

DA CONSTITUIÇÃO

I. CONCEITO, OBJETO E ELEMENTOS: 1. Conceito de constituição. 2. Concepções sobre as constituições. 3. Classificação das constituições. 4. Objeto e conteúdo das constituições. 5. Elementos das constituições. II. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: 6. Rigidez e supremacia constitucional. 7. Supremacia material e supremacia formal. 8. Supremacia da Constituição Federal. III. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: 9. Inconstitucionalidades. 10. Inconstitucionalidade por ação. 11. Inconstitucionalidade por omissão. 12. Sistemas de controle de constitucionalidade. 13. Critérios e modos de exercício do controle jurisdicional. 14. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. 15. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. IV. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: 16. A questão constitucional. 17. Finalidade e objeto da ação declaratória de constitucionalidade. 18. Legitimação e competência para a ação. 19. Efeitos da decisão da ação declaratória de constitucionalidade. V. EMENDA À CONSTITUIÇÃO: 20. Terminologia e conceito. 21. Sistema brasileiro. 22. Poder constituinte e poder reformador. 23. Limitações ao poder de reforma constitucional. 24. Controle de constitucionalidade da reforma constitucional.

I. CONCEITO, OBJETO E ELEMENTOS

1. Conceito de constituição

A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) "Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos"; (b) "Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta"; (c) "Organização, formação: a *constituição* de uma assembleia, a *constituição* de uma comissão"; (d) "O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima"; (e) "Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade"; (f) "A lei fundamental de um Estado".

Todas essas acepções são analógicas. Expressam, todas, a ideia de modo de ser de alguma coisa e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que todo Estado tem *constituição*, que é o simples modo de ser do Estado.

A *constituição do Estado*, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de nor-

mas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.¹

2. Concepções sobre as constituições

Essa noção de constituição estatal, contudo, não expressa senão uma ideia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social, quando deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores. Mas aqui surge um campo de profundas divergências doutrinárias: em que *sentido* se deve conceber as constituições: no sociológico, no político ou no puramente jurídico?

Ferdinand Lassalle as entende no *sentido sociológico*. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem nesse país, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma "folha de papel".² Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes *sentido político*, considerando-as como *decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política*, fazendo distinção entre *constituição* e *leis constitucionais*; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental.³ Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, as

1. A doutrina distingue três elementos constitutivos do Estado: *território, população e governo*. Certos autores, como Alexandre Groppali, admitem outro elemento — a *finalidade* (cf. *Doutrina do Estado*, pp. 123 e ss.). Parece-nos cabível a consideração da finalidade, concebido o Estado como uma entidade de fins precisos e determinados: regular globalmente em todos os seus aspectos, a vida social de dada comunidade (cf. Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, p. 10), visando a realização do bem comum. O Estado é, assim, uma *ordenação* que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território (cf. Balladore Pallieri, *ob. cit.*, p. 14), destacando, na definição, os quatro elementos constitutivos, entre os quais o termo *ordenação* dá a ideia de poder institucionalizado, governo constitucional. Cf. também Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 64 a 104.

2. Cf. *Que es una constitución?*, pp. 61 e 62; sociológica também é a posição de Charles A. Bear, *Una interpretación económica de la constitución de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ed. Araiú, 1953, trad. de Héctor Sáenz y Quesada; de Harold J. Laski, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Paris, PUF, 1950, trad. de Jacques Cadart e Jacqueline Prélot, e *La crisis de la democracia*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1950, trad. de Armando Bazan, bem como a concepção marxista.

3. Cf. *Teoría de la constitución*, pp. 20 e ss.

vê apenas no *sentido jurídico*; constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*; de acordo com o primeiro, constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição *jurídico-positiva* que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.⁴

Essas concepções pecam pela unilateralidade. Vários autores, por isso, têm tentado formular conceito unitário de constituição, concebendo-a em sentido que revele conexão de suas normas com a totalidade da vida coletiva; *constituição total*, “mediante a qual se processa a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva na unidade de uma ordenação fundamental e suprema”.⁵

Busca-se, assim, formular uma *concepção estrutural de constituição*, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os *elementos constitucionais* do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*.

A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede

4. Cf. *Teoria Pura do Direito*, v. I/1, 2, 7 e ss. e v. II/12, 19 e ss.; *Teoría General del derecho y del Estado*, pp. 5 e ss., 65 e ss., 135 e 147.

