

TAVARES, G.O. O direito fundamental de resistência do Movimentos dos Sem-Terra. In: GUERRA FILHO, W.S. (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45-61.

TOLEDO, F.A. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 280 p.

VAZ, I. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 698 p.

## DO PODER CONSTITUINTE

Carlos Roberto Ramos,

Professor do Dep. de Direito da UFV (aposentando)  
Mestre em Direito pela UFMG

**SUMÁRIO:** 1. Notícia Histórica - 2. Constituição - 2.1. Conceito - 2.2. Tipos de Constituição - 3. Conceito de Poder Constituinte Originário - 4. Natureza do Poder Constituinte Originário - 4.1. Poder de Fato - 4.2. Poder de Direito - 5. Titularidade - 6. Poder Constituinte Originário - 6.1. Características - 7. Poder Constituinte Derivado (Instituído, de 2º Grau, de Revisão e Constituído) - 7.1. Características - 7.2. Limites - 7.2.1. Circunstâncias - 7.2.2. Materiais - 7.2.3. Temporais - 8. Conclusão - 9. Literatura Consultada.

**PALAVRAS-CHAVE:** constituição; constituinte; estado; e nação.

### 1. NOTÍCIA HISTÓRICA

A idéia de Constituição não é nova, e, sem exagero, pode-se dizer que ela surgiu no mundo antigo, na Grécia. Aristóteles, em "A Política", descreve o regime de uma cidade, quando tece considerações a respeito da teoria geral do governo-modelo; da diversidade de partes de que se compõe a cidade; da democracia; da qual a melhor forma de governo; dos corpos deliberativos; dos magistrados e das magistraturas; dos juízes e dos julgamentos; da atribuição da soberania; etc. Não seria, pois, um protótipo da Constituição?

A palavra Constituição, com o sentido mais atual, é assim referida por CÍCERO (1), em sua obra "Da República": "...Em suma, não há felicidade sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República".

Foi na Inglaterra, entretanto, na Idade Média, que a liberdade política e a igualdade civil se manifestaram timidamente como condições indispensáveis à vida social. João Sem Terra, na luta que travou com os barões e prelados (título honorífico privativo de dignidades eclesiásticas), foi

vencido em 1215, quando foi obrigado a assinar a Magna Carta, em cujos 63 artigos se vêem as garantias e as limitações à autoridade real, reclamadas pelos nobres e pelos religiosos. O povo não participou daquele movimento. Trata-se de um marco histórico, muito embora não passasse aquele documento de um acordo entre a nobreza e os prelados com a monarquia.

Apesar da discussão dos autores acerca da época exata do aparecimento da “Lex Fundamentalis”, o sentido de lei fundamental veio da Europa, aproximadamente no século XIV, lei que tem força superior à das demais, ficando o rei obrigado ao seu cumprimento.

As Leis Fundamentais do Reino eram aquelas superiores aos próprios reis, sob as quais ele era impotente, nos momentos de crises, eram invocadas. Distinguiam-se entre Leis Fundamentais do Reino e Leis do Rei, assemelhando-se estas últimas às leis ordinárias.

Luís XIV, símbolo do absolutismo em França, que dizia poder tudo, não pôde se fazer suceder por sua filha, uma vez que a Lei Sálica (Lei Fundamental do Reino) não permitia o acesso de mulheres ao trono.

HORTA (2) afirma que se deve ao filósofo suíço Vattel “a tarefa de esclarecimento do conceito de ‘Lex Fundamentalis’ e de sua projeção no plano jurídico-político da Lei Constitucional, a que ele confere conteúdo de permanência e superioridade em relação às outras leis do Estado”.

Em 1628, o Parlamento impõe ao monarca (Carlos I) a “petition of Right”, que continha, basicamente, a proibição de se instituírem impostos sem a audiência do Parlamento, bem como a vedação de prisões arbitrárias e o uso de lei marcial em tempo de paz.

A seguir, com a revolução liberal e burguesa ocorrida na Inglaterra, ressurgiu indispensável a idéia de um constitucionalismo em linhas definidas, originando-se o “Agreement of the People” (1647) e o “Instrument of Government” (1653).

Derrubada a Monarquia dos Stuarts, ascende ao poder o famoso Cromwell, que entendeu necessária a elaboração de uma nova ordem jurídica, que se consubstanciou no “Instrument of Government”.

Mais recentemente, em 1689, o Parlamento aprovou o “Bill of Rights” – Declaração de Direitos –, contendo em seus 13 preceitos limitações ao poder do rei, proibindo-o de suspender leis; consagra o direito de petição, assegura a liberdade e a inviolabilidade dos membros do Parlamento quando no exercício de suas funções e proíbe o favor régio, ou seja, a dispensa do cumprimento de lei por parte de alguém.

Como se pode depreender, o Parlamento vai limitando a autoridade do rei, estabelecendo a liberdade dos cidadãos, condicionando o monarca às leis

aprovadas pelo órgão competente, proibindo penas excessivas e cruéis aos criminosos, franqueando aos cidadãos o direito à petição etc. Faltava-lhes o direito à liberdade religiosa, fato que fez com que os ingleses contrários à religião oficial de seu país fossem perseguidos, resultando na fuga deles, no navio May Flower, para a América do Norte, onde fixaram residência. A América do Norte muito ganhou com esses novos habitantes, consagrando-se lá, unanimemente, os direitos individuais, à mercê do espírito liberal e da experiência dos ingleses lá refugiados.

