

# O PODER CONSTITUINTE E A NORMA FUNDAMENTAL: A RAZÃO DA LEI E A VONTADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO

Argemiro Cardoso Moreira Martins

A admissão do princípio da supremacia da constituição colocou uma séria questão para a teoria constitucional: a de saber qual o fundamento último da constituição. A resposta a essa questão oscilou entre dois conceitos extremos, o de poder constituinte e o de norma fundamental. Este breve trabalho objetiva apenas evidenciar as premissas subjacentes em ambos conceitos. A idéia aqui desenvolvida (e que não constitui novidade alguma) é a de que por trás da divergência teórico-jurídica acerca do fundamento da constituição existe uma outra, de natureza filosófica, que distingue a lei do arbítrio ou a vontade da razão.

Tratar-se-á do tema proposto a partir da ótica de quatro autores distintos: Sieyès e Carl Schmitt no que se refere à teoria do poder constituinte, Kelsen e Bobbio no tocante à teoria da norma fundamental.

A idéia de poder constituinte, nascida com a Revolução Francesa por obra do abade Sieyès, somente foi possível dentro de um amplo e novo (para a época) contexto ideológico-filosófico: o contratualismo. Hobbes, ao fundar o Estado sobre o "pacto" dos indivíduos, rompeu com uma longa tradição da filosofia política que, em seus principais contornos, remonta a Aristóteles.<sup>1</sup> As diversas formas de justificação do Estado até Hobbes, apesar da enormidade de suas variantes, não deixaram de destacar o caráter orgânico ou natural do ente estatal, no sentido de apartá-lo do mundo dos homens. O Estado existia em função de necessidades impostas pela natureza (divina ou qualquer outra) aos homens, os quais não ingressavam com suas vontade e consciência no processo de legitimação

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. "O modelo jusnaturalista". In: *Ensaio escolhidos*. Tradução de Sérgio Bath. Rio de Janeiro: Guanabara, s/d. p. 38.

do Estado. Ademais, o Estado não era um corpo distinto e contraposto à sociedade, mas era a sua mais legítima expressão, uma vez que representava a maneira de ser e de viver de certa comunidade. Assim, como o Estado e a sociedade, o Estado e a constituição não eram contrapostos. Pelo contrário, na concepção do ateniense Isócrates a constituição era a própria "alma" do Estado.<sup>2</sup> Tal idéia é também expressada por Aristóteles, para quem a "própria constituição é o governo".<sup>3</sup> Nesse contexto filosófico em que sociedade, Estado e constituição estão identificados na mesma concepção total e harmônica e cujo fundamento repousa na mesma natural das coisas, torna-se impossível não somente a idéia de um poder capaz de obrar a constituição, como de resto todo o conjunto da mecânica constitucional do liberalismo.

Foi somente a partir da premissa de que os indivíduos são anteriores ao Estado, cuja existência se devia à vontade consciente desses agentes, que se tornou possível a idéia de constituição como limite ao poder do Estado. Foi o divórcio entre sociedade e Estado, levado a termo pelo contratualismo, somado à ojeriza que a burguesia devotava ao poder dos monarcas absolutos (traduzida na incapacidade de formular qualquer juízo positivo acerca do papel do Estado), que tornou possível o complicado mecanismo dos "freios e contrapesos" constitucionais. A constituição tornou-se algo distinto e superior ao Estado, o qual deveria atuar sob seu amparo. A constituição deixara de ser a "alma" do Estado para transformar-se num conjunto de normas limitadoras de seu poder; uma carta política ditada pela vontade consciente dos homens e não mais o resultado de uma natureza cogente.

