

O poder de revisão constitucional

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA
Juiz do Trabalho e Professor da U.F.M.G.

SUMÁRIO:

O PODER CONSTITUINTE

- I — O PODER
- II — PODER CONSTITUINTE
- III — NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE
- IV — PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO
- V — PODER CONSTITUINTE — LIMITES

A CONSTITUIÇÃO

- I — ACEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO
- II — DEFINIÇÃO
- III — FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
- IV — FONTES
- V — SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
- VI — TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL
- VII — LACUNAS CONSTITUCIONAIS

REVISÃO CONSTITUCIONAL

- I — A EVOLUÇÃO
- II — TIPOS DE MUTAÇÃO E DE REFORMA CONSTITUCIONAL
- III — CONSTITUIÇÕES FIXAS — CONSTITUIÇÕES IMUTÁVEIS — CONTEÚDO PÉTRIO
- IV — PODER CONSTITUINTE DERIVADO
- V — ESTADO DE DIREITO — SALVAGUARDAS — LIMITAÇÕES
- VI — PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL
- VII — FASES PROCEDIMENTAIS
- VIII — DOS PROCEDIMENTOS
- IX — CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

O PODER CONSTITUINTE

I — O Poder

A noção de poder está visceralmente vinculada à teoria do surgimento da sociedade como tal.

Os homens, inicialmente em guerra recíproca, segundo Hobbes, ou originalmente proprietários, segundo Locke, ou naturalmente livres e independentes, segundo Rousseau, **contrataram** viver em comum, constituindo sociedade, sob a direção de um dentre os participantes dessa mesma sociedade; a ele cada um dos cidadãos confiava uma parte de seus poderes originais sem que tal entrega consistisse em alienação, conservando, entretanto, consigo a outra parte desses mesmos poderes originais. A hipótese metafísica do contrato social, como explicação do surgimento da sociedade humana, estava assim formulada.

Sociologicamente, explica-se também o aparecimento da sociedade como a aglutinação de interesses múltiplos, sob influência de forças divergentes e convergentes.

É importante notar, contudo, que tal formação não se operou a esmo, por virtude de forças descontroladas ou deixadas à ação espontânea. Aristóteles frisa que "toda comunidade se formou tendo como fim um determinado bem — já que todas as ações da espécie humana em sua totalidade se praticam com a vista posta em algo que os homens crêem ser um bem". (1)

Mas ao lado desse fator unificador dos esforços, o estagirita reconhece ainda que "cada família está governada monarquicamente pelo mais velho de seus membros, de maneira que as colônias da família foram também assim, por causa da realeza de seus membros. E é isto que pretende dizer Homero: e cada um deu lei aos filhos e a suas esposas". (2)

Identifica-se assim o poder, assumido por um dos elementos do grupo, de decidir e guiar a atividade dos demais.

A figura do chefe aparece quando "a coesão social está suficientemente estabelecida" e quando se faz sentir sua necessidade "para assegurar a concordância dos esforços de que carece a vida coletiva". (3) O poder que se exerce sobre os homens que constituem o grupo é "um fenômeno transitório", (4) e se faz sentir mais fortemente em sociedades primitivas, diluindo-se à medida que se desenvolve o grupo.

Cada comunidade humana cria para si uma concepção dominante sobre o mundo, e a esta concepção, que dirige a vida dessa comunidade, se dá o nome de bem comum. "O bem comum, na lição de Georges Burdeau, é o bem da sociedade inteira, é a expressão daquilo que a co-

(1) Política, Liv. 1, Cap. 1.

(2) Política, Liv. 1, Cap. 1.

(3) Burdeau, G. *Traité de science politique*, tomo 1, 2.ª ed., Paris, 1866, pág. 460.

(4) *Id.*, *ibid.*, pág. 460.

munidade deseja. Abrangendo, ora para incluí-los, ora para apagá-los, os bens particulares ondulantes como a multidão, é o bem único do grupo que se unifica nele". (5)

O bem comum tem como consequência unificar as condutas dos componentes de uma comunidade, assumindo a força cogente de uma idéia de direito.

A idéia de direito é como que a concretização de uma ordem social idealizada.

O poder tem por missão impor à comunidade a conduta que lhe parecer mais adequada à realização da idéia de direito, após tê-la escolhido entre as várias idealizações possíveis.

O indivíduo é envolvido por um clima ideológico gerado nele por sentimentos e convicções em torno de um determinado ideal social, como ensina Burdeau, o que produz nele a sensação do que é justo ou injusto, lícito ou ilícito. É a idéia de direito. E o objetivo desta é "a determinação de um corpo de princípios capazes de ordenar a vida social. Mas o que é decisivo na formação da idéia de direito não é que ela tenda à constatação destes princípios, é a maneira pela qual esta constatação se impõe". (6)

Mas o poder, inicialmente individualizado na pessoa de um chefe, que se sobressaía entre seus pares por qualidades eminentemente pessoais, tende gradativamente a se despersonalizar. Como, entretanto, não pode ficar sem um titular, há necessidade de se lhe dar um suporte, através de um ato de institucionalização. "O poder é institucionalizado no sentido de que é transferido da pessoa dos governantes, cujas qualidades eram suficientes até então para justificá-lo, para a instituição estatal que se torna desde então seu único proprietário." (7)

Segundo o mesmo autor, o Estado é "o titular abstrato e permanente do poder de que os governantes não são senão agentes de exercício essencialmente passageiros". (8)

Dentre as concepções possíveis para explicar o Estado, Jellinek se apegava àquela que o configura como sujeito jurídico. (9) Mas, que é que distingue o Estado de todas essas outras entidades dotadas de poder? O que o distingue é justamente o poder próprio do Estado. O poder estatal, de acordo com Carré de Malberg, "reside juridicamente, não nos indivíduos, príncipe ou cidadãos, que o exercitam de fato, mas na própria pessoa do Estado". (10)

Essa posição faz surgir o debate sobre a prioridade entre Estado e direito. Não é questão de **lana caprina**, pois que da posição tomada defluem consequências de suma importância. A precedência do Estado em

(5) *Id.*, *ibid.*, pág. 84.

(6) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 197.

(7) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 488.

(8) Burdeau, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 6.^a ed., 1974, pág. 12.

(9) *L'Etat moderne et son droit*, ed. fr., pág. 271.

(10) *Teoría general del Estado*, Fondo de Cult. Econ., México, 1948, pág. 81.

relação ao direito é tese sumamente cara ao positivismo jurídico, de acordo com o qual o direito é posto pelo Estado. Há, entretanto, teses em sentido contrário. Reconhece Jean Dabin que "mesmo sem invocar o direito natural, cuja fonte está na natureza, há regras de direito que não têm o Estado por autor. Nada impede, desde logo, que o direito possa intervir no estágio de formação e para a criação do Estado. De fato, esta intervenção se produz não por meio de atos jurídicos . . . , mas muito simplesmente sob o aspecto do costume, que é geralmente reconhecido como fonte qualificada de direito positivo e de legitimidade jurídica, tanto no Estado quanto fora do Estado". (11)

A questão nos interessa no presente estudo, mas sob um outro ângulo. O problema não se põe em termos de precedência. Admitimos de imediato que a positividade jurídica tem sua fonte no Estado. É dele que promana toda a ordem jurídica positiva. Mas na determinação, na concretização *hic et nunc* da idéia de direito, o Estado já está condicionado. Não há identidade, entretanto, nos dois tipos de relação: a relação que se estabeleça entre o Estado e um conjunto de idéias de direito trazido pelos costumes inveterados de um povo não tem a força vinculativa da relação que se estabeleça entre o Estado e o direito por ele constituído e garantido.

II — Poder Constituinte

A legitimação do poder vem sendo feita tradicionalmente com base em diversos fundamentos. Sanchez Agesta ensina que no mundo contemporâneo tais fundamentos se reduzem essencialmente a cinco:

- a) o fundamento monárquico do poder se vincula à majestade real como um símbolo de uma justiça superior;
- b) o fundamento democrático que reconhece como legítimo o poder daqueles que representam ao povo;
- c) o princípio nomocrático ou constitucional, segundo o qual o poder se legitima na definição jurídica de direitos ou competências de mando e deveres de obediência;
- d) o caudilhismo, ou cesarismo popular, que reconhece como fonte do poder a qualidade carismática de um chefe;
- e) o fundamento oligárquico do poder, que atribui a uma elite condições de mando como uma função intermediária na representação do povo.

Lembra Sanchez Agesta que esses fundamentos raramente se encontram isolados, aparecendo freqüentemente combinados entre si. (12)

A teoria da fundamentação democrática do poder veio ganhando foros oficiais e maior vigor a partir de Rousseau. No discurso sobre a origem da

(11) *L'Etat ou le politique*, Dalloz, Paris, 1957, págs. 210/211.

(12) Sanchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, Univers. de Madrid, Madrid, 1974, págs. 53/54.

desigualdade entre os homens, dizia ele que teria querido nascer sob um governo democrático, sabiamente temperado. "Eu teria querido viver e morrer livre, isto é, de tal forma submetido às leis que nem eu nem ninguém pudesse sacudir seu honorável jugo." (13)

A sua trilha é perfilhada por Sieyès, para quem "a nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes e acima dela só existe o direito natural". (14) "Uma nação é independente de toda forma; e de qualquer maneira que se queira, basta que sua vontade apareça para que todo direito positivo cesse perante ela como perante a fonte e o dono supremo de todo o direito positivo". (15)

A nação governa por intermédio de representantes, que Sieyès classifica como ordinários e extraordinários, cuja influência se origina do número das cabeças que têm direito a se fazer representar, destruindo-se assim o antigo sistema de representação por ordens.

As primeiras Constituições, formadas sob a influência destas idéias, refletem a suma desse pensamento. A Constituição dos Estados Unidos da América diz no seu sucinto proêmio: "Nós, o povo dos Estados Unidos, pretendendo formar uma união mais perfeita. . . , decretamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América". A representatividade está consagrada na seção I do artigo I, e, se inicialmente tal representação se fez pelo voto censitário, os Aditamentos de nºs 14 e 15, aprovados, o primeiro em 1866 e o segundo em 1869, e ratificados respectivamente em 1868 e 1870, modificaram essa situação, reconhecendo a igualdade de direitos políticos de todos os cidadãos.

O art. 1º e seguintes do título III da Constituição francesa de 1791 declara a unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade da Soberania. "Ela pertence à Nação; nenhuma seção do Povo, nenhum indivíduo, pode atribuir-se a si mesmo o seu exercício. A Nação, de quem somente emanam todos os poderes, não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são o Corpo Legislativo e o Rei".

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789 e que faz corpo com a primeira Constituição francesa, reconhece que o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Mas a vontade geral se exprime através dos representantes dessa mesma Nação, reunidos em Assembléia Nacional. Está assim reafirmada a titularidade do poder constituinte como pertencente à Nação, e é reconhecendo tal titularidade e é exercitando-a que "A Assembléia Nacional, querendo estabelecer a Constituição francesa sobre os princípios que acaba de reconhecer e de declarar, suprime irrevogavelmente as instituições que desrespeitavam a liberdade e a igualdade dos direitos" (Proêmio da Constituição francesa de 1791).

(13) *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Editions Sociales, Paris, 1954, pág. 48.

(14) *¿ Qué es el tercer Estado?* Aguilar, Madrid, 1973, pág. 75.

(15) *Id.*, *ibid.*, pág. 81.

A Constituição brasileira de 25 de março de 1824 se alicerça também nestes princípios, em que pese à tradição absolutista do primeiro Imperador, quebrada aqui e acolá por rompantes juvenis de liberalismo. Aquela Constituição reconhecia, no seu art. 12, que "todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da Nação" e que, art. 11, "os representantes da Nação brasileira são o Imperador e a Assembléia-Geral".

O preâmbulo da Constituição argentina de 1853 segue também o mesmo princípio, ao declarar que "nós, os representantes do povo da Nação Argentina, reunidos em Congresso Geral Constituinte por vontade e eleição das províncias que a compõem, em cumprimento de pactos preexistentes. . . , ordenamos, decretamos e estabelecemos esta Constituição para a Nação Argentina".

Concretiza-se desta forma, positivamente, o reconhecimento de que a Nação é que é a detentora da titularidade do poder constituinte, e que exerce tal poder através de seus representantes, por ela eleitos.

III — Natureza do Poder Constituinte

O poder, como vimos, é originado da unidade da comunidade social, projetando-se sobre essa mesma sociedade como coordenador dos esforços e guia na consecução do bem comum, solidificado na idéia de direito.

Esse poder não se exerce nunca sem o suporte do direito, que com ele se entrelaça, norteando sempre a sua ação, segundo o princípio de complementaridade, a que se refere Miguel Reale, para quem "não há poder que se exerça sem a presença do direito", não se devendo concluir daí que "o poder deva ser puramente jurídico, tal como é entendido no "Estado de Direito". (16)

Fizemos referência linhas atrás à questão da juridicidade do poder que define as formas por que se há de governar uma sociedade. O positivismo jurídico, numa linha de pensamento comtiano, estaria preso a uma sistemática subordinação da imaginação, que o fundador da sociologia identifica com a metafísica, à observação. "As concepções políticas cessam de ser absolutas para se tornar constantemente relativas ao estado regularmente variável da civilização humana". (17) Mas tais concepções políticas estariam permanentemente limitadas por leis exatamente determinadas pela evolução social, à semelhança do que acontece no mundo físico. Assim, aquilo que o detentor do poder estabelecer, estará inevitavelmente de acordo com a estrutura e evolução da sociedade. Conseqüentemente, para essa teoria, só teria valor jurídico aquilo que fosse posto pelo detentor do poder. Wolfgang Friedmann cita definição de John Austin relativamente ao direito, como sendo "uma regra posta pelo soberano para governo de um ser inteligente por um ser inteligente que tem poder sobre

(16) Teoria do direito e do Estado, Martins Editora, São Paulo, 1970, pág. 110.

(17) Comte, A., Cours de philosophie positive, Schleicher Ed., Paris, 1908, IV tomo, 48.ª lição, pág. 164,

ele". (18) Logicamente só terá caráter jurídico a norma posta pelo detentor do poder.

À linha de pensamento kantiano, para quem é possível o conhecimento *a priori*, ou seja, "todo aquele que seja adquirido independentemente de qualquer experiência" (19), se vincula o pensamento kelseniano, para quem "a norma funciona como esquema de interpretação". Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (20)

Mas o ponto de chegada é comum a ambos: só é jurídico aquilo que é impregnado de positividade.

A doutrina positivista não admite a *juridicidade anterior ao Estado*. Conseqüentemente, o poder que escolhe a forma própria e conveniente para reger a vida e funcionamento de uma sociedade não teria senão a qualificação de um poder de fato puro e simples.

Igualar-se-iam, por sua identidade de simples fatos, tanto o poder constituinte que por primeiro estabelecesse as formas de regência de um grupo, quanto as revoluções, qualificando-se ambos como simples fatos, sem qualquer conteúdo jurídico. Para Burdeau tanto um quanto a outra são dotados de caráter jurídico. "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 deliquescência 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 procede 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*". (21)

Há que distinguir-se aqui entre legitimidade, como conformação de um ato aos ideais de direito vigorantes dentro de uma comunidade, e *legalidade, como observância de normas previamente estabelecidas e às quais se deve submeter a conduta dos indivíduos*. (22)

Assim, tanto a atuação do poder constituinte originário, quanto o ato revolucionário, considerados como simples fatos, anteriores a qualquer juridicidade, seriam submetidos ao beneplácito do único soberano, o povo, que legitimaria a presunção insita naqueles fatos de iniciadores de uma concreção da idéia de direito.

(18) *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., Paris, 1965, pág. 211.

(19) *Crítica da razão pura*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 145.

(20) *Teoria pura do direito*, Arménio Amado, editor, Coimbra, 1974, pág. 20.

(21) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, pág. 216.

(22) Cfr. Ferreira Filho, M. Gonçalves, *Direito constitucional comparado: poder constituinte*, J. Buhatsky, São Paulo, 1974, págs. 58/60.

Para Burdeau não há, assim, qualquer solução de continuidade jurídica. "O poder constituinte originário da Nação, poder jurídico, é exercido pelo poder revolucionário que dele usa para oficializar a idéia de direito nova, e o governo de fato, pelo estabelecimento de uma Constituição formal, restabelece a concordância entre o direito e a legalidade". (23)

Aceitamos plenamente considerar-se o poder constituinte como um poder vinculado previamente a uma idéia de direito, que, por virtude desse mesmo poder, vai assumir características de positividade. Tal poder não é ontologicamente jurídico nem participa nesta qualidade da juridicidade, mas quanto à sua **atividade** e quanto à sua **finalidade** não se pode negar sua íntima inserção no fenômeno jurídico.