Em 1776, emancipam-se as colônias inglesas da América do Norte, tendo cada uma delas um esboço da Constituição, onde se consagravam os pressupostos liberais, conquistados ao longo da história. Aqui, começa a surgir a fase áurea do constitucionalismo, que vai influenciar todo o mundo. Desta forma, ao que tudo indica, nasce a primeira Constituição escrita, a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada na Convenção de Filadélfia, em 1787.

Segue-se-lhe a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, elaborada pela Assembléia Constituinte da França, de 18 a 27 de agosto, logo após a Revolução de 1789. Nela ficou famosa a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, como se intitulou à época. Esse documento, sendo a mais ampla declaração de direitos individuais, o mais complexo, o de mais solene redação, ofuscou os demais que o antecederam.

Os efeitos desse movimento alastraram-se pelo mundo, sofrendo, pois, a Constituição Norte-Americana de 1787 a sua primeira emenda, em 1799, justamente para incorporar aqueles princípios elencados na Constituição Francesa.

Basicamente, hoje se repete, em todas as Constituições do mundo, o capítulo das declarações do direito do homem. É verdade, todavia, que a evolução e o dinamismo do direito têm burilado aqueles princípios, mas, para nós, como bem o disse Rui Barbosa, “eles são imortais, mas não imutáveis”.

Imortais porque encerraram uma página de lutas, de desrespeito ao ser humano, fazendo renascer a esperança no Estado fraterno, livre e democrático.

## 2. CONSTITUIÇÃO

### 2.1. Conceito

Constituição – do latim *constitutio*, de *cum* + *statuere*, significando estatuir conjuntamente, indicando ordem, organização, composição e ato de firmar, de estabelecer, de constituir.

Antes de se adentrar no conceito de constituição, é bom deixar claro, de antemão, que esta comporta uma visualização sociológica ou material, jurídica ou formal. Cada Estado, cada associação política, cada unidade política, cada grupo social pressupõe uma individualidade, relevando características próprias, tradições suas, aspirações e emoções peculiares. Isso faz com que surjam, também, vontades, estruturas organizacionais, “modus vivendi” privativos, particulares de cada ente político. Essa realidade social, inconteste, influencia, ou pelo menos deveria influenciar, as normas escritas fundamentais, que nascem, assim, de uma vontade geradora legítima. Ao contrário, constatar-se-ia uma norma divorciada da realidade, razão permanente de descrédito e de desobediência civil conscientes.

Nesse aspecto, é sempre presente o ponto de vista de LASSALE (3): “Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito, senão de poder; a verdadeira Constituição de um país só reside nos fatores reais e efetivos do poder que regem esse país; e as Constituições escritas não têm valor nem são duradouras a não ser quando dão expressão fiel aos fatores de poder imperantes na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que vocês devem guardar”.

Nesse ponto, aliás, contestam-se os Positivistas ou Normativistas, os quais defendem a Constituição apenas sob o enfoque jurídico, como se esta, a Constituição, fosse apenas produto da elaboração humana, distante dos anseios da nação.

É bem verdade, outrossim, que numa sociedade pouco evoluída se deve mesclar realidade social com alguns preceitos modernos, pinçados até mesmo do Direito Comparado, como forma de forjar uma nova tendência ou mentalidade salutar à nação.

A despeito disso, BRYCE (4) sentencia: “As constituições são expressão do caráter nacional; mas, por sua vez, as constituições modelam o caráter daqueles que se habitam a elas”.

As constituições não podem nascer da vontade de poucos, da vontade de governantes, tão comprometidos, mas da vontade do contingente humano que compõe o Estado, que é, em suma, a razão deste.

O reitor Sebastião Guimarães Vieira, da Universidade Regional do Nordeste, no Boletim do Conselho de Reitores, muito bem se expressou, ao atestar que “A Constituição é um apelo, é um horizonte, é uma possibilidade de institucionalizar as necessidades e os anseios da pátria, consubstanciando um tipo de ordenamento jurídico para reger os direitos da cidadania, em razão do bem-estar social da população, dentro da ordem pública. A Constituição é, por conseguinte, a legitimação do bem comum”.

Infere-se, pois, que a Constituição Sociológica ou Material é aquela que antecede a Constituição Escrita, é a organização estatal, são os costumes, as instituições políticas não codificadas.

Finalizando, FERREIRA (5) aduz: “O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve, alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, os sistemas de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével”.

Sobre o prisma jurídico ou formal, a Constituição seria a transposição daqueles anseios, tradições e realidade social para um código, ou melhor, para uma lei escrita, no caso a Lei Fundamental, mas não é só isso; há de acrescentar àqueles fatos o produto da inteligência do Poder Constituinte, da força revolucionária de que, muitas vezes, ele se investe. Se se admitirem a coincidência e a superposição da carta social e política, a inteligência e a evolução do homem sejam desprezadas, não necessitando, dessa forma, elaborar a constituição; seria simplesmente a transcrição. O Direito está sempre à procura do aprimoramento, de tal forma a se aproximar da verdadeira Justiça e, como tal, é um eterno *dever ser* – uma busca contínua do bem comum.

A Constituição Jurídica ou Formal seria o “produto acabado”, o conjunto ordenado de regras jurídicas maiores, porque superiores a todas as outras, cuja matéria-prima é a vontade soberana da nação.

BURDEAU (6) propõe o seguinte conceito de Constituição: “A constituição é a regra pela qual o soberano legitima o Poder aderindo à idéia de direito que ele representa determinando em consequência as condições de seu exercício”.

