

ELISA REGINA FAVERO

**REFORMA CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO
EQUILÍBRIO ENTRE A ESTABILIDADE E A
NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DAS
CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS.**

Dissertação apresentada ao Centro de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Videira / S.C.

1997

ELISA REGINA FAVERO

**REFORMA CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO
EQUILÍBRIO ENTRE A ESTABILIDADE E A
NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DAS
CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS.**

Dissertação apresentada ao Centro de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria Constitucional.

Orientador: Dr. Sílvio Dobrowolski

Videira / S.C.

1997

ELISA REGINA FAVERO

**REFORMA CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO
EQUILÍBRIO ENTRE A ESTABILIDADE E A
NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES
RÍGIDAS.**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria Constitucional), e aprovada em sua forma final pelo Curso de Pós-Graduação em Direito - CPGD/UFSC.



Prof. Ubaldo César Balthazar
Coordenador do CPGD/UFSC

Banca Examinadora:

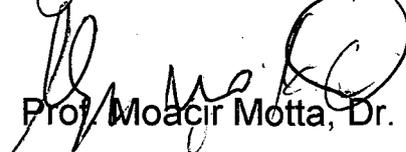


Prof.. Sílvio Dobrowolski, Dr.

Orientador



Prof. Orides Mezaroba, MSc



Prof. Moacir Motta, Dr.

Aos meus alunos da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, campus de Videira, que têm sido a grande razão e incentivo de meu aperfeiçoamento técnico.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador **Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski**, pelas diretrizes claras e seguras.

Ao Professor e amigo **Orides Mezaroba**, que, sempre prestativo, contribuiu significativamente para o desenvolvimento deste trabalho.

À **Universidade do Oeste de Santa Catarina - campus de Videira**, pelo apoio financeiro sem o qual este trabalho não teria sido possível.

Aos **professores do Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**, que sempre transmitiram seus mais nobres ensinamentos.

À amiga **Ana Maria de Souza** pelo apoio e companhia durante toda esta jornada.

Aos **colegas do curso de mestrado**, pela convivência e novas amizades.

À **todos** que direta ou indiretamente, colaboraram na execução deste trabalho.

RESUMO

As atuais constituições escritas prevêem, no próprio texto, os critérios formais e materiais para sua reforma, estabelecendo claramente a diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. A existência de limites para o exercício deste poder constituinte derivado revelam a escolha, feita pelo poder constituinte originário, da rigidez constitucional como técnica capaz de oferecer rigidez e estabilidade ao documento constitucional.

Dentro de um contexto social real podemos observar a existência de diversos poderes que interagem entre si, tornando-se condicionantes e também condicionados pela realidade. Assim considerada, a constituição se apresenta como uma ponte entre a realidade e a norma, assumindo a função de garantir a conservação da ordem social.

O constitucionalismo social fez com que as constituições deste século normatizassem as relações sociais, com o fim de lhes oferecer a segurança e estabilidade proporcionadas pela rigidez constitucionais. Com isso, na tentativa de acompanhar o acelerado processo evolutivo destas relações sociais constitucionalmente normadas, as constituições passaram a se submeter a frequentes reformas cada vez mais frequentes, que acabam por abalar a confiança popular na constituição e, conseqüentemente, a sua força normativa.

RÉSUMÉ

Les actuelles constitutions écrits prévoient, dans le propre texte, les critères formels et matériels pour sa réforme, établissant clairement la différence entre le pouvoir constituant originel et le pouvoir constituant dérivé. La existence de limites pour le exercice de cette pouvoir constituant dérivé révèlent le choix, fait pour le pouvoir constituant originel, de la rigidité constitutionnel comme la technique capable d'offrir rigidité et stabilité au document constitutionnel.

Dans un contexte social réel on peut observer la existence de plusieurs pouvoirs que vivent avec d'autres, devenant déterminant, et au même temps, déterminé pour la réalité. Ainsi considérée, la constitution se présente comme une pont parmi la réalité et la régie de droit, avec la fonction de garantir la conservation de la ordre social.

Le constitutionalisme social a fait à que les constitutions de cette siècle réglementassent les relations sociaux, a fim de leur offrir la sûreté et la stabilité donnée pour la rigidité constitutionnel. Avec ça, essayant de suivre le process d'évolution de ces relations sociaux constitutionnelement réglée, les constitutions ont supporté beaucoup de réformes dont ébranlent la confiance populaire dans la constitution et, par conséquent, sa force.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	6
TEORIA GERAL DO PODER CONSTITUINTE	6
1. CONSTITUIÇÃO.....	6
1.1. ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO”.....	7
1.2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.....	16
2. PODER CONSTITUINTE	20
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PODER CONSTITUINTE.....	23
2.2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	28
2.3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	35
CAPÍTULO II	39

OS PROCESSOS FORMAIS DE EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS	39
1. AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS	39
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL	41
1.2. GRAUS DE RIGIDEZ	42
1.3. CONSEQUÊNCIAS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.....	47
2. PROCESSOS DE REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS.....	53
2.1. MODALIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	55
2.2. LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL.....	58
2.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	64
CAPÍTULO III	66
CONSTITUIÇÃO E REALIDADE	66
1. EMPIRISMO E NORMATIVISMO	66
1.1. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E PODER	68
1.2. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO.....	73
2. A REFORMA CONSTITUCIONAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	84
2.1. EFETIVIDADE E PERMANÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO... ..	86
2.2. O CONTEÚDO DAS CONSTITUIÇÕES ATUAIS.	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103
ÍNDICE.....	112

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto da investigação sobre os processos de reformulação dos textos constitucionais de tipo rígido, analisando-se os limites dentro dos quais uma proposição constitucional pode ser modificada em virtude de uma mudança na situação sócio-política de um grupo social.

Na maior parte das vezes, em relação à reforma constitucional, o senso comum acaba se fechando em torno dos seus próprios dogmas e de alguma maneira procurando interpretar esta questão a partir desses dogmas.

A proposta central deste estudo é de analisar o Poder de Reforma Constitucional a partir do conceito de rigidez da Constituição, de forma que se possa compreender os mecanismos garantidores de sua subsistência frente à necessidade de adaptá-la à mutante realidade social.

A Constituição, na sua forma rígida, é a lei hierarquicamente superior a todas as outras, que a ela devem estar adequadas. Sua origem é o *Poder Constituinte*, aqui entendido como um poder distinto dos demais, chamados *poderes constituídos*. O Poder Constituinte será *originário* quando sua função for a de dar origem à organização jurídica fundamental. Por outro lado, o próprio Poder Constituinte originário fará a escolha e configuração do processo de emendas e reforma à Constituição, bem como do órgão competente para tal, fazendo do *poder de revisão* uma modalidade da sua própria atuação, denominado poder constituinte *derivado*.

Tal poder constituinte derivado subordina-se, desta forma, ao originário, de maneira que aquele acaba por se tornar limitado e condicionado por este.

Importa saber, conforme a lição de J. J. Gomes Canotilho, que a rigidez e a conseqüente supremacia hierárquica da Constituição repousam no Poder Constituinte, sendo que as normas de revisão apenas revelam a escolha por ele feita. O estabelecimento de uma estrutura de procedimento mais dificultoso para modificar a Constituição é uma garantia de sua própria existência e estabilidade, transformando a rigidez constitucional em limite absoluto ao poder de revisão.

Ao Estado cabe prestar segurança jurídica aos cidadãos, em especial, no que se refere aos processos do poder na sociedade: sua destinação, atribuições, emprego e formas de controle. A Constituição carrega a missão de definir com precisão esses

processos de poder, estabelecendo o que poderíamos chamar de “regras do jogo”.

É evidente que essas regras podem e devem ser objeto de revisão. Esse específico poder de revisão, todavia, exige ainda maior cautela do que com relação aos demais poderes outorgados aos legisladores ordinários, uma vez que a solidez e a estabilidade dos processos de poder estabelecidos na Constituição não devem ser abaladas. Se assim não fosse, estar-se-ia tornando provisório um ordenamento do qual se esperaria, normalmente, durabilidade.

Cumprе analisar, por fim, se os limites materiais geralmente impostos para a reforma constitucional são suficientes para manter aceso aquilo que Konrad Hesse chama de “*vontade de Constituição*”, ou seja, a disposição de orientar a própria conduta segundo o ordenamento constitucional, realizando espontaneamente as tarefas por ela impostas, a despeito de quaisquer condicionamentos ou reservas.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, o quadro teórico se apresentará diferenciado, conforme o assunto a ser tratado em cada capítulo.

No primeiro capítulo apresentar-se-á uma teoria geral do poder constituinte, sua natureza jurídica e a questão da sua dupla função, quando se divide em poder constituinte originário e poder constituinte derivado, com base, principalmente, na obra de Emmanuel Joseph Sieyès, José Horácio Meirelles Teixeira, Georges Burdeau e Nelson de Sousa Sampaio.

O segundo capítulo tratará dos processos formais de evolução das Constituições rígidas e seus vários aspectos, tais como limitações ao poder de reforma e inconstitucionalidade da reforma. Demonstraremos, com isso, que as constituições dogmáticas procuram criar artificialmente uma estabilidade técnica para o texto constitucional, ao estabelecerem a sua rigidez. Para tal, utilizaremos obras de diversos teóricos do Direito Constitucional. A parte introdutória deste capítulo, baseada na obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tratará do conceito de rigidez constitucional e de suas conseqüências. O cerne do capítulo, qual seja, o estudo dos processos de reforma das constituições rígidas, estará fundado, principalmente, nas obras de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Nelson de Sousa Sampaio, Pedro de Vega e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entre outros.

O capítulo final tratará da questão da reforma constitucional, inserida no contexto social, proporcionando uma visão sociológica das causas e conseqüências do fenômeno reformista na sociedade. Este capítulo baseia-se, principalmente no contraponto entre as obras de Fernando Lassale, Konrad Hesse, Hermann Heller e Hans Kelsen, além de Paulo Bonavides e Pontes de Miranda. Autores da área de sociologia jurídica, tais como Recaséns Siches e Felipe Miranda Rosa também estarão inseridos neste capítulo.

Desta forma, utilizando o método dedutivo, e, numa etapa mais concreta da investigação, os métodos tipológico e funcionalista, o estudo será desenvolvido à partir de documentação indireta, ou seja, pesquisa bibliográfica no campo de conhecimento do direito constitucional. Confrontando, assim, os conhecimentos

acumulados nesta área com os objetivos deste trabalho, procuraremos identificar quais os motivos que levam um ordenamento constitucional a sofrer constantes reformas, e as consequências que podem advir de mudanças muito frequentes.

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DO PODER CONSTITUINTE

1. CONSTITUIÇÃO.

Como conceito aplicado ao Estado, a constituição assume vários e diferentes significados, que variam de autor para autor. Muitos desses autores utilizam o vocábulo no seu sentido mais genérico, designando o modo de ser de uma entidade, expresso através de sua organização interna e de sua natureza peculiar. Como este sentido geral é bastante amplo, dentro dele jamais haverá Estado sem constituição, já que todo Estado tem seu modo próprio de se organizar internamente.

Todo Estado faz distinção entre o *poder* e seus agentes. Esses agentes do poder, os governantes, agem de acordo com um estatuto, pelo qual são designados e investidos. As regras relativas a organização e funcionamento do poder político formam a constituição¹ do Estado em seu sentido genérico. Ela é o caminho por onde o poder passa de seu titular, o povo, a seus agentes.²

J. H. Meirelles Teixeira afirma que as constituições atingem realidades diferentes dentro das diversas esferas da vida humana, às vezes nestas diferentes esferas buscando seu fundamento, outras vezes a elas impondo normas. Essa diversidade de fundamentos e até mesmo de finalidades, se reflete na diversidade de conceitos do termo, cada um demonstrando “o modo de ser historicamente concreto das Constituições (sic), e daí poder-se falar em Constituição liberal, democrática, individualista, social, real, material, ideal, formal, socialista, reacionária, totalitária, etc.”³

1.1. ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO”.

Pelo que dissemos acima, fica claro que cada autor trata o conceito de constituição segundo suas próprias convicções, ressaltando o ângulo a elas mais adequado. Desta forma, cumpre analisar as principais idéias referentes ao termo, conforme faremos a seguir.

¹ Adotaremos, quanto ao uso da inicial maiúscula na palavra “constituição”, o entendimento de Nelson de Sousa Sampaio, que exclui a maiúscula quando o termo é usado de forma geral, se referindo a qualquer constituição. Empregaremos a inicial maiúscula somente quando se fizer referência a uma determinada constituição, como a Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição de Weimar, etc.

² Burdeau, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p 79.

³ Teixeira, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, p. 45.

1.1.1. Constituição no Sentido Sociológico.

Esta forma de definir o termo constituição reflete o *sociologismo*⁴ no campo das ciências jurídicas, para o qual a norma constitucional positiva tem suas raízes na realidade social, nas transformações históricas e nos sentimentos coletivos. Sob este ponto de vista, o legislador apenas sistematizaria estes elementos, de forma consciente ou até mesmo inconsciente, normatizando-os na constituição escrita. José Horácio Meirelles Teixeira, ao tratar deste tema, diz que esta escola sociológica traz como uma de suas premissas a necessidade de se “reconhecer que as sociedades humanas têm uma normatividade própria, isto é, que o jogo natural das ciências sociais tem suas leis, e que estas muitas vezes se mostram rebeldes à ação das normas jurídicas”.⁵

Este conceito somente considera as notas dominantes de uma sociedade politicamente organizada, sem levar em conta as normas constitucionais. Somente através da análise das forças politicamente atuantes, a sociologia poderia classificar um Estado como liberal, aristocrático, igualitário, clerical, etc.

O conceito sociológico de constituição se apresenta na prática como o conjunto de usos e tradições políticas que disciplinam os órgãos do poder. “Assevera-se, por isso, que a Constituição exprime uma realidade social, anterior, por conseguinte, a qualquer modalidade de estruturação política do

⁴ Sociologismo é a tendência de certas escolas sociológicas em exagerar a importância dos conhecimentos da sociologia; nesta corrente intelectual, a sociedade é considerada como elemento suficiente para apresentar uma explicação da sua própria realidade.

⁵ Teixeira, J. H. *Op.cit.*, p. 49.

Estado, antes até de sua consubstanciação positiva, traduzida em cânones legais”.⁶

Vários autores destacaram este aspecto sociológico das constituições⁷, mas seu principal defensor é Ferdinand Lassale, que chegou a reduzir a constituição no sentido jurídico a uma mera transcrição dos “fatores reais do poder”.⁸ Para ele, o sentido jurídico de constituição, a constituição escrita e formal propriamente dita, seria apenas uma consequência dos fatos sociais, havendo um absoluto atrelamento do *dever ser* ao *ser*. É claro que esta influência existe e deve ser reconhecida, mas a recíproca também é verdadeira, uma vez que o ordenamento jurídico-constitucional exerce seus efeitos sobre a realidade social, embora dela esteja relativamente afastado, já que pertence ao mundo do *dever ser*. Este ordenamento deve, porém, “ser dotado de um mínimo de eficácia sobre essa mesma realidade para que seja verdadeiro *direito* e não simples construção teórica.”⁹

1.1.2. Constituição no Sentido Jurídico.

Para o juspositivista, “a norma jurídica é considerada valor em si mesma”¹⁰, sem ligação com a realidade social. Neste sentido, “a Constituição é definida como *norma, lei fundamental, conjunto de*

⁶ Accioli, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, p. 21.

⁷ Entre eles: Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 75 e sgts; Dantas, Ivo. *Constituição Federal...*, p. 15 e sgts; Heller, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 295 e sgts.

⁸ Lassale, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, p. 57.

⁹ Sampaio, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 11.

¹⁰ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 45.

normas, regras, etc., sem qualquer preocupação de explicação ou fundamentação sociológica ou filosófica.”¹¹

Este é o conceito defendido por Kelsen ao formular a *Teoria Pura do Direito*, que considera os dados sociais como problemas metajurídicos, a serem estudados por filósofos ou sociólogos¹², fazendo com que tanto o Estado quanto a constituição se estruturam num dever-ser, exclusivamente.¹³

Nelson de Sousa Sampaio esclarece que, além de um sentido material e um sentido formal, que veremos adiante, a palavra *constituição* carrega outros dois sentidos opostos, quais sejam, uma *acepção neutra* e outra *ideal*. Dentro da primeira, poderíamos dizer que constituição é “o conjunto de normas que estruturam os órgãos supremos de uma entidade política e lhes definem a competência.”¹⁴ Nessa acepção, a constituição não necessita de determinadas características específicas em seu conteúdo, basta que sirva como estrutura dos órgãos do poder público para que seja reconhecida como constituição. É neste sentido que podemos afirmar, como já fizemos anteriormente, que todo Estado possui uma constituição, entendida no seu conceito mais genérico como o documento escrito ou costumeiro que estabelece o modo de ser específico de um Estado. “Nesse sentido neutro, (...) o termo pode ser usado em relação às mais diferentes

¹¹ Teixeira, J. H. *Idem.*, p. 46/47.

¹² Teixeira, J. H. *Idem*, *ibidem*.

¹³ Heller, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 307.

¹⁴ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 12.

formas políticas, inclusive o absolutismo, também ele dotado de constituição - uma constituição absolutista (...).¹⁵

Ao lado deste conceito neutro de constituição existe outro, que a ideologia da Revolução Francesa contribuiu para divulgar: o conceito ideal de constituição, que a entende como uma certa forma de organização política que garante as liberdades individuais traçando limites à atividade dos governantes¹⁶. Para o conceito ideal de constituição, importa a presença de determinadas características, reveladas por um *juízo de valor* sobre o conteúdo desses ordenamentos. Historicamente, a acepção ideal de constituição está ligada ao movimento que, do século XVIII ao século XIX, lutou contra a monarquia absoluta, por um regime de governo limitado por uma constituição escrita. Nesse contexto, a palavra *constituição* só poderia definir o documento já adequado a esse programa de “governo baseado na divisão de poderes e no reconhecimento de uma esfera inviolável de liberdades individuais”¹⁷. Sem dúvida, se trata da afirmação de uma preferência política e não de uma definição objetiva de constituição. Mas este conceito teve como mais importante consequência a de introduzir na terminologia do Direito Público a expressão “regime constitucional” para qualificar a forma de governo no qual o poder está limitado. É neste sentido que as monarquias absolutas se opõem às monarquias constitucionais. Assim, o significado político de constituição evita confundir Estado constitucional com Estado

¹⁵ Sampaio, N. S. *Idem*, p. 14.