O poder constituinte é um poder inicial, autônomo e incondicionado.

É inicial porque não existe acima dele qualquer outro poder, de fato ou de direito. É ele a encarnação do poder supremo, a concretização da vontade geral. Reveste-se de soberania para selecionar dentro de uma ordem fática preexistente os elementos que, por sua continuidade e íntima impregnação na conduta dos membros da comunidade, adquirem o valor de idéia de direito. Nenhum poder lhe é superior na orientação dessa escolha, sendo ele também absolutamente livre na atribuição de juridicidade a tais elementos.

Sua autonomia lhe advém da liberdade e da independência, relativamente a qualquer outro poder, na fixação e atribuição de juridicidade aos fatos da vida relacional da comunidade.

O incondicionamento deriva da sua não-subordinação a qualquer regra material ou formal.

Carl Schmitt entende que o poder constituinte seja unitário, com o que não concordam Linares Quintana e Sanchez Viamonte, pois para estes "o ato constituinte é múltiplo e a vontade constituinte é vária; não é indivisível, porque se pode classificar ou separar hierarquicamente nos Estados federais, distinguindo entre o poder constituinte nacional e o poder constituinte local e subordinado dos Estados-membros". (24)

Entendemos que o poder constituinte como tal é unitário e indivisível, pertencendo a todo o povo de uma nação indivisivelmente. O ato constituinte é que se fraciona, identificando-se com peculiaridades nacionais ou locais, em se tratando de Estado federal.

IV — Poder Constituinte Originário e Derivado

Uma característica fundamental do poder constituinte é a sua permanência. Sua existência acompanha **pari passu** a da nação da qual deflui. Não existe nação sem poder de se autodeterminar. Toda nação tem perante

(23) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 219.

(24) Sanchez Viamonte, C., apud Linares Quintana, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 123.

si mesma uma gama variada de possibilidades existenciais, cabendo-lhe a escolha da que melhor lhe aprouver, da que melhor se ajuste às suas características essenciais. Ora, tal possibilidade, tal poder é inerente à existência da nação, acompanhando-a sempre.

O poder constituinte persiste vivo e atuante. Sua vitalidade não se esgota no ato que deu origem à constituição.

Mas nesta sobrevivência, ou, melhor dizendo, nesta vida contínua, acompanhando a contínua vida da nação, pode tal poder assumir feições diferentes. Daí se distinguir de sua atuação originária por determinados elementos condicionantes que mais adiante analisaremos pormenorizadamente.

O poder constituinte pode apresentar uma outra face de sua atuação. Se, quando dá origem à Constituição, é ele inicial, autônomo e incondicionado, como vimos acima, continua, após elaborada a Constituição, a se manifestar derivada, subordinada e condicionadamente. Esta sua nova forma de apresentação, se é secundária cronologicamente, iguala-se em importância à sua manifestação original.

Importa notar ainda que a manifestação do poder constituinte, de forma derivada, subordinada e condicionada, não impede que venha ele a se manifestar outra vez originariamente, criando uma nova ordem jurídica.

Não é possível, como diz Burdeau, "admitir que o poder originário se esgote na primeira ocasião em que ele use de suas prerrogativas; e, por conseguinte, já que nenhuma Constituição poderia ter pretensões de ser eterna, este poder subsiste. Mas subsiste com a espontaneidade e a independência que tem originariamente, ou, ao contrário, pelo próprio fato de já existir uma Constituição, se acha, suscitado no seio da organização estatal, captado pelos poderes constituídos, disciplinado por procedimentos?" (25)

Para este autor seria absurdo pretender que a nação, que é titular do poder constituinte e absolutamente soberana, viesse a estar vinculada pelo poder constituinte de revisão ou derivado. Por isso, conclui ele que o poder constituinte originário permanece vivo e pronto a operar, ao lado do poder constituinte derivado.

Idêntico é o ponto de vista de Carl Schmitt, para quem "assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que contém autoridade e poder de organização, assim também não pode a emissão de uma Constituição esgotar, absorver e consumir o poder constituinte. Uma vez exercido, nem por isso se encontra acabado e desaparecido o poder constituinte. A decisão política implicada na Constituição não pode vir a obrar contra seu sujeito, nem destruir sua existência política." (26)

Inter-relacionados, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, ou de revisão, apresentam ainda um aspecto que releva notar.

(25) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 207/208.

(26) *Teoría de la constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 88.

O poder constituinte originário tem por missão fazer “uma repartição suprema — a repartição constituinte —, enquanto é o mandamento geral superior. Nessa repartição total no singular — há numerosas repartições — no plural. Ao conjunto dessas repartições denominamos “a repartição” da Constituição. . . A repartição da Constituição — adjudicando potência e impotência — é efetuada por um repartidor que é o autor da CONSTITUIÇÃO: O CONSTITUINTE. Essa repartição supõe um mandamento; algo que se manda como devido. Quando se manda alguma coisa, o mandado implica um DEVER SER REAL, um dever ser QUE É, e que é “porque se manda que “deve ser” tal qual se manda. Isso que se manda necessita ser OBEDECIDO para que a repartição seja completa; se não é obedecida, a repartição fracassa. . . . Por isso, a repartição da Constituição requer ulteriores repartições — repartições constitucionais — que se efetivem a seu modo. . . . O que quer dizer que a repartição da Constituição não se basta a si mesma, porque ao fazer necessária a OBEDIÊNCIA, torna necessárias simultaneamente repartições subseqüentes e subordinadas que, escalonando-se hierarquicamente, lhe vão dando cumprimento e aplicação. . .” (27)

É pois necessário distinguir entre poder constituinte originário, poder constituinte derivado e poderes constituídos.

O poder constituinte derivado participa da mesma natureza do poder constituinte originário, podendo criar, parcial ou totalmente, o que analisaremos mais adiante, parte ou toda a ordem jurídica. Já o poder constituído, embora possa criar normas com características de novidade, cria-as dentro de uma ordem jurídica previamente estabelecida pelo poder constituinte.

Enquanto, entretanto, o poder constituinte originário, embora vinculado ao direito, como vimos, não se subordina a um direito positivo, o poder constituinte derivado vincula-se a normas prévias de direito positivo.

O derivado conserva intrinsecamente a natureza constituinte, como nos afirma Linares Quintana, que discorda da doutrina que sustenta “que a faculdade de emendar a lei fundamental não importa o exercício do poder constituinte e sim, tão-somente, de um poder legislativo extraordinário, porquanto, em nosso modo de ver, a obra do poder constituinte só pode ser validamente modificada pelo mesmo poder constituinte e não por outro de menor hierarquia jurídica do que ele”. (28)

O poder constituinte originário é vontade política, em sentido amplo, e jurídica, também em sentido amplo; ao passo que o poder constituinte derivado é vontade política, ainda aqui em sentido amplo, posto que já condicionado por uma ordem jurídica, e vontade, em sentido restrito e específico de direito positivo.

Vê-se assim no poder constituinte derivado uma natureza de dupla participação. Vincula-se a um poder criador de ordem jurídica, do mesmo

(27) Bidart Campos, G. J., *Filosofia del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 61/62.

(28) *Tratado de ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 130.

tempo que se assemelha a um poder instituído. "Todos os debates provocados pela determinação do titular do poder constituinte originário desaparecem quando se trate do poder instituído. Para saber a quem ele pertence, basta dirigir-se à Constituição. É ela que prevê a autoridade a quem incumbirá eventualmente o direito de modificar: qualificada pela Constituição, esta autoridade é, portanto, um órgão do Estado". "Enquanto órgão, a autoridade investida da competência revisionista se acha juridicamente sobre o mesmo plano que os outros órgãos do Estado, é incontestável. É importante notar que, politicamente, a natureza de sua função lhe assegura uma preponderância notável. Todas as autoridades, no Estado, dependem dela, pois, tanto no que se refere à sua existência quanto no que se relaciona com a extensão de suas atribuições ou com a energia de suas prerrogativas, elas estão à mercê de uma revisão constitucional". (29)

Permitimo-nos uma observação a respeito dessa opinião de Burdeau, e é a de que o poder constituinte derivado ou revisional só teria semelhança, e isto nem sempre, como veremos, com os órgãos instituídos, quando houvesse identidade entre os órgãos que promovem a reforma da Constituição e os que exercem o poder legiferante normal. Quanto ao ato em si, a diferença é substancial.

O poder constituinte originário ou derivado pode apresentar uma forma secundária de manifestação. Trata-se do chamado **poder constituinte decorrente**, de que é titular o Estado-membro de uma federação, no uso de sua autonomia constitucional. (30)

A esse poder fazem referência o art. VI, alínea 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, o art. 5º da Constituição suíça, o art. 5º da Constituição argentina e os artigos 13 e 200 da Constituição brasileira.

O art. 200 da atual Constituição brasileira manifesta a natureza secundária, subordinada e condicionada do poder constituinte decorrente.

Bidart Campos faz ainda referência a dois outros aspectos da multi-forme apresentação do Poder Constituinte. A um deles denomina de poder constituinte aberto, referindo-se a "processos constituintes em evolução, nos quais não é fácil perceber o exercício do poder constituinte em um ato único, que encerre e esgote aquele exercício. ... É evidente que quando um Estado surge, surge já constituído de alguma maneira, ou seja, com uma Constituição — escrita ou não. Mas o que ocorre é que o poder constituinte que em ato originário o constitui e organiza pode ficar aberto através de um processo, com exercício constante ou intermitente durante a etapa iniciada no momento de criar-se o Estado. Tal afirmação importa admitir que já desde esse momento o Estado de que se trata está constituído ou tem Constituição, porém sua Constituição permanece à disposição do poder constituinte para completar-se, aperfeiçoar-se ou inclusive modificar-se". (31) Exemplifica o autor a hipótese com a formação da Cons-

(29) Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 234/235.

(30) Russomano, Rosah, *Curso de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1970, pág. 38.

(31) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 181/182.

tituição argentina, originada em 1853, mas que só veio a se constituir definitivamente em 1860 com o ingresso da província de Buenos Aires no Estado federal. Não considera ele a chamada reforma constitucional de 1860 como produto do poder constituinte derivado, mas sim do originário.

O segundo aspecto a que se refere Bidart Campos é o por ele chamado poder constituinte material. Refere-se ele "ao caso de normas e de repartições que, SURGINDO DO PODER CONSTITUÍDO do Estado, têm conteúdo constitucional, isto é, integram a Constituição material. . . . Essas leis são ordinárias ou comuns por sua origem e sua forma de sanção, mas são constitucionais por sua matéria ou conteúdo". (31)

O primeiro aspecto se reduz, a nosso ver, ao princípio da permanência do poder constituinte, apontado por Carl Schmitt, como mencionamos atrás. Não se constitui, portanto, realmente, em novidade.

O segundo aspecto coincide com o conceito de Constituição material, em oposição a Constituição formal, de que falaremos adiante.

V — Poder Constituinte — Limites

Ao falarmos em limites, há que distinguir-se entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

Não há dúvidas quanto à existência de limites incidentes sobre a atuação do poder constituinte derivado. Mas a questão será examinada mais detalhadamente na parte final deste trabalho.

Com relação ao poder constituinte originário, a questão se resolverá na dependência da tomada de posição quanto ao conceito de **direito**. Uma posição extremadamente positiva, para a qual quem põe o direito é a autoridade, aquele que exerce poder sobre o grupo formador do Estado aceitará amplamente a total e absoluta desvinculação do poder constituinte de qualquer forma anterior de direito. Este só existe com e após a atuação do **poder** que constitui a ordem jurídica. O poder constituinte não se vincula a nenhuma exigência, é absolutamente ilimitado.

Os que não comungam com esta tese aceitarão a existência de **pre-supostos** a que se liguem as disposições normativas estabelecidas pelo poder constituinte. Este atuará, portanto, limitado.

Não se pode, contudo, responder secamente pelo **sim** ou pelo **não** a essa questão, naturalmente complexa. Existem aspectos díspares sob os quais se pode ver a mesma matéria.

O poder constituinte, visto como forma de atuação da liberdade de um povo, considerado assim abstratamente, independentemente das circunstâncias concretas de sua atuação, está acima do simples ato de constituição da ordem jurídica. Assim como a liberdade individual não se manietta definitiva e irrestritamente pela eleição de uma forma de vida, assim também "o poder constituinte não se esgota numa Constituição. O poder constituinte originário, portanto, subsiste após a edição da Cons-

tuição, e subsiste como expressão da liberdade humana. Subsiste, portanto, fora da Constituição, não dentro da Constituição". (32)

Linares Quintana aceita a tese da ilimitação do poder constituinte originário, uma vez que o povo tem amplo e irrestrito poder para adotar a forma de organização política que queira e para alterá-la quando julgue bem. Mas reconhece a existência de valores naturais e absolutos acima da ordem jurídico-positiva, e que vinculam a atuação do poder constituinte, com força quiçá mais exigente e mais condicionante, diríamos nós, do que a do próprio direito positivo. (33)

Aceita este autor a existência de três ordens de limitações do poder constituinte, ou seja, limitações heterônomas, autônomas e absolutas.

As autônomas são jurídicas e de ordem interna estabelecendo formas de vinculação da revisão constitucional, e são as que estudaremos adiante.

As heterônomas são também jurídicas, mas de origens diferentes. Ou provêm do direito estatal, interessando aos casos de federações, vinculando as disposições dos Estados-membros em suas Constituições. Seria o caso de estudar se o poder constituinte do Estado-membro seria originário ou decorrente. Como segunda hipótese, considera o autor as limitações provenientes do direito internacional manifestas em tratados.

As limitações absolutas são as que não se restringem ao jurídico, pois o ultrapassam. (34)

A limitação proveniente de fontes internacionais encontra exemplo na Constituição italiana, art. 10º: "O ordenamento jurídico italiano conforma-se às normas de direito internacional geralmente reconhecidas".

A Constituição argentina segue a mesma linha: "Esta Constituição, as leis da Nação que em consequência forem ditadas pelo Congresso e os tratados com as potências estrangeiras, são a lei suprema da Nação..." (art. 31 da Constituição argentina de 1853).

A Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, no art. 8º, tem disposição idêntica: "As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português".

Isto não implica limitação ou supressão da soberania do Estado que adote tal posição, pois, como diz Carl Schmitt, "quando, por virtude de obrigação internacional (e com mais razão quando tal atitude parte exclusivamente de decisão do Estado que se constitui), se aceita nas leis constitucionais de um país o conteúdo de CERTAS estipulações internacionais, isto não requer uma supressão nem sequer diminuição da independência política do Estado que assegura assim obrigações internacionais mediante a forma jurídico-política das leis constitucionais. Pode tratar-se de

(32) Ferrelra Filho, M. Gonçalves, *Direito constitucional comparado: o poder constituinte*, J. Bushatsky, São Paulo, 1974, pág. 68.

(33) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo II, págs. 134/135.

(34) Linares Quintana, S. V., *ob. cit.*, pág. 137.

um método técnico-jurídico de defesa contra reformas praticadas em vias legislativas ordinárias. A diferença de Constituição em sentido positivo e determinações legal-constitucionais se faz aqui singularmente clara. O conteúdo daquelas estipulações jurídico-internacionais é protegido no direito interno pelo procedimento especial de revisão. A forma de lei constitucional serve para esta finalidade. Mas tais determinações não são atos do poder constituinte de um povo. Não imprimem a soberania de um Estado; só empregam — no interesse de um dever jurídico-internacional — o conceito relativizado de lei constitucional, como um meio técnico-formal para conseguir uma validade reforçada dentro do Estado. . .” (35)

Não podemos finalizar este tópico sem mencionar dois outros tipos de limitação do poder constituinte originário. Mereceriam um tratado, pela sua amplitude.

O poder constituinte originário deve guiar-se por critérios que se extravasam do campo exclusivamente jurídico. Um desses critérios é o que se manifesta no valor JUSTIÇA. “O poder constituinte originário, como ensina Bidart Campos, não pode transgredir os princípios elementares de justiça; eis um limite não positivo de caráter negativo. O poder constituinte originário deve realizar o valor justiça na medida em que critérios de justiça são conhecidos e susceptíveis de realização: eis um limite não positivo de caráter afirmativo. O dever-ser ideal próprio do valor dá lugar a um dever-ser atual, quando o valor não está realizado, e a um dever-atuar quando é possível realizá-lo. . .” (36)

O segundo tipo de limitação, a que nos referimos acima, é o da **estrutura social subjacente**, ou o da **Constituição material**, pois que o poder constituinte originário tem que mirar-se no **modo de ser** e no **modo de viver** da comunidade para a qual constitui uma ordem jurídica. É condição *sine qua non* para que a Constituição venha a ter eficácia.

