constituinte, vale dizer, em que medida esse poder abarca noções pré-jurídicas e, igualmente, jurídicas. Usando a terminologia de Hans Kelsen, cumpre analisar como o ser e o dever-ser se entrelaçam na formação do poder constituinte.

Cuida-se, portanto, de fazer uma averiguação com relação à composição do poder constituinte, principalmente nos aspectos pertinentes aos elementos factuais e normativos, para comprovar se o componente jurídico integra efetivamente a natureza desse poder. Esta indagação constitui a problemática específica deste trabalho.

Para uma melhor discussão do tema central, faz-se necessário fixar algumas metas, que serão elaboradas no desenvolvimento. Primeiramente, far-se-á um esboço histórico sobre o poder constituinte; em seguida, serão analisadas as doutrinas sobre o poder constituinte, em particular as opiniões sobre a sua natureza; na terceira parte, será estudada a teoria de Hans Kelsen, em especial as noções de ser e dever-ser; na última etapa, serão verificados, a partir do suporte teórico apresentado, os limites e o alcance do poder constituinte, seguindo a diretriz dada por Nelson Saldanha.

Buscar-se-á uma metodologia que conduza a definições teóricas significativas para dar o embasamento necessário para a articulação dos conceitos kelsenianos com os elementos formativos do poder constituinte. Trata-se, por conseguinte, de uma pesquisa a ser desenvolvida no plano teórico-conceitual, visando a alcançar um escopo específico: a integração do ser e do dever-ser na conceituação da natureza do poder constituinte.

I – A construção da noção de poder constituinte

A idéia de poder constituinte desponta no racionalismo iluminista do século XVIII, em particular na França, profundamente marcada pelo poder absolutista dos reis mas já convulsionada pelos ideais políticos libertários, em especial aqueles propagados por Jean-Jacques Rousseau, o teórico da Revolução Francesa. Na verdade, o fato desencadeador da deflagração da Revolução de 1789 deve-se a divulgação do panfleto denominado **Que é o Terceiro Estado**, de autoria do Abade Emmanuel Sièyes, cujo ideário repousa na luta da burguesia contra os privilégios da nobreza e do clero. De fato, a principal reivindicação da classe burguesa consiste na aquisição dos direitos que lhe haviam sido, durante séculos, usurpados pela dominação arbitrária da aristocracia e da Igreja. Sièyes sintetiza em seu panfleto os apelos da classe ascendente dos burgueses, imprimindo uma formulação teórica precisa e fundamental aos clamores dos inconformados. Teorização essa que adquire uma repercussão espetacular na história das idéias políticas e jurídicas, mormente na teoria da Constituição (BASTOS, 1992, p. 20; FERREIRA FILHO, 1999, p. 10-11).

É importante ressaltar, preliminarmente, que a temática do poder constituinte constitui “um problema nuclear não só do Direito Constitucional mas de todo o Direito” (1995, p.95), como afirma com razão Canotilho. E acrescentaríamos igualmente da ciência política, na medida em que o poder constituinte está imbricado com a questão do poder, que será o elemento impulsionador de toda o debate constituinte. Com efeito, o pensamento de Sièyes visa a provocar uma ruptura com as estruturas de poder existentes no período anterior a Revolução e que são objeto das críticas desferidas pelo abade. Trata-se, portanto, de estabelecer uma nova fundação política, abolindo os privilégios e o caráter absoluto dos reis, e criando as bases para a inclusão do Terceiro Estado, representado prioritariamente pela classe econômica e produtiva, no cenário político e jurídico. Vale dizer, cuida-se de instaurar uma ordem político-jurídica mais eqüitativa, sem discriminações abomináveis e injustas, resumida nas três perguntas formuladas por Sièyes no intróito de sua obra panfletária:

1ª O que é o Terceiro Estado? — Tudo.

2ª O que tem sido ele, até agora, na ordem política? — Nada.

3ª O que é que ele pede? — Ser alguma coisa. (SIÈYES, 1988, p. 63-4)

Observe-se a amplitude da proposição teórica de Sièyes: busca-se “a redefinição do espaço político do Terceiro Estado”, na análise correta de Aurélio Wander Bastos (1988, p. 37). Ou seja, o seu escopo principal será a elaboração de uma teoria de representação política, não mais assentada no poder divino e ilimitado dos reis, porém agora alicerçada no conceito de Nação. Alcança-se um patamar mais racional de entendimento nas complexas relações humanas, abandonando as fundamentações religiosas e metafísicas para a instauração de uma visão mais empírica da estrutura da sociedade. Neste sentido, a redefinição do poder político implica a abolição das estratificações arcaicas e a ascensão da classe que efetivamente contribui para a produção da riqueza — a burguesia. Em síntese, o Terceiro Estado almeja obter legitimidade para subverter o poder estabelecido nos moldes da ordem antiga e converter-se em porta-voz dos anseios de todos os excluídos, ou, em outros termos, numa nova modalidade de poder, representativo de todos os cidadãos. Esta é a sua pretensão de “ser alguma coisa”, com isto entendendo-se ser um agente político, apto a ocupar o espaço político moderno, no qual irá prevalecer doravante a discursividade como arma de persuasão nos negócios públicos (ROSENFELD, 1990, p. 177-8).