5. Cf. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, t. I/31, e *Da Constituição*, p. 24; no mesmo sentido, embora sob orientação diferente, Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, pp. 20, 100, 101 e 111; Hermann Heller, *Teoría del Estado*, pp. 269 a 290; nosso *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pp. 20 a 25.

que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob o ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados, ou da interferência do poder.

3. Classificação das constituições

A doutrina apresenta vários modos de classificar as constituições, não havendo uniformidade de pontos de vista sobre o assunto. Adotamos a seguinte:

CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES	1. <i>quanto ao conteúdo</i>	{ (a) materiais (b) formais
	2. <i>quanto à forma</i>	{ (a) escritas (b) não escritas
	3. <i>quanto ao modo de elaboração</i>	{ (a) dogmáticas (b) históricas
	4. <i>quanto à origem</i>	{ (a) populares (democráticas) (b) outorgadas
	5. <i>quanto à estabilidade</i>	{ (a) rígidas (b) flexíveis (c) semirrígidas

A *constituição material* é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.⁶ Neste caso, constituição só se refere à matéria

6. Nesse sentido é que a Constituição do Império do Brasil, nos termos de seu art. 178, definia como *constitucional* só o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Não se consideravam constitucionais as demais normas nela inseridas que não tratassem daquela *matéria*.

essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais.⁷

A *constituição formal* é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos.

Considera-se *escrita* a *constituição*, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais).

Não escrita, ao contrário, é a *constituição* cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseie principalmente nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos, como é a Constituição inglesa.

O conceito de *constituição dogmática* é conexo com o de constituição escrita, como o de *constituição histórica* o é com constituição não escrita. *Constituição dogmática*, sempre escrita, é a elaborada por um órgão constituinte, e sistematiza os *dogmas* ou ideias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento. *Constituição histórica* ou *costumeira*, não escrita, é, ao contrário, a resultante de lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sociopolíticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado, e o exemplo ainda vivo é o da Constituição inglesa.

São *populares* (ou democráticas) as *constituições* que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de as elaborar e estabelecer, como são exemplos as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988. *Outorgadas* são as elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, aquelas que o governante — Rei, Imperador, Presidente, Junta Governativa, Ditador — por si ou por interposta pessoa ou instituição, outorga, impõe, concede ao povo, como foram as Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e 1969. Poder-se-ia acrescentar aqui outro tipo de constituição, que não é propriamente outorgada, mas tampouco

7. Lembre-se da concepção de Carl Schmitt, que distingue constituição de *leis constitucionais*. Para ele, em real verdade, constituição só existe no conceito material (decisões políticas fundamentais); o mais entra no conceito de leis constitucionais (cf. o art. 178 da Constituição do Império, acima mencionado).

é democrática, ainda que criada com participação popular. Podemos chamá-la *constituição cesarista*, porque formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos) ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder. Não destacamos esse tipo no esquema, porque bem pode ser considerado um modo de outorga por interposta pessoa.

Rígida é a *constituição* somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a *constituição* é *flexível* quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Na verdade, a própria lei ordinária contrastante muda o texto constitucional. *Semirrígida* é a *constituição* que contém uma parte rígida e outra flexível, como fora a Constituição do Império do Brasil, à vista de seu art. 178.⁸

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social*. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária.⁹

Cumpre, finalmente, não confundir o conceito de constituição rígida com o de constituição escrita, nem o de constituição flexível com o de constituição histórica. Têm havido exemplos de constituições escritas flexíveis, embora o mais comum é que sejam rígidas. As constituições históricas são juridicamente flexíveis, pois podem ser modificadas pelo legislador ordinário, mas normalmente são política e socialmente rígidas. Raramente são modificadas.

8. Diz o citado art. 178: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias".

9. Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 106 e 108.

4. Objeto e conteúdo das constituições

As constituições têm *por objeto* estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nem sempre tiveram as constituições objeto tão amplo. Este vem estendendo-se com o correr da história. A cada etapa desta, algo de novo entra nos textos constitucionais, "cujo conteúdo histórico é variável no espaço e no tempo, integrando, na expressão lapidar de Bergson, a 'multiplicidade no uno' das instituições econômicas, jurídicas, políticas e sociais na 'unidade múltipla' da lei fundamental do Estado".¹⁰

