Copyright © 2007 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com o autor.

Editoração Eletrônica
Dreampix

Capa
Eduardo Bertolini

Imagem da capa
Claude Monet/ visipix.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Silva, Roberto Baptista Dias da
Manual de direito constitucional / Roberto Baptista Dias da Silva. – Barueri, SP : Manole, 2007.

Bibliografia.
ISBN 978-85-204-2464-3

1. Direito constitucional I. Título.

06-7657

CDU-342

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito constitucional 342

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo, sem a permissão expressa dos editores.
É proibida a reprodução por xerox.

1ª edição brasileira – 2007

Direitos adquiridos pela:
Editora Manole Ltda.
Avenida Ceci, 672 – Tamboré
06460-120 – Barueri – SP – Brasil
Fone: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021
www.manole.com.br
info@manole.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

328
329
330
330
330
331
332
332
337
339
339
339
340
343
346
346
347
349
363

1 PODER CONSTITUINTE

DOIS EXEMPLOS HISTÓRICOS

O TIMOR LESTE

O Timor Leste esteve, durante quatro séculos, sob o domínio português. Em 1975, o território deixou de ser uma colônia portuguesa e foi anexado à Indonésia, que sempre reprimiu com violência as tentativas de independência.

Em 1999, a Organização das Nações Unidas — ONU — criou a Força Internacional para o Timor Leste, liderada pela Austrália. As tropas desembarcaram no território naquele mesmo ano e, após um referendo favorável à independência, o parlamento indonésio homologou o fim da anexação do Timor Leste.

Em 2001, ainda sob a Administração de Transição das Nações Unidas no Timor Leste, chefiada pelo brasileiro Sérgio Vieira de Melo, ocorreram as primeiras eleições livres após a independência. Na ocasião, foram eleitos os representantes da Assembléia Constituinte e, em abril do ano seguinte, foi eleito

presidente o antigo líder do Conselho Nacional da Resistência Timorense Xanana Gusmão.

Houve, então, no início do século XXI, o surgimento de uma nova nação, a criação de um novo Estado soberano com a edição de uma Constituição, fruto da manifestação do poder constituinte.

A ÚLTIMA REDEMOCRATIZAÇÃO NO BRASIL

Depois do golpe militar de 1964, o país passou a viver um período de violência,[1] típico das ditaduras, com a disseminação das perseguições políticas, a imposição da tortura como um instrumento do Estado e a censura como tentativa de evitar que a população tivesse conhecimento das atrocidades perpetradas pelo regime autoritário.

Vinte anos mais tarde, passado o período mais crítico da repressão política, a população saiu às ruas para exigir eleições diretas para presidente da República. Foi o movimento das Diretas Já.

Com a derrota no Congresso Nacional da emenda que previa a eleição direta do presidente — que passou a ser conhecida como Emenda Dante de Oliveira —, o Colégio Eleitoral elegeu Tancredo Neves para a presidência, que derrotou o candidato apoiado pelos representantes do regime militar, Paulo Maluf. Tancredo morreu antes da posse e José Sarney assumiu a chefia do Poder Executivo.

No fim de 1985 começou a discussão sobre a elaboração de uma nova Constituição. Alguns defendiam a criação de uma Assembléia Constituinte, cujos membros deveriam ser eleitos, exclusivamente, para redigir a nova Constituição, dissolvendo-se imediatamente após o fim de seus trabalhos. Outros queriam que deputados e senadores fossem eleitos, sob o regime da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, para que, inicialmente, elaborassem a nova Constituição e, em seguida, continuassem no exercício da função parlamentar, como membros do poder constituído, cumprindo o mandato de deputado ou senador.

Sem dúvida, uma Assembléia Constituinte exclusiva seria mais legítima,[2] uma vez que seus membros estariam somente comprometidos

[1] GASPARI, Hélio. *A ditadura escancarada*.