E esses novos atores políticos serão os representantes legítimos dos interesses do grupo social. Donde a necessidade da criação de uma noção que exprima a representatividade da vontade de uma comunidade num dado momento histórico e não apenas que seja a representação numérica do conjunto dos homens que a constituem. Desloca-se o poder, destarte, da esfera régia, de inalcançável luminosidade, para uma concepção abstrata, cuja extensão possibilita expressar os anseios de toda uma classe indiscriminadamente. Referimo-nos ao conceito de Nação formulado por Sièyes, que revela uma força fundante excepcional, capaz de imprimir a marca indelével da legitimidade reclamada pelo Terceiro Estado e de elaborar uma Constituição segundo os parâmetros fixados pela vontade do povo. Sièyes é incisivo na função política e jurídica da Nação:

(...) A Nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série de leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas fundamentais não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. (...) (SIÈYES, 1990, p. 117, grifo nosso).

Sublinhe-se que a definição de Nação de Sièyes inspira-se no conceito de soberania popular teorizada por Jean-Jacques Rousseau, pois, para o filósofo genebrino, “a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo.” (ROUSSEAU, 1983, p. 43-4). De fato, Sièyes parte da concepção rousseauiana quando analisa a gênese do corpo social, em que a pluralidade de vontades individuais converge para uma vontade comum de constituir uma organização política. Todavia, enquanto o autor do **Contrato social** enfatiza que cada membro da sociedade civil é detentor universal de uma parcela da soberania, sendo-lhe irrenunciável a participação política na vida pública, Sièyes ressalta a impossibilidade empírica de todos os membros tomarem parte nas decisões políticas, porquanto, segundo seu juízo, “não é mais a vontade comum **real** que age, é uma vontade comum **representativa**” (1983, p. 116, grifo do autor). Constrói-se, assim, a doutrina da soberania nacional, em que a Nação, como um organismo indecomponível, detém a titularidade da soberania, e a teoria da representação política, em que são eleitos representantes para agirem politicamente em nome do povo, de que nos fala com acuidade Paulo Bonavides:

(...) Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, **cede lugar à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação**. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. **A Nação, assim constituída, se apresenta nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes** (1992, p. 141, grifo nosso).

- 1 É importante transcrever a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que expressa com acuidade a concepção de nação de Sièyes: “Que é *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sièyes, *nação* não deve ser confundida com o *conjunto de homens* que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade.; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. (...) O Poder Constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade.” In: _____. **O poder constituinte**, p. 12 e 23-5. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional**, p. 21; ROSENFELD, Denis L. **Filosofia política & natureza humana: uma introdução à filosofia política**, p. 178.

Destaque-se que o arcabouço teórico de Sièyes assenta-se na conceituação de Nação, que constitui o elemento necessário para a formulação do poder constituinte. Ao conceber a Nação como expressão da soberania e da vontade geral, Sièyes ressalta que as leis dela emanadas estarão sempre sob a égide da legalidade, vez que a Nação “é a própria lei”, segundo assinala o Abade em passagem já citada. Ressalve-se que o poder constituinte refere-se a um impulso criador de normas jurídicas, ou, como coloca Gomes Canotilho, “o poder constituinte surge, assim, como uma espécie de *natura naturans*, uma força originária da Nação que ‘organiza a organização’ do poder político.” (1991, p. 98). Sièyes insiste no caráter fundacional do poder constituinte, lançando as bases, pela primeira vez, da categoria do poder constituinte ao afirmar que “em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.” (1991, p. 117). Convém insistir, mais uma vez, na importância da teorização de um discurso político-jurídico, na história do constitucionalismo moderno, capaz de criar as condições legitimadoras para uma sociedade estribada em princípios mais igualitários e democráticos, decorrentes de conceitos abstratos, como Nação e poder constituinte, mas que tiveram uma ressonância extraordinária no palco conflituoso das lutas políticas.