A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal. Segundo a doutrina tradicional, as prescrições das constituições, que não se referiam à estrutura do Estado, à organização dos poderes, seu exercício e aos direitos do homem e respectivas garantias, só são constitucionais em virtude da natureza do documento a que aderem; por isso, diz-se que *são constitucionais apenas do ponto de vista formal*. Quase a unanimidade dos autores acolhe essa doutrina. A despeito disso, permitimo-nos ponderar que esse apego ao tradicional revela incompreensão das dimensões do Direito Constitucional contemporâneo. Tal fato se verifica, além do mais, em consequência de não se arrolarem os fins e os objetivos do Estado entre os elementos essenciais que o *constituem*. Ora, concebido que a *finalidade* (fins e objetivos a realizar) se insere entre os elementos constitutivos do Estado e, considerando a ampliação das funções estatais atualmente, chegaremos à conclusão inelutável de que o conceito de Direito Constitucional também se ampliou, para compreender as normas fundamentais da ordenação estatal, ou, mais especificamente, para regular os princípios básicos relativos ao território, à população, ao governo e às finalidades do Estado e suas relações recíprocas. Diante disso, perde substância a doutrina que pretende diferenciar constituição material e constituição formal e, pois, direito constitucional material e direito constitucional formal.¹¹

10. Cf. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 12.

11. Cf. Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 67, referindo-se às disposições sociais (legislação do trabalho notadamente) e às econômicas das constituições atuais, diz que: "On les considère souvent comme étrangère au contenu logique d'une constitution, mais c'est à tort, car la constitu-

5. Elementos das constituições

Em decorrência do que acaba de ser dito, as constituições contemporâneas apresentam-se recheadas de normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidades as mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade estatal. Essas normas, geralmente agrupadas em títulos, capítulos e seções, em função da conexão do conteúdo específico que as vincula, dão caráter polifacético às constituições, de que se originou o tema denominado *elementos das constituições*.

A doutrina diverge quanto ao número e à caracterização desses elementos. De nossa parte, entendemos que a generalidade das constituições revela, em sua estrutura normativa, *cinco categorias de elementos*,¹² que assim se definem:

(1) *elementos orgânicos*, que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado e do poder, e, na atual Constituição, concentram-se, predominantemente, nos Títulos III (*Da Organização do Estado*), IV (*Da Organização dos Poderes*), Capítulos II e III do Título V (*Das Forças Armadas e Da Segurança Pública*) e VI (*Da Tributação e do Orçamento*), que constituem aspectos da organização e funcionamento do Estado;

(2) *elementos limitativos*, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; são denominados *limitativos* porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito; acham-se eles inscritos no Título II de nossa Constituição, sob a rubrica *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, excetuando-se os *Direitos Sociais* (Capítulo II), que entram na categoria seguinte;

(3) *elementos socioideológicos*, consubstanciados nas normas socioideológicas, que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista, como as do Capítulo II do Título II, sobre os *Direitos*

tion n'a pas seulement à définir le statut organique de l'État, mais encore à exprimer l'idée de droit directrice de l'activité étatique. Or, si elle ressort implicitement du choix des organes, elle sera plus nette encore si l'on indique, par quelques exemples concrets, les prescriptions qu'elle commande". Cf. nosso *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 33.

12. Cf. nosso *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pp. 164 e ss., onde mostramos que esses elementos foram integrando-se nas constituições no decorrer da evolução histórica e à medida que o Estado ia absorvendo novas finalidades. Conforme também J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit.

Sociais, e as dos Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social);

(4) *elementos de estabilização constitucional*, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, *a* (*ação de inconstitucionalidade*), nos arts. 34 a 36 (*Da Intervenção nos Estados e Municípios*), 59, I, e 60 (*Processo de emendas à Constituição*), 102 e 103 (*Jurisdição constitucional*) e Título V (*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos);

(5) *elementos formais de aplicabilidade*, são os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicação das constituições, assim, o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e as disposições constitucionais transitórias, assim também a do § 1º do art. 5º, segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

II. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

6. Rigidez e supremacia constitucional

A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.¹³ Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

7. Supremacia material e supremacia formal

A doutrina distingue *supremacia material* e *supremacia formal* da constituição.

13. *Ob. cit.*, p. 90.

Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis.¹⁴ Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sociopolítica. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário.

O próprio Burdeau, que fala na supremacia material, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentando que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as *leis ordinárias* e as *leis constitucionais*.¹⁵

8. *Supremacia da Constituição Federal*

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.¹⁶

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

III. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

9. *Inconstitucionalidades*

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

14. Cf. Georges Burdeau, *ob. cit.*, p. 75.

15. *Idem*, p. 76. Agora, também, as leis complementares, cf. nosso *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 32.

16. Igualmente para a Federação mexicana, cf. Miguel Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano*, 5ª ed., México, Companhia Editorial Continental, 1959, p. 1.