A CONSTITUIÇÃO

I — Acepção de Constituição

Sieyès procura explicar-nos o que seja a Constituição política de uma sociedade, examinando suas relações com a própria nação. Para ele “é impossível criar um corpo para um fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para fazê-lo cumprir as funções a que se quis destiná-lo. Isso é o que se chama Constituição desse corpo. É evidente que ele não pode existir sem ela”. (37)

Embora tenha sido esse o seu ensinamento, a prática constitucional dos primeiros tempos da Revolução Francesa não o assimilou. Talvez imitando Montesquieu, que distinguia três formas de governo: o despotismo, o absolutismo e o regime constitucional, como observa Burdeau,

(35) *Teoría de la constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 85.

(36) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 174.

(37) *¿ Qué es el tercer Estado?* Agullar, 1973, pág. 73.

"tomou-se o hábito de considerar que a existência de uma Constituição estava subordinada ao conteúdo que lhe fosse dado". (38) Só teria Constituição aquele Estado onde houvesse separação de poderes. Rezava, conseqüentemente, o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição."

É verdade que Sieyès reconhecia que, a par da necessidade de organizar, a nação tinha também interesse em impedir que o poder público delegado pudesse vir a prejudicar aos próprios membros da nação. Daí a conveniência por ele apontada de precauções políticas. Para ele tal estrutura é inerente a todo corpo que se organiza.

A palavra Constituição não é um termo unívoco. É necessário distinguir nele as várias realidades que aponta. Assim é que Biscaretti di Ruffia vê aí um sentido institucional, um sentido substancial e um instrumental.

Em sentido institucional, que aponta para a conformação da sociedade política, "Constituição significa **status**, ordem, conformação, estrutura essencial de um ser ou de um organismo em geral..." (39)

O sentido substancial aponta primordialmente para o conteúdo normativo e se define como "todo aquele complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento". (40)

Em sentido instrumental a Constituição se conceitua como "o ato fundamental no qual foram formuladas solenemente a grande maioria das normas materialmente constitucionais". (41)

A Constituição, em seu sentido substancial, como complexo de normas jurídicas fundamentais, se denomina por isso mesmo lei fundamental, pelo fato de nela estarem exarados os pressupostos legais básicos para a organização estatal. Ao falar-se em lei fundamental, significa-se uma pluralidade de conceitos, conforme nos ensina Carl Schmitt. Lei fundamental traz consigo a idéia de uma **norma absolutamente inviolável**, que não pode ser reformada, ou de **norma relativamente invulnerável**, que somente sob certas condições pode ser modificada, ou de **princípio particular próprio da organização estatal**, ou o de **último princípio unitário da unidade política e do ordenamento de conjunto** (este, para ele, o conceito absoluto de Constituição), ou de **norma última na escala hierárquica** de um sistema de imputações normativas, ou mesmo a regulamentação orgânica de competência e procedimento para as atividades estatais de relevância política, ou toda limitação normativa das faculdades ou atividades estatais e, por último, a Constituição em sentido positivo, referindo-se ao documento de conteúdo normativo decorrente de uma decisão política. (42)

(38) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 16.

(39) *Derecho constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 148.

(40) *Id.*, *Ibid.*, pág. 148.

(41) *Id.*, *Ibid.*, pág. 150

(42) *Teoría de la constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), págs. 47/48.

Essa enumeração de acepções sob as quais se pode usar o nome Constituição revela múltiplos aspectos, todos eles condizentes com a realidade e reveladores, cada um deles, de aspectos relevantes desta mesma realidade.

II — Definição

O conceito restrito de Constituição somente poderá ser obtido através de uma análise de sua multiforme evolução no decorrer dos séculos, para dessas variadas formas abstrairmos seus elementos essenciais. O constitucionalismo, na sua história, nada mais é do que o esforço do ser humano para organizar e limitar o poder a que se sujeitava, como bem demonstra Karl Loewenstein. (43) O homem procurou coarctar o exercício dos poderes dos governantes de tal forma que os direitos dos governados fossem salvaguardados. Para isso, chegou à conclusão de que deveria fracionar o poder, atribuindo parcelas do seu exercício a órgãos independentes e ao mesmo tempo vinculados. A cada órgão foi atribuída competência específica, em cujo exercício era controlado pelos outros órgãos. O indivíduo foi envolto numa capa protetora quer dos seus direitos como indivíduo, quer como participante da sociedade política. A este conjunto de instituições protetoras Karl Loewenstein chama de **Constituição Ontológica**, equivalente à Constituição material.

É importante notar que tal conjunto de ordenamentos não surgiu pronto e codificado. Foi produto de ensaios e tentativas, coroados muitas vezes de sucessos, outras vezes resultando em fracassos. A Magna Carta, a revolução inglesa de 1688, a independência americana e a revolução francesa foram os grandes momentos que condensaram e concretizaram os pontos positivos já alcançados na trajetória constitucionalizante. E dessa história surgiram os pontos considerados fundamentais numa Constituição:

— Em primeiro lugar a individualização e diferenciação das tarefas próprias do Estado. A seguir se faz uma distribuição destas mesmas tarefas a órgãos específicos. Cada órgão tem assim sua função própria. É a separação de poderes.

— Em segundo lugar se procede à armação de um mecanismo que visa impedir que um órgão se assenhoreie de funções de outro ou faça com que sua própria função prepondere sobre as demais dominando-as. Procura-se ao mesmo tempo uma cooperação entre eles.

— Estabelece-se um mecanismo que visa impedir que o poder que tem como titular o povo, passe para as mãos de um qualquer dentre os órgãos, com exclusão dos demais.

— Providencia-se um método de reforma da própria Constituição para impedir o recurso à ilegalidade.

— Introduce-se finalmente o reconhecimento do valor do ser humano, tecendo em seu redor uma aura protetora da autodeterminação individual.

(43) *Teoría de la constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, págs. 150/151.

A isto se reduz o conteúdo material de uma Constituição, conforme lição de Loewenstein. Antes de defini-la, temos já o levantamento do que é o seu conteúdo, a matéria de que se constitui normalmente.

Mas quanto a essa matéria há que fazer uma observação. Não se insere no corpo constitucional toda e qualquer matéria com identidade de peso e importância. Há matérias que são intrínseca e outras que são extrinsecamente constitucionais. É seguindo esta distinção que Carl Schmitt distingue **Constituição de lei constitucional**. Segundo ele, deve-se "limitar a palavra **Constituição** à Constituição do ESTADO, isto é, da unidade política do povo. Nesta delimitação pode-se designar ao Estado mesmo, ao Estado particular e concreto como unidade política, ou seja, considerado como uma forma especial e concreta da existência estatal; significa então a **situação total da unidade e ordenamento políticos**. Mas **Constituição** pode significar também um sistema fechado de normas, e então designa uma unidade, sim, mas não uma unidade existente concretamente, mas pensada, IDEAL. Em ambos os casos o conceito de Constituição é ABSOLUTO, porque oferece um todo (verdadeiro ou pensado). Além disso, *domina hoje uma fórmula segundo a qual se entende por Constituição uma série de leis de certo tipo. Constituição e lei constitucional receberão assim o mesmo tratamento. Cada lei constitucional pode surgir como Constituição. Conseqüentemente, o conceito se torna RELATIVO; já não afeta a um todo, a um ordenamento e a uma unidade, mas a algumas, várias ou muitas prescrições legais de certo tipo*". (44)

A Constituição da Tchecoslováquia e as leis constitucionais subsequentes nos dão um exemplo dessa distinção. A Constituição se limitou a fixar os princípios socialistas do sistema social e do regime político da Tchecoslováquia. Tais princípios são o caráter de classe da República Socialista Tcheca, que é um Estado socialista dos operários, dos camponeses e dos intelectuais; atribuição da direção à classe operária e ao partido comunista; inclusão da República Socialista Tcheca no sistema socialista mundial; fixação das bases econômicas sobre a propriedade socialista dos bens comuns (Cfr. arts. 1º a 8º da Constituição da Tchecoslováquia, de 11 de julho de 1960).

As leis constitucionais centram-se sobre determinados aspectos já estabelecidos pela Constituição. Assim, a Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, se preocupa com o estabelecimento das relações entre os dois povos que formam a Federação Tchecoslovaca, declarando no seu artigo primeiro que "a República Socialista Tchecoslovaca é um Estado federal de dois povos-irmãos iguais em direitos, os tchecos e os eslovacos", e o artigo segundo, também na primeira alínea, declara: "A República Socialista Tchecoslovaca, a República Socialista Tcheca e a República Socialista Eslovaca são fundadas sobre os princípios da democracia socialista. Nas questões de princípio seu sistema político é idêntico."

Outra lei constitucional, também de 27 de outubro de 1968, se refere ao "Estatuto das Nacionalidades na República Socialista Tchecoslovaca".

(44) Teoría de la constitución, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 3.

Outras leis constitucionais poderíamos enumerar para exemplificar a distinção estabelecida por Schmitt.

Distingue este autor Constituição em sentido absoluto e em sentido relativo, como vimos, e, mais adiante, na mesma obra, fala ainda em sentido positivo da Constituição. Não são três entidades, mas sim três momentos da mesma entidade.

A Constituição em sentido absoluto significa a concreta maneira de ser, diríamos, quem sabe melhor, reflete o seu momento ontológico, na linguagem de Loewenstein. Reflete a unidade política e o ordenamento social de um Estado, que adquirem concretidade e se constituem. É uma maneira especial de ordenamento político e social. A Constituição significa aqui "o **princípio** (grifamos) do devir dinâmico da unidade política, do fenômeno da continuamente renovada FORMAÇÃO desta unidade a partir de uma FORÇA e ENERGIA subjacente ou operante na base". Mas "Constituição em sentido absoluto pode significar uma REGULAÇÃO LEGAL FUNDAMENTAL, isto é, um SISTEMA DE NORMAS supremas e últimas (Constituição = NORMA DE NORMAS)". (45)

O conceito relativo de Constituição se traduz como um epifenômeno, e por conseguinte, como uma manifestação exterior e formal. "Constituição em sentido relativo significa, pois, a lei constitucional em particular. Toda distinção objetiva e de conteúdo se perde como consequência da dissolução da Constituição única em uma pluralidade de leis constitucionais distintas, formalmente iguais. Para este conceito **formal** é indiferente que a lei constitucional regule a organização da vontade estatal ou tenha qualquer outro conteúdo". (46) A Constituição aparece assim como documento escrito, revestido de certas formalidades, dentre as quais se destaca um conjunto de normas tendentes a assegurar a fixidez do texto constitucional, estabelecendo exigências de caráter vário para sua reforma, como veremos.

O terceiro momento, o sentido positivo da Constituição, focaliza o ato pelo qual surge uma Constituição ou lei constitucional. É o momento de DECISÃO, aquele que seleciona dentro da sociedade elementos condicionantes e lhes dá forma constitucional, ou originariamente, e então temos o ato do poder constituinte originário, ou derivadamente, por obra do poder constituinte derivado. A Constituição se justifica por si mesma, ao passo que as leis constitucionais pressupõem a Constituição, e aqui está, neste terceiro momento, um elemento da distinção preconizada por Schmitt entre Constituição e leis constitucionais.

Temos assim o levantamento completo dos elementos integrantes do conceito de Constituição. Ao elemento **institucional** se acrescenta o **jurídico**. Ao poder de fato se alia o poder de direito. A uma idéia de direito se soma sua concretização pelos laços limitadores da atuação do poder, quer entre seus diversos órgãos, quer em relação aos indivíduos, aos quais se asseguram direitos quer como indivíduos somente

(45) Carl Schmitt, ob. cit., págs. 4/8.

(46) Id., *ibid.*, pág. 13.

quer como participantes da ordem política. A materialidade, ao elemento ontológico, se opõe o elemento formal da Constituição. Somente após entender-se essa bipolaridade dialética existente em toda Constituição, é que poderemos entender uma definição como a que nos dá Burdeau: "A Constituição é a regra pela qual o soberano legitima o poder, aderindo à idéia de direito que ele representa, e determina por via de consequência as condições de seu exercício." (47)

II — Função da Constituição

A Constituição não é um fim em si mesma. Tem uma função a realizar, e é essa função que justifica a sua existência. Destina-se a assegurar a liberdade política, a liberdade individual, a igualdade entre os poderes.

Embora, quanto à origem, o ato de organização da sociedade seja um ato político, ocorre a superveniência do ordenamento, que é de natureza jurídica. Sua função é a de garantir "a subordinação a suas disposições de todos os atos emanados dos poderes constituídos que formam o governo ordinário". (48) Cabe-lhe **ordenar**, sob o ponto de vista jurídico, toda uma manifestação existencial fluente e mutável, em contínua destruição e simultânea criação de direito.

A essa função ordenadora se alia uma outra, de direção política, que nada mais é do que um aspecto da primeira. Se esta se apresenta como juridicização de matéria amorfa, do ponto de vista do direito, atribuindo-lhe esta qualidade, a função de direção política se apresenta como valor de **impulso**. "É uma função que indica a estrada às leis, propondo-as, retardando-lhes o curso, favorecendo ou opondo-se a alguma categoria delas; mas indica o caminho a toda a atividade administrativa que, por um lado, se dirige, também ela, a atuar a Constituição e as leis já existentes, mas, por outro lado, se dirige igualmente à criação de uma normação, abstrata e singular, que preenche o vazio deixado pelas leis e que equacionam ao caso concreto as normas ditadas para a generalidade". (49)

Luís Sanchez Agesta assinala a função que tem a Constituição de dar respostas adequadas a toda uma série de exigências exteriorizadas pela sociedade para a organização política. (50)

Assim, a Constituição é um reflexo da situação política atual, dos temas que chamam a atenção, das opiniões majoritárias num determinado momento histórico de um povo. Burdeau alerta para o fato de que as Constituições são **quadros** que englobam as instituições de uma época, sem conseguir fugir a um dogmatismo programático, pelo qual mer-

(47) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 45.

(48) Sanchez Viamonte, C., *El constitucionalismo — sus problemas*, Ed. Bibliogr. Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 15.

(49) Barile, P., *Corso di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1964, pág. 157.

(50) *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, 1974, pág. 52.

gulham sua proa no futuro planejado de acordo com as condições atuais da sociedade para a qual se elaboram. (51)

A Constituição tem, portanto, por função ser “fundamento jurídico da ordem e do poder, transformando-os em ordem e poder JURIDICOS”. (52)

Cabe-lhe ainda regular “os processos que se desenvolvem entre a estrutura social e a organização política propriamente dita” (53), traduzindo-se em uma organização do poder e em normas de convivência, estabelecendo o quadro da ordem social, discriminando direitos e deveres dos cidadãos, sua forma de participação na ação do poder público e, finalmente, regulamentando instituições da ordem social.

Releva notar, por último, a função definidora do regime. A Constituição cabe decidir-se pelo regime a vigorar dentro de uma comunidade politicamente organizada, escolhendo entre um regime liberal, um regime de bem-estar social, um regime totalitário ou um regime pluralista ou corporativo. Mas aqui é bom lembrar a observação de Loewenstein, para quem “já não pode ser mantida a concepção da Revolução americana e francesa, segundo a qual a criação de uma Constituição escrita é, de uma vez por todas, símbolo e realização do autogoverno de uma comunidade. Em nossos dias, a Constituição escrita se converteu freqüentemente em escudo para o exercício de um poder nu. Uma Constituição formal não faz absolutamente a um Estado, salvo em sua mais estrita significação literal, um autêntico Estado constitucional”. (54)

III — Fontes

O costume, como reiteração de atos julgados em consonância com uma idéia de direito, é a fonte primordial da Constituição. Tais atos se repetem, com crença de obrigatoriedade, porque o povo, num esforço de interpretação do que seja o direito, os reconheceu como emanados e em conformidade com a natureza dos indivíduos que faziam parte da sociedade.

Tais atos foram **racionalizados**, ou seja, estabeleceu-se uma relação de conformidade entre eles e um padrão geralmente aceito, e depois se lhes deu **publicidade**, isto é, receberam a sanção da opinião pública que lhes consagrou a obrigatoriedade. (55)

Há que ressaltar o papel instrumental exercido pelo poder constituinte, quer originário, quer derivado, que formalmente deve ser tido como fonte da Constituição, pois que lhe cabe a missão de, feita a identi-

(51) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 267.

(52) Sanchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, Univers. de Madrid, Madrid, 1974, pág. 48.

(53) *Id.*, *ibid.*, pág. 41.

(54) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 161.

(55) *Cfr. Sanchez Agesta, L., Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 49.

ficação dos elementos configuráveis na decisão política, dar-lhes positividade.