É no momento em que o Estado passou a ser uma instituição (e não mais um organismo) submetida à constituição, como forma de salvaguardar a liberdade e os direitos dos cidadãos, que o conceito de poder constituinte torna-se cabível. Ele é o elo de ligação entre os cidadãos e a constituição. Como salienta Bonavides: "A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder".<sup>4</sup> Assim, a suprema capacidade de criar e derrubar constituições nasceu atrelada ao povo ou "nação", no dizer de Sieyès, pois somente ele possuía legitimidade para

<sup>2</sup> *apud* SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México, D. F.: Nacional, 1981. p. 06.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. p. 58.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 120.

ostentar tamanho poder. Em sua essência, o poder constituinte não pertence ao mundo do direito, pois não se rege por nenhuma prescrição legal, bastando "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".<sup>5</sup> Ao passo que os poderes constituídos estão submetidos à constituição, o poder constituinte não se sujeita a nada. Em face do poder constituinte o Estado é tão impotente quanto Moisés no Monte Sinai. Assim como o profeta, o Estado acata e zela por mandamentos que não provêm dele, mas de uma vontade suprema e obscura.

A teoria do poder constituinte vigorou enquanto a sua titularidade pertencia exclusivamente ao povo ou à nação. No entanto, com a restauração das dinastias reais européias após a derradeira queda de Napoleão Bonaparte, os monarcas passaram a outorgar constituições, reivindicando assim poderes constituintes. Certamente existiam incompatibilidade na simbiose entre a teoria do poder constituinte e a legitimidade dinástica da monarquia.<sup>6</sup>

Entretanto, esse foi um fator político decisivo para o abandono da idéia de poder constituinte pela burguesia européia ao longo do século XIX. Ademais, a titularidade constituinte do povo ou da nação assentava-se sobre bases *jurnaturalistas*, as quais passaram a ser duramente contestadas pelo positivismo jurídico já no século passado.

O pensamento de Hans Kelsen constitui a melhor expressão desse positivismo que decididamente expurgou a teoria do poder constituinte do âmbito da ciência jurídica. Para Kelsen a validade da constituição e, por conseqüência, de todo o sistema normativo, repousa em última instância sobre uma norma fundamental pressuposta pela razão cognoscente. Kelsen, em seu esforço de outorgar um *status* científico ao direito, cuidou de depurá-lo de todos os elementos axiológicos, resguardando apenas as estruturas formais-normativas. Tais estruturas, uma vez isoladas na categoria abstrata do *dever-ser*, mantinham uma relação

escalonada indo da decisão judicial individual e concreta até a lei geral e abstrata que, mediata ou imediatamente, remontava à constituição. Esta, por sua vez, tinha como pressuposto uma norma hipotética fundamental. Noutros termos, a validade de uma certa norma jurídica era determinada por uma outra norma hierarquicamente superior e assim por diante. Tal raciocínio tinha o inconveniente de remeter o problema da validade de uma norma a um encadeamento normativo sem fim. Assim, a norma fundamental surgiu como um recurso lógico-formal que impedia a regressão ao infinito. Paulo de Barros Carvalho assim determina a natureza da norma fundamental:

"A 'norma fundamental' kelseniana é um princípio epistemológico-jurídico, colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do direito. Sem a 'norma fundamental', ou regressáramos ao infinito jamais começando a tarefa cognoscente, ou sacrificáramos o cãnone do isolamento do objeto, sem o que o estudo não atingiria a dignidade de ciência."<sup>7</sup>

Kelsen, ao realizar tal feito, não poderia admitir o poder constituinte como fundamento de um sistema jurídico assim concebido, pois isso equivaleria a fundar todo um sistema formal sobre uma vontade absoluta e obscura, uma vez que o poder constituinte pode assumir qualquer forma, bastando para isso que a "nação" queira. Sieyès assim explicita o princípio voluntarista imanente ao próprio conceito de poder constituinte: "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".<sup>8</sup> Para Sieyès, em conformidade com sua época, acima do poder constituinte havia apenas o direito natural. Para Kelsen, também em consonância com sua época, que não era a de Sieyès, inexístia qualquer razão além das estritas fronteiras da normatividade. Assim sendo, Kelsen, resguardando a absoluta coerência de seu sistema normativo, terminou por rejeitar a teoria do poder constituinte.