Para o festejado autor, a constituição é condição do Estado de Direito. Alinhavando seu pensamento, depreende-se, claramente, encontrar-se o porquê de uma constituição exatamente na força obrigatória, coativa, resultante da idéia de Direito que a carta encerra. Distinguindo a constituição em social e política, ele afirma que a Constituição social se aplica a certa maneira de ser da sociedade, ao passo que a política diz respeito ao Estado. Uma compreende as tendências, as tradições, os usos morais, sociais, econômicos, ao passo que a outra não comporta senão regras jurídicas. Uma, a social, engloba a totalidade da vida em grupo; a outra, a política, visa o fundamento, a disposição e o exercício do Poder Político.

Na verdade, o conceito de constituição preocupa os autores, uma vez ser difícil precisá-lo, ademais que cada época o enfocou sobre prismas diversos. No período após a Revolução Francesa, não havia falar-se em constituição sem que nela preponderassem os Direitos Individuais e a Separação de Poderes. Antes desse período, preocupou-se mais com a limitação da monarquia e a restrição de se instituírem tributos. Modernamente, a Constituição absorveu conceitos sociais, englobando muito mais que a tradicional regulamentação da forma de governo e a garantia das liberdades do povo. Hoje, sua conceituação passaria por uma amplitude, pois, mais e mais, aviva-se a crença numa carta legítima, que estende seus braços sobre todas as conquistas do homem através dos tempos, tratando dos mais diversos assuntos integralizadores do acervo da Nação. Ampliaram-se não só os direitos, mas, sobretudo, as garantias, ou a maneira concreta e efetiva de fazê-los valer.

Na vasta conceituação existente, ora se deparam com noções de hierarquia – “É a lei fundamental do Estado, anterior e superior a todas as outras Orban”; ora o sentido de gestão administrativa – “Um processo de racionalização e planificação da vida estatal” (Garcia Pelayo); ora o sentido exaustivo – “Constituição é o conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes a competência, declara a forma de governo, proclama e assegura os direitos individuais” (Darcy Azambuja).

Em se tratando de constituição escrita, sintética e elucidativa, tem-se a lição de FERREIRA (7): “É a totalidade de preceitos jurídicos fundamentais delimitados por escrito pelo poder constituinte”. Aqui, o sentido mais atual de constituição, pois pressupõe um poder constituinte soberano, legítimo, que ditará as normas em consonância com os anseios duradouros da Nação.

## 2.2. Tipos de Constituição

Se cada Estado tem as suas peculiaridades e singularidades, não seria possível exigir-se um modelo constitucional único ou uniforme, pois, sendo soberanos, os Estados escolhem a forma que melhor os atenda. Vários doutrinadores estabeleceram critérios para classificar as constituições. BRYCE (8) classificou-as, quanto à alterabilidade ou consistência, em Rígidas e Flexíveis ou Plásticas.

Rígidas são as constituições que oferecem resistência a reformas, permitindo-as, porém estabelecendo solenidades e imposições pesadas para tal desiderato. Entende-se que a lei fundamental não se revoga como as leis

ordinárias, mas por intermédio de procedimentos outros contidos nas cartas, o que serve, também, para diferenciar as leis constitucionais das demais. Imutáveis não são, porque seria admitir-se o Estado estático. Existe a evolução natural, própria mesma da sociedade humana, que exige novas regras e recursos novos para situações novas. Por isso dizer-se que o Direito é dinâmico, ele acompanha a época.

A reforma, revisão ou emenda da Constituição, no sistema rígido, faz-se por uma maioria qualificada dos representantes do povo, ou por intermédio de consulta ao próprio povo, via “referendum”. A esse respeito dispõe cada constituição. Montesquieu, por certo, adotaria esse tipo, pois previu que a menor mudança numa constituição destrói-lhe os princípios e causa-lhe a ruína.

A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte é a que melhor se enquadra nesse sistema, pois exige que a maioria de 2/3 do Congresso ou 2/3 das Assembléias dos Estados apresentem proposta de alteração, que, apesar de aprovada pelo Congresso, só vigorará se for ratificada por 3/4 das Assembléias estaduais.

Flexíveis, quando a constituição permite alterações sem maiores delongas, mudanças essas que podem ser feitas pelo parlamento comum. Tendo por critério de classificação sua forma, podem, as constituições, ser Escritas e Costumeiras. Escritas porque o seu conteúdo vem catalogado em documentos escritos, produto de uma elaboração consciente. É palpável por quantos lhe queiram conhecer os ensinamentos. O movimento liberal do século XVIII realçou-as, apontando algumas vantagens de sua adoção, como:

- 1) A constituição escrita é mais solene, não podendo ser alterada ao bel prazer; obedece às formalidades nela expressas, sendo passível de consulta por todos, sendo até meio educativo.
- 2) A constituição escrita fixa, de forma inconfundível, a organização política estatal. A primeira constituição desse tipo, já foi dito, é a dos Estados Unidos da América do Norte.

Costumeiras, também denominadas Consuetudinárias, porque se arrimam nos usos e costumes fixados pela tradição. Aqui, não se elaboram normas, transcrevem-se os costumes existentes e consagrados.

Até o século XVIII, não havia constituições escritas. Quando muito, eram escritos esparsos, deficitários e incompletos que continham, às vezes, só a forma de governo, a sucessão da coroa, os privilégios da nobreza e do clero etc.

Os contrários a esse tipo de constituição alegam seus inconvenientes:

- 1) É conhecida apenas por uma minoria, os especialistas, não sendo, dessa forma, educativa, uma vez que não permite a todos conhecê-la.
- 2) Está sujeita a deformações e interpretações casuísticas.