¹⁶ Burdeau, Georges. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁷ Sampaio, N. S. *Op. cit.*, p. 15.

que tem uma constituição, já que, por definição, todo Estado tem uma constituição.

1.1.3. Constituição no Sentido Material

O conceito material de constituição, segundo o pensamento de J. J. Gomes Canotilho, é um conceito normativo, ligado à idéia de ordenamento constitucional, uma vez que não faz diferença entre normas consuetudinárias, normas distintas da constituição formal, ou mesmo aquelas formalmente constitucionais. Todas estas, a partir do momento em que constituem e regulam as estruturas fundamentais do Estado e da sociedade, farão parte da constituição material, uma vez que cada Estado tem sua forma própria de ser, característica que o distingue dos demais, e que se manifestam pelo exercício do poder segundo certas regras e métodos, sem preocupação com a fonte de onde essas regras possam proceder¹⁸.

Este conceito está, de certa forma, adequado ao esquema do conceito sociológico de constituição, pois descreve as instituições políticas do país, independentemente da forma através das quais são estabelecidas, ou seja, leis, decretos, usos, tradições ou mesmo constituições escritas¹⁹.

Neste sentido, a constituição preocupa-se com a organização total do Estado. Este será seu conteúdo obrigatório. Qualquer outra matéria estranha ao exercício do poder não é, nesta acepção,

¹⁸ Canotilho, J. J. Gomes. *Curso de Direito Constitucional*, p 67.

¹⁹ Accioli, Wilson. *Op. cit.*, p 22.

considerada constitucional, mesmo que esteja inserida no texto da constituição.

1.1.4. Constituição no Sentido Formal

Do ponto de vista formal, a constituição também guarda ligação com o modo de ser específico de cada Estado, mas agora reduzidas por um poder constituinte legítimo, a um documento escrito que prevê a forma e o processo especial para sua reforma. Assim, as normas constitucionais acabam por distinguir-se das leis ordinárias pelo seu processo de formação, uma vez que as constituições requerem “corpos especiais de representação da Nação, denominados assembléias constituintes”²⁰. Desta forma, as normas constitucionais acabam por guardar superioridade em relação às demais, o que as identifica com o conceito de constituição rígida, que veremos adiante.

Por outro lado, e este é o entendimento de Wilson Accioli, o conceito formal tem certa correspondência com o conceito jurídico, já que, deste ponto de vista, a constituição, como texto especial, contém as instituições políticas do país, além de outras disposições²¹.

Para que determinada norma seja considerada como fonte de direito constitucional, ou norma formalmente constitucional, seria necessária a presença das seguintes notas distintivas:

²⁰ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p 43.

²¹ Accioli, Wilson. *Op. cit.*, p 22.

“1) que essas normas façam parte de um ou mais documentos denominados “constitucionais”; 2) que sejam estabelecidas por órgão competente para tanto, ao qual se dá o nome de “poder constituinte”; 3) que possuam uma posição de superioridade hierárquica em face das demais normas legais-, superioridade que se patenteia quase sempre pela exigência de processos mais dificultosos para a reforma da constituição do que da lei ordinária”²²

O conceito formal acaba se confundindo com o de constituição escrita, facilitando a tarefa do intérprete e, por isso mesmo, tornando-o o conceito predominante na prática.²³

1.1.5. Constituição no Sentido Político

Para Aristóteles, “a constituição é um certo modo de vida para uma cidade.”²⁴ O termo *cidade* corresponde, neste caso, à cidade-estado helênica, a *polis*. Assim, a *polis* como comunidade política, e a ordem social própria de cada cidade, ambas, formam a constituição.²⁵

No mesmo sentido, Carl Schmitt se propôs a demonstrar que o cerne de uma constituição é a decisão conjunta sobre o modo e a

²² Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p 17. Na verdade, nas constituições flexíveis o terceiro traço não está presente, uma vez que esta constituição pode ser reformada pelos mesmos processos de reforma da legislação ordinária, o que não a descaracteriza como constituição. Tal situação é encontrada na constituição britânica, que não possui um aspecto formal. Desta forma, somente pela análise de seu conteúdo propriamente dito, pode-se distinguir as normas que estruturam o Estado britânico, sua constituição.

²³ É interessante o tratamento dado ao assunto pela Constituição Política do Império do Brasil, em cujo art. 178 lê-se: “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”. Segundo este artigo, somente a constituição material tem caráter rígido, sendo, o restante, flexível.

²⁴ Aristóteles. *Política*, p. 143.

forma de unidade de um povo. Partindo da realidade e não da norma, e ressaltando sobretudo o lado político das constituições, Schmitt, afirma que a constituição se estabelece através de uma decisão consciente, de uma vontade política, qual seja, a vontade que a elaborou.²⁶

Fazendo secundário o formalismo da norma constitucional, Schmitt declara que as leis da constituição valem por se fundamentarem na própria constituição e terem como pressuposto essa constituição, sendo, por consequência, a decisão política prévia a base de toda regulamentação normativa ordinária e constitucional. O poder constituinte, por sua vez, é a vontade política dotada de poder ou autoridade para tomar a decisão concreta geral acerca do modo e da forma da própria existência política.²⁷

Também defendendo um conceito de constituição política, Hermann Heller destaca um dos aspectos marcantes da constituição: o fato de ela dar forma e estrutura à realidade política produzida pelos membros da sociedade. Desta forma, o Estado como organização humana adquire existência, transformando-se em uma unidade ordenada de ação. A constituição política, assim entendida, é concebida por Heller como “um ser a que dão forma as normas.”²⁸

²⁵ Aristóteles. *Idem*, p. 13.

²⁶ Schmitt, Carl. *Teoria de la Constitución*, p. 4/11.

²⁷ Bonavides, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*, p. 22.

²⁸ Heller, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 296.

1.2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES.

Variados são os pontos de vista que podem ser adotados como critérios para a classificação das constituições, o que nos faz ver que não há uniformidade sobre o assunto. Para nosso estudo, interessa analisar as constituições quanto à forma e ao modo de elaboração, à origem e à estabilidade²⁹.

1.2.1. Classificação das Constituições Quanto à Forma e Quanto ao Modo de Elaboração.

Quanto à forma, as constituições podem ser classificadas em *escritas e não escritas*. Escrita é a constituição elaborada racional e reflexivamente por um órgão competente, de uma só feita, de forma a concentrar todas as regras sobre a organização e funcionamento do Estado e dos poderes constituídos. Quando a constituição escrita está reunida em um único documento, diz-se que ela é *codificada*; quando, ao contrário, ela está dispersa em mais de um documento, diz-se que ela é *não codificada*.

Já as constituições não escritas baseiam-se principalmente nos costumes e na jurisprudência, não tendo sido reduzidas a documentos escritos ou solenes.

²⁹ Diversos autores utilizam como critério de classificação também o conteúdo das constituições. Grandes divergências advém desta classificação, uma vez que é quase infinita a variação de conteúdo de uma constituição para outra, dependendo, inclusive, das características da forma e do sistema de governo adotados, em suas mais diversas nuances. Teríamos, dentro desta classificação, compartilhada por autores como José Horácio Meirelles Teixeira e Nelson de Sousa Sampaio, constituições democráticas ou autocráticas, monárquicas ou republicanas, unitárias ou federalistas, presidenciais ou parlamentares, liberais ou democráticas, sociais democráticas ou socialistas, etc. Outros autores, dentro deste mesmo critério, somente levam em conta a constituição material e a constituição formal, conforme já vimos. Neste sentido temos José Afonso da Silva.

A essa classificação das constituições quanto à sua forma, liga-se uma outra, que as divide, segundo o seu modo de elaboração, em *constituições históricas* ou *constituições dogmáticas*. São constituições dogmáticas aquelas constituições escritas elaboradas por um órgão constituinte, sistematizando em seu texto os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do direito dominantes num dado momento. As constituições históricas ou costumeiras, não escritas, são resultantes de uma lenta formação histórica, segundo a evolução das tradições e dos fatos sócio-políticos, que acabam por se cristalizar como normas fundamentais da organização de um Estado³⁰.

Pode-se dizer que estas constituições costumeiras, não escritas, foram ancestrais das atuais constituições escritas, dogmáticas, racionalmente elaboradas. Assim como o direito nasceu espontaneamente nas sociedades, absorvendo suas características, também o direito constitucional teve uma elaboração histórica lenta, baseando-se em costumes e tradições de fundo eminentemente cultural. A evolução da própria sociedade, porém, passou a exigir uma regulamentação mais complexa e técnica que só a elaboração racional poderia talhar. Assim, o costume passou a ser simples fonte subsidiária de direito constitucional.

Até o século passado, tínhamos uma predominância de constituições não escritas, costumeiras, mas hoje podemos dizer que não mais existem constituições totalmente consuetudinárias³¹.

³⁰ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 43.

³¹ O exemplo comumente citado como sendo dessa espécie constitucional, o da constituição inglesa, "só em parte merece essa caracterização. As normas que lá são tidas como *constitucionais* provém de várias

J. H. Meirelles Teixeira chega a afirmar que mesmo as constituições dogmáticas não podem ser consideradas como totalmente escritas, uma vez que não podem ficar encerradas num documento único. Ao seu lado vão ser criados costumes e práticas constitucionais que, pelo seu uso, acabam se integrando à constituição. Por outro lado, as decisões jurisprudenciais, através da interpretação, ampliam e até mesmo modificam o sentido dos dispositivos constitucionais. Assim, ao lado da constituição escrita, formar-se-á uma constituição costumeira e uma constituição jurisprudencial³².

As constituições não escritas tiveram seus maiores defensores entre os adeptos da Escola Histórica, que, baseando-se na solidez e durabilidade da constituição inglesa, atacavam o reducionismo e a temporariedade dos textos escritos. Apesar disso, o século XX viu multiplicarem-se as constituições escritas, que passaram a representar uma reafirmação do pacto social e da segurança dos cidadãos em relação aos seus direitos e liberdades³³

1.2.2. Classificação das Constituições Quanto à Origem.

Quanto a sua origem primeira, a fonte de onde provêm, as constituições serão *populares* ou *outorgadas*.

Diz-se que a constituição é popular ou democrática quando o poder constituinte é exercido pelo povo, através de um órgão

fontes históricas e muitas delas estão consignadas em documentos escritos de diversas naturezas (...).” Cf. Nelson de Sousa Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 22/23. Para uma construção histórica da constituição inglesa, ver José Horácio Meirelles Teixeira, *op cit.*, p 98 a 105.

³² Teixeira, J. H. *Op cit.*, p 90.

³³ Teixeira, J. H. *Idem*, p. 91 e sgtes.

constituente composto por seus representantes, eleitos para o fim de elaborar e estabelecer uma constituição. Numa segunda variação deste modelo, a convenção ou assembléia, também eleita, elabora a constituição, mas a sua vigência e obrigatoriedade ficam dependentes da aprovação plebiscitária ou de um *referendum* do mesmo corpo eleitoral³⁴.

Já as constituições outorgadas são elaboradas sem a participação do povo, num processo em que o poder constituinte não se exerce de baixo para cima, partindo do povo em direção aos governantes, mas de cima para baixo, imposta por quem, numa situação de fato, detém o poder, seja um governante, rei ou ditador. Assim, tal constituição é imposta ao seu destinatário, o povo, sem que ele tenha sido consultado sob qualquer forma.

1.2.3. Classificação das Constituições Quanto à Estabilidade.

Sendo a rigidez constitucional o tema em torno do qual gravita nosso estudo, todo um capítulo será dedicado a uma análise mais ampla desta questão. Vamos, neste momento, somente conceituar um e outro tipo, com o intuito de diferenciá-los entre si, para, mais tarde, tratar de forma mais profunda a questão da rigidez constitucional e seus desdobramentos.

José Afonso da Silva conceitua as constituições rígidas como aquelas que somente podem ser alteradas mediante processos,

³⁴ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 26/27.

solenidades e exigências formais, diferentes e mais difíceis que os de formação das demais figuras legais. A rigidez da constituição estará em que ela não se revoga, derroga ou modifica a não ser por meio de formas peculiares a essas alterações, preestabelecidas na própria constituição. Uma necessária distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias deverá ser constatada como consequência desta rigidez, com evidente supremacia das primeiras sobre as segundas. A constituição tida como flexível, ao contrário, “pode ser livremente modificada pelo legislador, segundo os mesmos processos de elaboração das leis ordinárias”³⁵.

Assim sendo, qualquer lei ordinária é capaz de modificar ou revogar o texto constitucional, pois ambos se encontram numa mesma linha vertical, sem que haja supremacia de uma sobre a outra. Essas constituições caracterizam-se pela ausência de uma prescrição prévia de solenidades especiais para sua elaboração, emenda ou reforma, que então se processa pela mesma forma de elaboração de leis ordinárias.³⁶

2. PODER CONSTITUINTE

Dada a especial importância que se concede às disposições constitucionais, considera-se que devem ser obra de um órgão que

³⁵ Silva, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 43.

goze de autoridade política especial, cuja tarefa é fazer a constituição de um Estado: o poder constituinte.³⁷

No plano conceitual, destacam-se idéias como a de Carl Schimit, que passamos a transcrever:

*“Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão sobre o modo e a forma, na totalidade, da própria existência política, determinando, assim, a existência da unidade política como um todo”.*³⁸

De acordo com Heller, conforme citação de J. H. Meirelles Teixeira, poder constituinte é aquela vontade política cujo “poder e autoridade estejam em condições de determinar a existência da unidade política no todo”.³⁹

Interessante é a colocação de Canotilho ao afirmar que o poder constituinte surge como “uma força originária da nação que “organiza a organização” do poder político”.⁴⁰

Entre os autores nacionais, destacamos Nelson de Sousa Sampaio, para quem o poder constituinte representa “a faculdade de organizar o Estado, sem nenhuma limitação de direito positivo interno, quando se trata de unidade soberana.”⁴¹

³⁶ Dentro deste critério de classificação, outras formas constitucionais serão estudadas oportunamente, em capítulo à parte

³⁷ Burdeau, Georges. *Op. cit.*, p. 108.

³⁸ Schimit, Carl. *Teoria de la Constitucion*, p. 86. No original: “Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.” Tradução nossa.

³⁹ Heller, Hermann. *Teoria do Estado*, p.327.

⁴⁰ Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 94.

⁴¹ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 37.

Não se pode discutir a questão do poder constituinte sem indagar qual o seu fundamento de validade. Várias teorias procuram explicar a quem compete a tarefa constitucional, e por quais motivos. As mais modernas procuram legitimar a constituição na *vontade social*, na correspondência entre os desejos do povo e os valores jurídicos propostos pelo texto constitucional.

Relacionando o poder constituinte ao exercício do poder político, Meirelles Teixeira ensina que:

“O fundamento da Constituição (...) não poderia, por definição, ser uma norma jurídica, pois não há norma jurídica que lhe seja superior; somente pode consistir em algo superior e anterior a todo direito estabelecido, em algo real, na vontade social, que dá integração à comunidade política”⁴²

É do poder constituinte como poder que está acima do Poder Legislativo, e que se sobrepõe a todos os poderes constituídos, que a constituição extrai o seu fundamento. Se a constituição traz um conjunto de normas supremas e originárias, conclui-se que não há norma jurídica positiva superior à norma suprema, e nem anterior à norma originária. Assim, o seu fundamento estaria, não em outra norma jurídica, mas numa decisão política, surgida de um ser político, a respeito do modo e forma do próprio ser. Esta decisão política é o ato propulsor do poder constituinte como modo de produção de normas jurídicas constitucionais.⁴³

⁴² Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 201.

⁴³ Teixeira, J. H. *Idem*, p.197/200

Neste entender, o poder constituinte seria uma expressão do poder político do povo, capaz de impor-se soberanamente, com o fim de alcançar o bem comum.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PODER CONSTITUINTE.

A idéia de poder constituinte organizador da estrutura do Estado encontra suas raízes na Antigüidade, mas somente foi desenvolvida racionalmente à partir do século XVIII, associada à idéia de constituição escrita.

Apesar de haver, na antiga Grécia, a noção de distinção entre leis constitucionais, com conteúdo próprio de organização política das cidades, e leis ordinárias, não havia ainda a idéia de um poder constitucional criador dos demais poderes e não criado por qualquer deles. O mesmo se sucedeu durante a Idade Média, em que as regras de direito constitucional eram, em sua quase totalidade, costumeiras e não distintas de outras normas; não havia qualquer noção de que elas teriam sido estabelecidas por um poder especial.⁴⁴

No final da Idade Média surgiu na França a chamada *Doutrina das Leis Fundamentais do Reino*, formulada por legistas com a finalidade de anular certos atos do monarca que estariam infringindo um conjunto de leis superiores ao próprio monarca: as leis fundamentais do reino. Essas leis estariam caracterizadas como

⁴⁴ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado*, p. 2/3.

tais pela sua matéria, sua superioridade e sua estabilidade. Até mesmo uma noção de rigidez constitucional foi aventada neste contexto, ao se admitir que essas leis fundamentais somente poderiam ser modificadas pela reunião dos Estados Gerais - clero, nobreza e povo.⁴⁵

Ocorre, porém, que, embora próxima da doutrina do poder constituinte, essa doutrina ainda não adotava a idéia de poder especial para estabelecer tais leis, que “eram tidas como estabelecidas pelos costumes, pelo decurso do tempo, e jamais qualquer legista teve a idéia de nelas identificar a vontade de um poder especial, a ação de um poder especial, anterior à própria constituição.”⁴⁶

Também a *Doutrina Pactista Medieval* contribuiu para a formação da doutrina do Poder Constituinte. Fundada num pacto de sujeição entre o povo e o seu governante, tal doutrina admitia o consentimento, mesmo que tacitamente manifestado, como fonte do poder político, aceitando a vontade dos homens como origem da organização política do Estado. Esse consentimento importaria num verdadeiro pacto – o *pacto de sujeição*.⁴⁷

Por outro lado, também ligada a uma noção de pacto social, a *Doutrina do Contrato Social* via no pacto a fonte da própria sociedade. Essa doutrina teve vários adeptos e diferentes formas de interpretação de seus princípios. Entre estas diversas interpretações é a de Jean-Jacques Rousseau, em obra editada em

⁴⁵ Ferreira Filho, M. G. Idem, p. 4.