[2] Sobre a questão da legitimidade, conferir FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*, p. 23.

com a elaboração da Constituição. Já com uma Constituinte congressual, os partidos e candidatos voltariam seus interesses e suas campanhas não só aos projetos, programas e idéias para a elaboração da Constituição, mas também às promessas e questões menores inerentes à eleição de membros de um Congresso constituído.

Como se não bastasse, um Congresso com poderes constituintes partiria do pressuposto de não discutir todas as questões relativas a uma Assembléia Constituinte, como, por exemplo, a estrutura do próprio Poder Legislativo e a manutenção da Federação.[3]

Contudo, apesar da nítida ruptura com o regime autoritário e o claro apoio da sociedade civil à convocação de uma Assembléia Constituinte exclusiva e autônoma, a maioria parlamentar, com o apoio do governo de então,[4] optou por um Congresso com poderes constituintes.[5]

Os parlamentares se reuniram e elaboraram a Constituição de 1988 sem as amarras impostas pela Carta Constitucional do regime militar. Expressou-se, no caso, o poder constituinte.

CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte é aquele que cria uma nova Constituição ou altera, modifica, atualiza a Constituição já existente. Portanto, a idéia de poder constituinte é de criação de norma constitucional, quer para alterar o texto da Constituição em vigor, quer para gerar uma nova

---

[3] Quanto às críticas à adoção de uma Constituinte congressual, verificar BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*, p. 45-52; GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*, p. 28-33; FAORO, Raymundo. "Constituinte ou Congresso com poderes constituintes". In: *Constituição e Constituinte (Cadernos Apamagis, 6)*, p. 11-28; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit. p. 51-8.

[4] Como menciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o próprio Tancredo Neves, em outubro de 1984, afirmou que não via problema em ter um Congresso Nacional com poderes constituintes (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit. p. 54).

[5] A convocação ocorreu com a aprovação da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. O art. 1° da referida emenda tinha a seguinte redação: "Art. 1° Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1° de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

ordem constitucional, dando outra estrutura fundamental ao ordenamento jurídico.

Assim, pode-se dividir o poder constituinte em duas espécies, o originário — que é o poder constituinte propriamente dito — e o reformador, que, na verdade, se caracteriza como uma competência de reforma da Constituição existente, como será visto adiante.[6]

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O abade Joseph Emmanuel Sieyès, em 1788, elaborou o famoso texto intitulado *Qu'est-ce que le Tiers État?*,[7] em que propõe, na França, a igualdade de direitos entre a nobreza, o clero e o Terceiro Estado, além de distinguir o poder constituinte do poder constituído. Em sua obra, Sieyès defende que a nação tenha a autoridade de estabelecer a ordem jurídica, exercendo, assim, o poder constituinte originário:[8]

> Em toda nação livre — e toda nação deve ser livre — só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.

Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.

Essa conclusão decorre da formulação de três perguntas, que são respondidas por Sieyès objetivamente: 1) o que é o Terceiro Estado?

---

[6] Há, também, o poder constituinte decorrente. Esse poder é dado pela Constituição Federal para que cada estado-membro elabore sua própria Constituição. Tal assunto será abordado quando da análise dos estados-membros.

[7] Existe tradução para o português: *A Constituinte burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. Na nota explicativa a essa edição brasileira, Aurélio Wander Bastos lembra que, em 1302, Felipe IV, o Belo, "criou os Estados Gerais, compostos de representantes do clero, dos nobres (que de certa forma já se reuniam a chamado do rei para tratar de questões importantes) e dos comuns (mercadores citadinos que haviam adquirido bastante força e dispunham de vultosos recursos financeiros), denominados de Terceiro Estado ou estado plano".

[8] Ob. cit. p. 45 e 48.

Tudo. 2) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3) O que é que ele pede? Ser alguma coisa.