A Inglaterra, atualmente, é, ainda, um Estado de Constituição Costumeira. Os problemas fundamentais de sua organização política figuram em instituições seculares, como a Magna Carta, do rei João Sem Terra, de 1215, e outros dos séculos posteriores. O Parlamento inglês tem o poder de adaptar ou reajustar as disposições antigas às circunstâncias da época.

Quanto à origem, as constituições podem ser votadas ou outorgadas.

Votadas quando elaboradas ou formuladas pelo povo, por intermédio de seus legítimos representantes, os quais se reúnem, em convenção ou em assembléia, com o fim único de elaborar e promulgar a constituição. A Carta norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 se enquadram aí. Outorgadas quando impostas de cima para baixo, pela vontade unilateral de um ditador, sem a participação do povo ou de seus representantes: as Constituições do Brasil de 1824 e 1937, outorgadas, respectivamente, por D. Pedro I e Getúlio Vargas.

JACQUES (9) acresceu às classificações existentes a que diz respeito ao dogma, podendo ser “Ecléticas e Ortodoxas”. Ecléticas, quando absorvem mais de uma ideologia, permitindo a influência plúrima de ideologias. A Constituição de 1946 (Brasil) trouxe influência socialista e liberal – Constituição de Weimar e Constituições Norte-Americana e Francesa, respectivamente. Ortodoxas são as constituições que se fecham em uma única ideologia, fazendo mesmo desta uma apologia. A Constituição da União Soviética de 1936 e a da China de 1954 servem de exemplo.

### 3. CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A Revolução Francesa veio, efetivamente, consagrar a teoria do Poder Constituinte.

Deve-se ao Abade Sieyès toda a formulação da doutrina do Poder Constituinte, que expôs em sua obra “Qu’est ce que le Tiers État”?

Poder Constituinte é, pois, aquele que cria a Constituição. Sieyès diferenciava Poder Constituinte do Poder Constituído. Para ele, o Poder Constituinte elaborava a Lei Fundamental e o Poder Constituído a Lei Ordinária. “A Constituição não é obra do Poder Constituído, mas do Poder Constituinte.”

Para o festejado autor, todo Estado tem uma Constituição, produto de um Poder – O Constituinte –, que é anterior à Constituição. É esse Poder Constituinte que cria os Poderes do Estado, ou os Poderes Constituídos, portanto é-lhes superior. Seria como uma relação de criador e criatura.

O que é, pois, a Constituição senão a regulamentação das ações do Estado, da liberdade dos cidadãos, de seus direitos para com a coletividade e da coletividade para com ele? Enfim, é a própria vontade do povo que estabelece o “modus vivendi” de seu país, visto que a constituição é a expressão de soberania. É o retrato da vontade popular, ao menos no Estado democrático.

“Poder Constituinte é poder do povo de decidir sobre a constituição fundamental do Estado. É o poder de elaborar e promulgar a Constituição. É o poder que define o regime político do Estado e o seu sistema de Governo. É o poder de criar os órgãos principais do poder público, fixando-lhes as atribuições, as competências e as limitações. É o poder fonte dos Poderes do Governo. Dele é que derivam e dependem os demais poderes. Todos os demais Poderes são constituídos por determinação dele. São, pois, Poderes constituídos. Somente ele, e mais nenhum, é originariamente constituinte” JÚNIOR (10).

Para FRANCO (11), “O Poder Constituinte Originário apresenta-se, ou no momento da organização do Estado, por exemplo, no caso de uma antiga Colônia que conquista a independência e elabora a sua lei constitucional, ou, também, dentro dos Estados já existentes, nas ocasiões em que revoluções, guerras externas, ou outros acontecimentos, tornam necessária a reordenação jurídica fundamental do Estado”.

HORTA (12), estudando a natureza do Poder Constituinte, ensina: “Historicamente, o Poder Constituinte Originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no *golpe de Estado*. A revolução como fenômeno que subverte a estrutura estatal e social. O *golpe de Estado* como transformação do ordenamento estatal por atividade inconstitucional de órgão do próprio Estado”.

AGESTA (13), em sua talentosa explicação de Donoso, afirmava que “O poder constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo; porque não cabe nos livros e rompe o quadro das constituições; se aparece alguma vez, aparece como o raio que rasga o centro da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e some”.

Nas expressões anteriores se percebe, claramente, o caráter originário e extraordinário com que se produz a ordem constitucional, quando tem sua fonte numa decisão criadora. Esta não se apóia em nenhuma ordem anterior. Está acima de todos os poderes constituídos e de todas as razões, que podem fundamentar um direito ao exercício desse poder. É simplesmente um fato histórico que acusa sua presença com sua atuação, fundando suas decisões no impulso e na eficácia de sua vontade.

Poder Constituinte Instituído é aquele que vem disposto na Constituição, pressupõe uma Lei Fundamental anterior, que delimita poderes e a forma de exercê-los.

BURDEAU (14) ressalta que para “se saber a quem ele (Poder Instituído) pertence, basta se reportar à Constituição. É ela que prevê a autoridade a quem incumbirá eventualmente o direito de a modificar: qualificada pela Constituição, esta autoridade é, pois, um órgão do Estado”.

Poder Constituinte Instituído é, assim, aquele conferido, geralmente, ao Poder Legislativo previsto na Constituição, a quem se defere poder de revisão ou de emenda, mediante certas exigências.