⁴⁶ Ferreira Filho, M. G. Idem, p. 5.

⁴⁷ Ferreira Filho, M. G. Idem, ibidem.

1762 sob o título de “*O Contrato Social*”, a que mais se aproxima da doutrina do poder constituinte, pois entende o *pacto social* como o elemento estruturante da sociedade e do governo. Rousseau reduz o conceito de *pacto social* aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”. E continua: “Logo, ao invés da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto a assembléia de vozes, o qual recebe deste mesmo ato sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade.”⁴⁸ Desta forma, para Rousseau a soberania é o exercício da vontade geral, com o fim de dirigir as forças do Estado para o bem comum.⁴⁹

Finalmente, como forma de justificar as constituições escritas, surge pela primeira vez a doutrina do poder constituinte, formulada pelo abade Emmanuel J. Sieyès na obra “*Qu’ est-ce que le tiers État?*”.

Examinando a forma de organização do Estado francês da época, em que o Terceiro Estado, ou seja, o povo, exercia todos os trabalhos particulares que sustentam a sociedade, além da maioria das funções públicas, especialmente as mais penosas e que não geravam ganhos elevados, Sieyès propõe três questões que dão conteúdo à obra: *O que é o Terceiro Estado? Ao que ele mesmo*

⁴⁸ Rousseau, Jean-Jacques. *O Contrato Social e ...* p. 31.

⁴⁹ Rousseau, Jean-Jacques. *Idem*, p. 38.

responde - *tudo. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. O que ele pretende? Ser alguma coisa.*⁵⁰

Embora o Terceiro Estado fosse uma nação completa, era prejudicada e oprimida pelos privilégios da nobreza, que ele considerava uma classe estranha à nação por sua ociosidade e por suas prerrogativas injustas.⁵¹ Diante dessa situação, o Terceiro Estado pede apenas o que considera justo, mesmo sabendo que suas petições não são suficientes para lhe dar a igualdade de influência que necessita. Assim, Sieyès propõe que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos do Terceiro Estado, que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero, e que os Estados Gerais votem não por ordem, mas por cabeça.⁵²

Nesse ponto, ao identificar diferentes etapas da formação de uma sociedade política, o autor descreve a forma representativa de governo, em que, por ser a nação um corpo numeroso, há a necessidade de se escolher um governo que exerça o poder por procuração, atuando não com vontade própria, mas com vontade comum representativa. A organização deste corpo de representantes se dará através da *constituição*, que lhe definirá os órgãos, as funções e os meios de exercê-las. O direito de fazer a constituição, ou seja, o poder constituinte, pertence à Nação, e somente ela pode exercer esse poder. Por sua vez, a nação não se torna submissa ao poder constituinte, uma vez que pode voltar a

⁵⁰ Sieyès, Emmanuel. *A Constituinte Burguesa*, p. 64.

⁵¹ Sieyès, E. Idem, p. 69.

⁵² Sieyès, E. Idem, *ibidem*. Essas reivindicações estão descritas no Cap. III da obra.

utilizá-lo para modificar a constituição, sempre que julgar necessário, pois ele permanece mesmo depois de realizada a obra.

O poder constituinte, conforme descrito por Sieyés, carrega ainda, outras características próprias: é incondicionado, inalienável e ilimitado. Incondicionado no sentido de que não há processo ou via pré-determinada para a feitura de uma constituição; a nação não sofre nenhum condicionamento ou imposição. Inalienável, já que a nação não pode renunciar de forma alguma a esta prerrogativa de mudar a constituição ou até mesmo de criar outra. Ilimitado, uma vez que nenhum direito positivo anterior pode se opor a ele ou lhe impor limites.

Ao criar a constituição, o poder constituinte regula a atuação dos poderes constituídos, que, por sua vez, são limitados e condicionados pela própria constituição que lhes deu existência e estabeleceu sua competência

A constituição supõe, ainda, um caráter de superioridade, uma vez que assim descrita como obra do poder constituinte, não pode ser atingida por qualquer ato dos poderes constituídos.

Nas palavras de Celso Bastos, Sieyés buscou “fora do ordenamento jurídico positivo (que era injusto), um direito superior, o direito natural do povo de auto-constituir-se (...).”⁵³

Mais tarde, com o surgimento do positivismo jurídico, a natureza jurídica do poder constituinte passou a ser questionada, pelo fato de ser ele anterior ao ordenamento posto, e excluído,

⁵³ Bastos, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, p 22.

portanto, da positividade encarada como critério fundamental do direito.⁵⁴

2.2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.

Doutrinariamente, costuma-se apontar duas formas distintas de poder constituinte: o originário e o derivado. O primeiro produz as normas fundamentais e primeiras do sistema jurídico, ou seja, a própria constituição. O segundo apenas cria normas de acordo e dentro dos limites estabelecidos pelas normas constitucionais

A produção originária de normas constitucionais não obedece a nenhuma regra anterior, visto que é *inicial e incondicionado*. Pode ocorrer no momento da formação de um novo Estado, quando há a necessidade de se produzir a primeira constituição, ou quando o ordenamento constitucional sofre uma solução de continuidade, na hipótese de modificação revolucionária das estruturas políticas e da ordem jurídica vigente.⁵⁵

2.2.1. Titularidade.

A questão da titularidade do poder constituinte originário está intimamente ligada à questão da soberania do Estado. Sendo este o poder gerador do próprio Estado, ao criá-lo o poder constituinte se coloca fora de sua órbita, uma vez que não pode estar circunscrito por uma ordem jurídica anterior. Por outro lado, embora não seja

⁵⁴ Bastos, C. Idem, *ibidem*.

⁵⁵ Bastos, Celso. Idem, p. 28.

determinável *a priori*, não se pode conceber um poder constituinte abstrato, flutuante, que sirva de paradigma para qualquer coletividade. Desta forma, em cada sociedade, o titular desse poder será o indivíduo ou grupo no qual se encarna a idéia de direito, em uma dado momento.⁵⁶

Se encararmos a questão da titularidade do poder constituinte sob um ponto de vista autocrático, temos que o poder de decisão da minoria dominante irá determinar a forma do Estado e, conseqüentemente, da constituição deste Estado. Por outro ângulo, a visão democrática baseará a titularidade do poder constituinte no princípio majoritário, ou seja, na soberania do povo⁵⁷.

Esta resposta democrática surgiu no constitucionalismo proposto por Sieyès, que encarna a titularidade do poder constituinte na nação. Com o desenvolvimento desta idéia, o povo como unidade política e detentor da soberania nacional é convidado a manifestar sua vontade sempre que a ordem jurídica necessite ser alterada ou substituída.

2.2.2. Exercício.

Se o problema da titularidade do poder constituinte tem sido tratado como um problema metajurídico, mais voltado para o campo

⁵⁶ Bastos, C. Idem, p. 25

⁵⁷ Bastos, C. Idem, p.26

da filosofia política⁵⁸, o mesmo não ocorre com a questão do exercício deste poder.

O poder constituinte não tem forma pré-fixada para o seu exercício, mas, pela observação, podemos apontar algumas formas básicas pelas quais esse poder se expressa. A princípio, podemos classificar o exercício do poder constituinte conforme o regime de governo praticado no Estado. Assim, os regimes autocráticos praticam formas de *exercício autocrático*, cuja origem se encontra nas Cartas que eram emitidas pelos reis titulares do poder absoluto, na Idade Média. O exercício autocrático do poder constituinte resume-se na imposição da vontade do detentor do poder através de decretos constituintes ou atos institucionais, impostos por *outorga*, como tem ocorrido com freqüência na América Latina.

Em oposição a esse exercício autocrático, surgiram as concepções democráticas, onde o exercício do poder constituinte se realiza através da soberania popular. Segundo Celso Bastos, a forma típica de exercício do poder constituinte é a Convenção ou Assembléia Constituinte, onde, dentro de um regime democrático, convoca-se um órgão especial com a finalidade de elaborar um projeto constitucional. Neste caso, o povo é chamado para escolher representantes em uma assembléia que vai unicamente exercer o poder constituinte⁵⁹. Além desta, uma outra forma de criação representativa é a "utilização de órgão comum, não criado

⁵⁸ Entendemos por *filosofia política* aquele ramo da Filosofia que reflete sobre o fenômeno político, elaborando teorias para explicar sua origem, sua finalidade e suas formas. A filosofia política é o produto natural de uma sociedade na qual os homens se relacionam como cidadãos, para além de seus laços de amizade ou parentesco. Cf. Chauí, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 379. Crespigny, Anthony de. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 3.

⁵⁹ Bastos, C. Idem, p 31.

especialmente, mas tendo adaptadas suas funções habituais (...), e que sanciona a Constituição (...). Trata-se do cometimento das funções constituintes ao Congresso ou Parlamento - Poder Legislativo ordinário (...).”⁶⁰

Dentro de regimes de democracia direta⁶¹, encontramos a figura do *referendum* constitucional, onde o povo é chamado para sancionar ou opinar sobre um projeto constitucional. Recebe o nome de *referendum ante legem* ou consultivo quando se destina a uma consulta prévia da vontade popular; será *post legem* ou aprovatório, quando tiver por finalidade dar ao povo a decisão direta sobre uma proposta governamental já elaborada por um órgão representativo.⁶²

2.2.3. Natureza.

Cabe ao poder constituinte elaborar a constituição, que servirá como ponto de partida de toda ordem jurídica positiva do Estado. Conforme o ensinamento de Ferreira Filho, à partir dessa nova constituição, o direito positivo anterior passa a se servir de um novo fundamento, qual seja, a nova constituição jurídica.⁶³

Neste ponto a doutrina divide-se, com o fim de explicar a natureza do poder constituinte. De um lado encontramos a tese normativista que, nas palavras de Celso Bastos, nega a natureza

⁶⁰ Lopes, Maurício. *Op cit.*, p. 87.

⁶¹ Outros autores, como Maurício R. Lopes, tratam o *referendum* como exemplo de exercício do poder constituinte dentro das democracias semi-diretas.

⁶² Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 87.

⁶³ Lopes, M. Idem, p. 64.

jurídica do poder constituinte; a esta teoria, opõe-se a tese jusnaturalista, que defende a juridicidade desse poder, uma vez que entende haver um direito superior decorrente da própria natureza humana, precedente, até mesmo, ao próprio Estado.⁶⁴

Segundo Ferreira Filho, o normativismo, ou positivismo, entende a constituição como um fato metajurídico, e o poder constituinte como uma força social, a ser estudada pela sociologia ou pela filosofia do direito.⁶⁵

Neste sentido, Kelsen, principal expoente desta corrente de pensamento, entende que a constituição busca seu fundamento numa norma fundamental anterior à constituição. Segundo Kelsen, indagando sobre a validade da constituição podemos chegar à primeira constituição de um Estado, de cuja validade depende toda a ordem jurídica que lhe é posterior. Esta primeira constituição retira seu fundamento de validade de uma norma fundamental, já que “pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação dessa obrigação é a norma fundamental dessa ordem jurídica.”⁶⁶ Assim, a norma fundamental se encontra fora da ordem jurídica, embora lhe dê fundamento.

Já para a tese jusnaturalista, na qual figura o pensamento de Sièyes, a questão da natureza do poder constituinte liga-se à questão da liberdade, que, como direito natural por excelência, vai fundamentar o poder constituinte de um povo. Tendo cada homem um direito natural de liberdade, de governar sua própria vida, tem

⁶⁴ Bastos, Celso. *Op. cit.*, p. 23/24.

⁶⁵ Ferreira Filho, M.G. *Direito Constitucional Comparado*, p. 64/65.

⁶⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 120.

também um direito natural de determinar sua vida coletiva, estabelecendo as instituições a que vão se sujeitar, ou modificando-as quando julgarem necessário. Assim, temos que o jusnaturalismo entende o poder constituinte como um poder jurídico decorrente da ordem jurídica natural.⁶⁷

2.2.4. Amplitude e Limites.

Partindo do pensamento geralmente aceito pela doutrina de que o poder constituinte é ilimitado e absoluto, não haveria o que expor a este respeito. Ocorre, porém, que há diversos pontos de vista filosóficos a respeito da natureza do poder constituinte, o que faz com que a questão de ser ele limitado ou não também possa receber diferentes respostas.⁶⁸

Assim, para os positivistas, o poder constituinte é ilimitado em relação ao ordenamento jurídico do Estado, uma vez que não pode sofrer condicionamentos advindos do direito positivo. Por outro lado, pode o poder constituinte sofrer limitações de ordem extrajurídica, o que, obviamente, não interessa à doutrina positivista, por se tratar de um problema metajurídico.

Já para os que se filiam à corrente jusnaturalista, o poder constituinte originário é limitado pela existência de "certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, intuídos da própria natureza humana

⁶⁷ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 67/68.

⁶⁸ Ferreira Filho, M. G. *Op. cit.*, p. 91/92.

e que precedem a existência do Estado”⁶⁹, ou seja, o próprio direito natural.

Entretanto, Ferreira Filho, citando exposição feita pelo professor Paul Bastid em aulas proferidas na Faculdade de Direito de Paris, entre 1958 e 1959, expõe a idéia de que o poder constituinte originário sofre limites tanto de natureza fática quanto de natureza jurídica. Por *limites de fato* entende o autor aquelas concepções mais arraigadas da comunidade, contra as quais o poder constituinte originário não poderá opor-se, sob pena de criar uma constituição ineficaz, que não obterá adesão dessa comunidade, tornando-se letra morta.⁷⁰ Na questão dos *limites de direito*, Paul Bastid entra no âmbito do Direito Internacional, tanto no campo público quanto no privado, ao indagar se este pode ou não subordinar a si as regras de direito interno. Conforme Ferreira Filho, “segundo a concepção que ainda prevalece, o direito internacional não é superior ao direito interno, isto é, o direito internacional não subordina o poder constituinte às suas normas.”⁷¹

O que ocorre na realidade é que as constituições são documentos jurídicos formulados para limitar o poder estatal e assegurar os direitos individuais. Daí se conclui que certos limites estão implícitos nas próprias metas que o poder criador de uma constituição se propõe a alcançar, além dos direitos humanos,

⁶⁹ Lopes, Maurício R. *Op. cit.*, p. 107.

⁷⁰ São inúmeros os exemplos de constituições que não chegaram a ter eficácia plena por terem se chocado com o contexto social em que estavam inseridas. Ferreira Filho, acompanhado também por Maurício Ribeiro Lopes, cita a chamada constituição jacobina (França, 1793) que, embora tenha sido votada em meio a um grande entusiasmo, não resistiu ao período do terror que se instaurou na França da época.

⁷¹ Ferreira Filho. M. G. *Op. cit.*, p. 92 e segts.

internacionalmente defendidos como um patrimônio do qual a humanidade não pode abrir mão.⁷²

É interessante, neste ponto, anotar os diversos limites de fato apontados por Canotilho em sua obra, quais sejam, os dados sociológicos, antropológicos e culturais próprios de cada comunidade, enraizados nas suas relações sociais e até mesmo jurídicas, vinculando os procedimentos constituintes a dados reais e naturais, que seriam seus limitadores⁷³.

2.3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.

Mesmo sendo o estatuto fundamental do Estado não se pode pretender que a constituição seja imutável. Ao contrário, é importante que nela possam introduzir-se as mudanças necessárias, segundo um procedimento preestabelecido.⁷⁴

Pedro de Vega expõe muito bem esta questão ao tratar da reforma constitucional:

*“Porque as Constituições necessitam adaptar-se à realidade, que se encontra em constante evolução, porque suas normas envelhecem com o passar do tempo e porque a existência de lacunas é um fenômeno obrigatório, que deriva da complexa e inabarcável realidade que com elas se pretende regular, sua modificação se torna inevitável.”*⁷⁵

⁷² Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 104 e segts.

⁷³ Lopes, M. Idem, p. 115 e segts.

⁷⁴ Burdeau, Georges. *Op. cit.*, p. 114.

⁷⁵ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 59. No original: Porque las Constituciones necesitan adaptar-se a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece com el paso del tiempo y porque la existencia de lagunas es un fenomeno obligado, que deriva da compleja e inabarcable realidad que com ellas se pretende regular, su modificación resulta inexorable.” Tradução nossa.

Seguindo este princípio de que a constituição deve adaptar-se a eventuais situações novas, ao cria-la o poder constituinte originário estabelece um outro poder, que, de certa forma, o perpetua: o poder constituinte derivado, também chamado de poder constituinte secundário ou instituído. Este é o poder incumbido de rever ou modificar a constituição, sujeitando essa mudança ao direito positivo vigente.⁷⁶

Segundo José Afonso da Silva, *reforma constitucional* “é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.”⁷⁷

Desta forma, este poder reformador pressupõe, para o seu exercício, “uma constituição em vigor e um procedimento conforme as regras nela previstos.”⁷⁸ Neste sentido, o poder de revisão se torna um aspecto do poder constituinte originário, pois advém diretamente dele, através da constituição. O titular desse poder de reformar a constituição, emendando-a ou procedendo à sua revisão, seria o órgão ao qual a própria constituição deferiu essa tarefa.⁷⁹

O poder constituinte derivado se evidencia mais claramente nos Estados de constituição escrita e rígida, onde o texto constitucional exija um procedimento especial para a reforma, não cabendo nas constituições flexíveis, em que a modificação pode ser

⁷⁶ Ferreira Filho, M. G. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁷ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 64

⁷⁸ Lopes, Mauricio. *Op. cit.*, p. 117.

⁷⁹ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 131.

feita pelo Poder Legislativo ordinário, sem um processo específico para tal.⁸⁰

2.3.1. Características.

O poder constituinte instituído tem algumas características específicas, que o diferenciam do poder constituinte originário.

Seu primeiro traço característico é o fato de ser ele um poder *derivado* do poder constituinte originário, de onde retira a sua força. Enquanto o poder constituinte originário é inicial, no sentido de que ele cria a ordem jurídica, e não é criado por ela, o poder constituinte derivado é criado exatamente por essa ordem jurídica.

Além disso, este poder é *subordinado* às regras criadas pelo poder constituinte originário; ele se encontra limitado pelos procedimentos constitucionais exigidos para sua aplicação.