Lembra ainda Sanchez Agesta a possibilidade de o **pacto** vir a ser fonte do direito constitucional, quando se trate de "entidades federais ou supranacionais, que se constituam sobre entidades preexistentes e que estabelecem um acordo (em forma de Constituição) sobre a forma em que se há de organizar a cooperação e divisão de competência da união". (56)

A jurisprudência, principalmente quando se admite o controle de constitucionalidade das leis pelos órgãos jurisdicionais, deve também ser tida como fonte, embora secundária, do direito constitucional.

Quanto ao costume, note-se que seu papel é predominante em se tratando de Constituições que desconhecem a rigidez constitucional, como é o caso da Inglaterra, onde do costume surge diretamente a regra.

Tal não sucede nos países que conhecem o sistema de rigidez constitucional. A supremacia formal das Constituições suplanta então o seu conteúdo, de tal forma que a vontade expressa com clareza e precisão pelo documento constitucional elimina a expressão da vontade, às vezes real e concreta, mas difusa do costume.

IV — Supremacia da Constituição

A Constituição situa-se no topo da escala normativa, sendo por essência a lei suprema do Estado, quer se trate de Constituição costumeira, quer de Constituição escrita.

Advém-lhe tal superioridade pelo fato de ser ela que concretiza a idéia de direito vigorante dentro de um determinado grupo. Tal concretização se constitui em fundamento e condicionamento de toda a ordem jurídica, de forma que qualquer manifestação normativa terá que cingir-se aos parâmetros predispostos pela Constituição. Sua supremacia se caracteriza também pela repartição de competências de que é fonte. Cada órgão dotado constitucionalmente de competência tem sua atuação circunscrita por aquela repartição, ficando impossibilitado de delegar sua titularidade, pois que ninguém delega aquilo de que não é dono.

Esta superioridade promana em primeiro lugar do seu conteúdo. Aceita-se que este é a concretização dos ideais de uma determinada coletividade política, e como tal não pode ser mudado sem que se elimine a própria essência daquela mesma comunidade. É o que se consagra como **supremacia material**, que é sempre entendida como absoluta, pois que prevalece quer em casos de Constituição costumeira, quer em casos de Constituição escrita.

Por sua colocação no topo da hierarquia normativa, deriva para a Constituição a **supremacia formal**.

(56) *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 50.

São conseqüências da supremacia constitucional em primeiro lugar a conformidade de todo o conjunto das leis com a lei suprema; em segundo lugar, a estreita vinculação de todos os órgãos do Estado.

Observe-se que a supremacia formal, pela qual a Constituição é colocada acima de todas as outras leis, visa preservar sua supremacia material, pelo que toda e qualquer questão acolhida no bojo da Constituição é beneficiada por maior estabilidade, assegurada por um maior formalismo para sua alteração, como veremos.

Seria, entretanto, vã tal supremacia se não houvesse garantias aptas a preservá-la.

Assim é que o Direito Constitucional Comparado preconiza três tipos de garantias: o controle de constitucionalidade por um corpo político, o controle por um órgão jurisdicional e, como completa Burdeau, ... a ausência de controle.

O controle por um órgão político se atém ao princípio de que a Constituição é uma decisão política, antes de se configurar como ordenamento jurídico. Assim é que na França o controle da constitucionalidade, garantindo a supremacia constitucional, é feito por um conselho constitucional, órgão essencialmente político, como se pode ver pelo art. 56 da Constituição de 1958, seguindo aliás esteira já deixada pelo art. 15 da Constituição de 1799, que criou o Senado Conservador.

O controle por órgão judicial é feito por tribunais, como se vê pelo disposto no art. 119, inciso I, letra I, da Constituição brasileira, art. 207 da Constituição portuguesa, art. 100 da Constituição argentina, art. 111, Seção I, da Constituição norte-americana.

V — Tipologia Constitucional

Costumam os autores classificar as Constituições enquadrando-as em tipos, de acordo com critérios prefixados. Variando o critério, diversa será a classificação proposta.

Não se pode falar em oposição entre classificações distintas, mas sim dentro de uma mesma classificação, segundo um mesmo critério classificatório, contrapondo-se os diversos tipos.

O valor do estudo dessa tipologia constitucional reside em que cada classificação evidencia e esclarece um aspecto do fenômeno, deixado talvez na obscuridade por outra classificação. Haverá assim maior profundidade no conhecimento da Constituição.

A. Hauriou e Lucien Sfez distinguem uma **Constituição política**, uma **Constituição social** e uma **Constituição administrativa**. A primeira tem por função regular a organização e o funcionamento dos poderes públicos, a segunda estabelece as bases da vida comunitária e estabelece as bases relacionais entre os cidadãos e o Estado. Para estes autores é uma desgraça a existência do terceiro tipo, que tem por resultado

destruir as outras duas. Caracteriza-se este terceiro tipo por impor uma centralização rigorosa do poder, um exercício estrito do poder hierárquico, a organização de uma tutela e a existência de uma jurisdição administrativa. Se este terceiro tipo constitucional era suportável quando o Parlamento é que tinha o domínio político, o mesmo não acontece depois da queda do prestígio parlamentar e da passagem do maior número de decisões para as mãos do Poder Executivo. (57)

Para Karl Loewenstein são insuficientes as categorias constitucionais clássicas.

Distinguem-se Constituições contidas num documento formal e as não formalizadas num documento específico. Hoje, contudo, praticamente todos os Estados possuem Constituição escrita, sendo poucos os que não a têm.

Mas é importante notar que "todos os Estados com um documento constitucional possuem também direito constitucional em forma de lei, assim como uma grande quantidade de usos constitucionais e regras convencionais não formuladas por escrito. Esta circunstância levou a teoria do Estado europeu à útil distinção entre direito constitucional formal, que está reunido em um único documento chamado **Constituição**, e direito constitucional material, constituído por leis individuais e normas constitucionais consuetudinárias". (58)

A classificação em Constituições rígidas e flexíveis é também altamente formalista e irreal. Na verdade há Constituições classificadas como flexíveis, e dotadas de muito maior estabilidade do que muitas Constituições tidas como rígidas.

É engano estender-se às Constituições a distinção entre forma de governo republicano e monárquico. Seriam classificadas como monárquicas Constituições que nada têm de comum entre si.

Falho também seria aplicar-se às Constituições a distinção de federais e unitárias, por antonomásia com os Estados assim classificados, até porque o princípio federativo vem hoje sofrendo tal erosão que dificilmente se pode achar um modelo de federação.

Loewenstein distingue ainda da Constituição as leis constitucionais, que regulariam matéria que não está inserta no texto da Constituição, mas que, por sua importância estrutural, se beneficiam de maiores cuidados na elaboração e na reforma. Aplicam-se a elas os dispositivos de reforma estabelecidos para a Constituição. Assim é que o art. 138 da Constituição italiana prevê a existência das leis constitucionais e seu processo de reforma. Na Tchecoslováquia, a Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, no seu art. 41, estabelece idêntico processo para a adoção e modificação da Constituição e das leis constitucionais. A esse tipo correspondem na França as chamadas leis orgânicas, para cuja

(57) *Institutions polit. et droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1972, págs. 170/173.

(58) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 208.

votação e modificação o art. 46 da Constituição de 1958 estabelece normas específicas. O equivalente brasileiro é constituído pelas leis complementares à Constituição, previstas no inciso II do art. 46 da atual Constituição. Não se prevê processo especial para sua modificação, mas sim para sua adoção, como consta do art. 50.

Na sua distinção de Constituições originárias e derivadas, Loewenstein se apega à filiação existente entre as Constituições. Aquelas que são inovadoras, criando princípios institucionais e organizativos originais, são por isso mesmo tidas como originárias. Por processos de imitação destas surgem outras Constituições que, embora adequando-se às condições peculiares a cada país, copiam das anteriores os traços marcantes e tidos como inovadores. As Constituições têm seus modelos de época. Loewenstein compara tais modelos àqueles do vestuário feminino, imposto um, todos os outros o seguem, levados pelo seu prestígio. Assim é que o primeiro modelo constitucional foi o liberal, imposto pelas primeiras Constituições francesas. Em 1919 surge outro modelo constitucional com a Constituição de Weimar, instaurando o modelo social, observando-se que os mexicanos reivindicam para si a primazia neste campo com sua Constituição de 31 de janeiro de 1917.

Feita uma análise destrutiva dos modelos classificados adotados até então, Loewenstein apresenta uma tipologia constitucional diferente. E se propõe fazer uma análise **ontológica**, classificando as Constituições em **normativas, nominais e semânticas**. O critério agora utilizado não é mais o de se analisar a essência e o conteúdo das Constituições, mas sim "a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder". (59) E continua: "para que uma Constituição seja viva, não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e efetiva, a Constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta nela. A Constituição e a comunidade terão que passar por uma simbiose. Somente neste caso cabe falar em Constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, pelo contrário, o processo do poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas. Para usar uma expressão da vida diária: a Constituição é como um traje que assenta bem e que se usa realmente". (60)

A Constituição será, por outro lado, **nominal** quando, apesar de juridicamente válida, não houver uma adaptação entre ela e a dinâmica do processo político, faltando-lhe, portanto, realidade existencial. A adoção do tipo constitucional foi talvez prematura para o tipo de realidade existente; apesar da boa vontade dos detentores do poder e dos destinatários de tal Constituição, não há ainda condições de aplicar o tipo constitucional adotado. Repetindo o simile, o autor compara tal tipo de Constituição a uma roupa que se guarda no armário, para ser usada quando a criança crescer.

(59) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 217.

(60) *Id.*, *ibid.*, pág. 217.

O tipo **semântico** revela total inadequação, aliás proposital, com a dinâmica social. "Em lugar de servir para limitar o poder, a Constituição é aqui instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos da localização do poder político. E para continuar a comparação anterior: o traje não é de forma alguma um traje, mas um disfarce". (61)

Propõe ainda Loewenstein um outro critério para classificar as Constituições, levando em conta a existência ou não de um **conteúdo ideológico**. Caberia assim falar-se em Constituições **IDEOLÓGICO-PROGRAMÁTICAS** e Constituições **UTILITÁRIAS**, conforme estejam dotadas de um **programa ideológico** ou dele estejam isentas. As primeiras Constituições estão imbuídas de uma ideologia liberal, que predominou em fins do século XVIII e durante o século XIX. O século XX viu triunfar nas Constituições o modelo ideológico social. Em nossos dias as Constituições vêm se tornando, cada vez mais, "verdadeiros catecismos políticos mais do que indicações materiais para o desenvolvimento racional do processo governamental". Segundo o autor, isto veio contribuir para que as Constituições atuais venham se tornando cada vez mais *longas e complexas, contrariamente ao estilo usado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela Constituição belga de 1831*. "Em todos esses casos, a estrutura ideológica possui mais do que um caráter declarativo. Tem um completo sentido normativo e enfrenta na prática constitucional com a tarefa completamente nova de racionalizar o processo político em sua conformidade com estes valores e premissas ideológicas. Se persistir essa tendência, pode ser que se torne necessário buscar um correspondente critério para a classificação das Constituições". (62)

Burdeau opõe a um tipo de Constituição a que denomina de **natural**, porque resultado espontâneo da vida política, resultado de uma experiência e manifestação de um estado de equilíbrio, um outro tipo, chamado por ele de **institucional**, porque considerada como um ponto de partida jurídico, essencialmente criadora, introduzindo modificações na ordem jurídica vigorante, sendo essencialmente **voluntária**, para sublinhar sua oposição à Constituição natural. (63)

Distingue também Burdeau entre Constituição social e Constituição política, aquela refletindo o modo de ser da sociedade, suas tendências costumes sociais e econômicos, a segunda referindo-se ao Estado, formulando regras jurídicas e regulando o exercício do poder político. (64)

As Constituições se distinguem ainda em **escritas**, normalmente rígidas, como veremos, e **costumeiras**. A distinção é meramente formal, pois não há sob esse aspecto qualquer diferença de conteúdo. As Constituições, quer escritas, quer costumeiras, continuam sendo fruto de um agir uniforme adotado consciente ou inconscientemente pelo grupo social, mas

(61) *Id.*, *Ibid.*, págs. 218/219.

(62) *Id.*, *Ibid.*, pág. 213.

(63) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 23/24.

(64) *Id.*, *Ibid.*, pág. 10.

depois sempre concretizado pela manifestação da vontade humana, que lhe dá características de fixidez.

Sanchez Viamonte acha imprópria a designação de **rígida** para uma Constituição, porque na realidade toda Constituição deve ter esse caráter. Para ele, as Constituições não-escritas ou flexíveis não são Constituições propriamente ditas, representando a Inglaterra uma exceção. Suas leis e instituições políticas são apenas fragmentos de Constituição.

Para Sanchez Viamonte a forma escrita foi o meio pelo qual o ato constituinte deu solenidade e transcendência de atitude definitiva à vontade nacional. A Constituição norte-americana foi a que operou a transposição do conteúdo substancial para o modelo de lei fundamental escrita. E a forma escrita passou a ser uma exigência fundamental do constitucionalismo moderno, de tal forma que hoje é inconcebível encontrar-se Estado de direito sem Constituição escrita. (65)

Ao falar-se de Constituição material, numa oposição à Constituição formal, há que atentar-se para uma duplicidade de significação. Tanto pode entender-se Constituição material em sentido de **conteúdo** de uma Constituição já formalizada, como em sentido de **pressupostos sociológicos**, posteriormente racionalizados e tornados conteúdos.

Entende Burdeau que existam **matérias constitucionais** essencialmente. Tais matérias não podem deixar de ser incluídas na Constituição. (66)

Para Bidart Campos "a Constituição material equivale a um REGIME POLÍTICO. Tem mobilidade e dinamismo... A Constituição material é a que efetiva e eficazmente ordena o Estado, constituindo uma realidade sociológica. Nela vamos encontrar realidades sociais, porque é de sua essência conformar-se com a **tradição**. Temos assim uma **Constituição tradicional-historicista**. A esta se opõe a **Constituição racionalista**, que parte do pressuposto de que é possível estabelecer esquematizações de caráter abstrato e genérico, para nelas se incluir a realidade político-social. Este segundo tipo de Constituição se funda em posições apriorísticas, sem qualquer ligação com a realidade político-social, que deverá depois conformar-se com as normas de caráter racional que lhe são impostas." (67)

VI — Lacunas Constitucionais

É o das lacunas assunto relevante, em se tratando de reforma constitucional, pois que por este instituto normalmente se introduzem, em forma originária ou substitutiva, determinações novas no texto constitucional. O problema é verificar se tais reformas se devem a **lacunas** existentes na Constituição, ou seja, tudo se reduz a responder se existem ou não lacunas constitucionais.

Loewenstein admite a existência de tais lacunas, que, segundo ele, vão justamente dar origem ao processo de reforma; para que se evite o

(65) *El constitucionalismo — sus problemas*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 28/31.

(66) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 19/20.

(67) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 88/90.

entorpecimento do processo político. As lacunas constitucionais são **claras**, quando o poder constituinte sentiu, por ocasião da edição do ato constituinte, a necessidade de regular a matéria, incluindo-a no âmbito constitucional, mas, por razões diversas, deixou de fazê-lo, talvez, quem sabe, por julgar desnecessária ou prematura a formalização constitucional daquela matéria. **Oculta** será a lacuna constitucional, quando o poder constituinte não tinha condições de prever a necessidade de normativizar determinada matéria. ⁽⁶⁸⁾

Santi Romano coloca a questão em outro ângulo. Não se trata, segundo ele, de analisar o problema sob o prisma das **matérias** que estão ou não incluídas na Constituição. É necessário distinguir-se entre **ius conditum** e **ius condendum**.

O **ius conditum**, o direito positivo, consubstanciado no ordenamento estatal, é necessariamente completo, não se podendo falar em lacunas quanto a ele. Poderá falar-se de limitação do ordenamento jurídico, ou seja, só tem caráter de juridicidade, só será juridicamente relevante, aquilo que o ordenamento acolha. Aquilo que ele exclui será, portanto, juridicamente irrelevante, considerando-se como meras situações de fato.

O problema se coloca diferentemente quando se leva em conta o aspecto institucional, **de jure condendo**. Sob o aspecto institucional, "a lacuna existe se o ordenamento está destituído de uma parte integrante, que continua a ser juridicamente necessária para ele." ⁽⁶⁹⁾

Assim o problema das lacunas é visto diferentemente, conforme se considere o **ordenamento** como **sistema de normas** ou como **sistema institucional**.