Cumprê salientar que o novo discurso político, resultado da efervescência filosófica do iluminismo e racionalismo francês, tem caráter inaugural para a teoria política e jurídica e reclama uma nova concepção de homem, cômico de seus deveres políticos para assumir plenamente a sua cidadania. Pois para ocupar esse novo espaço público, urge que o homem desenvolva suas capacidades cognitivas para construir um discurso racional que o habilite para os debates das coisas públicas, tornando-se um cidadão atuante e participativo. Denis Rosenfield destaca que o conceito de Nação transmite um sentido religioso e moral na medida em que pressupõe que o homem haja alcançado um patamar de maior racionalidade, que lhe permita, voluntariamente, agir normativamente para usufruir, nesse plano, a liberdade que lhe é inata. Rosenfield, na passagem abaixo transcrita, analisa o avanço que a idéia de Nação trouxe para a formação de uma nova mentalidade:

Isto quer dizer que o conceito de Nação é simultaneamente portador de um sentido moral e religioso, podendo inclusive acentuar a separação entre um dever-ser assim concebido e a realidade política dos homens. Religioso, pois ele expressará a formulação de um absoluto que solicita a adesão e a crença no que é dito, isto é, nos seus intérpretes, os homens do discurso. Moral, porque ele é o veículo de um novo conceito de homem, superior — pois universalizável — ao que o homem é realmente como membro de uma “ordem” da organização política do “Antigo Regime”. Enquanto a dimensão religiosa deste discurso

sublinha a necessidade de uma subordinação incondicional ao que é enunciado, a determinação moral aponta para uma relação subjetiva voltada para o reconhecimento de que as proposições devem ser validadas numa cena pública livremente concebida (1990, p. 179).

II – A natureza do poder constituinte

Declara o Abade Sièyes que o poder constituinte possui uma legalidade intrínseca, estando tão-somente limitado pelo direito natural: “Antes dela [a Nação] e acima dela só existe o direito natural”, conforme o texto **Que é o Terceiro Estado**, já mencionado. Deve-se assinalar que Sièyes enquadra-se na corrente filosófica do jusnaturalismo, prevalecente no século XVII, e, por conseguinte, admite a existência de um repertório de direitos preexistentes à ordem jurídica positiva. Isto significa que o poder constituinte possui natureza jurídica, ou seja, reconhece-se a validade de um direito superior às determinações positivadas e à existência do Estado, resultante da natureza humana. A tese jusnaturalista triunfa na defesa e consolidação dos direitos inalienáveis do homem, haja vista a cristalização dos direitos fundamentais nos diplomas constitucionais. Entretanto, vale acentuar que o termo direito natural apresenta, por outro lado, uma elasticidade muito grande, podendo comportar idéias antagônicas sob a mesma postulação doutrinária. Como observa Paulo Bonavides, “o direito natural foi a fortaleza de idéias onde (sic) procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo.” (1990, p. 4).²

Em contraposição à posição dos jusnaturalistas, pode-se fazer menção à tese positivista, esposada pelos adeptos do positivismo jurídico e que se opõe frontalmente aos preceitos teóricos do direito natural. Para o positivista jurídico, o Direito só existe nos quadrantes da positividade jurídica, vale dizer, como ordem legal posta pelo Estado. Logo, o poder constituinte, que é anterior à Constituição, não pode qualificar-se de jurídico; trata-se de um poder de fato, de “uma força social, a ser estudada pela Sociologia, e não algo que deva ser estudado estritamente pelo Direito” (1990, p. 54), consoante leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Nessa ordem de raciocínio, o poder constituinte é objeto de análise metajurídica, transcendendo o escopo da ciência jurídica, que tem por finalidade precípua a investigação do fenômeno jurídico tal qual ele se

2 Consultem-se os seguintes autores a respeito do tema: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional**, p. 21-3; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, p. 55-6; FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito constitucional**, p. 19; SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais, p. 25.

apresenta consubstanciado no Direito positivo. Cabe registrar a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da problemática da natureza do poder constituinte, que reflete o consenso doutrinário sobre o caráter fático que caracteriza esse poder:

A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do Direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do Direito. **E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico.** Em rigor as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma norma jurídica. E se ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional, tem-se que concluir que o **Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do Direito.** (...) Isto é irrelevante porque o Poder Constituinte é um fato e, a rigor, ou alguém tem este Poder Constituinte e o exerce ou não tem este Poder Constituinte. (...) Esta regra não vai, na verdade, alterar a real e efetiva existência ou não do Poder Constituinte porque ele é **um poder ilimitado, porque ele é um poder que se propõe, que se diz, que se afirma incondicionado, portanto, ele pode dispor do modo que quiser sem que algum bloqueio de ordem jurídica possa servir de impeço, de embargo, de óbice, àquilo que venha a ser disposto pelo chamado Poder Constituinte** (MELLO, 1985, p. 69-70, grifo nosso).