Como terceiro traço característico, temos que o poder constituinte derivado é um poder *condicionado*, pois está sujeito ao modo previsto na constituição para que se faça a modificação constitucional. Para ele há um modo pré-fixado de manifestação, ao contrário do poder constituinte originário, que pode se manifestar de diferentes modos, visto que é incondicionado.⁸¹

⁸⁰ Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p 102.

⁸¹ Ferreira Filho. Manoel Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 139 e 140.

2.3.2. Natureza.

Afirma Ferreira Filho⁸² que a polêmica que se formou em torno da natureza do poder constituinte originário não se repete em relação ao poder constituinte derivado, uma vez que este é o único poder constituinte suscetível de ser analisado juridicamente. Não restam dúvidas na doutrina quanto à afirmação de que o poder constituinte instituído ou derivado seja um poder de direito.

⁸² Ferreira Filho, M. G. Idem, p. 137.

CAPÍTULO II

OS PROCESSOS FORMAIS DE EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS

1. AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS

Segundo Carl Schmitt⁸³, são chamadas de *constituições rígidas* aquelas que prevêm constitucionalmente a possibilidade de reformas ou revisões constitucionais, porém ligadas a pressupostos ou procedimentos especiais de maior dificuldade.

A essência destas constituições rígidas estaria, justamente, na exigência de processos mais solenes para sua modificação, se

⁸³ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 20.

comparados ao processo comum de elaboração de uma lei ordinária. Disso decorre a impossibilidade da constituição ser modificada por uma lei inferior, resultando numa certa permanência ou estabilidade maior da constituição frente à legislação ordinária. Vale dizer que são permitidas emendas, reformas ou revisões da constituição, de forma que ela possa adaptar-se às necessidades políticas e sociais. Tais modificações, porém, são mais difíceis, mais demoradas, e, por consequência, mais ponderadas que a elaboração de uma simples lei ordinária. Desta forma, a rigidez constitucional apresenta-se como a técnica jurídica capaz de conciliar a estabilidade exigida como forma de possibilitar a segurança jurídica, com a necessidade de evolução constitucional.⁸⁴

Claro é o conceito de Meirelles Teixeira, para quem a constituição rígida é aquela “somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os processos ordinários de elaboração das leis.”⁸⁵

Na prática, a quase totalidade das constituições são do tipo rígido. O estabelecimento de um processo especial de reforma para a norma fundamental, da qual deriva a distinção entre constituição e lei ordinária, constitui-se numa espécie de axioma do direito constitucional, no mundo todo. Assim, ao invés de se discutir as diferenças existentes entre constituição rígida e constituição flexível, importa mais falar em constituições com maior ou menor grau de rigidez, como faremos adiante.⁸⁶

⁸⁴ Teixeira, J. H. *Curso de Direito Constitucional*, p 108.

⁸⁵ Teixeira, J. H. *Idem*, p. 108.

⁸⁶ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 50.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

A idéia de rigidez constitucional não é nova, uma vez que já em Aristóteles encontramos distinção entre normas fundamentais de organização política (*politéia*), e normas tidas como ordinárias, já que encontram fundamento nas anteriores (*nomói*). Também em Roma existiam normas fundamentais que somente podiam ser modificadas por magistrados especiais. Mais tarde, Cromwell, ao editar o seu “*Instrument of Government*”, tinha em mente uma constituição escrita, dogmática e rígida.⁸⁷

Foram as idéias contratualistas que acabaram por gerar uma teoria das constituições rígidas, escritas em um corpo único e limitadoras de competências. Para os teóricos do contrato social, os homens alienavam uma parte de sua liberdade natural em favor do Estado, sendo que alguns direitos ficariam íntegros, sobrepondo-se ao próprio arbítrio estatal. Esta forma de interpretar as Teorias Contratualistas foi posta em prática nos pactos coloniais norte-americanos que acabaram por se transformar na Constituição dos Estados Unidos da América.⁸⁸

A origem das expressões *rígida* e *flexível* se encontra na obra de James Bryce, “*Constituições Flexíveis e Constituições Rígidas*”, onde o autor expõe a diferença entre constituições que se encontram acima das leis ordinárias, uma vez que não podem ser por elas modificadas, e outras que se encontram no mesmo nível das leis ordinárias, já que podem ser modificadas pelo mesmo

⁸⁷ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 109.

⁸⁸ Franco, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, p. 49 e segts.

legislador, segundo o mesmo processo legislativo comum.⁸⁹ Bryce, conforme citação de Meirelles Teixeira⁹⁰, afirma que podemos encontrar “leis distintas de outras leis, não apenas pelo caráter do seu conteúdo, mas pela fonte de que elas provêm e pela força que elas exercem, força que domina e anula todas as leis colidentes adotadas pelo Legislativo. Onde a Constituição consiste em tal lei ou leis, eu proponho chamá-la de Constituição rígida.” Bryce associa a flexibilidade às constituições consuetudinárias, como atributo necessário, embora não exclusivo.⁹¹

Assim, já em meados do século XIX, a idéia de constituições escritas e rígidas dominava a maioria dos Estados, por ser a mais adequada aos ideais democráticos, qualquer que seja o conteúdo das constituições.

1.2. GRAUS DE RIGIDEZ.

Apesar da idéia corrente entre muitos autores de que a distinção entre constituições rígidas e flexíveis perdeu muito de sua importância, é fácil constatar que desta distinção defluem muitos outros conceitos de grande importância para o Direito Constitucional, quais sejam, a teoria do poder constituinte, a hierarquia das normas e o princípio da legalidade, a defesa da constituição e tantos outros.⁹²

⁸⁹ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 108.

⁹⁰ Teixeira, J. H. *Idem*, *ibidem*.

⁹¹ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 125.

⁹² Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 113.

Assim, comparando os diversos graus de rigidez que podem assumir textos constitucionais diversos, apresentamos a seguinte classificação, baseando-nos na obra de Nelson de Sousa Sampaio.

1.2.1. Constituições Imutáveis.

São imutáveis aquelas “constituições que pretendem ser eternas, não permitindo que nenhum poder as possa reformar e, muito menos, revogar.”⁹³ A atividade constituinte acontece num momento único, e então exaure-se, de modo que não é possível retornar a ela. Não há órgão competente para rever este tipo de constituição, pois presume-se que ela não deverá ser revista sob aspecto nenhum.

Nos sistemas de direito consuetudinário, não raro encontramos essa idéia de imutabilidade dos textos fundamentais, uma vez que os costumes evoluem num ritmo muito lento, imperceptível para uma mesma geração. A norma suprema deve ser rigorosamente seguida, exatamente como foi deixada pelos antepassados, sob pena de qualquer desvio ser considerado um delito.

Alguns textos escritos ao longo da história foram marcados pelo desejo de imutabilidade, como o Código de Hamurabi e o Ato Adicional às Constituições do Império (França), de 1815⁹⁴, mas não

⁹³ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 37.

⁹⁴ Mais detalhes sobre estas legislações podem ser encontrados na obra de Nelson de Sousa Sampaio, que traz uma análise detalhada destes e de outros exemplos.

encontram nenhuma acolhida no constitucionalismo moderno em vista do princípio da soberania popular.

1.2.2. Constituições Fixas.

Segundo Nelson de Sousa Sampaio, são constituições fixas - à falta de melhor termo - aquelas que somente podem ser modificadas por uma assembléia constituinte de poderes iguais ao que as criou, podendo este poder tanto auto-limitar-se à reforma como revogar ou substituir a constituição⁹⁵.

Tal grau de rigidez geralmente acontecia quando o legislador constituinte, querendo garantir a permanência da constituição, não fazia referência a preceitos relativos ao processo de reforma. Tal situação acabava por gerar interpretações as mais diversas, pois de um lado autores sustentavam que toda constituição que silencie sobre sua reforma é de caráter flexível, enquanto outros admitiam que a constituição pode ser interpretada tanto como fixa quanto como flexível.⁹⁶

Neste sentido, acompanhamos o entendimento de Sampaio de que o silêncio a respeito do processo de reforma de um texto constitucional somente leva à fixidez se não for possível deduzir de algum dispositivo ou do contexto da constituição que a faculdade de reforma pertence ao legislador ordinário.⁹⁷

⁹⁵ Sampaio, N. de S. *Op. cit.*, p. 54.

⁹⁶ Neste sentido temos Carl Schmitt, *Teoria de la Constitución*, p. 20.

⁹⁷ Sampaio, N. de S. *Op. cit.*, p. 62.

1.2.3. Constituições Rígidas.

Conforme já expusemos, as constituições rígidas são aquelas constituições escritas, que só podem ser modificadas por um processo mais complexo e solene do que aquele previsto para a elaboração de leis ordinárias. Desta forma, para as constituições rígidas, a competência revisora pertence a um poder distinto do Legislativo ordinário e do constituinte: o poder reformador.⁹⁸ Esta constituição restringe-se a si própria, restringindo as atividades dos legisladores, não os autorizando a tocar nas disposições constitucionais e subordinando-os a elas.⁹⁹

Como ressalta Sampaio,

*“a rigidez é inconciliável com uma constituição absolutamente costumeira, porque em tal hipótese não se poderá identificar o órgão que porá em prática o processo especial de reforma, necessário ao conceito de rigidez, uma vez que todas as normas proviriam da mesma fonte da elaboração consuetudinária”.*¹⁰⁰

É certo que as constituições devem acompanhar as mudanças sociais e políticas, mas, por se tratar de assunto da maior importância, a reforma não deve ser feita sem certas cautelas, a fim de se prevenir as consequências que podem advir das inovações.¹⁰¹

Neste sistema, segundo Bandeira de Mello,

⁹⁸ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 111.

⁹⁹ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁰ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰¹ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 126.

“a Constituição é a autoridade mais alta, e derivante de um poder superior à legislatura, o qual é o único poder competente para alterá-la. O poder legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro destas normas. Além do governo, as Constituições rígidas limitam ainda o povo organizado politicamente, isto é, o corpo eleitoral, influenciado pelas agitações populares momentâneas.”¹⁰²

1.2.4. Constituições Flexíveis.

As constituições flexíveis são aquelas que não prevêm diferença entre a atividade legislativa ordinária e a atividade legislativa constitucional. Assim, estas constituições “se reformam pelos mesmos métodos de feitura e alteração das leis ordinárias.”¹⁰³

Regra geral, estas constituições são costumeiras, embora Sampaio traga exemplos de constituições flexíveis escritas.¹⁰⁴

Segundo Sampaio, nos estados de constituição flexível encontramos uma organização permanente do poder constituinte, já que este se confunde com o próprio órgão legislativo, competente tanto para fazer as leis e a constituição, como para reformá-la ou substituí-la.¹⁰⁵

¹⁰² Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 48.

¹⁰³ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁴ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁵ Sampaio, N. S. *Idem*, p. 42.

1.2.5. Constituições semi-rígidas.

As constituições semi-rígidas, ou mistas, são aquelas que, em parte, são flexíveis, isto é, podem ser modificadas pelo legislativo ordinário, e em parte distinta que ela própria determina, são rígidas, isto é, só podem ser alteradas por processo especial mais dificultoso.¹⁰⁶

Exemplo típico desta forma de constituição, no Brasil, é a Carta Imperial de 1824, que, em seu artigo 178 distingue expressamente matérias constitucionais de matérias não constitucionais.¹⁰⁷

1.3. CONSEQUÊNCIAS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Da adoção de constituições rígidas decorrem algumas consequências importantes. Entre essas consequências destacam-se algumas que passaremos a estudar, quais sejam: a) distinção entre poder constituinte e poderes constituídos; b) supremacia da constituição e hierarquia das normas; c) noção de inconstitucionalidade de leis e atos do poder público; d) indelegabilidade das competências constitucionalmente estabelecidas.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Lopes, Maurício. *Op. Cit.*, p. 127.

¹⁰⁷ Ver nota de rodapé, p. 14, capítulo I.

¹⁰⁸ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello traz em sua obra *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 67, outras consequências, a que ele chama de “*vantagens das constituições rígidas*”: “capacitam-nos para definir, com alguma exatidão, a competência dos poderes governamentais; previnem a possibilidade de que um capricho repentino da opinião pública transforme e desarraigue o que ao todo convém manter. Colocam o direito acima da lei. Contribuem, também, para que o conteúdo das constituições se faça mais facilmente compreensível para o comum dos homens, educando-os civicamente”.

1.3.1. Distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos.

Segundo Meirelles Teixeira¹⁰⁹, da hierarquia das normas, e conseqüente superioridade da norma constitucional, advém uma diferença política entre os órgãos que as elaboram, ou seja, entre as fontes do poder de que se originam as normas.

Assim, nos países de constituição rígida, esta é produto da atuação do poder constituinte, através de um órgão próprio que exerce a atividade normativa em primeiro grau.

Já os demais poderes, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, são *constituídos* pela constituição, que fixa suas competências, conformando e limitando suas atividades. A constituição e os poderes constituídos são, na realidade, reflexos do poder constituinte, no momento em que este cria um direito constitucional positivo para cada Estado.¹¹⁰

Pontes de Miranda coloca, a respeito dos poderes constituídos, interessante pergunta: se o Poder Legislativo representa o povo, como se admite que não possa alterar a constituição que este mesmo povo adotou? Ao que o próprio autor responde:

“O povo pode estabelecer aos seus representante, aos seus órgãos, as regras que bem quiser, inclusive a de respeitar, estritamente, no exercício dos poderes repartidos pelos órgãos do Estado, os textos constitucionais. Se reputa a rigidez da constituição elemento necessário á estabilidade das instituições fundamentais, o Poder

¹⁰⁹ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 116.

¹¹⁰ Dantas, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, p. 95.

Legislativo recebe competência dentro da regra constitucional, regra não susceptível de modificação pelo rito ordinário das leis. O preceito constitucional que assim estatui deixa fora da competência do Poder legislativo a alteração da Constituição, como deixou fora da competência dele tudo que atribuiu ao Poder judiciário e ao executivo. O povo procede á repartição das competências; os princípios que o inspiram não o obrigam a conceber o Poder legislativo ordinário como Poder constituinte. Pelo contrario: se o Poder legislativo é um dos poderes, se da Constituição provém a competência de cada um deles, obvio é que se superponha aos poderes constituídos o poder que os constituiu.”¹¹¹

1.3.2. Supremacia da constituição e hierarquia das normas.

Como consequência da rigidez constitucional, traz a doutrina o fato de que a constituição passa a ocupar o topo do ordenamento jurídico do país, ao qual confere validade, pois é nela que se encontra a própria estruturação do Estado e a organização de seus órgãos, além de ser o fundamento de direitos, garantias e instituições, e fonte de todos os demais ramos do direito. A partir disso, os poderes estatais só serão legítimos na medida em que forem reconhecidos pela constituição.

Burdeau¹¹² distingue entre *supremacia material* e *supremacia formal* da constituição. Segundo este autor, a constituição é sempre a lei suprema do estado, seja ela escrita ou consuetudinária. Quando esta força atribuída à constituição for dada por seu

¹¹¹ Pontes de Miranda. *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional*. P. 107/108.

¹¹² Burdeau, Georges. *Op. cit.*, p. 103.

conteúdo, temos uma supremacia material. Esta supremacia material é que confere uma certa rigidez sócio política às constituições costumeiras e flexíveis, visto que cria e organiza as competências, sendo, então, necessariamente superior as autoridades por ela investidas.

A supremacia formal, por outro lado, provém da forma pela qual a constituição é promulgada, prevendo um modo especial de revisão constitucional que a distinga do resto do ordenamento jurídico. Assim, a supremacia formal se apoia na rigidez constitucional.

Esta supremacia formal da constituição rígida dá nascimento à distinção entre *norma constitucional* e *norma ordinária*, frente a que se estabelece a hierarquia da norma, partindo-se da norma suprema, qual seja, a norma constitucional, a qual se atribui maior generalidade, descendo pelas várias etapas da normatividade que se constitui no ordenamento jurídico do Estado segundo as especificações da própria constituição, e que carregam uma maior especialização. Segundo Celso Bastos, esta hierarquia das normas forma uma espécie de pirâmide legal, na qual a constituição ocupa o ápice, fazendo com que todas as normas inferiores se subordinem a ela, devendo se conformar aos seus princípios.¹¹³

É interessante a distinção feita por Ivo Dantas, segundo o qual, para assegurar juridicamente a *supremacia constitucional*, o

¹¹³ Bastos, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, p 44.

constituinte adotou a *supralegalidade constitucional* como mecanismo de guarda e defesa da lei suprema.¹¹⁴

Esta hierarquia das normas passa a ser o elemento que “faz do ordenamento jurídico uma unidade, pois, a validade de umas funda-se imediatamente em outras, que lhe são superiores, até atingir-se a Constituição, (...) fonte de validade de todas (...).”¹¹⁵

1.3.3. Noção de inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Como vimos, a existência de uma hierarquia legal exige que a norma jurídica inferior esteja em conformidade com a norma superior, assim como todos os atos administrativos e todas as situações jurídicas. Este corolário legal denomina-se correntemente *princípio da legalidade*, pelo qual um órgão de Estado somente pode editar uma norma de direito na medida de sua competência, determinada pela constituição. Por sua vez, atos administrativos devem ser praticados pelas autoridades em conformidade com a constituição, leis e regulamentos, sob pena de nulidade. A contradição entre uma lei ou ato administrativo ou normativo e a constituição cria a noção de *inconstitucionalidade*.¹¹⁶

Assim, as normas constitucionais acabam por limitar a ação do legislador ordinário e do administrador público, caracterizando

¹¹⁴ Dantas, Ivo. *Constituição Federal, Teoria e Prática*, p. 30.

¹¹⁵ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 124/125.

¹¹⁶ Teixeira, J. H. *Idem*, p. 126.

expressamente o Estado de Direito¹¹⁷. A partir daí, o problema se reduz a saber como será organizada, na prática, esta técnica especial de defesa da norma constitucional, a fim de que a necessária constitucionalidade das leis e atos administrativos possa ser juridicamente verificada.

1.3.4. Indelegabilidade das Competências Constitucionalmente Estabelecidas.

Entendemos por *competência* a capacidade de atuar em determinada esfera. A fim de se evitar a arbitrariedade das autoridades, o Estado de Direito adotou a prática de estabelecer através da constituição as competências mais importantes para o funcionamento do Estado.