Coisa bem diversa ocorre no pensamento de Carl Schmitt. Para o polêmico jurista de Weimar a constituição (em seu sentido positivo, como ele denominou) é a decisão quanto ao modo e à forma de existência de uma determinada unidade política. O poder constituinte, ao seu turno,

<sup>7</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. "O princípio da segurança jurídica". In: *Revista da APG*. São Paulo: Associação dos Pós-Graduandos da PUC (SP), n. 3, 1993, p. 120.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 120.

<sup>5</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*: qu'est-ce que le tiers état? Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 120.

<sup>6</sup> Carl Schmitt constata tal incompatibilidade. Para o controvertido jurista de Weimar, o poder constituinte é uma vontade absolutamente imprevisível, ao passo que a monarquia assenta-se sobre a legitimidade hereditária e, portanto, de conteúdo pré-fixado: "la Nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser lo que, aforme, forma. La monarquía hereditaria, por el contrario, es una institución ligada al orden sucesório de una familia, y, por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía no puede ser considerada, como el pueblo o la Nación, basamento de toda la vida política." (*op. cit.*, p. 95).

é: "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política".<sup>9</sup> Assim, o poder constituinte é o fundamento da constituição — vale dizer: é o sujeito que formula a decisão fundamental quanto ao modo e à forma de existir de uma determinada comunidade política. Dessa maneira Schmitt repudia a idéia de constituição tendo como pressuposto uma norma fundamental, construindo todo o ordenamento jurídico sobre uma vontade política existencial e não mais sobre a natureza racional da norma hipotética. Em síntese, Schmitt resgata o conceito de poder constituinte, reafirmando-o como fundamento da constituição e, consequentemente, de todo o direito.

Schmitt aceita sem transformos a idéia de poder constituinte somente porque não busca compreender o direito a partir da norma, como faz Kelsen. Antes lhe interessa a vontade que impõe a norma, o momento da exceção e não o da regra. "A exceção" — nas palavras de Schmitt —

"é mais interessante que o caso normal. Este último não prova nada, a exceção prova tudo; não apenas ela confirma a regra: a própria regra vive da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica enrijecida na repetição."<sup>10</sup>

Dessa maneira Schmitt se coloca em campo oposto ao de Kelsen, pois não o preocupam as delicadas questões epistemológicas acerca da "pureza" do objeto científico. Pelo contrário, o momento excepcional da decisão que cria o universo das normas jurídicas é o que lhe interessa. Daí justificar-se o resgate da teoria do poder constituinte excomungada por Kelsen. No entanto, Schmitt repudia os pressupostos *jusnaturalistas* ínsitos ao conceito originalmente elaborado por Sieyès, substituindo-os pela vontade política existencial capaz de impor a decisão quanto ao modo de ser e de viver de uma nação. Trata-se de um raciocínio que se curva ante a realidade existencial e não ante um imperativo lógico-formal.

Por fim salientamos a curiosa simbiose operada por Norberto Bobbio que admite a idéia de poder constituinte dando-lhe como pressu-

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 86.

<sup>10</sup> *apud* MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização*: as categorias do tempo. Tradução de Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 1995. p. 232.

posto, no entanto, a noção de norma fundamental. Para Bobbio é a norma fundamental que atribui "ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas".<sup>11</sup> Dessa maneira Bobbio torna o poder constituinte um poder jurídico, uma vez que este é o produto de uma norma fundamental. Tal "juridicização" do conceito equivale à sua negação, pois a vontade constituinte colocada à sombra da norma fundamental assemelha-se mais ao exercício de uma competência do que à expressão de uma vontade soberana e originária.

Dessa breve exposição das teorias sobre o fundamento das constituições pode-se concluir que a idéia de um poder constituinte assenta-se sobre a noção de vontade política, ao passo que a norma fundamental expressa a idéia de razão, no sentido de excluir qualquer noção voluntarista da fundamentação da constituição.