Importa considerar, na visão política de poder constituinte, a existência ou não de limites valorativos que impedem o titular de agir de forma totalmente livre, sem estar adstrito à ordem positiva anterior ou a princípios morais consagrados. A inexistência de óbices estimativos faz com que o poder constituinte apresente-se associado a momentos revolucionários de grande magnitude, que desembocam em rupturas institucionais importantes no cenário político e jurídico de uma determinada comunidade. Advertem os publicistas que essa posição está normalmente desprendida da questão da legitimidade, que constitui, um última instância, um dado relevante na análise do fenômeno po-

lítico. A questão da legitimidade traz implícita a adesão dos componentes do grupo social à ação revolucionária dos que representam a titularidade do poder constituinte, ou, como coloca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “é legítima a tomada do poder para a realização da idéia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao Direito positivo.” (1999, p. 48).

Considere-se a teoria decisionista de Carl Schmitt. Cuida-se de estudar a constituição do Direito e do Estado sob o ângulo da decisão política, extraída das forças sociais atuantes num determinado momento histórico, que possibilita lançar as bases de um novo ordenamento jurídico. O conceito de decisão de Schmitt conduz à inevitável orientação de dar prioridade ao político em detrimento do jurídico, vale dizer, sobrepõem-se, na deliberação constitucional, os interesses preponderantes de uma comunidade política que, conscientemente, elege determinações para a configuração de uma ordem jurídica consentânea com os valores estabelecidos consensualmente pelos membros do grupo social. O jurista alemão define o poder constituinte como “aquela vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política”³. Em síntese, o entendimento de Carl Schmitt revela que a Constituição tem por fundamento a vontade política expressa pelo segmento social que é detentor da representatividade nacional, independentemente de quaisquer valorações quantitativas, normativas ou filosóficas.

Nessa perspectiva política, o poder constituinte é visto como um “poder *supra legem* ou *legibus solutus*”, consoante observa Paulo Bonavides, “um poder a que todos os poderes constituídos hão necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição.” (1988, p. 143). Com efeito, segundo as preleções de Sièyes, o poder constituinte expressa a vontade da Nação e não está subordinado a qualquer prescrição normativa; estatui livremente a Constituição, a qual irá estabelecer as normas organizacionais do Estado e os direitos e deveres fundamentais do homem. Em consequência, a Constituição fundamenta a ordem jurídica positiva, conferindo, ademais, força coercitiva para fazer valer os ditames instituídos em sede constitucional e que se irradiam por todo o sistema normativo. Entretanto, a Constituição não obriga o poder constituinte, que pode manifestar-se a qualquer tempo, pois revela-se

3 Convém transcrever o texto de Schmitt, na tradução em espanhol: “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 de la unidad política como un todo”. In: Teoría de la constitución, p. 86. Ver também a citação em José Horácio Meirelles TEIXEIRA, **Curso de Direito constitucional**, p. 204.

um poder ilimitado e incondicionado. Sièyes expõe, de forma incontroversa, a natureza puramente fática do poder constituinte, colocando-o fora da normatividade ínsita ao estado civil: o poder constituinte é a força natural que impõe, até mesmo pela força, a sua vontade soberana potencializada pelo grupo político que conquista o poder:

Devemos conceber as nações sobre a terra como indivíduos fora do pacto social, ou como se diz, no estado de natureza.

O exercício de sua vontade é livre e independe de todas as formas civis. Como existe somente na ordem natural, sua vontade, para surtir todo o seu efeito, não tem necessidade de levar os caracteres naturais de uma vontade.

Qualquer que seja a forma que a Nação quiser, basta que ela queira; todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema.

Já que, para imaginar uma sociedade legítima, atribuímos às vontades individuais puramente naturais, a potência moral de formar a associação, como nos negaríamos a reconhecer uma força semelhante em uma vontade comum, igualmente natural? Uma Nação nunca sai do estado de natureza e, em meio a tantos perigos, todas as maneiras possíveis de expressar sua vontade nunca são demais. Repetindo: **uma Nação é independente de qualquer formalização positiva; basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo** (SIÈYES, 1988, p. 120. grifo nosso).

Resta incontroverso que o poder constituinte está visceralmente ligado à questão do poder. Nesse aspecto, cumpre analisar a posição de Ferdinand Lassalle, que formula uma teoria sociológica da Constituição e do poder constituinte, trazendo subsídios importantes para uma melhor compreensão do tema objeto deste trabalho monográfico. Lassalle centra o seu exame da Constituição nas relações de poder, que compõem a complexa rede de interações sociais existentes numa comunidade: para o jurista alemão, uma Constituição para ser real e efetiva deve necessariamente refletir os “fatores reais do poder” (1998, p. 30), representados pelos atores sociais que, de fato, detêm a força política e econômica de uma sociedade. Caso a Constituição não espelhe os elementos reais de poder, ela transforma-se num mero registro documental sem efetividade, ou, na terminologia de Lassalle, numa “folha de papel” (*Op. cit.*, p. 41), inócua e ineficaz, que irá inevitavelmente soçobrar em face da Constituição real, engendrada na real composição de poder vigente num dado grupo social. O

enfoque de Lassale permite uma abordagem ampla do fenômeno constitucional que, inserido no processo histórico-social, possibilita uma visão crítica sobre a verdadeira elaboração da Constituição. De fato, o prisma inovador de Lassale rejeita as análises formalistas ou idealistas, trazendo um aporte sociológico significativo para a elucidação do problema do poder como parte integrante da essência da Constituição. A passagem final de **A essência da Constituição** é decisiva:

Os problemas constitucionais não são problemas de **Direito**, mas do poder; a **verdadeira** Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (1998, p. 49, grifo do autor).

Por conseguinte, o poder constituinte, visto sob o ângulo de força política, não pode prescindir de uma investigação sobre o tema do poder na medida em que o poder constituinte é a atualização do poder político, que palpita efetivamente na sociedade e que aspira a institucionalizar-se juridicamente. Todavia, convém não esquecer a definição proposta por Meirelles Teixeira a respeito de poder político, que inclui como finalidade precípua a realização do bem comum, inofidável para aqueles que exercem o poder sob pena de consumir-se um desvio intolerável, incompatível com a idéia de Direito. Vale dizer, o poder político não se confunde com o poder arbitrário mas “como a possibilidade concreta, que assiste a uma comunidade, de determinar o seu próprio modo de ser, os fins e os limites de sua atuação, impondo-os, se necessário, a seus próprios membros, para consecução do Bem Comum”. (1991, p. 202, grifo do autor).

III – O ser e o dever-ser na teoria kelseniana

A análise da natureza do poder constituinte revela que a doutrina, majoritariamente, destaca-lhe o caráter político, puramente fático. Opõe-se essa orientação doutrinária à tese jusnaturalista, que admite um código de direitos naturais existente *a priori* na natureza ou na razão humana. Hans Kelsen, o teórico do normativismo jurídico, acolhe a idéia do positivismo jurídico, negando juridicidade ao poder constituinte. Na verdade, Kelsen rejeita esse tipo de problema por considerá-lo fora do âmbito da ciência do Direito, ou seja, o estudo do poder constituinte seria objeto de exame da Ciência Política, da Sociologia, da Filosofia do Direito, vez que se trata de indagações político-filosóficas, essencialmente metajurídicas. O estudo da teoria kelseniana, que

será sucintamente delineada, revelar-se-á, por outro lado, extremamente pertinente no tocante à hipótese de interpenetração do ser e do dever-ser na formação do poder constituinte.

Hans Kelsen é considerado um neokantista, seguindo a linha do criticismo transcendental e aplicando-a rigorosamente à ciência jurídica. Sofre influência da Escola de Marburgo, cujo objetivo é transformar a filosofia numa crítica pura do conhecimento, segundo esclarece Miguel Reale (1991, p. 455). Deve-se ressaltar, igualmente, a vinculação de Kelsen à Escola de Viena, o que explica a sua formação voltada para a perseguição de uma pureza metodológica, tomando como paradigma a **Crítica da razão pura**, de Emanuel Kant, para alcançar plena autonomia para a ciência do Direito.

Com efeito, o principal escopo da teoria kelseniana é a purificação do Direito, libertando-o das interferências metajurídicas, sem embargo de Kelsen reconhecer legitimidade e importância às contribuições oriundas da Psicologia, da Moral, da Sociologia, da Política. Seu objetivo, porém, é delimitar o objeto da ciência jurídica, circunscrevendo-a em termos de normatividade segundo um modelo lógico-formal de interpretação. Trata-se, por conseguinte, de um processo de logicização do Direito, determinando com rigor a natureza lógica da norma jurídica e escoimando da sua esfera qualquer interpretação de conteúdo sociológico ou axiológico⁴.

Kelsen parte do dualismo kantiano entre ser e dever-ser, dois planos considerados categorias lógicas irreduzíveis, vazias de conteúdo. Para ele, o Direito situa-se no domínio do dever-ser na medida em que visa a descrever as normas às quais aplica-se uma consequência toda vez que se verificar um fato anteriormente previsto. Vale acentuar que o dever-ser kelseniano tem valor puramente formal e corresponde à normatividade lógica. Não cabe ao jurista examinar a passagem do fato à norma, pois o dever-ser tem caráter “gnoseológico-transcendental” (1940, p. 165), de acordo com Miguel Reale.