Assim, a constituição distribui competências entre os entes públicos (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) e entre os poderes e órgãos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário e seus órgãos). Desta forma, cada ente, poder ou órgão vai encontrar suas fontes na constituição, bem como os fundamentos de sua autoridade. Consequência disto é que nenhuma competência pode

¹¹⁷ O *Estado de Direito* surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Com a superação do liberalismo, seu conceito adaptou-se às novas realidades vividas pelos organismos estatais. A Constituição da República Federativa do Brasil adota o termo *Estado Democrático de Direito* em seu artigo 1º, criando um conceito novo, que supera os conceitos de seus elementos componentes, na medida em que procura estabelecer uma sociedade democrática, incorporada aos mecanismos de decisão e produção. Assim, utilizando o princípio da legalidade, o Estado sujeita-se ao império da lei, criando condições de intervir na realidade social. A lei deixa de ser um instrumento meramente normativo, para exercer uma função transformadora da sociedade, democratizando-a, ao mesmo tempo em que garante a conservação de outros valores socialmente aceitos. O Estado de Direito segue alguns princípios basilares, quais sejam, os princípios da legalidade, da divisão de poderes, da igualdade, além de compreender o enunciado de um sistema de direitos fundamentais, entre outros. Cf. Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 113 a 123.

ser reconhecida se não for, expressa ou implicitamente, estabelecida pela constituição.¹¹⁸

A superioridade da constituição impede que o órgão por ela investido de uma determinada competência delegue seu exercício a outro órgão ou autoridade. Esta modificação de competências só pode se efetivar através de uma reforma constitucional, nos moldes impostos pela própria constituição, caso contrário, haveria flagrante inconstitucionalidade da lei ou do ato realizado fora da competência constitucionalmente estabelecida.

2. PROCESSOS DE REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS.

Conforme já vimos, as primeiras constituições escritas, datadas do século XVIII, pretendiam ser documentos estáveis, permanentes e imutáveis. A prática demonstrou, porém, que esta estabilidade pretendida pelos primeiros constituintes não poderia significar, ao mesmo tempo, imutabilidade, já que a eficácia das constituições depende, justamente, de sua capacidade de se adaptar às circunstâncias ou a novas situações, e até mesmo a problemas que podem advir de sua própria aplicação.¹¹⁹

¹¹⁸ Teixeira, J. H. *Idem*, p. 128.

¹¹⁹ Lopes, Maurício. *Poder Constituinte Reformador*, p. 129.

Se por um lado verificamos que as constituições são documentos legais que devem estar revestidos de certa estabilidade, exigência da própria segurança jurídica e garantia dos direitos fundamentais, por outro lado é certo que sofrem modificações impostas pela tensão com a realidade político-social e pela necessidade de adaptação às exigências do progresso e do bem-estar social.¹²⁰ Nas palavras de Jorge Miranda, “mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas.”¹²¹

Assim, com a finalidade de “permitir a modificação da Constituição dentro da ordem jurídica, sem uma substituição da ordem jurídica, sem a ação, quase sempre revolucionária, do Poder Constituinte originário”¹²², passou-se a estabelecer na própria constituição um procedimento específico para sua modificação, já previamente delimitado.

A reforma constitucional passou a ser o instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política de um Estado, impedindo que a constituição fique reduzida a um conjunto de fórmulas sem nenhuma projeção prática¹²³. É evidente que este mecanismo não deve ferir aquilo que Canotilho chama de *núcleo constitutivo de identidade* da constituição, já que “a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade.”¹²⁴ Assim, reformar a constituição não significa destruí-la, mas adaptá-

¹²⁰ Teixeira, J. H. *Op cit.*, p. 108.

¹²¹ Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 108.

¹²² Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado*, p. 156.

¹²³ Vega, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática...* p. 68.

¹²⁴ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p 1136.

la à realidade, reforçando sua identidade como estrutura conformadora do Estado.¹²⁵

Por fim, nas constituições rígidas, que estabelecem um procedimento agravado para sua reforma, o poder constituinte derivado se apresenta como uma instituição básica de garantia, visto que “as únicas leis válidas contrárias à Constituição, e posteriores a ela, serão as que, por atender aos procedimentos de reforma, se apresentem como revisão constitucional.”¹²⁶

2.1. MODALIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL.

Normas que dizem respeito à forma como se processará a reforma da constituição aparecem na quase totalidade das constituições modernas. “Nenhuma Constituição deixa de regular a sua revisão, expressa ou tacitamente. Em geral, regula-a expressamente, ora em moldes de rigidez, ora em moldes de flexibilidade.”¹²⁷

Vários elementos contribuem para determinar os princípios sob os quais se realizará a reforma da constituição, entre outros, a forma de Estado (se unitário ou composto) e a natureza do sistema político vigente. Assim, temos que o Estado unitário depende apenas de um aparelho de órgão políticos, enquanto que num

¹²⁵ Vega, Pedro de. *Op cit.*, p. 69.

¹²⁶ Vega, Pedro de. *Idem*, p. 70. No original: “las únicas leyes válidas, contrárias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales.” Tradução nossa.

¹²⁷ Miranda, Jorge. *Op. cit.*, p. 126. Existe referência doutrinária sobre o significado da ausência de um procedimento de reforma na constituição, que não discutiremos aqui, por se tratar de uma questão que pode levar às mais diversas interpretações, dependendo, obviamente, do contexto político em que a

Estado composto, “a revisão implica uma colaboração entre seus órgãos próprios e os dos Estados componentes (...)”¹²⁸. Por outro lado, as constituições que pretendem dar ao Poder Executivo maiores poderes frente aos demais, a ele reservam a iniciativa da reforma; já as constituições que trazem maior carga democrática concederão esta iniciativa às assembléias¹²⁹. Verifica-se, com isso, que as formas democráticas de governo concentram no povo, no *referendum* ou nas assembléias, ou na combinação destes entes, os mecanismos de reforma. Por outro lado, as formas autoritárias de governo concedem ao Poder Executivo o poder de iniciar e/ou de levar adiante o processo de reforma.¹³⁰

A dificuldade em sistematizar objetivamente os vários procedimentos de reforma encontra-se justamente nesta complexa gama de elementos que contribuem para a deliberação do sistema de revisão de cada constituição. Neste ponto, concordamos com Biscaretti di Ruffia¹³¹, Pedro de Vega¹³² e Jorge Miranda¹³³, que, partindo da comparação entre o procedimento de reforma constitucional e o procedimento de elaboração das leis ordinárias, apresentam as diferentes maneiras de se modificar a constituição à partir de uma dupla perspectiva: de uma lado estariam os sistemas que concedem o poder de reforma a órgãos especiais, diferentes dos órgãos legislativos ordinários; de outro, os sistemas que conferem a competência para a reforma aos órgãos legislativos

constituição que traga esta lacuna esteja inserida. Desta forma, não há um consenso na doutrina a respeito deste assunto. Sobre isso ver Vega, Pedro de. *Op. Cit.* p. 81; Miranda, Jorge. *Op. Cit.* P. 127.

¹²⁸ Miranda, Jorge. *Op. cit.*, p. 127.

¹²⁹ Burdeau, Georges. *Op. Cit.*, p.117 e 118.

¹³⁰ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 80.

¹³¹ Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*, p. 264 e segts.

¹³² Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 94 e segts.

¹³³ Miranda, Jorge. *Op. cit.*, p. 131 e segts.

ordinários, mas através de um procedimento agravado, mais complexo do que o utilizado para a feitura das leis ordinárias.¹³⁴

A partir desta classificação, surgem sub-classificações baseadas no processo adotado para a reforma.

2.1.1. Reforma constitucional atribuída a órgão especial.

Nesta caso, a revisão poderá ocorrer sob três diferentes processos: a) através de uma assembléia eleita especificamente e só para fazer a revisão, e que também pode ser chamada de *convenção*; b) através de uma reunião das duas câmaras do parlamento, que, para efeitos de revisão constitucional, funcionarão como uma assembléia única; c) através do submetimento do projeto de reforma ao povo, por *referendum* necessário ou obrigatório, com vistas à aprovação popular.¹³⁵

2.1.2. Reforma constitucional atribuída ao órgão legislativo ordinário.

Por ser característica essencial das constituições rígidas o agravamento do processo de reforma, em relação ao processo legislativo ordinário, este agravamento poderá acontecer sob diferentes formas: a) através da aprovação do projeto de reforma pelo parlamento, mas através de maioria qualificada; b) através de

¹³⁴ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 95 e 96.

¹³⁵ Vega, Pedro de. *Idem*, p. 96 e segts. Miranda, Jorge. *Op. cit.*, p. 131 e segts. Biscaretti di Rufia. *P. Op. cit.*, p. 264 e 265.

dupla aprovação pelo parlamento, numa mesma legislatura, mas em momentos distintos; c) através de dupla aprovação pelo parlamento, mas em diferentes legislaturas intermediadas por eleições que visem a renovação da assembleia ordinária, promovendo-se, assim, uma espécie de *referendum* aos trabalhos da legislatura anterior.¹³⁶

Cumpra esclarecer que estas diferentes modalidades podem aparecer combinadas entre si, sendo esta uma tendência geral dos ordenamentos constitucionais contemporâneos.¹³⁷

2.2. LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL.

Por ser um poder *subordinado*, o poder constituinte derivado ou poder de reforma constitucional se encontra submetido às limitações impostas pela constituição. Por outro lado, também é sua característica ser *condicionado*, isto é, manifestar-se somente através da forma fixada na constituição.¹³⁸

Existe, na doutrina, uma multiplicidade de classificações no que diz respeito a estes limites impostos ao poder constituinte derivado, uma vez que cada constituição, com o intuito de impor limites dentro dos quais as modificações poderão ocorrer, mas sem deixar de reconhecer a necessidade de sua atualização, criou seu próprio modelo de cerceamento do poder de reforma. Tal fenômeno

¹³⁶ Veja, Pedro de. Idem, *ibidem*.

¹³⁷ Vega, Pedro de. *Op. Cit.*, p. 98.

¹³⁸ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p.141 e 142.

é verificável não só em direito comparado, como em nossa própria história constitucional.¹³⁹

2.2.1. Limites Formais.

Entende-se por limites formais aqueles que dizem respeito aos *processos* específicos de modificação de cada constituição. Estes processos baseiam-se essencialmente nas diferentes formas de participação popular na alteração da constituição, na escolha do titular do poder de revisão, e na escolha de um processo mais complexo do que o processo legislativo normal, no qual se incluem os limites relativos às maiorias deliberativas.¹⁴⁰

Também se incluem entre os limites formais aqueles chamados *limites temporais*, que proíbem temporariamente qualquer alteração, isto é, proíbem a alteração da constituição dentro de um prazo determinado. Esta forma de limites pode, também, estabelecer a periodicidade das modificações.¹⁴¹

Outra forma de limites formais são os *limites circunstanciais*, que buscam “impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias (...) anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão.”¹⁴²

¹³⁹ Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁰ Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1124.

2.2.2. Limites Materiais.

Os limites materiais dizem respeito especificamente ao *conteúdo* que a revisão pode vir a atingir, “circunscrevendo a liberdade dos órgão cuja competência instituem.”¹⁴³ Proíbe-se, assim, a alteração da constituição em certas matérias consideradas fundamentais, por expressarem valores e princípios essenciais para a manutenção do sistema político do Estado.

Essa forma de limite à atividade de revisão constitucional designa a impossibilidade de se efetuar, através da via jurídica, certas modificações à ordem constitucional do Estado, modificações estas que, se forem feitas, serão consideradas inconstitucionais ou implicarão numa ruptura da continuidade jurídica do sistema considerado.¹⁴⁴

A esses limites materiais expressos no texto constitucional costuma-se dar a denominação de *cláusulas pétreas* ou cláusulas de intangibilidade. A existência de tais cláusulas tem um significado político, qual seja, o de normatizar os pressupostos ideológicos sobre os quais repousa o regime político estabelecido com a constituição, expressando, assim, “os fundamentos em que se apoia a legitimidade constitucional.”¹⁴⁵ Há também um significado jurídico para as cláusulas pétreas, que é o de estabelecer uma suprallegalidade material de certas normas constitucionais, ao

¹⁴¹ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 173. Segundo este autor, o exemplo moderno desta forma de limitação temporal “está na Constituição portuguesa, artigo 137, na qual, em princípio, as modificações somente poderão dar-se de dez em dez anos.”

¹⁴² Ferreira Filho, M. G. *Idem*, p. 170.

¹⁴³ Miranda, Jorge. *Op cit.* P. 152.

¹⁴⁴ Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁵ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 248. Tradução nossa, do original: “los fundamentos em que se apoya “la legitimidad constitucional.” Aspas do autor.

colocá-las como exceção ao poder de reforma, mesmo que por processos mais dificultosos, ao lado da supralegalidade formal de todas as demais normas constitucionais, que sempre podem ser modificadas, se forem seguidos os ritos processuais antes impostos, ou seja, os limites formais.¹⁴⁶

O conteúdo dos dispositivos colocados acima de qualquer possibilidade de reforma constitucional variam grandemente de constituição para constituição, uma vez que dependem das circunstâncias históricas e políticas do Estado, no momento da aprovação de seu texto constitucional. Neste sentido, Meirelles Teixeira escreve que:

*“Essas vedações representam, assim, verdadeiros juízos de valor, dos órgãos constituintes, quanto à excelência ou necessidade deste ou daquele tipo de organização política, deste ou daquele princípio, desta ou daquela limitação concreta à atividade estatal, e daí o intuito de eternizá-los, colocando-os acima das reformas constitucionais”*¹⁴⁷

2.2.3. Limites Expressos.

Limites expressos ou explícitos, como o próprio nome diz, são aqueles previstos pelo texto constitucional, de forma específica. Assim ocorre quando, por exemplo, a constituição enumera em um de seus dispositivos as matérias que não serão suscetíveis de reforma, conforme exposto *supra*. Ou quando define a modalidade de reforma constitucional acolhida pelo constituinte originário,

¹⁴⁶ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 256 e 257. Sobre isso, ver também Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁷ Teixeira. J. H. *Op. cit.*, p.153.

determinando o processo específico a ser seguido para a mudança da constituição.

As primeiras disposições que determinavam de maneira explícita os limites a que deveria se ater o poder de reforma constitucional tinham caráter temporal. Somente no século XX, em especial nas constituições aprovadas depois da Segunda Guerra Mundial, o estabelecimento de limites materiais expressos (cláusulas pétreas) se tornou prática presente na generalidade dos ordenamentos constitucionais.

A questão doutrinal que se levanta a respeito destes limites expressos, especialmente no que se refere aos limites materiais expressos, é a “possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da *dupla revisão*.”¹⁴⁸ Desta forma, os limites da revisão seriam alterados através de uma reforma, que poderia eliminar as cláusulas de intangibilidade ou apenas modificá-las, para, posteriormente se efetuar a alteração da constituição de acordo com as novas regras. As cláusulas pétreas assumiriam um caráter mutável, e poderiam ser ultrapassadas a qualquer tempo mediante esse duplo processo de revisão.

Segundo ensina Canotilho, “a violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional”¹⁴⁹, uma vez que incidirá sobre a própria garantia de superioridade da constituição,

¹⁴⁸ Canotilho, J. J. Gomes. *Op cit.*, p. 1131.

¹⁴⁹ Canotilho, J. J. G. *Idem*, p. 1132.

motivo este que acaba por afastar esta tese que impõe a *relatividade* dos limites de revisão.

2.2.4. Limites Implícitos.

Ao lado destes limites expressos haveria outros, não declarados no texto constitucional, mas considerados intocáveis por refletirem sistemas de valores e princípios legitimadores da própria ordem constitucional, a que chamamos de *limites implícitos*. Estes limites implícitos podem ser deduzidos do próprio texto constitucional, ou de uma ordem de valores pré-positiva, mas vinculante em relação ao ordenamento constitucional positivo.

Para Pedro de Vega, a existência desta forma de limitação ao poder constituinte reformador se explica pelo fato de que “toda constituição se identifica com um regime político determinado e com uma forma política que materialmente define, e socialmente legitima, o ordenamento legal (...)”¹⁵⁰. Assim, ao modificar qualquer valor básico desta forma política, o poder constituinte reformador estaria, na verdade, criando um novo regime político e estabelecendo um novo sistema constitucional.

Segundo Nelson de Sousa Sampaio, estes limites poderiam ser divididos em quatro diferentes categorias de normas constitucionais: “1^a.) as relativas aos direitos fundamentais; 2^a.) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3^a.) as referentes ao

¹⁵⁰ Vega, Pedro de. *Op. cit.*, p. 285. Tradução nossa, do original: “toda Constitución se identifica com un régimen político determinado y com una fórmula política que materialmente define, y socialmente legitima, el ordenamiento legal (...)”

titular do poder reformador; 4ª.) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.”¹⁵¹

Ocorre, porém, que, em relação a este conteúdo dos limites implícitos, há “uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas.”¹⁵²

2.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Como vimos, a reforma constitucional deve respeitar as várias categorias de limites e ela impostos. Se estes limites não forem observados durante o processo de reforma, estaremos diante do problema da desconformidade constitucional das leis de revisão, a exemplo do que ocorre com as leis ordinárias.

Esta é a lição de José Afonso da Silva ao afirmar:

“Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc.) ou de preceito que não poderá ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.”¹⁵³

Os mecanismos de controle de constitucionalidade têm seu fundamento no resguardo e proteção à ordem instituída pelo poder

¹⁵¹ Sampaio, Nélson de Sousa. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁵² Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 62.

constituente originário, e na garantia da superioridade deste frente ao poder reformador. Não havendo o controle de constitucionalidade não se pode afirmar a rigidez da constituição, pois qualquer lei poderia alterá-la.¹⁵⁴

O que se discute na doutrina é a amplitude deste controle. Não há dificuldades em relação ao controle de constitucionalidade formal, uma vez que qualquer desrespeito aos limites formais para a reforma constitucional a torna passível de ser declarada inválida pelo órgão responsável de apreciar a sua constitucionalidade. No que diz respeito à apreciação da constitucionalidade material da reforma, se há proibições expressas quanto ao objeto a ser atingido pela reforma constitucional - as cláusulas pétreas - não resta dúvida quanto a sua submissão ao controle de constitucionalidade.¹⁵⁵

A questão se torna mais complexa quando o texto constitucional não traz nenhuma proibição expressa à reforma. O controle de constitucionalidade, neste caso, poderia ser invocado com base nos limites implícitos da constituição. Segundo a lição de Jorge Miranda, a reforma da constituição implica em preservar os princípios vitais da Lei Fundamental, o que faz com que deva ser sempre ajuizada em face destes princípios.¹⁵⁶ Mas deve-se considerar que “a resposta à questão da existência de limites implícitos será aqui uma *questão prévia* à caracterização jurídica do vício eventualmente existente.”¹⁵⁷

¹⁵³ Silva, J. A da. *Idem*, p. 62 e 63.