Segundo Sieyès, o Terceiro Estado abrangeria "tudo o que pertence à nação", mas ele não teria, até aquele momento, verdadeiros representantes nos Estados Gerais. Assim, pede que os representantes do Terceiro Estado, escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado, sejam em número igual ao da nobreza e do clero e, por fim, que os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças.

Com essas idéias, germinam as concepções atuais de poder constituinte originário, o qual, em linhas gerais, é aquele que cria uma nova Constituição, dando início a uma nova ordem jurídica.

O poder constituinte originário, no Brasil, manifestou-se para fundar novas ordens constitucionais com o advento das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Todas essas Constituições foram o resultado, o produto da manifestação do poder constituinte originário.

No caso específico da última Constituição brasileira, a de 1988, cumpre lembrar que foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte — que na verdade foi uma Constituinte congressual, como visto acima — para criá-la, rompendo com o ordenamento autoritário anterior e fazendo surgir, por meio de uma transição, uma Constituição em consonância com o regime democrático que havia despontado novamente no Brasil.

Didaticamente, o poder constituinte originário pode ser dividido em dois tipos: o poder constituinte originário histórico e o poder constituinte originário revolucionário.[9]

O poder constituinte originário histórico é aquele que se manifesta para criar a primeira Constituição de um Estado. No Brasil, isso ocorreu com o advento da Constituição do Império, de 1824. No início do século XXI, essa espécie de poder constituinte se manifestou no Timor Leste, quando houve a independência daquele país e a convocação de uma Assembléia Constituinte para criar a primeira Constitui-

[9] MOTA, Leda Pereira & SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, p. 19 e 20.

ção daquele Estado, como mencionado no exemplo do início deste capítulo.

Por seu turno, o poder constituinte revolucionário se manifesta para romper com a ordem constitucional já existente e criar uma nova, com outro fundamento, com o intuito de dar outra conformação ao Estado, aos órgãos e instituições que o compõem, estabelecendo a maneira como os poderes deverão se relacionar, quem é o titular do poder e quais são os direitos e as garantias dos cidadãos. Foi o que ocorreu com o fim do regime militar e a convocação da Constituinte que produziu a Constituição brasileira de 1988.

As características do poder constituinte originário

As características fundamentais do poder constituinte originário são a inicialidade e a ilimitação jurídica.

O poder constituinte originário é considerado inicial porque, com ele, surge uma nova ordem constitucional, inicia-se um novo ordenamento jurídico, deixando para trás aquele que existia, criando uma nova Constituição e rompendo com a anterior.

O poder constituinte originário é ilimitado juridicamente, visto que tem a função e a liberdade de gerar novas regras constitucionais da maneira que bem entender, com o conteúdo que decidir mais conveniente, sem nenhum condicionamento jurídico. Em outras palavras, não há nenhuma regra jurídico-formal que diga qual será o conteúdo da nova Constituição a ser criada em razão da manifestação do poder constituinte originário. Mas, dizer que não há limitações jurídicas não significa que não existam limitações de outros tipos, como, por exemplo, de ordem ética, moral, religiosa, social e política.

Quanto ao titular do poder constituinte, Nelson Saldanha explica o seguinte:[10]

> Trata-se de saber a que entidade política compete a faculdade de dar à nação a Constituição. O titular do poder constituinte há de ser, antes de tudo, correspondente — ao menos em sentido formal — ao da sobera-

[10] SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*, p. 73.

nia. Se por um lado, com efeito, ambos poderes se distinguem e não cabem a um mesmo sujeito num sentido exato, pois a soberania é um poder genérico pertencente à nação-Estado e o constituinte é um poder específico referente a uma função determinada, por outro lado não pode deixar de haver uma solidariedade ou uma simetria na radicação de uma e de outro. Porque o poder constituinte assenta no pressuposto da soberania.