Como já foi adiantado, tal distinção lança raízes em uma longa tradição filosófica que distingue razão e vontade ou lei e arbítrio.<sup>12</sup> tradição essa tão antiga que encontra expressão em Aristóteles. Para esse a democracia é caracterizada pelo império da lei, ao passo que na demagogia — a versão decadente e corrompida da democracia, a lei não detém o sumo poder: "Os demagogos são a causa de a autoridade soberana repousar nos decretos, e não nas leis, pelo cuidado que eles tomam de tudo conduzir ao povo",<sup>13</sup> transformando-o assim "numa espécie de monarca de mil cabeças".<sup>14</sup>

Tal distinção persistiu ao longo dos séculos vindo a tornar-se característica da moderna concepção de Estado de Direito, pois essa encerra a idéia de que a lei não é o resultado de uma vontade absoluta e imprevisível, mas o fruto de um processo racional. A racionalidade da lei, por um lado, é determinada pelo processo legislativo marcado por procedimentos constitucionais e pelo princípio da maioria parlamentar, tal como ocorre nas democracias representativas. Por outro lado, as características de generalidade e abstração da lei são os resguardos de sua impessoalidade e universalidade. Noutros termos, o fato de a lei valer para todas as pessoas e casos cabíveis a torna suficientemente

<sup>11</sup> *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: UnB, 1994. p. 58.

<sup>12</sup> Cf. SCHMITT, Carl. *op. cit.*, p. 161 ss; FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte*: a legitimidade recuperada. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 35—6.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 238.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 238.

distante das contingências sociais e políticas. Daí a sua *ratio*. Essa concepção de lei corresponde à negação da idéia de vontade soberana predominante à época das monarquias absolutas. Ela contrasta com as ordens pessoais e contingentes dispostas pela vontade do Príncipe.

Kelsen não fez mais do que levar às últimas conseqüências um pensamento bastante antigo que distingue razão e vontade, lei e arbítrio. Assim, ao expurgar o conteúdo valorativo do sistema jurídico, Kelsen estava em verdade retirando a *voluntas* da lei. Dessa maneira Kelsen afirma a razão formal-universal da lei em face do seu conteúdo axiológico, regido pela vontade inconstante dos homens. Em suma, Kelsen, ao propor o objeto da ciência jurídica, repudia a "vontade" insita ao direito, daí a sua indiferença aos conteúdos normativos, à ideologia e ao poder constituinte.

Schmitt percorre o caminho contrário, pois afirma o momento da vontade em detrimento da *ratio* da lei. A vontade constituinte é absolutamente imprevisível, salvo se admitir-se, como faz Sieyès, a idéia de um direito natural pré-existente. Assim, essa suprema vontade capaz de criar e derrubar constituições assemelha-se ao juízo (um tanto místico) feito pelo monarquista espanhol Donoso Cortes:

"El poder constituyente no puede localizar-se por el legislador, ni formular-se por el filósofo: porque no cabe en los libros y rompe el quadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nuble, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue."<sup>15</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro : Ediouro, s/d.
- BOBBIO, Norberto. "O modelo jusnaturalista". In: *Ensaíos escolhidos*. Tradução de Sérgio Bath. Rio de Janeiro : C. H. Cardim, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. Leite dos Santos. 5 ed. Brasília : UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. "O princípio da segurança jurídica." In: *Revista da APG*. São Paulo : Associação dos Pós-Graduandos da PUC (SP), n 3, 1993.

FAORO, Raymundo. *Assembléia constituinte: a legitimidade recuperada*. 3 ed. São Paulo : Brasiliense, 1985.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza dos Santos. 3 ed. São Paulo : Abril Cultural, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1987.

MARRAMAO, Giacomo. *Poder e secularização: as categorias do tempo*. Tradução de Isabel Maria Loureiro. São Paulo : Unesp, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México, D. F.: Nacional, 1981.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?* Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988.

<sup>15</sup> *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 126, nota 10.