Conclui-se, assim, que o Poder Constituinte Originário nasce da revolução, processo radical legitimado pela Nação, cujo fim é a transformação social, política e, até mesmo, econômica do Estado. Há, aqui, um basta na estrutura antiga, nascendo no Estado uma nova ordem, sem compromisso com o regime antigo, apenas compromissado com o Direito Natural, aquele que faz os indivíduos crerem num ideal dominante, num ideal de justiça social, acima das leis.

Nesse sentido, há clareza nos dizeres de AGESTA (15): “O poder constituinte não encontra sua justificação em uma legitimidade jurídica anterior; seu fundamento é de caráter transcendente à ordem jurídica positiva. Pode apresentar-nos como um puro fato de força, pois normalmente deve buscar seu fundamento em um Direito superior ao positivo. A doutrina de um *direito à revolução* tem aqui seu lugar”.

A revolução é, destarte, a quebra de continuação da ordem vigente. Nasce, também, o Poder Constituinte Originário de um *golpe de Estado*, do alto para baixo, fazendo com que o representante do Estado, por intermédio de atividades contrárias à Constituição, imponha uma nova ordem, muitas vezes frontalmente contrária ao direito vigente. Nesse mister, conta, o mais das vezes, com o apoio de membros do Governo e de grupos fiéis a este.

BONAVIDES (16) afirmou que “O Poder Constituinte sempre existiu, porque jamais deixou de haver ato ou o procedimento de uma sociedade para estabelecer os fundamentos de sua própria organização”.

Em que pese a palavra anterior, não se pode negligenciar que foi com Sieyès, no final do século XVIII, que o Poder Constituinte se reveste das características de *soberania nacional*, tal qual é entendido hoje. A elaboração de uma teoria do Poder Constituinte se deve, inegavelmente, ao referido Abade.

#### 4. NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

##### 4.1. Poder de Fato

Os positivistas só entendem por Direito o conjunto de normas jurídicas, elaboradas, positivas, no sentido de que se encontram elencadas. Para essa corrente, o Direito é ordenadamente jurídico, produto de uma das funções do Estado: a função legislativa.

A maior relevância da teoria positivista se encontra em Hans Kelsen, que tratou de eliminar os fenômenos não-jurídicos do Direito, consagrando que o Direito é norma, nada mais. O conhecimento jurídico era, para ele, o conhecimento do direito positivo.

Depreende-se do raciocínio de MALBERG (17) que o órgão estatal nasce da Constituição, portanto a Constituição é anterior ao órgão que poderia tê-la elaborado. No momento de se apreciar a Constituição que deu origem ao Estado, a primeira infere-se que não existia órgão algum, nem sequer existia este como pessoa jurídica, pois a pessoa do Estado só nasce pela organização efetiva da coletividade nacional. Chega-se, dessa forma, à conclusão insofismável de que a Constituição inicial, primitiva do Estado, aquela que lhe deu origem, não proveio de seus órgãos, mas de uma fonte situada fora do Estado. Vale dizer que, na origem do Estado, existem uma vontade e um poder distintos do próprio Estado, vontade e poder que só podem ser de indivíduos; vontade geradora do Estado, anterior e superior a ele. A soberania absoluta ou propriamente dita, portanto, está situada primitivamente fora do Estado, donde se dizer que é necessário buscá-la nos indivíduos, na Nação.

Para o preclaro autor, o Direito nasce com o Estado, não preexistindo a este. Isso posto, fácil é consentir que os positivistas não encaram a Constituição ou o Poder Constituinte, aquele que deu vida à Constituição, como um poder de direito. Se o direito não foi estabelecido pelo Estado não é Direito, é sim um *fato*. O poder de elaborar a carta constitui, no dizer daqueles, *mera força social*.

CUNHA (18) sintetizou: “O poder constituinte originário, para o positivismo é metajurídico. É um fato anterior ao direito posto, que lhe tira, portanto, o caráter de poder jurídico”.

O Poder Constituinte é, para essa corrente, um *Poder de Fato*, pois nasce por si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior.

#### 4.2. Poder de Direito

Admitindo a existência de um direito anterior ao direito positivo, tem-se que o Poder Constituinte é um poder de direito, oriundo de um poder natural do homem de organizar a sua vida social.

Os jusnaturalistas São Tomás de Aquino – O filósofo da Igreja –, Grócio e Kant, dentre outros, sempre entenderam que o Direito Natural preexiste, antecede e embasa o Direito Positivo.

SANTOS (19) ressalta que “A idéia da liberdade, a inclinação social do homem e o direito dos homens organizarem a sociedade política, sem dúvida, constituem os primados, os elementos comuns e fundadores do Direito Natural”.

BURDEAU (20) afirmou que o Poder Constituinte Originário é um *poder inicial, autônomo e incondicionado*, portanto bem diferente dos poderes catalogados numa constituição. De pronto, evidencia-se a superioridade daquele sobre estes, pelas condições mesmo apontadas pelo grande tratadista. Está claro, pois, que o Poder Constituinte originário é anterior à Constituição, pois se impõe ao próprio Estado. Continuando, reforça que esse Poder é uma força política dominante, trazendo consigo nova idéia de Direito, que se sobrepõe às idéias antagônicas, ou contrárias, mudando, transformando o Direito. Há, pois, nesse instante, quebra de continuidade de uma ordem jurídica, impondo-se nova ordem.

Acha o referido mestre que é paradoxal não se reconhecer juridicidade a um Poder que pode mudar o Direito Positivo ou impor-se a ele. Evidentemente, que esse poder não é um *Poder de Direito Positivo*, mas um poder que traduz a idéia de direito dominante, autônomo, não pertencente ao Positivismo ou ao Jusnaturalismo.