Num país que adota o regime democrático representativo, portanto, o titular do poder constituinte originário é o povo, sendo que esse poder deve ser exercido por meio dos representantes eleitos, chamados de parlamentares constituintes.[11]

O PODER CONSTITUINTE REFORMADOR OU A COMPETÊNCIA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

O poder constituinte reformador é aquele que altera a Constituição existente, já que as Constituições, apesar da pretensão de se perpetuar, reconhecem a necessidade de atualização.

O poder constituinte reformador manifesta-se, então, para modificar, atualizar, reformar o texto constitucional. Tais reformas, a rigor, acontecem pontualmente, incluindo, revogando ou alterando dispositivos constitucionais.

O principal instrumento utilizado para levar a cabo a reforma da Constituição é a chamada emenda à Constituição, ou seja, é por meio dessa espécie normativa que o poder constituinte reformador se manifesta. E essa manifestação é levada a efeito pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 60, § 2º, da Constituição Federal.

Por esse motivo é que, do ponto de vista técnico, é mais adequado chamar o poder constituinte reformador de competência reformadora ou de poder de reforma. Em outras palavras, esse poder somente pode ser chamado de constituinte porque cria norma constitucional. Mas, na realidade, ele é exercido por um órgão constituído — no caso brasileiro, o Congresso Nacional — para alterar a Constituição

[11] Sobre a titularidade e o exercício do poder constituinte, verificar TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 31 e 32.

dentro dos limites impostos por ela mesma. Sendo assim, trata-se de uma competência reformadora, e não de um poder constituinte propriamente dito.

A outra maneira de alterar a Constituição está prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda n. 45/2004. A redação de tal dispositivo é a seguinte:

> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, os tratados e convenções internacionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, ou seja, pelo mesmo procedimento de aprovação da emenda à Constituição (art. 60, § 2º), modificam o texto constitucional.

As características e o instrumento para manifestação do poder constituinte reformador

O poder constituinte reformador se caracteriza por ser derivado, subordinado e limitado.

Diz-se que ele é derivado porque advém da própria Constituição que será alterada. Assim, é a própria Constituição que dirá como o poder constituinte reformador irá se manifestar, o que ele poderá alterar e quando isso poderá ocorrer.

O poder constituinte reformador é também considerado subordinado porque as alterações constitucionais se subordinam às regras, às condições e aos limites impostos pela própria Constituição a ser reformada, ou seja, a própria Constituição dita os limites para sua manifestação.

O instrumento colocado à disposição do poder constituinte reformador para levar a efeito seu objetivo, qual seja, a modificação da Constituição, é a emenda. É por meio dessa espécie normativa que se altera a Constituição.

Os limites à manifestação do poder constituinte reformador são de ordem formal, circunstancial e material.

Os limites formais ao poder constituinte reformador

Os limites formais ao poder constituinte reformador são aqueles relativos ao procedimento exigido pela Constituição para que ocorra sua própria alteração. Assim, a modificação da Constituição somente poderá acontecer se forem obedecidos os procedimentos, os ritos, as formas previstas na própria Lei Maior. Essas limitações formais à manifestação do poder constituinte reformador encontram-se no art. 60, I a III, e §§ 2º, 3º e 5º, bem como no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Sendo assim, a Constituição somente pode ser emendada mediante proposta do presidente da República, de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, I a III).

Feita a proposta por uma das formas anteriormente mencionadas, ela será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional — Câmara dos Deputados e Senado Federal —, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º).

A promulgação da emenda deve ser feita pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º). Assim, as emendas à Constituição não seguem para o presidente da República para sanção ou veto, tampouco para promulgação.

Finalmente, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º), ou seja, só poderá ser novamente proposta a partir da reunião anual seguinte (art. 57, da Constituição Federal).

Os limites circunstanciais ao poder constituinte reformador

Os limites circunstanciais ao poder constituinte reformador são aqueles previstos no art. 60, § 1º, da Constituição Federal, e dizem

respeito ao fato de que a Constituição Federal não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Esses limites são impostos porque o Constituinte entendeu que a Constituição — norma jurídica que se encontra no topo do ordenamento jurídico, dando fundamento de validade a todas as outras regras — não deverá ser alterada quando o país estiver enfrentando alguma instabilidade significativa, alguma turbulência natural, institucional ou de ordem pública que possa comprometer a serenidade exigível para desempenhar função tão relevante quanto modificar a Constituição.