¹⁵⁴ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵ Sampaio, Nelson de Sousa. *Op. cit.*, p. 109 e 110.

¹⁵⁶ Miranda, Jorge. *Op. Cit.*, p. 198.

¹⁵⁷ Canotilho, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1139.

CAPÍTULO III

CONSTITUIÇÃO E REALIDADE

1. EMPIRISMO E NORMATIVISMO

As relações sociais, dentro das organizações políticas contemporâneas, são reguladas por normas jurídico positivas, dentre outras. Conforme vimos, os Estados que adotam uma constituição rígida, possuem um ordenamento jurídico hierarquicamente estabelecido, de forma que no topo da pirâmide legal temos a constituição, descendo até as leis ordinárias, decretos e regulamentos.

Assim, num primeiro plano, a constituição é entendida como *lex magna*, "que dada a sua peculiaridade de suporte jurídico-

político-formal do Estado, se diferencia das demais por duas notas que lhe são características: a supralegalidade e a imutabilidade relativa.”¹⁵⁸

Mesmo antes do surgimento da constituição como elemento de ordenação do ambiente social, é necessário esclarecer o sentido da relação entre o Estado, a sociedade e o poder, encarado este último em seu espaço conceitual mais amplo, que “pode ir desde a capacidade geral de agir até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem.”¹⁵⁹ Desta forma, tentaremos localizar o fenômeno do poder no quadro da vida social, e sua relação com a formação do direito.

A partir disso, podemos encarar o direito, e, conseqüentemente, a constituição, sob um duplo aspecto: 1) como o direito enquanto fato representa o produto de processos sociais; 2) os efeitos que o direito constituído (qualquer que seja a sua natureza) causa na sociedade.¹⁶⁰

Segundo Siches¹⁶¹, neste campo podemos afirmar que o direito que vige num determinado momento é o resultado de um complexo de fatores sociais. Ao mesmo tempo, o direito atua como força configuradora das condutas, intervindo e modelando-as.

Temos, assim, um duplo ponto de vista: o jurídico ou normativo, que encara o direito como um conjunto de significações normativas estudadas pela ciência jurídica, e o sociológico ou

¹⁵⁸ Dantas, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, p. 111.

¹⁵⁹ Stoppino, Mario. *Poder*, p. 109.

¹⁶⁰ Siches, Luis Recásens. *Tratado de Sociologia*, vol. II, p. 693.

¹⁶¹ Siches, R. *Idem*, *ibidem*.

empírico que apresenta o direito como fato social, resultado de outros fatos sociais, interagindo coletivamente.

1.1. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E PODER

Sem nos atermos ao problema das origens e formas da organização do homem em sociedade, passaremos imediatamente ao estudo do fenômeno do poder dentro da estrutura social.¹⁶²

O fato é que, independente das explicações dadas para o fenômeno social, “sempre se encontrou o homem incorporado à sociedade, sujeito ao complexo sistema de inter-relações humanas que ela supõe.”¹⁶³ Por outro lado, na base de qualquer relação social encontramos sempre uma intrincada rede de poderes, caracterizando a sociedade como um complexo de estruturas e de normas, mas também um sistema de forças.¹⁶⁴

Apesar da dificuldade encontrada na conceituação de *poder*, as várias teorias que procuram explicá-lo acabam convergindo para um aspecto comum, qual seja, a possibilidade de alguém ou algum grupo impor sua vontade ou objetivos a outras pessoas, mesmo aos que se mostram relutantes ou contrários a essas idéias. Segundo Keneth Galbraith, “quanto maior a capacidade de impor tal vontade e atingir o correspondente objetivo, maior o poder.”¹⁶⁵

¹⁶² Para uma exposição histórica das diversas teorias que procuram explicar o surgimento da sociedade, ver: Saldanha, Nelson. *O Poder Constituinte*; Ascensão, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, entre outros.

¹⁶³ Borja, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*, p. 9.

¹⁶⁴ Saldanha, Nelson. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁵ Galbraith, K. *Anatomia do Poder*, p. 3. Galbraith examina o poder segundo os instrumentos de seu exercício. Assim, o *poder condigno* obtém submissão inflingindo ou ameaçando consequências adversas; o

1.1.1. As formas de poder .

Desde Aristóteles já havia preocupação em diferenciar o poder político das outras formas de poder. Assim, em sua obra *Política*, Aristóteles distinguia três formas de poder, segundo a esfera em que é exercido: o poder do pai sobre os filhos (poder paterno), do senhor sobre os escravos (poder despótico) e do governante sobre os governados (poder civil)¹⁶⁶. Daí se extraíram as formas corruptas de governo: o governo paternalista e o governo despótico. John Locke estudou o fundamento de cada uma das formas de poder, e concluiu que o poder paterno tem fundamento natural; o poder senhorial tem fundamento no direito de punir um delito; o poder civil tem fundamento no consenso, no contrato¹⁶⁷. Apesar disso, o poder político ainda não pode ser diferenciado das outras formas de poder, com base nas construções feitas por Aristóteles ou Locke.¹⁶⁸

Na Idade Média esta discussão tomou-se de maior importância, uma vez que poder religioso e poder político se confundiam¹⁶⁹. Esta distinção era feita com base no meio empregado para o exercício do poder: o poder espiritual se serve de meios psicológicos, enquanto que o poder político serve-se do uso da força como única forma de exercício do poder. Mas este critério, por si só, não é suficiente. Somente com a elaboração do conceito de *soberania* pelos juristas medievais, como forma de distinguir o

poder compensatório obtém submissão oferecendo ao indivíduo uma recompensa, compensação ou vantagem; o *poder condicionado*, por sua vez, leva o indivíduo a se submeter através da persuasão, da educação ou do compromisso social com aquilo que parece natural, apropriado ou correto. Como fontes de poder, Galbraith reconhece a personalidade ou liderança, a propriedade ou riqueza, e a organização.

¹⁶⁶ Aristóteles. *Política*, p. 13/31 e 89/107.

¹⁶⁷ Locke, J. *Segundo Tratado* ... p. 187/190.

¹⁶⁸ Bobbio, N. *Op. cit.*, p. 78/79.

poder do Estado do poder da Igreja, foi possível elaborar um critério razoável de distinção do poder político das demais formas de poder, com o objetivo de desligar o poder temporal de sua submissão ao poder da Igreja.¹⁷⁰

O poder político acabou por ser distinto dos demais porque pode recorrer ao uso da força, da qual detém o monopólio. Este critério está baseado no *meio* de que se serve o detentor do poder para obter o efeito desejado. Este *critério do meio* torna possível uma outra classificação dos poderes sociais: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político. Assim, a sociedade pode ser dividida, segundo as desigualdades que o exercício de cada poder produz. Por outro lado, o critério de distinção do poder político como único meio ao qual é permitido o uso da força permite que se compreenda porque ele é tão importante, já que serve para impedir a insubordinação e a desobediência e impor a própria vontade.¹⁷¹

Diversas teorias foram criadas em torno do tema do uso exclusivo da força pelo poder político, em que cada uma delas dá maior importância a um ou outro meio (econômico, ideológico ou jurídico-político), mas todas reconhecem a existência dos diversos tipos de poder, como formas de poder social.¹⁷²

Desta forma, as diferenciações entre as diversas formas de poder apresentados não passam de “fixações de elementos contidos na realidade social.”¹⁷³ Os poderes econômico, político,

¹⁶⁹ Sobre o poder da Igreja na Europa pré-capitalista, ver Galbraith, K. *Op. cit.*, p. 95 e segts.

¹⁷⁰ Silveira Neto, H. *Teoria Geral do Estado*, p. 57/58.

¹⁷¹ Weber, Max. *Ciência e Política*, p. 56; Bobbio, N. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁷² Bobbio, N. *Op. cit.*, p. 79/80.

¹⁷³ Saldanha, Nelson. *Op. cit.*, p. 32.

militar, jurídico, etc, enquanto poderes presentes na sociedade, são apenas segmentos do poder social.

1.1.2. Organização social e direito: a questão da legitimação do poder social.

Direito e poder guardam estreita ligação, uma vez que o direito é um fenômeno do poder, um dos planos do poder social, existindo entre eles certa complementaridade, uma vez que a lei necessita do poder para ser aplicada na sociedade. Neste sentido, o direito exige do poder uma justificação. “Justificado, o poder passa a chamar-se *autoridade*; esta tem justamente o sentido de um ‘direito de ter poder’”.¹⁷⁴

Para que tenha duração, o poder deve estar calcado numa justificação ética¹⁷⁵, já que a obediência só é devida ao poder legítimo. Assim, vários são os critérios de legitimidade adotados ao longo da história¹⁷⁶. A dificuldade que aí se encerra é que “um poder que à base de um critério é afirmado como legítimo pode ser considerado ilegítimo à base de um outro critério.”¹⁷⁷

¹⁷⁴ Saldanha, N. Idem, p. 35. Aspas do autor.

¹⁷⁵ O termo *Ética* compreende o conjunto de valores que definem o bem e o mal, o permitido e o proibido numa determinada sociedade, dirigindo obrigatoriamente a conduta de seus membros. Além da definição destes valores, a *Ética* preocupa-se com a reflexão, discussão e interpretação dos valores a ela agregados. A discussão a respeito da *Ética* já estava presente em Platão, que liga o termo à idéia do bem e da sabedoria. Aristóteles, em sua obra *Ética à Nicomaco*, trata as virtudes éticas como aquelas voltadas para um fim, em que a razão tem um papel determinante sobre a vontade. A partir daí, o estudo dos valores éticos e morais passou a ser tema de reflexão filosófica dentro de cada doutrina do pensamento humano, até os dias atuais. Ligada à política, a ética é capaz de esclarecer se a conduta do indivíduo está de acordo com os valores da sociedade de determinada época.

¹⁷⁶ Assim, temos o critério da vontade divina, ou teológico, o critério da vontade do povo, ou democrático, além dos critérios naturalista e historicista, conforme exposto por Bobbio, Norberto. *Op. cit.*, p. 89/90.

¹⁷⁷ Bobbio, Norberto. *Op. cit.*, p. 91.

Com o advento do *positivismo jurídico* o critério que estabelece a legitimidade do poder passou a ser o da sua real efetividade: apenas o poder efetivo é legítimo. Neste sentido, para Bobbio:

“a legitimidade é um puro e simples estado de fato. O que não elimina que um ordenamento jurídico legítimo na medida em que eficaz e como tal reconhecido pelo ordenamento internacional possa ser submetido a juízos axiológicos de legitimidade, capazes de levar a uma gradual, mais ou menos rápida, inobservância das normas do ordenamento, e portanto a um processo de deslegitimação do sistema.”¹⁷⁸

A partir do positivismo, não mais se discutem os critérios axiológicos da legitimidade, mas sim as razões da sua eficácia. Neste sentido, baseado nas motivações que levam à obediência, Max Weber distinguiu três tipos ideais de poder legítimo: o poder tradicional, o poder racional-legal e o poder carismático, conforme o motivo da obediência demonstrada pelos destinatários do poder seja a crença na sacralidade da pessoa do soberano, sacralidade esta que perduraria no tempo, a crença na racionalidade do comportamento conforme à lei, ou a crença nos dotes extraordinários do chefe.¹⁷⁹

Mais recente é a teoria de Niklas Luhmann, que liga a legitimidade à aplicação de certos procedimentos legalmente instituídos pelo sistema, como o procedimento legislativo, o procedimento eleitoral e o procedimento judiciário. Para Luhmann,

¹⁷⁸ Bobbio, N. Idem, p. 92.

¹⁷⁹ Weber, Max. *Op. cit.*, p. 57/58.

“os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias.”¹⁸⁰

1.2. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO.

Estabelecido que o poder em todos os seus desdobramentos se manifesta como realidade observável na sociedade, e que “o fenômeno jurídico se apresenta como uma das manifestações mais típicas da vida social”¹⁸¹, tanto que “os termos *direito* e *sociedade* estão sempre intimamente unidos”¹⁸², passaremos a analisar as relações existentes entre a constituição como ordenamento jurídico básico do Estado, e a realidade social.

Para tal exame, se faz necessário relembrar duas expressões básicas, já anteriormente definidas¹⁸³, com as quais trabalharemos: *constituição real* e *constituição jurídica*.

Embora ambas sejam mutáveis e variáveis, a constituição real é espontânea, fruto de “lentas transformações históricas, de motivos inconscientes, de sentimentos coletivos, etc., ou representam mesmo algo de vital, algo que se encontra em relação concreta e viva com as forças sociais, em determinado lugar e em

¹⁸⁰ Luhmann, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*, p. 31/32.

¹⁸¹ Biscaretti de Rufia, Paolo. *Derecho Constitucional*, p. 65. Do original: “el fenómeno jurídico se presenta como una de las manifestaciones más típicas de la vida social”. Tradução nossa.

¹⁸² Biscaretti de Rufia, P. Idem, *ibidem*. Do original: “los términos *derecho* y *sociedade* están siempre íntimamente unidos.” Tradução nossa.

¹⁸³ Os conceitos sociológico e jurídico de constituição já foram analisados no capítulo I deste trabalho.

determinada conjuntura histórica.”¹⁸⁴ Construída e determinada pelos movimentos sociais, a constituição real apenas traduz os elementos contidos na sociedade.¹⁸⁵

A constituição jurídica, por seu turno, é artificial, produto da razão humana, deduzida de princípios relativamente imutáveis, capaz de moldar, disciplinar e modificar a realidade social.¹⁸⁶

Quando examinamos a constituição encarada como resultado e reflexo da realidade social, estamos diante de um ponto de vista sociologista, ideologicamente baseado em Karl Marx, quando afirma que

*“na produção social da sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independente da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual correspondem determinadas formas de consciência social.”*¹⁸⁷

Assim, o marxismo dá a esta concepção uma expressão unilateral e materialista, já que reduz o fundamento de toda a estrutura política e jurídica da sociedade à sua estrutura econômica.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁵ Teixeira, J. H. *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁶ Teixeira, J. H. *Idem*, p. 45.

¹⁸⁷ Marx, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, p. 24.

¹⁸⁸ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 51.

Afora o reducionismo marxista, esta corrente de pensamento crê que nas relações sociais encontramos a causa das relações jurídicas, “e a ciência do direito limitar-se-ia a apurar os termos verdadeiros desta resultante directa dos fenómenos sociais.”¹⁸⁹ Neste sentido, a norma de direito emana da sociedade através de seus “instrumentos e instituições destinados a formular o direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações (...).”¹⁹⁰

A variedade de sistemas e estruturas jurídicas formuladas sobre um mesmo tema, em sociedades diferentes, demonstra que realidades sociais diversas condicionaram ordens jurídicas também diversas. No mesmo sentido, os ordenamentos jurídicos de sociedades em desenvolvimento tendem a apresentar grandes diferenças se comparados aos das sociedades plenamente desenvolvidas, devido a realidade particular de cada contexto social.¹⁹¹ O legislador constitucional prudente deveria procurar adaptar a sua constituição política às condicionantes sociais, a fim de evitar-se hiatos constitucionais, revoluções ou golpes,¹⁹² já que a fonte da ordem constitucional deve buscar-se nos estratos mais profundos da vida social.

Quanto a este relacionamento entre a constituição política e a constituição social, Ivo Dantas ensina que:

“nos instantes onde não ocorre a adaptação e harmonia das normas constitucionais às novas realidades, encontramos aquilo a que, impropriamente, se tem

¹⁸⁹ Ascensão, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁰ Rosa, Francisco Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito*, p. 47.

¹⁹¹ Rosa, F. A de M. *Idem*, *ibidem*.

¹⁹² Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p. 124/125.

*chamado de Desconstitucionalização, compreendida esta como o divórcio entre a realidade social e a norma constitucional positiva.*¹⁹³

Dentre os autores que consideram a constituição sob este prisma sociologista, destacaremos posteriormente o pensamento de Fernando Lassale.

Por outro lado, encarada como condicionante da realidade social, a constituição jurídica não leva em conta problemas sociológicos e valorativos.¹⁹⁴ A realidade social assume um “papel de passividade frente à ação da lei suprema”¹⁹⁵, uma vez que a constituição constrói e determina a sociedade, agindo sobre ela. Ocorre, então, um processo inverso ao descrito pela concepção sociológica.

Visto sob este prisma, tudo o que observa dentro da sociedade é influenciado pela ordem jurídica, “que se infiltra nas formas de sociabilidade, modificando-as por vezes, reforçando-lhes os traços principais, dando-lhes maior vigor ou reduzindo-lhes a força condicionante.”¹⁹⁶ Exemplo disso, encontramos na verificação de que o desenvolvimento científico e tecnológico, e também a atividade educacional, se encontram condicionados à legislação, que tanto pode favorecer-los, através da concessão de vantagens,

¹⁹³ Dantas, Ivo. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁴ Dantas, Ivo. *Idem*, p. 45.

¹⁹⁵ Dantas, Ivo. *Idem*, p. 126.

¹⁹⁶ Rosa, F. de M. *Op. cit.*, p. 59.

verbas ou garantias, quanto desfavorece-los, impondo limitações ou tributos.¹⁹⁷

A constituição se apresenta como instrumento de controle formalmente manifesto, fundamentado pela força coativa da norma jurídica. Nesta perspectiva, o direito não é apenas um modo de resolver conflitos, ele os previne, condicionando direta ou indiretamente, o comportamento humano.¹⁹⁸

Apresentaremos, *infra*, o pensamento de Hans Kelsen, adepto desta corrente normativista.

Situados em posição intermediária, conciliatória entre as correntes sociologista e normativista, estão as idéias de Konrad Hesse e Hermann Heller.