Para os jusnaturalistas, portanto, o Poder Constituinte Originário é poder de direito, porque se funda em direito natural, anterior ao direito posto pelo Estado, ou direito positivo.

#### 5. TITULARIDADE

Para o abade Sieyès, a titularidade do Poder Constituinte se encontra na Nação. Entende que a única força a que a Nação deve obediência é ao Direito Natural, justamente por ser este anterior e superior àquela. Não é sem razão que esclarece: “A Nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes e acima dela, só existe o direito natural...”.

É bem verdade, outrossim, que para o referido autor a Nação se constituía no “terceiro estado”, na burguesia, excluindo as classes privilegiadas, como a nobreza e o clero. Talvez, movido pelo espírito revolucionário, o certo é que a sua Nação era a burguesia. Às vezes, levado até pela força da maioria, uma maioria com unidade de pensamento, aspirante de mesmos ideais e anseios – era o “terceiro estado”, pois o clero e a nobreza tinham vontades diferentes, divergentes das daquela maioria.

AZAMBUJA (21) explica: “Nação é um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses comuns e, principalmente, por ideais e aspirações comuns. Povo é uma entidade jurídica; nação é uma entidade moral no sentido rigoroso da palavra. Nação é muita coisa mais do que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível e poderosíssimo: o patriotismo... A nação, pois, não é apenas o presente, mas também as gerações passadas e as vindouras, a herança de umas e o porvir de outras, uma corrente ininterrupta de sentimentos que une os destinos cumpridos aos destinos a cumprir”.

Para maior clareza, deve-se esmiuçar bem o conceito de Nação, pois é controverso, encontrando-se vários autores ora a caracterizar-lhe a língua, ora a raça, ora a religião, o que, por si, não é suficiente. Trazem-se à colação os dizeres de BONAVIDES (22): “A nação não se compõe apenas da população viva e militante, dos quadros humanos que fazem a história em curso. Deita a nação suas raízes espirituais na tradição, vive as glórias que ilustraram o passado, professa o culto e chamamento dos mortos, reverencia a memória dos heróis e descobre com a visão do passado as forças morais de permanência histórica, que hão de guiá-la nos dias de glória e luz como nas noites de infortúnio e amargas vicissitudes...”. Citando Ernesto Renan, Bonavides diz que a Nação representa “Uma alma, um espírito, uma família espiritual. Uma nação é u’a alma, um princípio espiritual. Duas coisas que, em verdade, constituem uma só fazem esta alma, este princípio espiritual. Uma está no passado, outra no presente. Uma é a posse em comum de um rico legado de recordações, a outra é o consentimento atual, o desejo de viver juntos, a vontade de continuar fazendo valer a herança que se recebeu

indivisa. O homem, senhores, não se improvisa. A nação, como o indivíduo, é o estuário de um largo passado de esforços, de sacrifícios e de abnegações. O culto dos antepassados é o mais legítimo de todos; os antepassados nos fizeram o que somos. Um passado heróico, grandes homens, glória – entenda-se a verdadeira glória – eis aqui o capital social sobre que assenta uma idéia nacional. Ter glórias comuns no passado, uma vontade comum no presente; eis as condições essenciais para ser um povo. Ama-se a casa que se construiu e se transmite. O canto espartano – Somos o que fostes; seremos o que sois; é, em sua simplicidade, o hino abreviado de toda pátria”.

Para o Jusnaturalismo, o titular de Poder Constituinte é o povo. São Tomás de Aquino, apesar de defender a titularidade do Poder no povo, entendia que, abstratamente, esse poder provinha de Deus. De seu magistério, afirmava que existe uma Lei Eterna, emanada do próprio Deus, a qual o homem conhecia parte, quer pelas revelações, quer pela Igreja. A outra parte, a desconhecida, o homem descobre pelo uso da razão, denominando-a Lei Natural.

Para os positivistas e normativistas, não sendo o Poder Constituinte um poder de direito, portanto não é aquele posto pelo Estado, não se há cogitar acerca de titularidade do poder, posto que sendo matéria estranha à ciência jurídica, sendo um fato ou fenômeno social, não cabe, pois, àquela, ciência jurídica, estudá-lo, defini-lo.

## 6. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

### 6.1. Características

BURDEAU (23), estudando a natureza jurídica do Poder Constituinte Originário, afirma ser este poder “Inicial, autônomo e incondicionado”. Aliás, vem dessa forma reafirmar o que dissera, antes, Sieyès. Este sustentava a inicialidade do Poder Constituinte Originário, entretanto limitava-o ao direito natural, senão vejamos: “A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.

O Comitê da Assembléia Constituinte, de 20 de julho de 1789, desenvolveu o mesmo pensamento: “O poder constituinte pode tudo... Ele não está submetido a uma determinada constituição. A nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar” (24).

Jorge Xifra Heras, citado por José Alfredo Baracho, em Teoria Geral do Poder Constituinte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 23, lecionou que o poder constituinte originário, inicial, “é alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferentes dos poderes constituídos, não existe dentro, mas fora do Estado, é um poder extraestatal que transcende à ordem jurídica positiva; por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é a autoridade suprema, incondicionada, livre de toda formalidade ou coação...”

Inicial, portanto, quer dizer que se funda em si próprio, não tendo nenhum poder à sua frente.