A questão que surge é a de saber se, por exemplo, a decretação de intervenção federal em um estado obstaria a discussão do projeto de emenda à Constituição ou somente impediria sua respectiva promulgação.

Esse problema foi enfrentado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 1997. Naquele ano, o estado de Alagoas passava por aguda crise que poderia autorizar a decretação de intervenção federal. Na mesma época, vários projetos de emenda à Constituição tinham sido propostos, como os das reformas administrativa e da previdência, bem como aquele que permitiria a reeleição dos governantes.

Instalou-se, então, a polêmica: se houvesse a decretação da intervenção federal, as emendas deveriam deixar de tramitar ou poderiam ser discutidas e votadas, mas teriam de aguardar o restabelecimento da normalidade para que fossem promulgadas?[12]

Tal dúvida surgiu em razão da redação do art. 60, § 1º, da Constituição Federal, que textualmente prevê o seguinte: "A Constituição não será emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

De fato, a alteração formal da Constituição ocorre com a promulgação da emenda. Contudo, fazendo uma interpretação teleológica do referido dispositivo constitucional, só se pode concluir que a intenção da

[12] Sobre a polêmica, verificar, por exemplo, o jornal *Folha de S.Paulo* dos dias 29.05.1997 (p. 1-4) e 21.07.1997 (p. 1 e 2).

regra é impedir a modificação do texto constitucional durante períodos de instabilidade institucional. Se é verdade que a mudança da Constituição ocorre, formalmente, com a promulgação da emenda, a alteração do texto constitucional é gestada, concebida, produzida durante a tramitação. Portanto, não parece lógico permitir que, durante a intervenção federal, as emendas sejam discutidas e votadas para que, então, aguardem o término do período de instabilidade e, assim, possam formalmente ingressar no mundo jurídico por meio da promulgação.

Dessa forma, a decretação da intervenção federal, do estado de sítio ou do estado de defesa deve suspender, imediatamente, a tramitação dos projetos de emenda à Constituição, até que a normalidade institucional se restaure.

Os limites materiais ao poder constituinte reformador

Os limites materiais ao poder constituinte reformador dizem respeito aos assuntos, aos temas, às matérias que não poderão ser objeto de modificação por meio de emenda. Essas matérias formam o núcleo imutável, a parte intangível da Constituição.

As limitações materiais ao poder constituinte reformador são as chamadas cláusulas pétreas, previstas nos incs. I a IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Por força dessas disposições, não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda à Constituição tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, periódico e universal; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Os limites implícitos ao poder de reforma

Os limites materiais, formais e circunstanciais são os chamados limites explícitos ao poder de reforma, visto que estão expressamente previstos na Constituição.

Questiona-se a existência de limites implícitos ao poder constituinte reformador. A pergunta é a seguinte: haveria outros limites além daqueles explicitamente previstos na Constituição?

Segundo Nelson de Sousa Sampaio, os limites implícitos ao poder de reforma derivariam dos limites expressos e abarcariam as disposi-

ções "concernentes ao titular do poder constituinte", as "referentes ao titular do poder reformador" e aquelas "relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional".[13]

O poder reformador não poderia alterar o titular do poder constituinte originário, pois "não pode dispor sobre o que não lhe pertence".[14] Assim, não se deveria pensar em transferir do povo para quem quer que seja a titularidade inalienável do poder constituinte originário.

O poder de reforma também não poderia alterar o titular do próprio poder reformador, "pois este não pode renunciar a sua competência a favor de nenhum outro órgão. Não pode, igualmente, delegar as suas atribuições, pois estas lhe foram conferidas para que ele próprio as exercite".[15] Realmente, não faria sentido pensar que o poder de reforma constitucional pudesse tirar das mãos do Congresso Nacional a competência de alteração da Constituição, passando-a, por exemplo, para o presidente da República.