1.2.1. O pensamento de Hans Kelsen.

Hans Kelsen criou uma teoria do direito por ele mesmo chamada de *pura*, uma vez que tratava o direito de forma isolada. Com sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen atinge o ponto extremo do formalismo positivista encarando o direito como norma, e não como fato social ou valor transcendente. Em sua teoria do Direito, fica excluído tudo quanto não pertença ao Direito como ramo de conhecimento.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Rosa, F. de M. *Idem*, p. 58.

¹⁹⁸ Rosa, F. de M. *Idem*, p. 59 e 60.

¹⁹⁹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 1.

Partindo de uma *norma fundamental*, que produz e legitima todo o ordenamento jurídico, Kelsen estabelece o pressuposto último de validade da constituição: a primeira constituição histórica pressuposta como válida.²⁰⁰ Esta validade se encontra na competência normativa de seu autor, competência esta conferida por outra norma, e assim por diante. “Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série infinita que culmina numa norma fundamental.”²⁰¹

Assim, o conceito de constituição corresponde, até certo ponto, ao conceito de norma fundamental como norma primeira que concede validade a ordem jurídica do Estado. Note-se, porém, que o fundamento último de validade do direito positivo não é a constituição vigente, mas a constituição anterior, que deu vigência a atual, e assim sucessivamente, até encontrar a primeira constituição na história.

A discussão sobre a relação entre constituição real e constituição jurídica, entre realidade e norma, não cabe em Kelsen, uma vez que o autor entende que a conduta humana é determinada pela ordem jurídica. “Apenas por ser determinada pela ordem jurídica que pressupomos como válida é que a conduta humana constitui um fenômeno jurídico.”²⁰² A sociedade só interessa como objeto normativamente organizado, enquanto que o direito é mera técnica de coação social, sem qualquer valor ético ou político.²⁰³

²⁰⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 120

²⁰¹ Coelho, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 16.

²⁰² Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito...*, p. 179.

²⁰³ Silveira Neto, Honório. *Teoria do Estado*, p. 149.

1.2.2. O pensamento de Fernando Lassale.

Em obra intitulada *A Essência da Constituição*, Lassale defende o ponto de vista de que o relacionamento entre os diversos fatores reais de poder dominantes num país (poder militar, poder social e poder econômico) faz com que surja uma constituição real que se contrapõe à constituição jurídica. A constituição jurídica só teria valor se estivesse conforme a constituição real (coincidência entre realidade e norma), caso contrário, sucumbiria. Isto se explica porque as forças políticas agem independentemente das regras jurídicas.

Segundo este autor, todo país tem esta constituição real e efetiva, que pode estar estabelecida documentalmente numa folha de papel. Cada vez que os fatores reais do poder sofrem uma transformação, transforma-se também a constituição escrita vigente. A constituição escrita só é duradoura se “corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais do poder que regem o país”²⁰⁴ Se esta correspondência não existe, o conflito será inevitável, e a *folha de papel*, nas palavras de Lassale, sucumbirá frente às verdadeiras forças vitais do país.

Por outro lado, onde a constituição escrita corresponde à constituição real, ela é automaticamente respeitada, e praticamente invulnerável. Assim, os problemas constitucionais não são, para Lassale, problemas de direito, mas problemas de poder.²⁰⁵

²⁰⁴ Lassale, Fernando. *A Essência da Constituição*, p. 59.

²⁰⁵ Lassale, F. Idem, p. 67.

1.2.3. O pensamento de Hermann Heller

Analisando um primeiro conceito de *constituição política como realidade social*, Heller aceita a existência de uma constituição entendida como "a forma ou estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meio de atos de vontade humana."²⁰⁶ Entende que a organização do Estado não pode ser vista separada dos indivíduos que o compõe. A partir disso, as ordenações reais baseiam-se em previsões de comportamento destes indivíduos, comportamentos, então, considerados "normais", valorando positivamente a normalidade entendida como condição de existência da humanidade ou do agrupamento humano.

Assim, a vida social diária impõe a necessidade de regulação da normalidade, o que é feito pela constituição normada jurídica ou extrajudicialmente, já que a normatividade jurídica e a extrajudicial (fatores naturais e culturais) se complementam. O próprio fundamento de validade da constituição normada juridicamente consiste, além dos preceitos jurídicos, também dos elementos constitucionais não normados, e dos normados, porém não jurídicos. Assim, o autor procura conciliar as duas tendências: o sociologismo e o normativismo.

Discutindo a questão da relação entre normalidade e normatividade, Heller defende a idéia de que o aumento da

²⁰⁶ Heller, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 295.

normatividade tem relação direta com “uma normalidade e previsibilidade cada vez mais amplas nas relações sociais.”²⁰⁷

Num segundo conceito, Heller descreve a *constituição jurídica destacada*, onde um conteúdo de significação da realidade social adquire vida própria, tornando-se a constituição jurídica objetivada, nascida do constante processo de formação da constituição real. A constituição jurídica destacada é, na verdade, a normação desse processo.

Neste segundo conceito descrito por Heller, se concede à constituição real uma validade normativa para o futuro, tornando efetiva a continuidade da conduta desejada na normalidade. Há uma projeção do sociológico na construção jurídica.

Num terceiro conceito, em que o autor fala da *constituição escrita*, temos as constituições modernas, em que a estrutura total do Estado deve ser regulada em um documento único, fixando materialmente o seu conteúdo. É neste conceito jurídico de constituição que Heller discute o sentido material e o sentido formal de constituição.

Neste tipo de constituição jurídica, a sua permanência é garantida através do mecanismo da rigidez constitucional.

²⁰⁷ Heller, Hermann. *Idem*, p. 300.

1.2.4. O pensamento de Konrad Hesse.

Em obra intitulada *A Força Normativa da Constituição*, Konrad Hesse discute a posição de Lassale, antes descrita. Para Hesse, esta posição significaria a negação da força normativa da constituição jurídica e do próprio Direito Constitucional como ciência normativa, pois ele passaria apenas a descrever as mutáveis relações de poder dominantes, comportando-se, assim, como uma ciência do ser.²⁰⁸

Ao contrário, tudo isso deixa de ter sentido ao admitir-se a força normativa da constituição como ordenadora do Estado.

Essa força normativa da constituição jurídica pode ser comprovada se analisarmos, em primeiro lugar, sua relação com a realidade político-social. Ao se fazer esta análise, é possível concluir que norma constitucional e realidade se associam, ambas como determinantes e determinadas uma pela outra. Constituição e realidade não podem ser separadas ou mesmo confundidas, uma vez que a regra constitucional foi feita para ter vigência, ou seja, para ser concretizada dentro da realidade, à qual, em vista de sua eficácia, procura imprimir ordem, o que faz com que uma não possa se sobrepor à outra. Ambas, constituição jurídica e constituição real, devem viver numa relação de coordenação.²⁰⁹

Num segundo momento, devem ser analisados os limites e as possibilidades da constituição jurídica, limites e possibilidades estes que estão ligados justamente com a relação da constituição

²⁰⁸ Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, p. 11.

²⁰⁹ Hesse, K. *Idem*, p. 14.

jurídica com a realidade político-social. Para ter real eficácia e prestígio, a constituição deve adaptar-se às leis naturais que controlam a vida em sociedade, e não ir contra essas leis espontâneas, necessidades sociais e tendências dominantes, tentando construir apenas racionalmente o Estado, sob pena de transformar-se num simples pedaço de papel. Por outro lado, a constituição pode também transformar-se em força ativa modificante e edificante, através da aceitação, por parte dos agentes sociais, das tarefas impostas pela constituição, tendentes a tornar eficaz e a legitimar a ordem fática. A isto o autor chama de *vontade de constituição*.²¹⁰

Finalmente, devem ser investigados também os pressupostos de eficácia da constituição, que lhe permitem desenvolver sua força normativa. Assim, quanto ao conteúdo, a constituição deve refletir o influxo da realidade sobre a norma, e estar pronta a readaptar-se à qualquer mudança social. Quanto à *práxis*, é fundamental a aceitação e o respeito à constituição, que acabam por fortalecê-la. Quanto à interpretação, seu papel mais importante é justamente o de concretizar a norma constitucional dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.²¹¹

Assim, segundo Hesse, o inter-relacionamento destes pressupostos é que vai dar força normativa à constituição, força esta que se torna realmente visível nas situações de crise, em que

²¹⁰ Hesse, K. Idem, p. 19.

²¹¹ Hesse, K Idem, p. 20/23.

se estabelece o estado de necessidade, e se torna possível verificar a superioridade das normas frente aos fatos.

2. A REFORMA CONSTITUCIONAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

Conforme expusemos, a questão da relação entre a constituição real e a constituição jurídica é tratada pela doutrina sob os mais diversos aspectos.

A maioria dos autores, porém, aceita a tese do recíproco condicionamento entre a constituição jurídica e a realidade político-social. As análises extremas, como a de Lassale, que trata a constituição jurídica como uma simples “folha de papel”, ou a de Kelsen, que não considera os fatores extrajurídicos, isolando a norma da realidade, não fornecem uma resposta adequada à questão.

Esta é a tese defendida por Hesse quando afirma:

“Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derrogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente o significado da ordenação jurídica.”²¹²

²¹² Hesse, Konrad. Idem, p. 13. Aspas do autor.

Assim, consideramos inegável a influência do poder social na criação e manutenção da ordem constitucional vigente, já que, de modo direto e imediato, o sistema jurídico se apoia sobre o fenômeno social. Por outro lado, porém, não se pode desconsiderar o fato de que a vida política é regulada pelas normas de direito. Ela se processa segundo princípios e normas fixados pela ordem jurídica estruturante da ordem social, num determinado momento. Assim, cada um dos elementos influentes na vida social é, ao mesmo tempo, condicionante e condicionado pelo direito.²¹³

Neste ponto, assinalamos o fato de que a sociedade passa por mutações constantes, surgem novas necessidades, antigas atividades se modificam, novas circunstâncias surgem em torno dos fatos. E o direito deve acompanhar essas necessidades de mudança, uma vez que interage na sociedade, e é produzido por ela. Podemos evidenciar a evolução desta percepção dentro do direito constitucional, uma vez que as primeiras constituições nasceram com a pretensão de imutabilidade, acreditando ser perpétuas. Num segundo momento, as constituições passaram a admitir a possibilidade de seu envelhecimento e substituição, e passam a prever mecanismos de reforma e as consequentes limitações que a ela se impõem, visando evitar a ruptura constitucional e garantir, não a perpetuidade da constituição, mas a sua continuação.²¹⁴

A rigidez constitucional se mostrou eficiente como técnica capaz de garantir certa estabilidade das instituições jurídicas, sem

²¹³ Rosa, Felipe M. *Op. Cit.*, p. 58.

²¹⁴ Lopes, Maurício. *Op. cit.*, p. 142.

cristalizar os preceitos constitucionais, impedindo sua evolução frente à evolução social. Assim, conforme Meirelles Teixeira, “o problema da estabilidade constitucional fica destarte resolvido, sem prejuízo, evidentemente, da possibilidade de modificar-se a constituição, em maior ou menor amplitude e profundidade, sempre que o aconselhem ou exijam razões imperiosas, de relevante interesse político ou social.”²¹⁵

2.1. EFETIVIDADE E PERMANÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO.

A constituição, assim como qualquer norma jurídica, é produzida visando sua aplicação, isto é, com o fim de produzir efeitos práticos. Eficácia jurídica é o termo usado para designar a qualidade que tem uma norma de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos²¹⁶. Enquadrando as hipóteses que disciplina sob este manto de eficácia, procura a constituição impor aos fatos e comportamentos empíricos o andamento previsto na norma.²¹⁷

Da mesma forma, a validade de um ordenamento constitucional se encontra condicionada pela sua efetividade²¹⁸, uma vez que sua essência reside na sua vigência, na concretização daquilo que a constituição regula.

Não se confundem *eficácia* e *efeitos sociais* de uma norma legal. A eficácia é apenas um dos aspectos pelos quais se pode

²¹⁵ Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 108..

²¹⁶ Barroso, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p.77.

²¹⁷ Bastos, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 360.

²¹⁸ Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 118.

encarar os efeitos da lei. A eficácia da norma legal (e, em particular, da constituição), é uma qualidade dos seus efeitos, no sentido de produzir os efeitos condizentes com os fins para os quais ela foi editada, ou com os objetivos que, segundo o consenso social, ela possui.²¹⁹ Em outras palavras, podemos dizer que as normas carregam uma *eficácia jurídica*, conforme vimos acima, e uma *eficácia social*, representada pela concretização do comando normativo e pela realização dos mecanismos tendentes à real aplicação da norma, que levam à sua *efetividade*.

Podemos dizer, seguindo a lição de Luis Roberto Barroso, que a efetividade significa o desempenho concreto da função social do direito. “Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”²²⁰

Assim, se o Direito existe para realizar-se, o mesmo pode-se dizer a respeito do Direito Constitucional.

Neste sentido, Hesse expõe claramente que essa pretensão de eficácia somente se realizará se forem levadas em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de realização da constituição. Estes elementos se encontram numa situação de interdependência com a constituição, mas não se confundem; ao contrário, a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo.²²¹

Sobre isto, Meirelles Teixeira observa que

²¹⁹ Rosa, Felipe M. *Op. cit.*, p. 82.

²²⁰ Barroso, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 79.

²²¹ Hesse, Konrad. *Op. cit.*, p. 15.

*“a eficácia fundamentadora das Constituições repousa justamente na sua capacidade de enquadrar e fixar, na ordem constitucional, as vontades e as instituições menores que a sustentam, desde que correspondam às forças sociais, como expressão exata das bases em que repousa a ordem social.”*²²²

Em sua obra, Lassale vincula a eficácia da constituição à correspondência entre a constituição real e a constituição jurídica. Onde não houver esta correspondência, o texto constitucional se torna alvo de freqüentes reformas, carecendo de permanência. Seguindo este pensamento, podemos dizer que a estabilidade do texto constitucional reside em sua efetividade; esta efetividade, por sua vez, se fundamenta na relação da constituição jurídica com a realidade.

2.1.1. A função (e o desejo) de certeza e segurança da constituição.

É através do direito positivo que os homens tentam proteger e assegurar a realização de valores considerados, em dado momento, como indispensáveis à vida social. Com isso se procura obter uma certa medida de certeza e segurança “a respeito de que uma série de relações sociais ficariam reguladas de modo definido e que essa regulação será garantida efetivamente”.²²³

Neste sentido, o direito se torna o *meio* necessário para a realização de determinados fins considerados de cumprimento indispensável, que são, assim, convertidos em conteúdo de uma

²²² Teixeira, J. H. *Op. cit.*, p. 107.

²²³ Siches, Recaséns. *Op. cit.*, p. 702.

normatividade coercitiva, para que sejam estabelecidos de modo certo e para garantir de maneira efetiva a sua realização.²²⁴

Este desejo de se obter segurança através das normas de direito se estende por todos os ramos jurídicos. A constituição carrega, ela também, essa função garantidora da conservação da ordem social.

Sobre isso, ensina o professor Ferrajoli:

“Este papel de garantia do direito tornou-se possível pela específica complexidade de sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de Direito positivo.”²²⁵

Assim, o direito contemporâneo vincula o conteúdo de suas normas aos princípios e valores constitucionais, mediante técnicas de garantia elaboradas pela própria cultura jurídica. O paradigma deste *Estado Constitucional de Direito*, ou seja, do modelo garantista, é a sujeição do Direito ao próprio Direito.²²⁶

Mas essa função deve coexistir com outros desejos de tipos contrários, como a ânsia pela mudança, a aspiração pela melhoria e progresso. Assim, a constituição pretende ser estável, mas não pode permanecer invariável. Note-se que a segurança perfeita

²²⁴ Siches, R. Idem, p. 703.

²²⁵ Ferrajoli, Luigi. *O Direito como Sistema de Garantias*, p. 93.

equivaleria à absoluta imobilidade social. Por outro lado, a mudança constante, sem nenhum elemento estável, faria impossível a vida social.

Desta forma, vinculada com a realidade social, a constituição deve, conforme já assinalamos, apresentar a possibilidade de evolução, combinada com certa estabilidade, como exigência da própria segurança jurídica.

2.1.2. A “vontade de constituição”.

O reconhecimento social do texto normativo da constituição envolve a adesão do grupo social a estas normas, a partir do que a norma se incorpora à vida do grupo, transformando-se em força efetivamente configuradora das condutas.²²⁷

Além deste reconhecimento, há o domínio do chamado *sentimento constitucional*, decorrente da adesão à constituição, mas que ultrapassa o mundo das normas jurídicas, traduzindo-se numa crença incondicional na força da constituição.²²⁸

Hesse chama este acatamento voluntário à lei suprema de “*vontade de constituição*”. Este fenômeno é responsável, segundo ele, pela transformação da constituição em força ativa, uma vez que faz com que as tarefas por ela impostas sejam efetivamente realizadas e estabelece a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida. Assim, a *vontade de constituição*

²²⁶ Ferrajoli, L. Idem, p. 94.

²²⁷ Siches, Recaséns. *Op. cit.*, p. 735.

²²⁸ Santana, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional: Reforma e Emendas*, p. 133 a 139.

estará presente se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes do juízo de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar a ordem constitucional.²²⁹

Segundo Hesse:

*“Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”.*²³⁰

Esta vontade de constituição se acha diretamente ligada com a intensidade da força normativa da constituição, uma vez que “essa força impõe-se de forma muito mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição.”²³¹ Este respeito à constituição, principalmente nos momentos de crise, em que a sua observância se mostra mais difícil, reforça a sua força normativa, configurando-a como verdadeira força protetora da vida do Estado em qualquer situação.²³²

²²⁹ Hesse, Konrad. *Op. cit.*, p. 19.

²³⁰ Hesse, K. *Idem*, *ibidem*.

²³¹ Hesse, K. *Idem*, p. 24.

²³² Hesse, K. *Idem*, p. 25.

Desta forma, a adesão à constituição por parte de seus destinatários acaba por assegurar a sua permanência, de sorte que as reformas se tornam menos freqüentes.

2.2. O CONTEÚDO DAS CONSTITUIÇÕES ATUAIS.

As constituições atuais, como expressão do princípio democrático, representam o ápice de uma longa evolução histórica.