Ademais, explica que o mundo do ser é regido pelo princípio da causalidade, ou seja, os fatos são ordenados por uma relação de causa e efeito. O Direito, ao contrário, é organizado pelo princípio da imputabilidade visto que “a norma é logicamente *indicativa* e de estrutura hipotética, pois se limita a ligar um fato condicionante a uma consequência (a *sanção*), sem enunciar qualquer juízo de valor moral ou político dessa conexão” (REALE, 1991, p. 459; Cf.

4 Diz Kelsen no início de sua obra, **Teoria pura do Direito**, p. 17: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. (...)”. Cf. REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**: contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva, p. 151, e **Filosofia do Direito**, p. 455 e 457.

KELSEN, 1992, p. 20-2), consoante preleciona Reale. Deve-se sublinhar que a regra jurídica tem por finalidade disciplinar a conduta humana, possuindo natureza lógica e hipotética, cuja materialidade não pertence ao Direito. De fato, observa-se que a norma jurídica restringe-se a cominar uma sanção na hipótese de surgir um comportamento juridicamente impróprio, sem considerações valorativas acerca da conduta preceituada. Assim, para Kelsen o ser é distinto do dever-ser em razão da qualificação jurídica que a norma empresta a um determinado fato:

(...) O que transforma este facto num acto jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objectivo que está ligado a esse acto, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o facto em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o acto pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação normativa (1992, p. 20).

A teoria kelseniana, delimitando rigorosamente o campo jurídico, apresenta um sistema de ordem jurídica baseado numa estrutura escalonada de normas, ou seja, numa escala hierárquica normativa até a norma fundamental (*Grundnorm*). Compõe-se, desta forma, um todo coerente e fechado, cada norma retirando sua validade da norma que lhe é hierarquicamente superior. Segundo Kelsen, a norma fundamental não tem por fundamento nenhum princípio de direito natural, mas caracteriza-se por ser uma norma hipotética, puramente lógica, e argumenta que

A unidade dessas normas [da ordem jurídica] é constituída pelo fato de que a criação de uma norma — a inferior — é determinada por outra — a superior — cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma **norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade** (1992, p. 129, grifo nosso).

Há autores que consideram a norma fundamental formulada por Kelsen como manifestação do poder constituinte, inobstante o fato de a teoria kelseniana não elaborar especificamente uma argumentação relativa a esse tema. No entanto, pode-se identificar na norma fundamental pontos convergentes, posto que ela é descrita como uma norma pressuposta, no sentido lógico-jurídico, ou seja, como possibilidade de instauração da criação jurídica, ou melhor, do Direito positivo. Kelsen deixa claro que a norma fundamental não é norma posta, mas desencadeia todo um processo de elaboração do Direito, conferindo validade a todo o ordenamento jurídico, criado a partir de seu impulso constituinte. A passagem da **Teoria pura do Direito** é bastante esclarecedora:

(...) a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o acto constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objectivamente interpretados como factos produtores de normas; quando — no último caso — o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, **a norma fundamental é a instauração do facto fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição lógico-jurídica, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo acto de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pré-suposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior** (1984, p. 274-275, grifo nosso).

Importa consignar, por fim, que a teoria pura do Direito de Kelsen suscita várias críticas, que realçam o seu extremo legalismo, formalismo e de haver transformado a ciência jurídica num esquema de interpretação puramente lógico, sem qualquer referência a cogitações de ordem histórica, política ou valorativa. Kelsen, apesar do seu rigorismo metodológico e de seu abstracionismo, teve o mérito de delimitar o objeto da ciência do Direito, mas, reduzindo a sua doutrina a um normativismo puramente lógico, limitou o alcance e a grandeza do fenômeno jurídico, que não pode prescindir, de forma radical, da reflexão dos fatores metajurídicos.

IV – O ser e o dever-ser na composição do poder constituinte

Resta-nos averiguar se a natureza do poder constituinte é um poder de fato, um poder político que preexiste ao mundo jurídico, ou se haveria algum componente jurídico no seu campo de atuação. Na terminologia kelseniana, o poder constituinte pertenceria ao âmbito do ser, sendo confundido com a norma fundamental. Existiria o esboço de um dever-ser pronto a ser configurado pelo sistema normativo? Celso Bastos lança-nos o desafio de investigar essa questão ao afirmar que a doutrina tradicional não esgota toda a problemática inerente ao poder constituinte, que poderia ser analisado não apenas como expressão de poder, de força exercida pelo povo ou por um grupo que lhe detenha a titularidade, mas, outrossim, como “uma forma excepcional de produção jurídica” (VANOSSI et al. 1983, p. 21-22). A indagação é pertinente porquanto a manifestação do poder constituinte deve orientar-se pela idéia de Direito, vale dizer, o poder constituinte já traz no seu bojo determinações jurídicas que irão exteriorizar-se no processo consumativo de elaboração constitucional, como pondera Celso Bastos em outra passagem significativa:

Então, portanto, concluindo essa minha primeira colocação, de fato não divirjo de que a idéia de um poder constituinte seja um conceito ainda útil, não o quero considerar como superado, mas creio que uma ênfase exagerada na idéia de um poder constituinte desapegado do Direito leva também a essa idéia de que há um só número de pessoas que se reúnem, não se sabe bem como, num lugar, sem motivação outra, para livre e tranqüilamente deliberar sobre os destinos jurídicos do país. Realmente isto não ocorre. **O órgão que nasce, o órgão constituinte, seja ele autoritário, democrático, é um órgão pejado, carregado também de uma pressão jurídica a qual ele vai dar simplesmente uma externalização, uma formulação** (1985, p. 90, grifo nosso).

Deve-se enfatizar que o cruzamento das esferas do ser e do dever-ser na formação do poder constituinte atende a um reclamo de ordem jurídico-filosófica na medida em ele deve abeberar-se nos princípios fundamentais que regem o Estado de Direito. Donde a postulação de juridicidade atribuída ao poder constituinte originário por autores que o consideram imbuído de projeções jurídicas, o que, entretanto, não deve ser confundido com a tese jusnaturalista que vislumbra um padrão de normas extralegais, intemporais e imutáveis. O rompimento de uma ordem jurídica provocado pela irrupção do poder constituinte originário, normalmente revolucionário e apto a constituir um novo ordenamento, não implica o abandono do Direito; ao contrário, todo a ação revolucionária

está direcionada para a formulação de uma nova orientação jurídica, sem a qual todo o esforço dissolve-se sem concretizar-se em realidade. Canotilho comenta a juridicidade do poder constituinte originário defendida por autores que entendem que o ato revolucionário carrega elementos jurídicos incontestáveis:

(...) Ao estabelecerem uma ordem jurídica nova, as revoluções não se propõem transformar simplisticamente situações de facto em situações de direito; visam, sim, substituir uma ideia de direito por outra ideia de direito — aquela que informa ou inspira as forças revolucionárias. É de acordo com essas premissas, ou seja, de que a revolução não rompe com o direito, antes transforma a substância do direito, que certos autores defendem a possibilidade e necessidade de **teorização jurídica das revoluções** e do poder constituinte originário, considerado como acto revolucionário. Neste sentido se afirma também que o acto revolucionário é “uma fonte de direito” na medida em que traz consigo um projecto a que atribui vinculatividade (que excede o movimento e organização revolucionários) e na medida em que cria órgãos a quem confere o poder de criar direito (TELES apud CANOTILHO, 1991, p. 101-102, grifo do autor).

Visto sob este prisma, o poder constituinte adquire um alcance extraordinário, pois não está mais circunscrito ao plano do ser, mas projeta-se para um campo de possibilidades de interpretação jurídica bastante fecundo. Cabe mencionar, neste aspecto, a perspectiva dialético-integral de Hermann Heller, que se coaduna com essa visão mais totalizadora do poder constituinte. Deve-se anotar, inicialmente, que a posição de Heller se contrapõe à teoria normativista-formalista de Kelsen, assim como ao decisionismo de Schmitt: quanto à teoria kelseniana, Heller critica o dualismo entre ser e dever-ser; no que pertine à doutrina decisionista, acentua que uma Constituição não pode subsistir sem um projeto de normatividade, que estabeleça as regras disciplinadoras da decisão política tomada. Heller sustenta, na sua **Teoria do Estado**, que os aspectos político e jurídico devem estar harmonicamente integrados, sem a concessão de prioridades que pode desvirtuar o fenómeno constitucional. A seguinte citação é bastante explicativa:

Não existe Constituição política alguma que, inteiramente como status real, não seja, ao mesmo tempo, um ser formado por normas, isto é, uma forma de atividade normada, além de uma forma de atividade meramente normal (1968, p. 299).

Heller logra alcançar uma conciliação entre a realidade e a normatividade, concebendo o universo jurídico como a integralização entre o mundo do ser e o dever-ser, ambos funcionando dialeticamente para o estabelecimento de uma base constitucional que expresse efetivamente os valores sociais de uma comunidade, porém conferindo-lhe eficácia através da normação positiva. Assim, a Constituição, para Heller, representa a totalidade da representatividade política, estruturada em normas que lhe garantem a plena realização de seus ideais. A sua definição de poder constituinte haure da vontade política o seu ponto impulsionador, capaz de delimitar as condições políticas que irão atuar no plano institucional: “Pode considerar-se como poder constituinte aquela vontade política cujo ‘poder e autoridade’ esteja em condições de determinar a existência da unidade política no todo” (1968, p. 327). Não nos esqueçamos, todavia, de que Heller não separa a existência política da instância normativa, posto que ambas devem permanecer unidas para a efetivação da síntese dialética, imprescindível para que a Constituição seja a concretização da vontade do povo.