Tendo-se em conta que alguns autores admitem a possibilidade de lacunas no direito público, negando sua possibilidade no direito privado, Santi Romano nega sua possibilidade absoluta, nos termos propostos acima, pois "nem mesmo no direito constitucional, enquanto complexo de normas, se podem ter lacunas; e vice-versa, estas se podem verificar onde se tenham instituições mesmo não constitucionais que desaparecem ou se eclipsam, enquanto são juridicamente necessárias para as outras que permanecem. É verdade que o direito constitucional é aquela parte do ordenamento, em que o aspecto institucional é de maior importância e no qual é praticamente mais fácil que se produzam aquelas crises que dão lugar a lacunas". ⁽⁷⁰⁾

A REVISÃO CONSTITUCIONAL

I — A Evolução

A observação atenta da natureza, quer inanimada, quer vegetal, quer animal, quer humana, nos revela ao primeiro abrir e fechar de olhos que a mudança é um fenômeno geral, a que nenhum ser escapa. Já o obser-

(68) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 171.

(69) Santi Romano, *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè Ed., Milano, 1950, pág. 378.

(70) *Id.*, *Ibid.*, págs. 378/379.

vara Heráclito de Éfeso, sintetizando em poucas palavras a teoria segundo a qual **panta rhei os potamós** (tudo corre como um rio), exemplificando que ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois que no segundo banho o rio já não será o mesmo de antes. Identificava assim movimento com mudança. Mas a observação é válida. Lavoisier confirma, no plano físico, o achado do pensador de Éfeso, afirmando que tudo se transforma. No plano da idéia, a evolução do Eu-pensante em suas sucessivas concretizações através da História, na doutrina hegeliana, vem confirmar a tese da mudança continuada e perene.

A vida em sociedade, longe de desmentir, vem confirmar de maneira iniludível esta averiguação. Sem chegar ao exagero de dizer-se que a vida social é um organismo vivo, que surge, se transforma e morre, da mesma forma que ocorre com os organismos encontráveis na natureza vegetal e animal, devemos reconhecer que o organismo social tem também um tipo de vida. A sociedade vive em contínua e irrefreável mutação. Os hábitos, a maneira de pensar, os modos de defrontar-se com a natureza que circunda aos seres humanos, evoluem constantemente.

Ao conjunto de costumes concretizados num determinado tempo e limitado a um determinado povo se denomina a sua **Constituição**. É a maneira pela qual um povo se organiza costumeiramente, atribuindo aos costumes caráter de obrigatoriedade. A esse tipo de organização com caráter de obrigatoriedade é que Bidart Campos denomina **Constituição material**. (71)

A correspondência da Constituição escrita com o tipo descrito de Constituição material é que dará àquela o caráter de vigência.

Existe uma dinâmica constitucional, e esta virtualidade inserida em toda Constituição se manifesta através de processos que recebem o nome de **mutações constitucionais**. Ocorrem transformações no mundo da realidade, e estas, por sua generalidade, acabam sendo aceitas com caráter de obrigatoriedade, assumindo características de normas, nem sempre escritas. Tais mutações produzem alterações na contextura da Constituição material, sem que necessariamente haja reflexos na Constituição escrita. (72)

Burdeau reafirma o conceito de que a Constituição é essencialmente mutável. Sem que muitas vezes haja mudanças no quadro exclusivamente formal, ocorrem transformações substanciais no quadro institucional, devidas muitas vezes à conjuntura política. Há, segundo ele, uma criatividade constante do poder constituinte, que, por haver criado uma vez, não perde sua força de inventiva. Isto ocorre principalmente nos regimes democráticos, quando o povo tem amplas possibilidades de, através dos modernos meios de comunicação de massa, manifestar com abertura a sua opinião. (73) Assim, se existe o poder constituinte nos moldes clássicos, ou o poder constituinte derivado de uma revolução, não se pode olvidar a presença sempre operante, embora de maneira muitas vezes oculta,

(71) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 72.

(72) *Id.*, *Ibid.*, pág. 85.

(73) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, págs. 246/247.

mas nem por isso mais fraca, de um poder constituinte amorfo e singularmente vigoroso manifestado pela opinião popular.

William S. Livingstone reconhece que o fato de que "as Constituições se transformam de vários modos, quer formais quer informais, é tão verdade em relação às federações quanto em relação aos sistemas unitários, tão verdadeiro quanto às democracias quanto às autocracias; a emenda formal é tão-somente um desses meios. Em cada um dos sistemas federais examinados, a Constituição é alterada em diferentes maneiras. Costumes e convenções são lentamente transformados de modo a produzir novas práticas constitucionais... Nossa preocupação, no momento, com a emenda formal não deverá permitir que se obscureçam os outros meios, freqüentemente mais significativos, pelos quais surgem as mudanças..." (74)

Para maior elucidação dos conceitos com que vamos tratar, tendo em vista que a sua maior especificação em relação à realidade a que se referem só pode trazer maior progresso no conhecimento de sua essência, seria oportuno distinguir, seguindo Karl Loewenstein, **reforma constitucional** e **mutação constitucional**. Esta última se produz na materialidade dos fatos, sem que haja transformações do documento constitucional. Observa ele que "esse tipo de mutações constitucionais se dá em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e são muito mais freqüentes do que as reformas constitucionais formais. Sua freqüência e intensidade é de tal ordem que o texto constitucional em vigor será dominado e coberto por estas mutações sofrendo um considerável afastamento da realidade, ou posto fora de vigor". A reforma constitucional pode ser formal ou material. A formal consiste na modificação do texto constitucional. A material "é o resultado do procedimento de emenda constitucional, isto é, o objeto a que tal procedimento se refere ou se referiu". (75).

Observe-se, entretanto, a existência de um esforço para que as mutações constitucionais não acarretem reformas constitucionais formais ou materiais. Isto se verifica ou na inserção de exigências rigorosas para o processo de reforma ou na elaboração de um texto constitucional suficientemente genérico e universal de forma a abranger o maior número possível de casos concretos sem que haja necessidade de reformulação do texto formal da Constituição. Estes dois processos, segundo o mesmo Loewenstein, têm o proveitoso resultado de instaurar no povo um forte sentimento constitucional, acarretando uma profunda identificação da nação com a sua Constituição. (76)

II — Tipos de Mutação e de Reforma Constitucional

Pelo que estamos vendo, a mutação e a reforma constitucional estão entre si em íntima relação dialética. A Constituição material, em sua evolução, produz formas novas, que, pela sua própria novidade, se põem em

(74) *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford, 1956, pág. 295.

(75) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 164/165.

(76) *Id.*, *Ibid.*, pág. 175.

choque antitético com a tese afirmada e sustentada pela Constituição formal. Deste choque, com o decorrer do tempo e com o fortalecimento do impacto, surge uma nova forma sinteticamente conciliadora das novidades trazidas pela Constituição material e das exigências estruturais impostas pela Constituição formal, que nem sempre acolherá todas as novidades trazidas ou, pelo menos, não as receberá no modo por que são trazidas.

É a luta perene entre a estabilidade e a instabilidade, na procura de situações de equilíbrio.

Sob este prisma, podemos examinar a distinção feita por Carl Schmitt entre destruição, supressão, reforma, quebra e suspensão da Constituição. Poderemos ver nestes fenômenos descritos por Schmitt o entrecocar-se constante, sempre frutuoso, em que pese aos eventuais reverses, da Constituição material com a Constituição formal.

Reconhecemos também situações **depreciadoras**, manifestadas pelos fenômenos denominados perversão, fraude, desvalorização ou violação constitucional.

O esforço de distinção conceitual terá o mérito de, por confronto de opostos, tornar claro o conceito de **reforma constitucional**, objetivo último de nosso trabalho.

Carl Schmitt define **destruição da Constituição** como a supressão da Constituição formal existente e a dissolução do órgão a que foi delegado o poder constituinte. Naturalmente, essa supressão e dissolução ocorrem como consequência da superposição de uma nova Constituição material, concretizadora de nova idéia de direito, imposta por nova força que se diz representante fiel do poder constituinte.

Por **supressão da Constituição**, entende a eliminação da Constituição formal existente, conservando-se o poder constituinte em que se baseava, o que ocorre normalmente através de golpe de Estado.

A **reforma constitucional** é para ele a modificação do texto das leis constitucionais vigentes até o momento, e só a entende como parcial, pois só a concebe como "supressão de prescrições legal-constitucionais isoladas e recepção de novos ordenamentos legal-constitucionais isolados".

A **quebra da Constituição** é por ele entendida como a violação esporádica, ocasional, de determinadas prescrições, que, no entanto, permanecem inalteradas.

Na **suspensão da Constituição**, uma ou algumas prescrições são temporariamente postas fora de vigor. (77)

Há, entretanto, formas doentias do distanciamento entre Constituição material e Constituição formal.

(77) Teoría de la Constitución, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1927, pág. 115/117.

Uma delas é a que Loewenstein denomina **perversão da Constituição**. E justifica a denominação, afirmando: "uma Constituição democrática reveste sempre a qualquer regime de uma certa respeitabilidade. Os maquiavelistas de última fornada descobriram que o credo democrático é a pancarta (o coringa) debaixo do qual podem perseguir sua sombria tarefa. A Constituição escrita se converteu, por isso, no disfarce para o poder nu. Embora o documento constitucional proclame solenemente as formas externas do processo democrático, as relações internas não afligem a ninguém, exceto ao povo a quem é oferecida a forma e negada a substância". (78)

A **fraude** consiste na violação da limitação dos poderes concedidos constitucionalmente ao poder de revisão. Foi o que ocorreu na Alemanha através da revolução nacional-socialista, quando, com base no art. 48 da Constituição de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), se atribuíram poderes absolutos ao Presidente do Reich a partir de 1933 e, na França, pela Lei Constitucional de 10 de julho de 1940. Burdeau descreve em que consiste esse fenômeno: "um governo, chegado ao poder por processos legais, faz pressão sobre o órgão de revisão para que este transforme a Constituição ou mesmo estabeleça uma nova. Cedendo a essas injunções, a autoridade revisionista realiza a mudança exigida, nas formas constitucionalmente previstas e sem que qualquer solução de continuidade se introduza na forma, entre o texto antigo e o regime novo pelo qual se exterioriza o sucesso da operação. Uma nova idéia de direito, um poder político novo se introduziram no Estado através do jogo de uma revisão implícita ou expressa da Constituição e graças a um desconhecimento evidente do espírito segundo o qual ela havia previsto sua modificação". (79)

III — Constituições Fixas — Constituições Imutáveis — Conteúdo Pétreo

Vimos que a Constituição, como concretização de hábitos vinculantes dentro de uma sociedade, é, de sua essência, mutável.

Há, entretanto, casos de pouca ou nenhuma mutabilidade, o que ocorre exclusivamente em relação às Constituições escritas.

Denomina-se "Constituição fixa", como ensina Nelson de Souza Sampaio, "aquela que expressa ou implicitamente estabelece que a sua reforma somente se verifica por meio de uma assembléia constituinte de poderes iguais aos da que a criou". (80)

Desta Constituição fixa se distingue a **rígida**, que é aquela cujos trâmites e limites revisionais estão expressamente previstos na Constituição.

Há ainda, no que concerne às mudanças e revisão, *um outro tipo de* Constituição, as denominadas imutáveis ou eternas, na observação de

(78) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 214.

(79) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 266.

(80) *O poder de reforma constitucional*, Ed. Progresso, Bahia, 1964, pág. 54.

Kelsen, citado por Nelson de Souza Sampaio. ⁽⁸¹⁾ Exemplo clássico de imutabilidade constitucional é o Código de Hammurabi. Vejamos o que consta de seu epílogo:

"Que nos dias futuros, para sempre, o rei que surgir no país observe as palavras de justiça que escrevi em minha estela, que ele não mude a lei do país que eu promulguei, as sentenças do país que eu decidi, que ele não altere os meus estatutos!

Eu sou Hammurabi, o rei da justiça, a quem Samas deu a verdade. Minhas palavras são escolhidas, minhas obras não têm rival; só para o tolo elas são vazias, para o sábio elas conduzem para a glória. . . . Se esse homem não guardar as minhas palavras que escrevi em minha estela, desprezar minhas maldições, não temer as maldições dos deuses, anular o direito que promulguei e revogar as minhas palavras, alterar os meus estatutos. . . que o grande Anum, o pai dos deuses, aquele que pronunciou o meu governo, tire-lhe o brilho da realeza, quebre o seu cetro, amaldiçoe o seu destino." ⁽⁸²⁾

Vimos, por outro lado, que toda Constituição é, por sua essência, dinâmica, mutável. Mas devemos ressaltar, com Bidart Campos, que há determinados traços que se firmaram e consolidaram por tradição histórica, adquirindo tão inabalável solidariedade com o passado, que não se admite a sua mudança. "Os conteúdos que deste modo plasmam historicamente uma Constituição que os assimila podem, sem dúvida, qualificar-se como CONTEÚDOS PÉTREOS e têm, por isso mesmo, uma intangibilidade que não permite destruí-los ou aboli-los. Só quando a estrutura social subjacente padece mutações tão essenciais de forma a não suportar (no sentido de sustentar) mais aqueles conteúdos na estrutura constitucional, se pode considerar que a petrificação cede ou desaparece, e que é válido prescindir dos conteúdos pétreos." ⁽⁸³⁾

IV — Poder Constituinte Derivado

Que é, essencialmente, o poder constituinte derivado? É ilimitado como o originário ou está vinculado a limites que lhe sejam impostos? Se positiva a resposta, quais seriam esses limites e qual a sua natureza? Se existem limites para a atuação do poder constituinte derivado, haveria também um controle posterior? Quais seriam os órgãos a que caberiam a iniciativa, execução e controle das reformas? Haveria obrigatoriedade, ou somente conveniência, na realização da reforma constitucional?

São questões que se apresentam normalmente ao estudioso do assunto. Vamos analisá-las por ordem.

Nelson de Souza Sampaio nos responde à primeira questão, estabelecendo uma distinção entre estado de latência e estado de organização permanente do poder constituinte. Segundo ele, elaborada a Constituição,

(81) *Id.*, *Ibid.*, pág. 45.

(82) O Código de Hammurabi, *Vozes*, 2.^a ed., 1978, págs. 110/111.

(83) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 91.

dissolvida a assembléia, "a função constituinte entra em fase de latência e somente volta a manifestar-se de modo intermitente", o que é normal nos países de Constituição escrita, ao passo que, em países de Constituição flexível, há "uma organização permanente do poder constituinte, pois este se exercita pelo órgão legiferante do Estado, competente tanto para fazer as leis e a Constituição como para reformar esta e até substituí-la." (84)

Por aí podemos ver que este autor aceita a verdadeira **essência constituinte do poder de reforma, sendo distintas somente as formas de manifestação.**

Quanto a limites, devemos convir em que, se o nome representa realmente um conceito, o poder constituinte **derivado**, ou poder de reforma, esteja vinculado a determinados pressupostos, sendo por conseguinte limitado. Não estamos ainda examinando a questão do ponto de vista do direito positivo, ou do direito constituído, mas sim do ponto de vista doutrinário. É certo que a Constituição suíça de 29 de maio de 1874 declara no seu artigo 118 que "a Constituição Federal pode ser revista a todo tempo, total ou parcialmente". Por outro lado a Lei Fundamental de Bonn, no seu art. 79, primeira alínea, estabelece que "a Lei Fundamental não pode ser revisada senão por uma lei que modifique ou complete expressamente o seu texto". Tendo por função somente **modificar** ou **completar**, está visto que não se admite a revisão total. Na Constituição de 6 de abril de 1968, da República Democrática Alemã, no art. 106, notamos também que só se admite revisão que "modifique ou complete expressamente o texto constitucional", repetindo assim o mesmo dispositivo da Lei Fundamental de Bonn.

Mas o problema não está adstrito aos termos postos pelo direito positivo. Trata-se de indagar se, havendo reforma total da Constituição, estaria em ação o poder constituinte *originário* ou *derivado*.

Já vimos que é da essência do poder constituinte **criar e fundar** a ordem jurídico-positiva. Nestas condições, tanto cria o originário quanto o derivado. A sua natureza essencialmente criadora não pode ser negada ou obscurecida pela sua forma de atuação. Se o próprio poder constituinte, atuando originariamente, estabeleceu entraves para sua ação em forma derivada, fê-lo com vistas à obtenção de uma *garantia de duração e estabilidade* da ordem jurídica vigente. O fato de não querer atuar originariamente não muda a natureza, a essência do poder constituinte, afeta tão-somente a sua forma de atuação.