Nesse sentido, é bom, mais uma vez, lembrar as palavras de BURDEAU (25): “O poder que uma revolução triunfante inscreve repentinamente na história, aquele que se destaca da dispersão das autoridades parciais que assumem ainda no Estado em decadência algumas funções públicas e reúne em sua mão os meios de comando, este poder é um poder de fato no sentido de que nenhuma investidura legal precedeu sua ação. Mas, não é, por outro lado, uma simples força material. Sabemos como ele advém de uma idéia de direito, de que sua vitória assinala a chegada. Ora, seu caráter essencial é de ser o instrumento de uma vontade constituinte. Constituir o Estado, isto é, estabelecer os fundamentos da ordem jurídica nova é sua razão de ser primeira. E é nesta tarefa que se traduz, preponderantemente, sua subordinação à idéia de direito”.

É o poder autônomo, no sentido de que não se atém a nada, não se submete a nada. Toda nova constituição nasce de uma revolução ou de um “golpe de estado”. Seja lá, pois, qual for sua origem, traz em seu bojo os princípios, os fundamentos que a nortearam. Traz, enfim, as mudanças, as reformas que serviram de pretexto para a nova etapa social, jurídica e econômica. Se o Poder Constituinte é uma delegação da Nação ou do Povo, é de se presumir que qualquer medida que não lhe venha ao encontro, ou que não encerre aquela vontade, aquela “força política dominante”, será espúria. Por isso dizer-se que a única limitação é a que a Nação estabelecer para si própria. Ela é a própria limitadora de si mesma. É o poder incondicionado, pois não se subordina a qualquer regra, norma preexistente. Se sua ação é renovadora, é preciso dar um corte no sistema vigente, para nascer nova ordem. Como vinculá-la a uma ordem anterior? Sieyès relata, mesmo, que “Uma nação é independente de toda forma; e de qualquer maneira que queira, basta que sua vontade apareça para que todo direito positivo cesse ante ela como ante a fonte e o titular supremo de todo o direito positivo”.

## 7. PODER CONSTITUINTE DERIVADO (INSTITUÍDO, DE 2º GRAU, CONSTITUÍDO OU DE REVISÃO)

### 7.1. Características: Derivado, Subordinado e Condicionado

Como foi relatado, o Poder Constituinte Derivado pressupõe a existência de uma constituição, ou de um direito positivo anterior.

Poder Constituinte Derivado é o que enseja rever trechos da Constituição, emendá-la, sendo autorizado pela própria carta elaborada pelo Poder Constituinte Originário. Geralmente, este poder é exercido pelo Parlamento.

HAURIOU (26) distinguiu o Poder Constituinte Originário do Derivado, afirmando que “Os representantes que exercitam o poder constituinte o fazem como representantes da nação e não do Estado, enquanto os que exercitam o poder legislativo ordinário fazem-no como representante do Estado e não da Nação”.

Para BURDEAU (27), “O titular do poder instituído é um órgão do Estado... Resulta daí, que como todo órgão, o órgão de revisão é condicionado pelas regras postas pela constituição respectiva”.

O Poder Constituinte Originário, e isso é autorização sua, prevê um sistema para se proceder às modificações na Constituição, em atenção às mudanças sociais e à necessidade de se ajustá-la a essas mudanças, para que o seu conteúdo não seja divorciado da realidade.

Os limites do Poder de Revisão, pois, são os estabelecidos pela própria Carta, à qual se subordina, também, o órgão encarregado da revisão. As condições, e o Poder de Revisão é condicionado, são as impostas pelo Poder Constituinte Originário, expresso na Constituição.

Deve-se lembrar, sempre, de que a Nação, no dizer de Sieyès, pode tudo, até modificar a autorização dada ao Poder de Revisão. Por isso mesmo ensinou: “Ante tudo, uma nação não pode nem alienar, nem proibir-se o direito de querer; e qualquer que seja sua vontade, não pode perder o direito de *mudar de rumo* no momento em que seu interesse o exija”.

Isso posto, depreende-se que o Poder Constituído não é autônomo, tendo sua competência legalmente regulada, sendo assim subordinado, limitado e condicionado pela própria constituição que ele pretende alterar.

### 7.2. Limites ao Poder Revisional

Afora aqueles já acentuados, de origem, até mesmo, doutrinários, têm-se os limites explícitos, enumerados a seguir:

### 7.2.1. Limites Circunstanciais

São aqueles elencados na Constituição, que visam proibir a reforma constitucional em certas circunstâncias anormais, pois se entende que a anormalidade retira o poder de discernimento do revisor. Portanto, qualquer motivo que atente contra a liberdade de expressão, contra a imunidade parlamentar, enfim, contra as Garantias Constitucionais, é prejudicial ao direito de revisar a Carta. O ambiente de medo, de retaliações, de restrições é nefasto, é impróprio a mudanças, pois que, se realizadas, não retratariam uma vontade livre.

### 7.2.2. Limites Materiais

Talvez os mais importantes, pois proíbem a modificação na essência, naquilo que o Poder Constituinte Originário sintetizou como vontade dominante. Não se pode, pois, mudar a Constituição em determinadas matérias. São os fundamentos básicos da Nação, produtos de lutas incessantes e de conquistas suadas. Somente a própria Nação, via Poder Constituinte Originário, pode proceder-se a revisões de conteúdo fundamental.

### 7.2.3. Limitações Temporais

São empecilhos que a Carta cria ou impõe, para que a mesma possa ser experimentada em determinado tempo. Constituem a vedação de se modificar a Constituição num tempo prefixado por ela mesma.

Geralmente, a Carta estabelece um prazo mínimo, antes do qual não pode prever revisão.