Fruto da luta do povo contra o absolutismo monárquico do antigo regime, o movimento constitucionalista se estendeu pelo mundo a partir do século XVIII, com as revoluções americana e francesa. Neste sentido, as constituições, como as conhecemos hoje, podem ser consideradas como a expressão da autolimitação do Estado.²³³

O *constitucionalismo*, entendido como a tendência de se enquadrar dentro de um sistema de normas jurídicas todas as relações político-sociais produzidas no âmbito do Estado, com o fim de impedir o abuso de poder e a violação dos direitos individuais, acabou por produzir um tipo especial de Estado - o *Estado de Direito* ou *Estado constitucional* - que tem como características a completa submissão do Estado às normas de direito e a garantia do mais amplo e livre gozo dos direitos individuais.²³⁴

O constitucionalismo, por sua vez, também passou por diferentes etapas, conforme variava o seu teor doutrinário.

²³³ Borja, Rodrigo. *Op cit*, p. 309 e 310.

²³⁴ Borja, R. *Idem*, *ibidem*.

Nos momentos iniciais do constitucionalismo, no Estado liberal do século XIX, à constituição cabia somente estruturar o Estado, disciplinando seus poderes e competências, e estabelecer a amplitude dos direitos individuais (direitos civis e direitos políticos). Ignorava, desta forma, o conteúdo das relações sociais, encarando o indivíduo em abstrato, e não como parte integrante da sociedade.²³⁵

O desenvolvimento do capitalismo, no século XIX, acabou por ocasionar uma maior concentração populacional nas áreas urbanas, criando graves problemas sociais. Essas novas condições sociais mostraram ser o Estado tradicional, adaptado ao esquema liberal clássico, incapaz de resolver os problemas causados pelo desenvolvimento econômico e social das cidades, tornando-se necessário substituí-lo por um novo modelo estatal.²³⁶ As constituições desta época marcam o início do *constitucionalismo social*, que, junto aos direitos individuais, estabelece os direitos sociais, reguladores de uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo.²³⁷

2.2.1. O Constitucionalismo Social.

São precursoras desta fase do constitucionalismo a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar.

²³⁵ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 204.

²³⁶ Borja, Rodrigo. *Op cit*, p. 339/340.

²³⁷ Bonavides, Paulo. *Op. cit*, p. 204.

Borja estabelece com muita precisão o conteúdo dos direitos sociais:

“Os direitos sociais consistem basicamente em prestações e serviços à cargo do Estado, em proveito de determinados setores da população. Tendem a dotar o indivíduo de um mínimo de segurança econômica, preservando-o de uma eventual privação material grave que possa por em perigo, senão sua vida, pelo menos sua dignidade e sua liberdade, sob a premissa de que a segurança econômica é condição indispensável da liberdade efetiva.”²³⁸

Esses direitos não se limitam a proteger o indivíduo contra o poder estatal, mas também contra a opressão econômica das próprias forças atuantes na sociedade.

Assim, levando em consideração a desigualdade dos indivíduos dentro do grupo social, suas características pessoais e sua situação econômica, a legislação social substituiu a forma abstrata, geral e igualitária de ver o homem, própria da época liberal. Atribuídos a todos os indivíduos, os direitos sociais se encontram voltados principalmente para as classes trabalhadoras, inseridos que estão nas leis trabalhistas, de reforma agrária, de proteção ao consumidor, de previdência social, etc.²³⁹

²³⁸ Borja, Rodrigo. *Op cit*, p. 343. No original: “Los derechos sociales consisten básicamente en prestaciones y servicios a cargo del Estado, en provecho de determinados sectores de la población. Tienden a dotar al individuo de un mínimo de seguridad económica, preservándole de una eventual privación material grave que pueda poner en peligro, si non su vida, por lo menos su dignidad y su libertad, bajo la premissa de que la seguridad económica es una indispensable condición de la libertad efectiva.” Tradução nossa.

²³⁹ Borja. R. Idem, p. 344.

2.2.2. A técnica de conteúdo como causa da maior freqüência de reformas nos textos constitucionais atuais.

Enquanto as constituições liberais representavam o compromisso estável de respeito aos direitos fundamentais como direitos clássicos da liberdade, gerados por uma burguesia que detinha, sem sofrer contestações, o monopólio ideológico dos princípios a serem gravados nas constituições, as constituições sociais são marcadas pelo *compromisso* e pela *instabilidade*.

Utilizando a *programaticidade* como recurso para reconciliar o Estado e a sociedade, as constituições do Estado social abalaram o conceito jurídico de constituição até então vigente, uma vez que os princípios sociais enunciados pela constituição não vem dotados de aplicabilidade direta e imediata, mas estabelecem um programa de ação ao qual o Estado estará ligado, independentemente da variação dos critérios e orientações de partido e de governo.²⁴⁰

Resultado disto é que, ao mesmo tempo em que a constituição social organiza o exercício do poder e indica a filosofia do regime estatal, também traz em seu conteúdo disposições que pouco se relacionam com a organização do Estado. São matérias que nada têm de constitucionais, às quais se pretendeu estender a estabilidade própria das constituições rígidas.²⁴¹

Se de um lado tal tendência torna as constituições extensas e extremamente minuciosas, de outro contribui para agravar o

²⁴⁰ Bonavides, Paulo. *Op. cit.* p. 205 a 222.

²⁴¹ Burdeau, Georges. *Op. cit.* p. 95.

problema da estabilidade constitucional, uma vez que interesses momentâneos e variáveis exigem constantes revisões constitucionais que assegurem a sua atualidade.

Segundo Paulo Bonavides, “dentre as normas jurídicas, sujeitas todas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, a programática é a que melhor reflete o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na sociedade, sendo por isso mesmo aquela cujo caráter técnico-jurídico mais fraco e impreciso se mostra.”²⁴² Por este motivo, muitos juristas chegam a discutir a juridicidade das normas programáticas.²⁴³

A própria natureza das regras do constitucionalismo social exige uma freqüente reavaliação, com o fim de acompanhar as mudanças das circunstâncias sociais regidas por tais regras. Inseridas, porém, numa constituição rígida, as normas de cunho social tem sua modificação bastante dificultada pelos trâmites exigidos pela própria constituição.

Pontes de Miranda avalia corretamente este problema, quando diz:

“Errado foi o critério com que se alargou o conteúdo da Constituição. Erro na técnica de conteúdo, e não na técnica da Constituição em relação às outras leis. Ocorre o erro quando nela se incluíram matérias de direito administrativo, penal, intertemporal, e civil. Imobiliza-se, desaconselhadamente, o que é de si móvel e mutável. Dá-se primeira plana à regras secundárias. Constitucionaliza-se assunto de leis ordinárias e, talvez, de pura administração. Ou, com isso, se expõe o estado a

²⁴² Bonavides, Paulo. *Op.cit.* P. 219.

²⁴³ Sobre essa discussão, ver Bonavides, Paulo. *Op. cit.*, p.218 e seguintes.

permanências jurídicas contrárias aos interesses públicos, ou a própria Constituição a revisões freqüentes."²⁴⁴

Fica claro que as objeções ao conteúdo, conforme colocado pelo autor *supra* citado, de maneira nenhuma atingem a técnica da hierarquia e da maior permanência da constituição.²⁴⁵

Na opinião de Konrad Hesse, a constituição que pretenda ser durável, sem ser imutável, além das disposições de índole técnico-organizatória, deve limitar-se, se possível, "ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido."²⁴⁶

²⁴⁴ Pontes de Miranda. *Op. cit.*, p. 108.

²⁴⁵ Pontes de Miranda. *Idem*, p. 110.

²⁴⁶ Hesse, Konrad. *Op. cit.*, p. 21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de carregar significados diversos, o termo *constituição* tem um sentido geral, entendido como o conjunto de regras referentes à organização e funcionamento do poder político do Estado. Outras normas, estranhas a este conceito geral, podem ser incluídas na constituição formal, bastando para tal que tenham sido estabelecidas desta forma pelo poder constituinte competente, assumindo uma posição de superioridade em relação às demais normas do ordenamento jurídico estatal.

Além disso, as constituições podem ser classificadas segundo diferentes critérios, conforme o prisma analisado. Assim, sob o ponto de vista de sua estabilidade, ou seja, de sua permanência no tempo, vamos encontrar a classificação das constituições em *rígidas* ou *flexíveis*. As primeiras são aquelas que apresentam a exigência de processos mais formais, solenes e difíceis do que o processo legislativo ordinário, para sua reforma.

Desta forma, não são tão suscetíveis à modificação. Já as constituições flexíveis não se encontram posicionadas num degrau hierárquico superior em relação às normas não constitucionais, podendo ser modificadas por qualquer lei ordinária, sem qualquer processo diferenciado.

As características de cada constituição resultam da existência de um poder constituinte anterior ao próprio documento constitucional, que se apresenta como reflexo da vontade política de um povo. O *poder constituinte originário* produz a própria constituição, e prevê as normas que devem ser seguidas para a sua modificação, estabelecendo um outro poder constituinte: o *poder constituinte derivado*, responsável pela adaptação da constituição à cambiante realidade social.

Constituição e lei ordinária se diferenciam justamente por este processo especial para reforma da norma constitucional. Tal possibilidade de reforma pode se apresentar em diferentes graus, desde a total imutabilidade, isto é, a impossibilidade de se operar qualquer modificação no texto constitucional, até a flexibilidade, entendida como a possibilidade de reforma pelo próprio poder legislativo ordinário, sem qualquer procedimento especial ou diferenciado.

A rigidez constitucional, conforme é adotada atualmente, se apresenta como um grau intermediário, em que a reforma é admitida e prevista pelo poder constituinte originário, que estabelece para ela certos limites. Assim, vamos encontrar *limites formais*, que dizem respeito ao processo específico que deve ser

seguido para a modificação de cada constituição, *limites materiais*, ou cláusulas pétreas, além de *limites expressos* e *limites implícitos*.

Assim, a constituição rígida fica caracterizada por sua imutabilidade relativa e pela supralegalidade de suas normas.

Dentro da sociedade o direito, (e, por analogia, a constituição), se apresentam como um segmento do poder social, observável sob diversos aspectos: ora como fenômeno condicionado pelas relações sociais, ora como instrumento de controle e direcionamento do comportamento humano, ora considerando um condicionamento recíproco entre constituição jurídica e realidade político-social.

Esta terceira tese, que admite que o direito é condicionante, mas também condicionado pela realidade social é a que melhor responde à questão da inter-relação entre direito e sociedade. A própria efetividade da constituição se baseia na correspondência entre a constituição real e a constituição jurídica, entre a realidade e a norma.

Neste sentido, contemplando valores considerados essenciais à vida em sociedade, o constituinte dá à constituição a função de garantir a conservação da ordem social vigente. A rigidez constitucional vem reafirmar este papel, coroando a regulação constitucional das relações sociais com o selo da estabilidade, enquanto que também garante a adaptação da constituição às mudanças da realidade social e aos anseios populares.

Ocorre, porém, que a constitucionalização das relações sociais foi levada ao extremo neste século, com o advento do

constitucionalismo social. Procurando dotar os direitos sociais de uma maior segurança e estabilidade, as constituições passaram a ser documentos pluralistas e prolixos, que procuram tratar de todos os assuntos atinentes à sociedade, além de estabelecer as diretrizes para a organização dos poderes do Estado.

Com seu conteúdo repleto de normas sociais, que não precisavam, necessariamente, ser aí incluídas, as constituições atuais sofreram um inchaço, um aumento significativo em seu conteúdo e campo de abrangência, que coloca em risco a sua própria estabilidade, uma vez que as relações sociais vem se modificando numa velocidade espantosa, acompanhando, talvez, a rápida evolução tecnológica e também comportamental a que assistimos neste final de século.

Dotada de rigidez, a constituição que prevê um excesso de normatização da realidade socio-cultural não consegue acompanhar esta evolução, tendo que se submeter a revisões frequentes, que abalam o sentimento de aceitação e confiança que um documento constitucional deve gerar na população, e, conseqüentemente, abala também a sua força normativa.

Enquanto que uma maior adesão popular gera uma maior estabilidade e permanência da constituição, a descrença na sua força normativa causa insegurança social, gerando um círculo vicioso de sucessivas reformas e crescente descrédito.

Não pretendemos, com este trabalho, demonstrar que a constitucionalização dos direitos sociais é a causa da crise constitucional, ou mesmo fazer uma apologia ao retorno do

constitucionalismo liberal, mas alertamos, simplesmente, para o fato de que, assim como deve haver um equilíbrio entre a rigidez constitucional e a possibilidade de reforma de seu texto, também deve haver uma certa seletividade em relação às matérias a serem tratadas pela constituição, para que não se dê vazão a um movimento de “*reformismo*” constitucional que, certamente, levará ao esvaziamento da força normativa da constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ARAÚJO, José Antonio Estevez. *La constitución como processo y la desobediência civil*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1994.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral, uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 19 a 38.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. de Carmen C. Varriale [et al...]. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, 2 volumes.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BOCAYUVA, Pedro Cunha Veiga. MAYRINK, Sandra. *Novo Vocabulário Político*. Rio de Janeiro: Fase/Vozes, 1992.

BONESIO, Maria Cristina Martinez. KUAE, Laura Kikue Nasuno. VILLELA, Maria Cristina Olaio. *Diretrizes para apresentação de dissertações e teses*. Editoração de Manuela Gea Cabrera Reis. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1991.

BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

BRASIL. *Constituição Federal*. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BURDEAU, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tradução de Ramón Falcon Tello. Madrid: Nacional, 1981.

CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: REVAN, 1993.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional e Instituições Políticas*. Bauru, S.P.: Jalovi, 1986.

_____. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DICIONÁRIO DE SOCIOLOGIA. Porto Alegre: Globo, 1974.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

ETZIONE, Amitai. *Organizações Complexas. Um Estudo das Organizações em Face dos Problemas Sociais*. São Paulo: Atlas, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In *O Novo em Direito e Política*. Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direito Constitucional Comparado: O Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1974.

FLAVIAN, Eugenia. Fernández, Gretel Eres. *Minidicionário Espanhol-Português, Português-Espanhol*. 4. ed. São Paulo: Ática, s/d.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GALBRAITH, John Keneth. *Anatomia do Poder*. Trad. de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1989.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. de Heitor Almeida Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. de Gilberto Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBARGUREN, Carlos. *La Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Valério Aveledo, 1948.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 1986.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad. de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. 4 v.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980.

PLATÃO. *A República*. Trad. de Elza Moreira Marcelina. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Técnicas, 1932.

ROSA, Francisco Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito, o fenômeno jurídico com fato social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1971.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional, reforma e emendas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1970.

SICHES, Luis Recásens. *Tratado de Sociología*. Trad. de João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1970. 2 vol.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVEIRA NETO, Honório. *Teoria do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

STOPPINO, Mário. *Poder*. In *Curso de Introdução à Ciência Política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. 2º. v.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Márcia Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas vocações*. Trad. de Waltenser Dutra. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. *Ensaio de Sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1995.

COLEÇÕES:

OS PENSADORES. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Vol. IV, p. 245 a 436. Vol. VIII, p. 107 a 190.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	6
TEORIA GERAL DO PODER CONSTITUINTE	6
1. CONSTITUIÇÃO.....	6
1.1. ACEPÇÕES DO TERMO “CONSTITUIÇÃO”	7
1.1.1. Constituição no Sentido Sociológico.....	8
1.1.2. Constituição no Sentido Jurídico.....	9
1.1.3. Constituição no Sentido Material.....	12
1.1.4. Constituição no Sentido Formal	13
1.1.5. Constituição no Sentido Político.....	14
1.2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES	16
1.2.1. Classificação das Constituições Quanto à Forma e Quanto ao Modo de Elaboração.....	16

1.2.2. Classificação das Constituições Quanto à Origem.	18
1.2.3. Classificação das Constituições Quanto à Estabilidade.	19
2. PODER CONSTITUINTE	20
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PODER CONSTITUINTE.....	23
2.2. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.	28
2.2.1. Titularidade.	28
2.2.2. Exercício.	29
2.2.3. Natureza.....	31
2.2.4. Amplitude e Limites.	33
2.3. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.	35
2.3.1. Características.	37
2.3.2. Natureza.....	38
CAPÍTULO II	39
OS PROCESSOS FORMAIS DE EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS	39
1. AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS	39
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.	41
1.2. GRAUS DE RIGIDEZ.	42
1.2.1. Constituições Imutáveis.....	43
1.2.2. Constituições Fixas.....	44
1.2.3. Constituições Rígidas.....	45
1.2.4. Constituições Flexíveis.....	46
1.2.5. Constituições semi-rígidas.	47
1.3. CONSEQUÊNCIAS DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.....	47

1.3.1. Distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos.	48
1.3.2. Supremacia da constituição e hierarquia das normas..	49
1.3.3. Noção de inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.....	51
1.3.4. Indelegabilidade das Competências Constitucionalmente Estabelecidas.	52
2. PROCESSOS DE REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES	
RÍGIDAS.....	53
2.1. MODALIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	55
2.1.1. Reforma constitucional atribuída a órgão especial.....	57
2.1.2. Reforma constitucional atribuída ao órgão legislativo ordinário.	57
2.2. LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL.....	58
2.2.1. Limites Formais.	59
2.2.2. Limites Materiais.....	60
2.2.3. Limites Expressos.....	61
2.2.4. Limites Implícitos.	63
2.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL.	64
CAPÍTULO III	66
CONSTITUIÇÃO E REALIDADE	66
1. EMPIRISMO E NORMATIVISMO	66
1.1. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E PODER	68
1.1.1. As formas de poder	69
1.1.2. Organização social e direito: a questão da legitimação do poder social.....	71

1.2. ORGANIZAÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO.....	73
1.2.1. O pensamento de Hans Kelsen.	77
1.2.2. O pensamento de Fernando Lassale.....	79
1.2.3. O pensamento de Hermann Heller	80
1.2.4. O pensamento de Konrad Hesse.....	82
2. A REFORMA CONSTITUCIONAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	84
2.1. EFETIVIDADE E PERMANÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO... 86	
2.1.1. A função (e o desejo) de certeza e segurança da constituição.	88
2.1.2. A “vontade de constituição”.....	90
2.2. O CONTEÚDO DAS CONSTITUIÇÕES ATUAIS.	92
2.2.1. O Constitucionalismo Social.....	93
2.2.2. A técnica de conteúdo como causa da maior frequência de reformas nos textos constitucionais atuais.	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103
ÍNDICE.....	112