Assim, no caso de não se permitir a revisão total pelos trâmites legais, o poder constituinte está procurando atingir a meta de só conceder uma *reforma total da Constituição quando for suma a disparidade entre a Constituição material e a formal*, e, nessa circunstância, a reforma total virá por **via revolucionária**, devendo-se ressaltar que este caminho não implica necessariamente recurso à força armada, significando tão-somente uma *modificação total das estruturas vigentes.*

(84) O Poder de reforma constitucional, Ed. Progresso, Bahia, 1954, págs. 41/42.

Dal respondermos, finalmente, que o poder constituinte, quando atua circunscrito por limites, por ele mesmo postos, age derivadamente. Há, portanto, limites para sua atuação.

É diversa a natureza dos limites impostos à atuação do poder constituinte derivado. Seriam eles materiais, quando o poder constituinte exclui da possibilidade de modificações determinados conteúdos constitucionais: formais, implícitos ou explícitos, circunstanciais, temporais... Deveremos analisá-los mais detidamente logo a seguir, pelo que nos escusamos de defini-los neste momento, limitando-nos a enumerá-los.

Dentre os limites, seria oportuna uma referência especial aos órgãos aos quais caberia a iniciativa e a execução da reforma constitucional. Se olharmos desde o ângulo da maior possibilidade de captação das modificações já inseridas nas instituições vivas, naquilo a que chamamos de Constituição material de um povo, é claro que quanto mais amplitude se der à iniciativa, maior será conseqüentemente a probabilidade de captação real das estruturas vigentes. Quanto aos órgãos que devam executá-la, é claro que a reforma deveria competir a órgãos mais restritos, dentro dos quais seria possível uma melhor análise para consecução de uma situação de equilíbrio entre a Constituição material e a formal.

Acolhemos a opinião de Loewenstein, para quem "a ideologia do Estado constitucional democrático exige que a competência para a reforma constitucional não seja o monopólio de um único detentor do poder, mas deve estar o mais possível distribuída. Todos os detentores legítimos do poder — governo, parlamento e o povo organizado como eleitorado — devem poder participar dela. Através da máxima dispersão desta participação, a reforma constitucional realizada adquire o mais amplo consenso e, com isto, a mais elevada legitimidade. Se se permite expressar o problema da situação do poder constituinte em forma de máxima, poder-se-ia dizer: soberano é aquele dentre os detentores do poder que decide sobre a reforma constitucional..." (85)

Quanto ao controle, é palpável a sua conveniência e mesmo a sua necessidade, para que se assegure a observância dos limites impostos. Problema maior seria o do órgão a quem incumbiria tal controle. Voltaremos ao assunto mais adiante.

É inegável, por outro lado, que a reforma constitucional é muitas vezes uma questão, não simplesmente de conveniência, mas de absoluta necessidade. Uma reforma bem elaborada é muitas vezes o expediente adequado para evitar-se uma subversão total da ordem constituída, efetivada muitas vezes por meios violentos.

V — Estado de Direito — Salvaguardas — Limitações

As limitações impostas ao poder público se justificam como uma forma de preservação do estado de direito, com o qual se identifica, segundo Sanchez Viamonte, a história da república democrática. "O que

(85) Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 172.

há de permanente e inalterável no direito é o valor do direito mesmo, como forma necessária para a conveniência, não obstante a variabilidade de seu conteúdo historicamente condicionado. O constitucionalismo consiste, precisamente, na clara noção dessa permanência, em seu ordenamento, e na sujeição, por igual, de governantes e governados às formas ético-jurídicas que excluem ou, pelo menos, se propõem excluir a arbitrariedade e fechar definitivamente seu ciclo histórico. Por tudo isso, um sistema constitucional é sempre um conjunto ordenado e harmônico de formas institucionais, e se resolve em normas jurídicas que vão desde a afirmação de princípios abstratos e gerais até o reconhecimento de direitos exigíveis, e também das garantias que oferecem a proteção prática de seu exercício. Para isso faz falta uma Constituição, e que essa Constituição esteja escrita, porque só a escrita pode dar às formas jurídicas a fixidez e também a rigidez muitas vezes indispensáveis para a defesa da liberdade.” (86)

Assim, à forma escrita se deve aliar a rigidez, isto é, a Constituição deve ter inserida nela “o procedimento pelo qual poderá ser revisada e modificada”. (87)

É, entretanto, fato inegável que, pela própria evolução da sociedade, as Constituições formais envelhecem, tornando-se necessário que se possa rejuvenescê-las, ou dando soluções novas para novos problemas, ou mesmo dando soluções melhores para problemas já conhecidos e já resolvidos. (88) A interpretação, em sua atuação histórica e teleológica, nem sempre é capaz de fazer com que a Constituição formal acompanhe a evolução social, tornando-se então necessário modificar o seu texto.

Analisando as funções do Estado, Paolo Barile as divide em funções vinculadas e funções discricionárias, conforme tenham ou não um “ITER determinado para ser seguido”. Somente a função constituinte estaria totalmente livre, absolutamente desvinculada, sendo completamente livre em sua causa, porque nenhuma regra preexistente a vincula. (89)

É preciso que se entenda o alcance da afirmação de Barile, enquadrando-a no contexto limitativo em que já situamos tanto o poder constituinte originário, quanto o derivado, o que não vem absolutamente eliminar a verdade contida na afirmação desse autor.

Note-se, por outro lado, que a rigidez constitucional vai crescendo com o decorrer do tempo, consolidando-se cada vez mais. À medida em que decorre o tempo, a Constituição vai-se desgarrando da vontade criadora de seus fundadores para ir se transformando na resultante do embate das causas e forças sociais e nacionais tornando-se assim mais durável e mais estável. Essa maior durabilidade é uma comprovação da

(86) Sanchez Viamonte, C., *El constitucionalismo. — sus problemas*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 25/26.

(87) Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 901.

(88) Cfr. Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, pág. 130.

(89) Corso di diritto costituzionale, CEDAM, Padova, 1964, pág. 153.

sabedoria com que se portaram os constituintes no trabalho de adequação e equilíbrio entre suas idéias e as exigências reais da sociedade para que legislavam. Daí por que o poder de reforma da Constituição deve fugir de toda e qualquer arbitrariedade, levando em conta os dados profundos da estrutura social, resguardando-se acima de tudo “das inovações improvisadas, por mais excelente que seja teoricamente o seu objeto, porque se há de ter receio de que uma vez apaziguados os engodos passageiros, o soberano não reconheça mais suas necessidades ou suas aspirações duráveis na obra adotada ao sabor de circunstâncias excepcionais”. (90)

VI — Poder de Revisão Constitucional — Limites

O poder constituinte de revisão é derivado, subordinado e condicionado. É, pois, de sua essência ser limitado, já que “dentro do marco de uma regulação legal-constitucional não pode haver faculdades ilimitadas; toda competência é limitada”. (91) O próprio conceito de **reforma** constitucional é um limite para o seu exercício, respeitando-se sempre a identidade e a continuidade da Constituição. (92) Uma reforma constitucional que, desconhecendo o espírito e os princípios informadores da Constituição, viesse subverter totalmente a ordem instituída, substituindo-a por outra, não estaria **reformando** mas **criando** uma outra ordem constitucional.

Concordamos com García-Pelayo no sentido de que a reforma constitucional seja um **ato substantivo**, pelas diferenças que guarda em relação ao processo legislativo ordinário. (93) Mas é preciso colocar esta observação dentro do contexto em que a situa o autor, mostrando que a Suprema Corte norte-americana “rejeita qualquer limite ao poder de reforma dentro do esquema constitucional”. (94)

Esmein observa que em determinado momento a única sanção e garantia de aplicação e respeito aos limites para a atuação do poder de reforma se encontra na consciência das autoridades encarregadas de proceder à reforma. (95)

É importante observar que há limites tácitos, não articulados ou implícitos para o exercício da reforma constitucional. Parte-se do pressuposto de que uma Constituição encarna determinada idéia de direito, é a concretização de valores ideológicos fundamentais, que, recebidos como o acabamento do ideal político-social de um povo, adquirem imunidade contra eventuais reformas. Acredita-se assim que uma Constituição elaborada de acordo com determinados princípios fique por eles

(90) Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, págs. 40/42.

(91) Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1927, pág. 119.

(92) *Id.*, *Ibid.*, pág. 120.

(93) *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950, pág. 364.

(94) *Id.*, *Ibid.*, pág. 366.

(95) Cfr. Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 916.

vinculada, não admitindo a inserção de corpos estranhos provenientes de ideários opostos ou não coincidentes com os já aceitos. Nesta teoria vemos o “renascimento do direito natural, empreendido como defesa perante o positivismo jurídico”.⁽⁹⁶⁾ São assim os limites imanentes ou implícitos à idéia de Constituição, opostos ao exercício do poder de reforma constitucional.

Nelson de Souza Sampaio faz um elenco desses limites, a eles denominando “limitações materiais inerentes”. E são: “1) as relativas aos direitos fundamentais; 2) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3) as referentes ao titular do poder reformador; 4) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.”⁽⁹⁷⁾

Esse conteúdo escapa à atuação do poder constituinte de revisão. Não significa isto, contudo, lutar pela imutabilidade de uma situação estabelecida. O que se quer dizer é que o **poder de reforma**, pela sua própria essência, não tem a faculdade de operar mudanças estruturais radicais. É o poder de reforma um poder instituído e, como tal, limitado. Pretendê-lo ilimitado seria alterar-lhe radicalmente a natureza, transformando-o em poder constituinte originário.

Somos, nesta linha de idéias, levados pela força da lógica a examinar o problema da possibilidade da **revisão total** em confronto com a **revisão parcial** da Constituição.

Pelo que dissemos acima, somos obrigados a reconhecer a não possibilidade da existência de uma revisão total, porque esta seria da esfera de atuação do poder constituinte originário. Assim, falar-se em revisão total da Constituição seria aceitar a possibilidade de mudança dos fundamentos em que se assente a atual, e essa mudança só poderia atuar-se por obra do poder constituinte originário, necessariamente limitado, nos termos já por nós analisados anteriormente.

Tais pressupostos teóricos, entretanto, não encontram confirmação na ordem jurídico-positiva. Assim é que a Constituição argentina dispõe no seu art. 30:

“A Constituição pode ser reformada no todo ou em qualquer de suas partes...”

A Constituição suíça também admite a reforma total, como consta no seu art. 118:

“A Constituição Federal pode ser revista a todo o tempo, total ou parcialmente.”

A Constituição brasileira de 1934 admitiu a distinção entre **emenda**, entendida como reforma parcial, e **revisão**, entendida como reforma praticamente total, pois permitia a modificação da estrutura política do

(96) Schmitt, Carl, ob. cit., pág. 123; Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 215/216; Leowenstein, K., ob. cit., pág. 193.

(97) O poder de reforma constitucional, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 93.

Estado, a da organização ou da competência dos poderes da soberania, a do Capítulo V do Título I, referente à coordenação dos poderes etc. (Cfr. art. 178 da Constituição de 1934).

A Constituição da Venezuela, de 23 de janeiro de 1961, também admitia a distinção entre **emenda** (art. 245) e **reforma geral** (art. 246).

Convém, todavia, fazer notar, com Burdeau, que "as Constituições que admitem expressamente sua revisão total fazem todas intervir o povo na operação constituinte". (98)

O exemplo típico para essa afirmação é dado pela Constituição suíça. O art. 120 determina:

"Se uma seção da Assembléia Federal decretar a revisão total da Constituição Federal e a outra seção se opuser ou se 50.000 cidadãos suíços com direito de voto pedirem a revisão total, a questão de saber se a Constituição deve ser revista será submetida à votação do povo suíço, que se pronunciará por sim ou por não."

A Constituição brasileira de 1934 estabelece também procedimento mais rigoroso para a **revisão**, ressaltando-se a aprovação da medida por dois terços das Assembléias Legislativas dos Estados-membros, e ainda a submissão do anteprojeto, na legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra Casa (cfr. § 2º do art. 178 da Constituição de 1934).

A nosso ver, é inteiramente procedente a crítica feita por Esmein à disposição do art. 8º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, que permitia revisão das leis constitucionais **no todo** ou **em parte**. Para ele "quando uma mudança se produz na forma essencial do Estado, de qualquer maneira que seja feita, o que há é uma revolução". (99)

Com relação aos limites explícitos postos à atuação do poder revisor, a questão se torna mais fácil do que a dos limites implícitos. Se, com relação a estes, reina a incerteza entre os autores, pois que uns consideram determinados princípios como absolutos e, portanto, imutáveis, enquanto outros alinham princípios diferentes, o mesmo não acontece com relação aos limites explícitos.

Biscaretti di Ruffia rejeita a possibilidade da existência de limites implícitos absolutos, "concluindo pela plena possibilidade que todo Estado tem de poder modificar, mesmo substancialmente, o próprio ordenamento supremo, ou seja, a própria Constituição, embora movendo-se sempre no âmbito do direito vigente", (100) mas aceita plenamente os limites explícitos, precisamente porque são postos pelo direito positivo criado pela própria constituição.

(98) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, pág. 260.

(99) *Eléments de droit const. français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 907.

(100) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 279/280.

Assim as Constituições modernas proibem as reformas sem qualquer indicação de limites temporais, ou as permitem após o decurso de algum tempo após a entrada em vigor dessa mesma Constituição, ou não as permitem em alguns períodos particularmente delicados. ⁽¹⁰¹⁾ Coincide com esta a classificação das limitações explícitas, feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em circunstanciais, materiais e temporais. ⁽¹⁰²⁾

As limitações temporais visam impedir a atuação do poder de revisão ou reforma por determinado período, ou estabelecer certa periodicidade para sua atuação.

Historicamente importante, por ter tido a primazia temporal, foi a limitação imposta pelos artigos 3º e 4º do Título VII da Constituição francesa de 1791, que proibiam toda e qualquer reforma da Constituição nos seus quatro primeiros anos de vigência:

“A próxima legislatura e a seguinte não poderão propor a reforma de nenhum artigo constitucional” (art. 3º). ⁽¹⁰³⁾

A Constituição brasileira de 1824 acolheu a sugestão vinda da França e estabeleceu em seu art. 174:

“Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum de seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados...”

Dizia a Constituição grega de 23 de maio de 1911, no seu artigo 108, segunda alínea, que

“dez anos após a entrada em vigor da presente disposição, será permitido revisar as disposições não fundamentais da Carta...”

A atual Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, só atribui poderes revisionais à Assembléa da República da Segunda Legislatura:

“Na II Legislatura, a Assembléa da República tem poderes de revisão constitucional, que se esgotam com a aprovação da lei de revisão” (art. 286). ⁽¹⁰⁴⁾

Dentre as limitações temporais, há a que se refere à periodicidade. Assim, prescreve a atual Constituição portuguesa que

“a Assembléa da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão” (art. 287, primeira alínea).

(101) *Id.*, *ibid.*, pág. 281.

(102) *Direito const. comparado — o poder constituinte*, J. Bushatsky, São Paulo, 1974, págs. 170/173.

(103) Cada legislatura tinha dois anos (art. 2º, alínea 2, cap. 1, Constituição de 3 de setembro de 1791).

(104) A Legislatura tem a duração de quatro anos, como estatui o art. 174, alínea primeira, da Const. de 2-4-1976.

Mas tal disposição não tem caráter absoluto e irrevogável, pois

“a Assembléia da República pode... assumir em qualquer momento, após a revisão prevista no artigo anterior, poderes de revisão constitucional por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções” (art. 287, alínea segunda).

As limitações circunstanciais visam impedir a reforma constitucional em alguns períodos particularmente graves na história política de um povo. A razão para esse impedimento está em que, em determinadas épocas, a agitação política impede a tranqüilidade necessária para um lúcido trabalho constituinte. Noutros casos pretende-se impedir a oportunidade para usurpações e golpes políticos.

São exemplos desse tipo de limitações:

A Constituição brasileira de 1967, modificada pela Emenda nº 1, de outubro de 1969, dispõe no § 2º do art. 47:

“A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.”

A terceira alínea do art. 89 da Constituição francesa de 1958 dispõe que

“não poderá ser iniciado ou empreendido nenhum procedimento de emenda enquanto a integridade do território correr risco.”

A Constituição portuguesa de 1976 também impõe limitações circunstanciais ao exercício do poder revisional:

“Não pode ser praticado nenhum ato de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência” (art. 291).

A Lei Constitucional tcheca nº 143, de 27 de outubro de 1968, estabelece no seu art. 58:

“Durante o período em que a Assembléia Federal não está em funcionamento, quer porque a sessão tenha terminado, quer porque a legislatura tenha terminado, a comissão presidencial da Assembléia Federal assume as funções da Assembléia Federal. Não tem, contudo, competência para eleger o Presidente da República Socialista Tchecoslovaca, nem para adotar ou modificar as leis constitucionais...”