Além disso, na mesma linha de raciocínio exposta por Nelson de Sousa Sampaio, Michel Temer[16] lista alguns limites implícitos ao poder de reforma constitucional, como aquele "atinente ao procedimento de criação da norma constitucional, em nível derivado", pois o órgão encarregado de reformar a Constituição não pode modificar o critério de rigidez estabelecido pelo constituinte originário, tornando mais fácil a alteração constitucional.

Também seriam implícitas "as vedações à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições".[17] Segundo esse enten-

[13] SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 95. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 589.

[14] SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional* cit. p. 97.

[15] SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional* cit. p. 103. Este autor lembra dois "exemplos de transferência e, por vezes, de delegação do poder reformador": a "Lei alemã de 24 de março de 1933, que concedeu plenos poderes a Hitler, e a Lei francesa de 10 de julho de 1940, que fez o mesmo em relação ao Marechal Petain". Segundo Nelson de Sousa Sampaio, na "verdade, essas leis foram mais longe, pois tanto o *Reichstag* como a *Assemblée Nationale* transferiram ou delegaram, por meio de aparente reforma constitucional, o que não lhes pertencia, ou seja, o próprio poder constituinte".

[16] TEMER, Michel. *Elementos* cit. p. 36.

[17] TEMER, Michel. *Elementos* cit. p. 36. Moraes, Alexandre. *Direito constitucional* cit. p. 589.

dimento, seria de
suprimir, por exe
consagra as cláu
normas constitu
segundo momen
abolidas,[18] viabili

Portanto, co
constituinte refo
poder constituint
lar do poder de
impossibilidade

Em relação
possibilidade de,
constituinte orig
mentos são cons

Contudo, a
alteração das dis
do momento, le
tegidas — não d
implícita ao pod

Diversamen
reforma não frau
graus diferentes
nais não protegi
dificadas pelo *q*
gislativas, em d
pelas cláusulas p

[18] Em Portugal, a
anos depois, alterar-s
fatos, verificar MOREIRA
tituição e democracia
MIRANDA, Jorge. *Man*
dade, p. 206 e segs.
Gonçalves. *O poder c*
revisão" podem ser e
Teoria da Constituição

dimento, seria descabida a possibilidade de uma emenda constitucional suprimir, por exemplo, o § 4º do art. 60 da Constituição Federal, que consagra as cláusulas pétreas. Se tal dispositivo, que protege outras normas constitucionais, pudesse ser eliminado da Constituição, num segundo momento as próprias regras que eram protegidas poderiam ser abolidas,[18] viabilizando uma verdadeira fraude à Constituição.

Portanto, conforme essa compreensão, um limite implícito ao poder constituinte reformador seria aquele relativo à mudança do titular do poder constituinte originário; outro seria o referente à alteração do titular do poder de reforma; e, por fim, haveria aquele que diria respeito à impossibilidade de supressão dos próprios limites explícitos.

Em relação aos dois primeiros limites implícitos — ou seja, a impossibilidade de, por emenda constitucional, alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder de reforma —, os argumentos são consistentes e convincentes.

Contudo, a chamada dupla reforma — isto é, a possibilidade de alteração das disposições constitucionais protetoras para, num segundo momento, levar a efeito a modificação das cláusulas que eram protegidas — não deveria ser incluída, acriticamente, como uma vedação implícita ao poder constituinte reformador.