Desta forma, o questionamento de Celso Bastos revela-se cada vez mais profícuo à medida em que aprofundamos o tema. O poder constituinte não pode ser analisado simplesmente pelo ângulo do poder político; ele apresenta, indubitavelmente, “uma finalidade jurídica” (SALDANHA, 1986, p. 93) específica que restringe os atributos da ilimitação e incondicionalidade. De acordo com Nelson Saldanha, o Direito transmuta-se num poder político anterior com o objetivo principal de criar uma nova ordem constitucional: cuida-se de uma ficção jurídica transformadora que visa a projetar uma nova Constituição, delineada com base numa nova modelagem política (Cf. SALDANHA, 1986, p. 66). Vale destacar a conclusão de Nelson Saldanha com relação a qualificação jurídica do poder constituinte:

(...) Na verdade o poder constituinte, mesmo quando situado numa ruptura de ordem, sendo um poder pré-positivo é ao mesmo tempo **juridicamente caracterizado**, pois somente sua relação com seu resultado — a Constituição — pode fundar seu conceito. Sem essa relação seria uma faculdade descomprometida (p. 94, grifo nosso).

Poder-se-ia afirmar, em suma, que o poder constituinte representa o momento de intersecção entre o ser e o dever-ser, ou seja, de confluência entre a existência real de um poder político que se manifesta soberanamente e o delineamento de uma normatividade jurídica, consubstanciada na Constituição, que representa o momento culminante de um intenso processo dialético. Deveras, uma visão integradora do ser e do dever-ser permite visualizar toda a problemática da realidade social, da questão do poder e da possibilidade de instaurar-se uma ordem jurídica em que prevaleçam, efetivamente, os princípios norteadores do Direito e da Justiça.

Considerações finais

Importa assinalar que toda esta investigação foi desenvolvida com o propósito de refletir e de dar uma resposta à indagação formulada por Celso Bastos acerca da possibilidade de caracterizar-se o poder constituinte como um poder esteado no Direito e não apenas como manifestação de força política. A partir dessas considerações, procurou-se pesquisar a gênese e a natureza do poder constituinte para se obter um posicionamento doutrinário sólido. O arcabouço teórico estudado indicou inequivocamente que o poder constituinte é um poder político, permanecendo fora do universo jurídico em termos de normatividade.

Aprofundou-se o questionamento através da análise da teoria pura de Hans Kelsen, principalmente abordando o dualismo entre a esfera do ser e a do dever-ser. Entretanto, o normativismo de Kelsen não se aplicaria à nossa hipótese inicial: verificar se as categorias do ser e do dever-ser estão imbricadas no momento constituinte. Buscaram-se, então, na teoria de Hermann Heller, subsídios importantes para o deslinde da questão proposta: a sua perspectiva dialético-integral abriu uma possibilidade para o equacionamento do problema.

As conclusões alcançadas permitem a aplicação dos conceitos de ser e dever-ser à estrutura do poder constituinte. Vale dizer, existe uma correlação entre a existencialidade política, o mundo do ser, e a normatividade que se pretende atingir, pois uma esfera não deve operar isoladamente, sob pena de o fenômeno jurídico apresentar-se de forma unilateral. Trata-se de compreender todo o complexo processo que envolve o Direito e situá-lo no plano integrador a que ele pertence.

Ressalte-se que procuramos imprimir uma reflexão crítica neste trabalho, visando a contribuir efetivamente para o desenvolvimento de uma visão interdisciplinar da teoria da Constituição, aproveitando, para tanto, elementos da Teoria Geral do Direito e da Teoria do Estado. Desta forma, pensamos ter logrado avançar na discussão sobre a natureza do poder constituinte na medida em que concluímos que o elemento jurídico interage com as forças políticas impulsionadoras. Em outros termos, o poder constituinte já apresenta o embrião da ordem constitucional a ser implantada.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. refun. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prade. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Coleção Ensino Superior).

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984. (Coleção STVDIVM).

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder constituinte. In: _____ et al. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, n. 4, jan./jun. 1985. p. 69-104.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Fundamentos do direito**: contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

ROSENFELD, Denis L. **Filosofia política & natureza humana**: uma introdução à filosofia política. Porto Alegre: L&PM, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: _____. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes**. 3. ed. Tradução de Lourdes Santos Machado; introduções e notas Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. México: Nacional, 1981.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o terceiro estado? Org. e introdução Aurélio Wander Bastos; prefácio José Ribas Vieira; tradução de Norma Azeredo. 2. tir. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. (Coleção Estudos Políticos Constitucionais).

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à constituição de 1988**: aspectos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Texto revisado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. In: _____ et al. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 11-25.