E na segunda alínea do mesmo artigo vem reafirmada a proibição:

“Durante o período em que a Assembléia Federal não funciona, em consequência de circunstâncias excepcionais, a comissão presidencial da Assembléia Federal exerce todas as funções da Assembléia Federal, exceto o direito de modificar a Constituição...”

Detenhamos, por último, nossa atenção sobre as limitações materiais ou de conteúdo.

O poder constituinte, atuando soberanamente, discrimina determinados conteúdos que não poderão ser objeto de alterações por parte do poder constituinte de revisão. O pressuposto lógico para essa atitude é que a Constituição é vista como um todo orgânico, resultado também de uma organicidade harmônica inerente à própria estrutura social vigente em determinado momento. Mudarem-se determinadas matérias seria então afetar aquela estrutura, destruindo-lhe a harmonia, transformando-a em outra estrutura, já que aqueles pontos são considerados essenciais, reflexos da estrutura dorsal da sociedade.

É questão que tem agitado os doutrinadores, a do valor desses limites materiais. Seria de indagar-se da existência de força cogente desses dispositivos sobre a atuação do poder constituinte derivado.

Burdeau confessa haver já defendido a relatividade de tais limites, considerando-os "uma manifestação política, um simples voto desprovido de valor jurídico e sem força obrigatória sobre os constituintes futuros". (105) Mudou posteriormente de opinião, pois que, "quando a Constituição impede que haja ofensa à forma do regime ou a seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Nega somente ao órgão de revisão a faculdade de fazer reformas que, por sua natureza ou sua importância, ultrapassam as possibilidades de um poder instituído. Mas estas mesmas reformas, pertence sempre ao poder constituinte originário realizá-las". (106)

Loewenstein aceita a existência de limites materiais e cita posição da Suprema Corte norte-americana, para a qual determinados princípios gozam de uma posição de preferência (**preferred position**). Para esta teoria, os quatro direitos fundamentais contidos na primeira emenda, ou seja, a liberdade de confissão, de opinião e imprensa, de reunião e de petição, só admitirão qualquer intervenção se o legislador ou a correspondente autoridade provar que tal intervenção naquelas liberdades seja razoável. (107)

Georges Vedel, sem descer a pormenores sobre a questão da razoabilidade desse tipo de limites, admite-os claramente, ao afirmar que "a Constituição poderia ser toda revista, exceção feita quanto à forma republicana de governo, em razão da disposição particular que proclama sua imutabilidade". (108)

Para Jean-François Aubert, que examina detalhadamente o assunto, seriam totalmente desarrazoados os pretensos limites materiais à ação do poder de revisão constitucional. (109)

Seguindo terminologia de Hans Nef, propõe a classificação dos limites em superiores ou inferiores, expressos ou tácitos, heterônomos ou autônomos.

(105) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 13.^a ed., pág. 84.

(106) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 257/258.

(107) *Teoría de la Const.*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 184/195.

(108) *Cours de droit const.*, Paris, 1954-1955, pág. 856.

(109) *Traité de droit const. suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

Os heterônomos pressupõem a limitação imposta por uma ordem jurídica superior à Constituição, matéria já por nós discutida. Os limites autônomos seriam provenientes da própria Constituição, que os impõe à atuação do poder de revisão. E são os que aqui nos interessam.

Limites tácitos ou expressos seriam, respectivamente, aqueles não previstos ou previstos nos textos das próprias Constituições.

E, por fim, limites superiores seriam aqueles que protegeriam disposições cuja importância impediria sua modificação. Os limites inferiores teriam por função somente impedir que entrem no texto constitucional disposições demasiado insignificantes para ser constitucionalizadas.

O autor se pronuncia contra a possibilidade da existência efetiva e eficiente de limites materiais autônomos superiores, pois não vê “por que o constituinte não poderia derrubar, ulteriormente, as barreiras que ele próprio se tivesse imposto”. Do ponto de vista político, imagina que “se os eleitores se colocassem um dia em marcha — mesmo que fosse em direção que nos parecesse desastrosa — duvidamos muito de que bastassem, para contê-los, barreiras de papel. A doutrina dos limites materiais não teria, nessa ocasião, outro efeito senão o de transformar uma revisão desagradável em uma revolução”. (110)

Analisa justamente Jean-François Aubert a posição assumida pela Constituição da Suíça, que não impõe limites materiais à atuação do poder de revisão. E cita, em reforço de sua posição, a do Conselho Federal, que vem afirmando desde 1919: “Em matéria de legislação constitucional, existem limites de forma, mas não os há no que se relaciona com o conteúdo.” (111)

A divergência doutrinária é reflexo da disparidade de posições encontradas no direito positivo. Há Constituições que impõem limites materiais ao poder revisional, há outras que os não mencionam.

O constitucionalismo brasileiro vem aceitando, desde a primeira Constituição, a menção expressa de limites materiais. Fê-lo a Constituição de 1824 em forma genérica, no seu artigo 178, ao estatuir:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; **tudo o que não é constitucional pode ser alterado**, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias” (grifamos).

A partir da Constituição de 1891 passaram a ser especificados os limites materiais:

“Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado” (art. 90, § 4º).

(110) *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

(111) *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

A Constituição de 1934, no seu art. 178, § 5º, só se referiu à forma republicana federativa. Na Constituição de 1937 não figura expressamente nenhuma disposição a respeito, devendo-se até aceitar sua inexistência, em face do disposto no art. 186, que declara, com vigor constitucional, o estado de emergência em todo o País.

A limitação material, quanto à forma republicano-federativa, é repristinada pelo art. 217, § 6º, da Constituição de 1946.

A Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de outubro de 1969, dispõe no mesmo sentido:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República” (art. 47, inciso II, § 1º).

A Constituição francesa de 1958 se inclui na mesma linha de determinação de limites materiais:

“A forma republicana do Governo não poderá ser objeto de reforma” (art. 89, alínea 5ª).

A Lei Fundamental de Bonn dispõe na terceira alínea do art. 79:

“É vedada a revisão da presente Lei Fundamental no tocante à organização da Federação em Estados, ao princípio de interferência dos Estados na feitura das leis federais e aos princípios expressos nos artigos 1º e 20.”

A Constituição italiana também prevê tal tipo de limite no seu art. 139:

“A forma republicana não pode constituir objeto de revisão constitucional.”

A Constituição da Turquia, de 20 de abril de 1924, prevê também *limites materiais garantidores da forma de Estado republicana, no seu artigo 102.*

Mas, pela sua profusão e pela minúcia, chamam-nos a atenção os limites materiais aceitos e impostos pela Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976:

“As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) a independência nacional e a unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das Igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios;

- g)** a planificação democrática da economia;
- h)** o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i)** o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j)** a participação das organizações populares de base no exercício do poder local;
- l)** a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- m)** a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas;
- n)** a independência dos tribunais;
- o)** a autonomia das autarquias locais;
- p)** a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira” (art. 290).

VII — Processo de Revisão Constitucional

Para que se faça a revisão constitucional, em casos de Constituições rígidas, exige-se um procedimento especial. Foi, aliás, a existência desse procedimento que proporcionou a distinção das Constituições em rígidas e flexíveis, exigindo as primeiras um procedimento especial para as mudanças constitucionais, permitindo as segundas que tais reformas se façam pelo processo legislativo comum.

É necessário, contudo, que esse tipo de exigências escolha o caminho da possibilidade. Pois que, se forem de tal forma rigorosas que venham a tornar impossível a reforma, corre-se “o risco de que uma emenda necessária não se possa realizar, ou caso o possa, sê-lo-ia à custa de considerável atraso. Perante uma dinâmica constitucional tão estragada, o processo político busca então canais extraconstitucionais que com demasiada facilidade podem desembocar na ilegalidade”.⁽¹¹²⁾ E cita o autor o caso típico das três primeiras Constituições francesas, a de 1791, a 1793 e a de 1795, cujo rigorismo exagerado quanto à possibilidade de reforma, devido justamente às dificuldades procedimentais impostas, teve como consequência a sua substituição por golpes de Estado.

As diversas modalidades procedimentais de revisão se explicam pela variabilidade de preocupações e de interesses que guiam a atividade dos constituintes. Há, como o assinala Burdeau, uma ligação entre o sistema procedimental adotado e a forma de regime político. Devido à importância da revisão constitucional, sua iniciativa é atribuída quer ao Executivo, quer ao Legislativo, de acordo com a preponderância de um ou de outro. Veja-se,

(112) Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 176.

por exemplo, que a Constituição francesa de 25 de fevereiro de 1875 atribua a iniciativa às Câmaras, ainda que a pedido do Presidente da República (cfr. o art. 8º). A Constituição francesa de 1946 atribui a decisão de adoção da revisão à Assembléia Nacional, mostrando-se assim nesses dois casos o maior prestígio do Legislativo, em moda àquela época. Já a Constituição francesa de 1958 atribui a iniciativa da reforma ao Presidente da República e aos membros do Parlamento concomitantemente (art. 89, alínea primeira), evidenciando-se assim a igualdade de posição do Executivo e do Legislativo.

No Brasil, a Constituição de 1824 atribuía a iniciativa à Câmara dos Deputados (art. 174), a de 1891 ao Congresso Nacional ou às Assembléias dos Estados, a de 1934 à Câmara dos Deputados ou ao Senado ou ainda às Assembléias dos Estados, a de 1937, devido às circunstâncias em que foi elaborada, já atribuía iniciativa ao Presidente da República ou à Câmara dos Deputados. A de 1946 faz um retorno ao sistema anterior, atribuindo a iniciativa à Câmara dos Deputados ou ao Senado ou às Assembléias Legislativas, eliminando a do Presidente da República. A Constituição de 1967, com a redação dada pelas Emendas de nº 1 e nº 8, atribui a iniciativa a "membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" ou ao Presidente da República (art. 47). Houve assim um paralelismo evolutivo entre a iniciativa francesa e a brasileira, embora cada uma conservando as peculiaridades dos regimes próprios. A evolução foi paralela enquanto de uma importância maior dada ao Legislativo se passou a uma situação de equilíbrio, quanto à iniciativa, entre o Legislativo e o Executivo. Confirma-se assim a observação de Burdeau. ⁽¹¹³⁾

Uma segunda idéia capaz, segundo o mesmo Burdeau, de influenciar as modalidades procedimentais da revisão constitucional é a que decorre do princípio do paralelismo de formas jurídicas, ou seja, aquele princípio segundo o qual uma norma jurídica se desfaz pelos mesmos trâmites pelos quais se constituiu. Daí um maior rigorismo para elaboração de emendas constitucionais do que para a aprovação das leis ordinárias, reunindo-se as casas legislativas, fazendo consultas ao povo, submetendo a decisão da assembléia a referendun.

Um terceiro aspecto apontado é o da maior necessidade de, por alguma forma, fazer-se ouvir o povo sobre a reforma a se empreender. Aqui cabem exemplos como os da Bélgica, dos Países Baixos, da Grécia e da Dinamarca, quando, como veremos, após a aprovação da iniciativa, se dissolvem as Câmaras, procedendo-se a novas eleições.

Um último aspecto assinalado por Burdeau é o de que a maior ou menor rigidez procedimental decorre da vontade de se tornar mais difícil ou mais fácil a revisão constitucional. ⁽¹¹⁴⁾

Lembramos, todavia, com Hauriou e Sfez, que uma exagerada facilidade poderia acarretar a instabilidade da Constituição, enquanto que o

(113) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 270/271.

(114) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 270/271.

demasiado rigor procedimental poderia ter como conseqüência o aborto de modificações necessárias.⁽¹¹⁵⁾

Quanto aos sistemas a se adotar para realizar a revisão, Hauriou e Sfez apontam três:

- a) a revisão pelo próprio Parlamento, com procedimento especial;
- b) revisão por uma assembléia eleita especialmente para aquele fim;
- c) intervenção popular através de **referendum**.⁽¹¹⁶⁾

Biscaretti di Ruffia faz referência a tais sistemas específicos, trazendo elementos esclarecedores. Segundo ele, os órgãos competentes para a reforma constitucional apresentam certa especificidade. Assim, a reforma se efetiva:

- a) ou através de uma Assembléia Constituinte, ou Convenção...
- b) ou através da Assembléia Nacional, no Brasil o Congresso Nacional, pela reunião das duas Câmaras...
- c) ou pelo condicionamento de toda reforma a um **referendum** obrigatório...
- d) ou através da intervenção dos Estados-membros, quando se trata da reforma de uma Constituição federal.⁽¹¹⁷⁾

A revisão através de Assembléia Constituinte se processa, nos termos do art. 120 da Constituição suíça, se a maioria dos cidadãos suíços se pronunciar favoravelmente à revisão total; nesse caso os dois conselhos serão renovados a fim de procederem à revisão.

Far-se-á a revisão através de uma convenção, nos termos do art. V da Constituição norte-americana, quando houver solicitação das assembléias legislativas de dois terços dos Estados. Mediante tal solicitação, o Congresso convocará a convenção para a realização dos aditamentos julgados necessários.

No Brasil, a proposta de emenda "será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional" (art. 47 da Constituição de 1967, com as modificações das Emendas de nºs 1 e 8).

A Constituição francesa de 1958 determina que "o projeto ou a proposta de reforma deverá ser votado pelas duas assembléias em termos idênticos" (art. 89, segunda alínea).

Na Itália, "as leis de revisão constitucional e as outras leis constitucionais são aprovadas por ambas as Câmaras" (art. 138 da Constituição de 27 de dezembro de 1947).

(115) *Inst. polit. et droit const.*, Monchrestien, Paris, 1972, pág. 187.

(116) *Id.*, *ibid.*, pág. 187.

(117) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 275.

Na França, há ainda a necessidade de um **referendum** obrigatório, pois que "a reforma será definitiva depois de aprovada por **referendum**" (art. 89 segunda alínea).

Se, contudo, o Presidente da República submeter o projeto de reforma ao Parlamento convocado em Congresso, e ali for conseguida maioria de três quintos dos votos emitidos, desnecessária será a medida do **referendum** (art. 89, terceira alínea).

A intervenção dos Estados-membros é contemplada pelo artigo V da Constituição norte-americana e, no Brasil, pela Constituição de 1891 (art. 90), pela Constituição de 1934 (art. 178, § 1º, letra **b**), e pela Constituição de 1946 (art. 217, § 1º).

VIII — Fases Procedimentais

Burdeau assinala que o procedimento revisional, para propiciar maior reflexão, está dividido em etapas. Distingue três:

a) a iniciativa, compreendendo a iniciativa propriamente dita ou o desencadeamento do processo revisional, e a decisão sobre a iniciativa, isto é, "a resolução relativa à questão de saber-se se a revisão deve ser feita ou não";

b) a elaboração do novo texto, por ato de uma só autoridade, ou pela colaboração de vários órgãos;

c) a adoção definitiva, ou seja, aquela decisão que transforma o novo texto em lei constitucional ⁽¹¹⁸⁾.

Vedel, acompanhando a Constituição francesa de 1946, discrimina quatro fases:

a) o voto de revisão;

b) a lei de revisão;

c) o **referendum**;

d) a promulgação (art. 90 da Constituição francesa de 1946).

A Constituição brasileira vigente discrimina quatro fases:

a) iniciativa, prevista pelo art. 47, incisos e parágrafos;

b) discussão, prevista no art. 48;

c) aprovação, prevista no mesmo art. 48;

d) promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como previsto no art. 49.

A Constituição belga, art. 131, contempla em primeiro lugar a declaração de cabimento da revisão constitucional, feita pelo Poder Legislativo. Após esta declaração, as Câmaras são dissolvidas de pleno direito, ele-

(118) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 272.

gendo-se duas novas na conformidade do disposto pelo art. 71 da mesma Constituição. Estas Câmaras deliberam, de comum acordo com o rei, sobre os pontos submetidos a revisão.

Disposição semelhante vemos no art. 94 da Constituição da Dinamarca, de 1915:

“Quando uma proposta de nova disposição constitucional tiver sido adotada pelas duas Câmaras, se o Governo quiser dar prosseguimento a elas, o Rigsdag será dissolvido, e se procederá a eleições gerais ao mesmo tempo no Folketing e no Landsting. Se a resolução for adotada sem mudanças pelo novo Rigsdag, em sessão ordinária ou extraordinária, será apresentada antes de seis meses aos eleitores do Folketing para ser aprovada ou rejeitada por um voto direto...”

A Constituição grega de 23 de maio de 1911 fazia a mesma exigência quanto à dissolução da Câmara, após a decisão quanto à revisão. Na de 9 de junho de 1975 a revisão é decidida por uma Câmara e aprovada pela seguinte (art. 110, alínea 3).