Diversamente do que se costuma afirmar, a possibilidade de dupla reforma não fraudaria a Constituição, mas simplesmente estabeleceria graus diferentes de rigidez constitucional. As disposições constitucionais não protegidas pelas cláusulas pétreas somente poderiam ser modificadas pelo *quorum* de três quintos dos votos das duas Casas Legislativas, em dois turnos (art. 60, § 2º). Já as disposições protegidas pelas cláusulas pétreas exigiriam o dobro de dificuldade para ser alte-

[18] Em Portugal, admitiu-se a possibilidade de supressão de algumas cláusulas pétreas para, anos depois, alterar-se as regras que inicialmente não podiam ser modificadas. Acerca desses fatos, verificar MOREIRA, Vital. "Constituição e democracia na experiência portuguesa". In: *Constituição e democracia*, p. 265 e 266. A defesa da "dupla revisão" pode ser encontrada em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade, p. 206 e segs. Admitindo a "dupla reforma", entre nós, conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 177. Argumentos contrários à tese do "duplo processo de revisão" podem ser encontrados em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 945 e 946.

radas: primeiro seria necessário desfazer a proteção para, num segundo momento, modificar o que era protegido.

Contudo, tal análise não pode se fundar simplesmente na questão formal de alteração da Constituição, sob pena de admitir o surgimento de regimes autoritários com base em procedimentos constitucionalmente aceitos.[19]

A aceitação da dupla reforma e, em última análise, da inexistência de cláusulas pétreas, mas somente de graus diferentes de rigidez constitucional, deve levar em conta as críticas às disposições intangíveis da Constituição, que serão analisadas a seguir, atentando-se para as questões que moral e legitimamente possam ser instituídas como constitucionalmente imodificáveis.[20]

Algumas críticas às cláusulas pétreas

Karl Loewenstein afirma que, em geral, as disposições de intangibilidade incorporadas a uma Constituição indicam, em tempos de normalidade, uma advertência útil frente a maiorias parlamentares desejosas de emendas constitucionais, mas não se pode dizer que os preceitos protegidos ficam imunizados a toda reforma, pois, em épocas de crises, tais disposições são "tão-só pedaços de papel varridos ao vento da realidade política".[21]

Jorge Reinaldo Vanossi,[22] no mesmo sentido, mas de maneira mais contundente, ataca as cláusulas pétreas ao afirmar que essas proibições ocasionam, paradoxalmente, o efeito político de privar o poder constituinte reformador de sua função essencial, que é a de evitar o surgimento do poder constituinte revolucionário. Tais vedações, além disso, não conseguem se manter intactas além dos tempos de normalidade e estabilidade, fracassando nos tempos de crises. A previsão das cláu-

[19] Não se pretende, com isso, afirmar que regimes autoritários deixariam de surgir em razão das previsões constitucionais imutáveis, chamadas de cláusulas pétreas.

[20] Como, por exemplo, a preservação da democracia e da dignidade da pessoa humana, como defende por VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 224 e segs.

[21] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, p. 192.

[22] VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. Vol. I — Teoría constituyente: poder constituyente fundacional, revolucionario, reformador, p. 188 e segs.

sulas pétreas, menos do que um problema jurídico, trata de crenças e, portanto, pode servir de fundamento para que a geração dos constituintes originários pretenda atar para sempre as mãos dos futuros constituintes reformadores.

Depois desses e de outros argumentos, Vanossi defende a inexistência de cláusulas pétreas implícitas, ou seja, de conteúdos constitucionais pretensamente irreformáveis por suposto ataque ao "espírito" da Constituição escrita. E, por fim, afirma que as cláusulas pétreas explícitas são inúteis, visto que não alcançam os objetivos a que se pretendem.

Oscar Vilhena Vieira,[23] ao tratar das cláusulas pétreas, abordando a relação entre democracia e Constituição, também afirma que a "possibilidade de autovinculação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras" é "problemática se vista da perspectiva democrática".

Mas esse autor chega a conclusões diferentes das atingidas por Vanossi ao argumentar, com acerto, que os direitos que puderem ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados,

> (...) enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais.[24]

[23] VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* cit. p. 22.
[24] VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit. p. 245.