## 8. CONCLUSÃO

A Constituição é uma idéia velha, como ficou demonstrado. Evidentemente que sempre houve uma força ou poder que institucionalizou a Carta de cada Estado, ora centrando-se numa vontade divina, ora na vontade monárquica, ora na vontade da nobreza e do clero e, por fim, numa vontade soberana da Nação.

A idéia moderna de Poder Constituinte Originário, não confundível com Poder Instituído, nasce em Sieyès, na sua obra “O Que É que é Terceiro Estado”, quando instituiu que só o Terceiro Estado – burguesia, que

constituía o contingente numeroso da Nação, além da força de trabalho efetivo daquela, poderia transformar, estabelecer uma ruptura nas instituições então reinantes, para impor uma Carta legítima, soberana, por que arrimada na vontade nacional. Para o político e abade, o Poder Constituinte Originário era superior e anterior a tudo, sendo incondicionado, ilimitado e autônomo, ao contrário do Poder Constituído, que sofria as limitações impostas pela própria Carta.

Esse poder, o Constituinte Originário, era para os Jusnaturalistas não um poder de fato, mas um poder jurídico, decorrente de um direito natural.

Aqui, nunca é demais, recordar Jacques Maritain, o Homem e o Estado, quando sentencia:

“A existência dos direitos fundamentais do homem provém do reconhecimento da superioridade do homem sobre o Estado, fato evidente, desde que se parta da indiscutível consideração de que o Estado é uma categoria histórica, criada pelo homem. A transcendência da personalidade humana sobre o Estado é uma verdade que não diminui a nenhum homem ou grupo de homens, nem os exalta indevidamente, visto que a todos se estende.”

Para os positivistas, não sendo o Poder Constituinte Originário um poder de direito, é um poder de fato, não sendo matéria do direito a indagação acerca de sua titularidade.

Já o Poder Instituído viceja na razão da Constituição que o criou. É limitado, condicionado e subordinado pela própria natureza de Poder de 2º grau, de que Poder Constituinte Originário é Poder de 1º grau.

## 9. LITERATURA CONSULTADA

- ACCIOLI, W. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- AGESTA, L. S. *Leciones de derecho político*. 5. ed. Granada: Editorial Y Libreria Prieto, 1954.
- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S. A. [s.d.].
- AZAMBUJA, D. *Teoria geral do estado*. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1976.
- BONAVIDES, P. *Ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.
- BRYCE, J. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- BURDEAU, G. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. v. 4.
- CAETANO, M. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Ltda., 1982.
- CÍCERO, M. T. *Da república*. Trad. Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint S. A. [s.d.].
- COULANGES, F. de. *A cidade antiga*. 10. ed. Trad. De Fernando Aguiar. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.
- CUNHA, T. L. F. Poder constituinte e poder de revisão constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 86, p. 45/46, Abr./Jun. 1985.
- DALLARI, D. de A. *Constituição e Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- FAORO, R. *Assembléia constituinte. A legitimidade recuperada*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- FARIAS, J. F. de C. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*. Rio de Janeiro: Umem Júris Ltda., 1988.
- FERREIRA, L. P. *Da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956.
- FERREIRA FILHO, M. G. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FONSECA, J. B. L. da. O poder da revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: v. 56, p. 151/204, Out./Dez. 1977.
- FRANCO, A. A. de M. *Direito constitucional. Teoria da constituição. As constituições do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRIEDRICH, C. J. *Teoria y realidad de la organización constitucional democrática*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- GLOTZ, G. *A cidade grega*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Difel - Difusão Editorial S. A., 1980.
- HAURIOU, M. *Principios de derecho público y constitucional*. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1927.
- HORTA, R. M. *O controle da constitucionalidade das leis no regime parlamentar*. Belo Horizonte: Editora Santa Maria, 1953.
- HORTA, R. M. Reflexões sobre a constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 89, p. 5/32, Jan./Mar. 1986.
- JACQUES, P. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- LASSALE, F. *Que es una constitución?* Trad. W. Roces. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1946.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitante. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MALBERG, R. C. *Teoria general del estado*. Trad. José Li6n Depetre. México: Fondo de Cultura Econ6mica, 1919.
- MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Editora Limitada, 1985. Tomo I.
- RUSSEL, B. *O poder*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.
- SALDANHA, N. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SAMPAIO, N. de S. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1954.

SANTOS, A. M. A. S. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SIEYÈS, E. J. *Que es el tercer estado?* Madrid: Aguilar Ediciones, 1973.

TELLES JÚNIOR, G. *A constituição, a assembléia constituinte e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

VIAMONTE, C. S. *El constitucionalismo*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

## EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO MECANISMO DE DESARROLLO DE LOS PAÍSES DE PERIFERIA

Daniel Amin Ferraz

Professor do Dep. de Direito da UFV  
Mestre em Direito Universidade de Coimbra

### A) Introducción

**PALAVRAS-CHAVE:** Concentración Empresarial, transferencia e tecnologia

### B) Aspectos generales de la Concentración Empresarial

1. El nuevo panorama de la Economía Internacional
2. Factores motivadores de la inserción de las empresas en el mercado global
3. Concentración de empresas: actuación en el mercado y sus consecuencias
4. El papel del Estado delante de la nueva realidad presentada por el mercado mundial

### C) El grupo de sociedades y la concentración empresarial

1. El Grupo de Sociedades como técnica de la concentración - concepto
2. Elementos característicos de los grupos
3. Clasificación de los grupos de sociedades

### D) El contrato de transferencia de tecnología

1. Aproximación de la materia
2. La tecnología y su conceptualización
3. La tecnología incorporada a la mercancía y la tecnología no incorporada a la mercancía