A Constituição de 30 de novembro de 1887 dos Países Baixos estabelecia que, após a promulgação da lei que aprovava a revisão, as Câmaras eram dissolvidas. As novas Câmaras examinavam a proposição, mas as modificações eram adotadas pelo rei e pelos Estados-Gerais, sendo então solenemente promulgadas e anexadas à Constituição (arts. 203, 204 e 205).

IX — Dos Procedimentos

A revisão constitucional se caracteriza por ter seus procedimentos de aprovação visivelmente agravados. Note-se, com Biscaretti di Ruffia, que se deve falar “em sentido estrito de procedimento agravado só quando a diversidade do procedimento legislativo afeta à verdadeira atividade constitutiva da norma e não já à atividade meramente introdutória (iniciativa...)”. (119)

Enumera ele os procedimentos comumente adotados:

- a) maioria qualificada;
- b) dupla aprovação, distanciada temporalmente;
- c) aprovação repetida na legislatura sucessiva e depois das eleições que adquirem, nestas condições, significado de **referendum**;
- d) integração com um **referendum**.

Exemplo de maioria qualificada temos na Constituição portuguesa de 1976, que determina na segunda alínea do art. 286 o seguinte:

“As alterações da Constituição terão de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções...”

(119) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 276.

Como exemplo de dupla aprovação, distanciada temporalmente, temos a Constituição brasileira atual, que exige que a proposta seja discutida e votada em reunião do Congresso Nacional,

“... em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional” (art. 48 da Constituição de 1967, com a redação das Emendas nºs 1 e 8).

Assim a Constituição brasileira reúne os requisitos de maioria absoluta do total de membros do Congresso Nacional, e de aprovação em duas sessões.

Muito semelhante é o disposto pela Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, em seu art. 138:

“As leis de revisão constitucional e as outras leis constitucionais são aprovadas por ambas as Câmaras, através de duas deliberações seguidas com intervalo não inferior a três meses, e carecem de aprovação por maioria absoluta dos membros na segunda votação.”

A Lei Fundamental de Bonn exige também maioria qualificada, mas de dois terços:

“As leis de revisão têm de ser aprovadas por dois terços dos membros da Assembléia Federal e por dois terços de todos os votos do Conselho” (art. 79, segunda alínea).

A Constituição belga, de 7 de fevereiro de 1831, preceitua na alínea 4 do art. 131:

“Neste caso, as Câmaras não poderão deliberar se dois terços pelo menos dos membros que compõem cada uma delas não estão presentes; e nenhuma mudança será adotada, se não reunir pelo menos dois terços dos sufrágios.”

Como exemplos de aprovação repetida na legislatura sucessiva e depois das eleições que adquirem significado de **referendum**, como está discriminado acima, temos os exemplos já citados de procedimento revisional adotado pela Constituição belga (art. 131, alíneas 2 e 3), pela Constituição dos Países Baixos (art. 204), pela da Dinamarca (art. 94) e pela Constituição grega (art. 108).

Há exemplo ainda de **referendum** facultativo, de que é modelo a Constituição francesa de 1958. O art. 89, na sua terceira alínea, dispõe:

“... o projeto de reforma não será submetido a **referendum** se o Presidente da República decidir submetê-lo ao Parlamento convocado em Congresso; neste caso, o projeto de reforma será aprovado somente se obtiver uma maioria de três quintos dos votos emitidos...”

X — Controle de Constitucionalidade da Reforma Constitucional

Não temos hoje qualquer dúvida sobre a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis e outros atos normativos pelo Poder Judiciário, no sistema adotado no Brasil, e por um órgão político, no sistema adotado na França.

Aquí, entretanto, cabe indagar se é possível o controle de constitucionalidade das reformas da Constituição. Em caso afirmativo, qual o órgão que teria competência para atuar o controle? Caberia aos órgãos judiciais exercer tal controle?

Esse controle poderia efetivar-se acerca dos aspectos formais da realização da reforma constitucional, ou sobre o conteúdo.

Como nota Linares Quintana, vem sendo aceita neste século nos Estados Unidos, modificando-se atitude adotada no século passado, a possibilidade de exame da constitucionalidade de uma reforma constitucional por parte dos órgãos judiciais. Mas observa que as questões existentes se limitam até hoje aos aspectos procedimentais.

Consideramos imprescindível a existência de um órgão que zele pela integridade constitucional, quer sob o aspecto formal, quer sob o ângulo material ou de conteúdo.

No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (art. 119, inciso I, letra I), competindo ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 42, inciso VII, da Const. Fed.).

Nelson de Souza Sampaio se arrima na extensão do controle jurisdicional à reforma constitucional para concluir que o poder de reforma constitucional é limitado. Assim se expressa: "Bastaria essa extensão do controle jurisdicional para convencer-nos do ilogismo de quantos se obstinam em considerar ilimitado o poder revisor, equiparando-o ao poder constituinte. Não há melhor prova de que o poder de reforma é, por natureza, **constituído**, pois do contrário teríamos o absurdo de um órgão constituído — o judiciário — a controlar um órgão constituinte".⁽¹²⁰⁾

Não nos parece, salvo melhor juízo, que esse controle seja uma prova da limitação do poder de reforma. O caráter de limitação do poder de reforma deflui de sua própria essência, como já vimos.

A questão não deixa, contudo, de apresentar profunda dificuldade, pois que é difícil aceitar-se que a atividade de um poder constituinte, apesar de limitado, mas sempre constituinte, seja controlada por um órgão constituído.

A competência do órgão jurisdicional promana da Constituição. Poderia, então, esse mesmo órgão recusar submeter-se a alguma disposição da própria Constituição sob o fundamento de inconstitucionalidade?

(120) O poder de reforma da Constituição, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 108.

Admitamos que o órgão jurisdicional declarasse a inconstitucionalidade de uma reforma constitucional, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo. Qual seria o órgão encarregado de suspender a vigência daquele dispositivo declarado inconstitucional? No caso do Brasil, não poderíamos dizer que fosse o Senado Federal, pois que, órgão constituído, não teria competência para suspender a vigência e eficácia de norma constitucional.

Aceitamos, contudo, que o órgão jurisdicional, principalmente entre nós o Supremo Tribunal Federal, possa, na qualidade de vigilante da Constituição, zelar pela integridade desta, e nesta condição alhear-se em crítico de reformas que venham desfigurar o texto constitucional, vituperando seja a inobservância dos requisitos formais, seja a inclusão de conteúdos francamente em conflito com as demais normas constitucionais.

Alguns países têm tribunais com a missão específica de velar pela integridade da Constituição, mas não encontramos em nenhuma de suas Constituições menção ao poder do Tribunal Constitucional para controlar a constitucionalidade da reforma.

A Lei Fundamental de Bonn prescreve na segunda alínea do artigo 93:

“Compete ao Tribunal Constitucional Federal:

.....
2º julgar, a requerimento do Governo Federal, do Governo de um Estado ou de um terço dos membros da Assembléa Federal, sobre a compatibilidade formal e material do direito federal ou do direito dos Estados com a presente Lei Fundamental e sobre a compatibilidade do direito dos Estados com o direito federal;”

A Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, da Tchecoslováquia preceitua no seu artigo 86:

“A Corte Constitucional da República Socialista Tchecoslovaca é um órgão judiciário de proteção da constitucionalidade.”

E o artigo 87 completa:

“A Corte Constitucional da República Socialista Tchecoslovaca estatui:

a) sobre a conformidade das leis da Assembléa federal e das medidas-leis de sua Comissão presidencial à Constituição da República Socialista Tchecoslovaca...”

A Constituição da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974, prevê também a atuação de um Tribunal Constitucional e discrimina no art. 375 a sua competência:

“Compete ao Tribunal Constitucional da Iugoslávia:

1º pronunciar-se sobre a conformidade das leis com a Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia;

2º pronunciar-se sobre a conformidade das leis das Repúblicas ou das províncias autônomas com a lei federal...”

Como se pode notar, está prevista a competência desses Tribunais para examinar a constitucionalidade de leis, decretos e atos normativos em geral. Não se menciona, contudo, a sua competência para examinar a constitucionalidade das reformas constitucionais.

Aceitamos a necessidade da existência de um órgão, imune aos arroubos e entusiasmos políticos, que tome a si a tarefa de controlar a constitucionalidade também das reformas constitucionais, salvaguardando-se aquilo que Hauriou denomina **legitimidade constitucional**, "para designar o conjunto de princípios não escritos que servem de fundamento da Constituição, e devem ser colocados pelo intérprete e aplicados em posição hierarquicamente superior a esta".⁽¹²¹⁾ Assinala, contudo, Souza Sampaio a dificuldade de se precisar o conteúdo de conceitos como **legitimidade constitucional**, **espírito de Constituição**, que seriam barreiras postas à atuação do poder constituinte de reforma.

Adotando ponto de vista de Linares Quintana, "consideramos que nenhuma convenção reformadora poderia... exercendo o poder constituinte constituído, sancionar validamente uma reforma total ou parcial da Constituição que afetasse os princípios fundamentais que são a essência da lei suprema da Nação, e que o poder judicial, como guardião da Constituição, teria competência para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda semelhante".⁽¹²²⁾

Ressalve-se, contudo, que a correção do impasse criado pela adoção de uma reforma inconstitucional somente poderia ser eliminado por nova atuação do poder constituinte de reforma.

CONCLUSÃO

Retomemos a linha do raciocínio seguida neste trabalho.

Para falarmos de poder constituinte de revisão, apreendermos seu conceito, seus limites, sua maneira de atuar, tivemos que, antes de mais nada, conceituar o que seja poder constituinte. A existência desse poder tem como única razão de ser o estabelecimento da Constituição de um povo.

Analisamos a essência do poder constituinte, vimos as condições de sua atuação, as balizas que demarcam a sua ação.

Vimos que esse poder se alicerça numa Constituição viva, continuamente mutável, de contornos dificilmente apreensíveis, mas que representa a estrutura palpitante na organização viva de um povo. Essa Constituição tem que ser apreendida com precisão, para que possa, mediante a atuação do poder constituinte, fixar-se formalmente com perfeita correspondência ao modelo vivo.

O poder constituinte se caracterizou desta forma como um instrumento representativo da soberania do povo. Desse instrumento se serviu

(121) Nelson de Souza Sampaio, *O poder de reforma da Constituição*, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 111.

(122) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo II, pág. 162.

o próprio povo, através de seus representantes, para consolidar formalmente uma estrutura organizacional viva e vivida.

Solidificada formalmente, a Constituição material continua a sua fluência vital, não se deixando jamais conter. A dinâmica incontida dos acontecimentos humanos, numa confirmação perene da descoberta heraclitiana, não se deixa jamais apreender em sua totalidade. Envolvendo a imutabilidade da essência dos fenômenos humanos, existe uma série interminável e perpetuamente mutável de fenômenos, que a cada momento manifestam de forma variada aquela mesma essência.

Dáí a necessidade do esforço do poder constituinte por apreender, de forma a mais abstrata possível, e por isso mesmo com abrangência cada vez maior, a essência dos fenômenos sociais que veiculam a história de um povo. Quanto mais abstratos forem os princípios e as disposições constitucionais, mais abrangência terão e, conseqüentemente, mais duradouros se mostrarão.

Este esforço de apreensão do cada vez mais abstrato, contudo, rara vez consegue sucesso. E por isso, a cada passo se mostra a necessidade de adaptações da Constituição formal à Constituição material, numa continuidade do esforço de apreensão do realmente essencial.

Esta meditação sobre o papel do poder constituinte de revisão, que é uma continuação do esforço de adaptação da matéria da Constituição formal à nova forma assumida pela matéria da Constituição material, é de incomensurável riqueza de conseqüências.

Uma delas, entretanto, gostaríamos de focalizar, mencionando-a somente, para não mais nos alongarmos. O poder constituinte de revisão, se tem sua atuação marcada por um móvel político, pois a constitucionalização de determinada matéria tem sempre como ponto de partida um impulso de origem política, deve, contudo, procurar aprofundar a compreensão e a apreensão da essência verdadeira dos fenômenos sociais. Proceder diversamente, atendendo às solicitações e aos arroubos do momento, seria produzir obra destinada ao fracasso, obra não duradoura, porque as exigências e arroubos de momento são fenômenos secundários e flutuantes, que jamais manifestam a verdadeira essência do social.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES, *Política*, in *Obras*. Madrid, Aguilar, 1977.
- AUBERT, Jean-François. *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ed. Ides et calendes, 1967.
- BARILE, Paolo. *Corso di diritto costituzionale*. Padova, C.E.D.A.M., 1964.
- BIDART CAMPOS, G.J., *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires, E.D.I.A.R., 1969.
- *Derecho político*. Buenos Aires., Aguilar, 1972.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid, Tecnos, 1973.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio, Forense, 1958.
- BRANDÃO CAVALCANTI, T. *Do controle da constitucionalidade*. Rio, Forense, 1966.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris, L.G.D.J., 1969, vols. I e IV.
- *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris, L.G.D.J., 6.^a ed., 1974.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas*. Rio de Janeiro, Agir, 1973.

Código de Hammurabi. Petrópolis, Vozes, 1976.

DABIN, Jean. *L'Etat ou le politique.* Paris, Dalloz, 1964.

DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

———. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Madrid, Aguilar, 1973.

———. *Le droit français.* Paris, L.G.D.J., 1960.

DEL VECCHIO, G. *L'Etat et le droit.* Paris, Dalloz, 1954.

DUGUIT, L., MOUNIER, H., et alii, *Les constitutions de la France et les principales lois politiques de la France depuis 1789.* Paris, L.G.D.J., 1952.

ESMEIN, A. *Eléments de droit constitutionnel français et comparé.* Paris, J. D. Sirey, 1905.

FERREIRA FILHO, M. Gonçalves. *Direito constitucional comparado: poder constituinte.* São Paulo, Bushatsky, 1974.

———. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1976.

FRIEDMANN, W. *Théorie générale du droit.* Paris, L.G.D.J., 1965.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho.* México, Porrúa, 1971.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid, Revista de Occidente, 1950.

HAURIOU, A. — SFEZ, Lucien. *Institutions politiques et droit constitutionnel.* Paris, Ed. Montchrestien, 1972.

JELLINEK, G. *Teoría general del estado.* Buenos Aires, Albatros, 1973.

———. *L'Etat moderne et son droit.* Paris, Ed. francesa, 1913.

KELSEN, H. *Teoría pura do direito.* Coimbra, Arménio Amado, 1974.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.* Buenos Aires, Ed. Alfa, 1953, tomo II.

LIVINGSTONE, William S. *Federalism and constitutional change.* Oxford, Clarendon Press, 1956.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución.* Barcelona, Ed. Ariel, 1970.

MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, B. *Evolução constitucional européia.* Rio de Janeiro, Konfino, 1957.

———. *Les constitutions européennes.* Paris, Presses Universitaires de France, 1951.

REALE, Miguel. *Teoría do direito e do Estado.* São Paulo, Martins, 1972.

RECASÉNS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho.* México, Porrúa, 1970.

ROUSSEAU, J.J. *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes.* Paris, Ed. Sociales, 1954.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1970.

SABINO JR., Vicente. *Inconstitucionalidade das leis.* São Paulo, Sugestões Literárias, 1976.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional.* Bahia, Ed. Progresso, 1954.

SANCHEZ AGESTA, Luís, *Curso de derecho constitucional comparado.* Madrid, Universidad de Madrid, 1974.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo — sus problemas.* Buenos Aires, El. Bibliográfica Argentina, 1957.

SANTI ROMANO, *Diritto costituzionale,* Milano, Giuffrè Ed., vol. I, Scritti Minori, 1950.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1927.

SIEYÈS, E. *¿ Qué es le tercer Estado?* Madrid, Aguilar, 1973.

VEDEL, G. *Cours de droit constitutionnel.* Paris, Les Cours de Droit, 1954-1955.

WIGNY, Pierre. *Cours de droit constitutionnel.* Bruxelles, Bruylant, 1973.

CONSTITUIÇÕES CONSULTADAS

Bases Constitutionnelles de la Fédération Tchécoslovaque (Constitution, Loi Constitutionnelle sur la Fédération, Loi Constitutionnelle concernant le statut des Nationalités). Praga, Orbis, 1973.

Constituição da Bélgica

Constituição da Dinamarca

Constituição da França

Constituição da Grécia

Constituição da Venezuela

Constituição da Confederação Suíça

Constituição da Nação Argentina

Constituição da República Democrática Alemã

Constituição da República Federativa da Alemanha

Constituição da República Federativa do Brasil

Constituição da República Italiana

Constituição da República Portuguesa

Constituição dos Estados Unidos da América