2 CONSTITUIÇÃO

QUESTÕES INICIAIS

Todos os Estados têm Constituição? Todo ordenamento estatal é regido por um conjunto de princípios de organização?[1] A Constituição é um grupo de regras que regula apenas o Estado ou é um conjunto de normas que regula o Estado e a sociedade? As Constituições devem ser concebidas como meros "estatutos organizatórios", como "instrumentos de governo" ou devem determinar tarefas, estabelecer programas e definir fins?[2]

Essas questões serão respondidas, de modo diluído e não sistematizado, neste capítulo.

---

[1] Essa pergunta decorre da asserção feita por VERGOTTINI, Giuseppe de. "Constituição". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, p. 258.

[2] Essas questões são postas por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, p. 12.

BREVE HISTÓRICO

Todos os Estados têm Constituição. Mas, somente a partir do fim do século XVIII começa a surgir a sistematização das normas constitucionais em um único documento formal. Naquela ocasião, com o esfacelamento do Estado absoluto e a eclosão das revoluções francesa e americana, aparecem alguns mecanismos de limitação do poder: a própria existência de um documento escrito que previsse a divisão das funções entre diferentes órgãos do Estado, além do reconhecimento de uma série de direitos e garantias fundamentais voltados a inibir os abusos dos titulares dos referidos órgãos.

Essa noção acabou consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao estabelecer, em seu art. 16, que não se tem Constituição quando não estiver determinada a separação das funções do Estado e assegurada a garantia dos direitos fundamentais.[3]

Essa concepção de Constituição, típica do liberalismo, revela-se como garantidora das liberdades fundamentais, mostrando-se como anteparo à atuação estatal.

Com o passar do tempo, surgem novas demandas sociais, especialmente voltadas a exigir que o Estado aja no sentido de viabilizar uma maior igualdade entre as pessoas. Assim é que, nas primeiras décadas do século XX — como, por exemplo, com a Constituição mexicana, de 1917, e com a Constituição de Weimar, de 1919 —, as Constituições não só passam a prever o que o Estado não deve fazer, mas também começam estabelecer os deveres estatais, ou seja, aquilo que deve ser cumprido pelo Estado de maneira a permitir que as pessoas possam usufruir, por exemplo, dos direitos à educação, à saúde e à previdência.

Portanto, a Constituição deixa de ser apenas um conjunto de regras voltadas a inibir a ação estatal — estabelecendo competências e ordenando os poderes do Estado — e passa a impor ao Estado a prática de determinados atos tendentes a viabilizar o exercício de certos direitos.

[3] Esta era a redação do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789: "Toda a sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição".

Mais do que is[illegible]estabelecer programas a ser alcançados pe[illegible]sentido normativo, as Constituições deixam de ser "apenas um estatuto 'confirmante ou garantidor do existente'" para se transformar em "esboço de uma via", em algo que se deseja atingir.[4]

ALGUMAS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

A NOÇÃO SOCIOLÓGICA DE CONSTITUIÇÃO SEGUNDO FERDINAND LASSALLE

Do ponto de vista sociológico, Ferdinand Lassalle afirma que a Constituição é, em essência, a somatória dos fatores reais de poder que regem uma nação.[5] Para esse autor, todos os países sempre possuíram e possuem uma Constituição real e efetiva, "pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que eles sejam".[6]

Se os fatores reais de poder forem escritos em uma folha de papel, forem incorporados a um papel, ou seja, se eles adquirem expressão escrita, não serão mais simples fatores reais de poder, mas verdadeiro direito.[7]

Ainda segundo Lassalle, uma Constituição escrita é "boa e duradoura" quando "corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país". No entanto, o autor adverte:

Onde a constituição *escrita* não corresponder à *real*, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.[8]

---

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit. p. 152 e 153.

[5] LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, p. 17.

[6] LASSALLE, Ferdinand. Ob. cit. p. 25.

[7] LASSALLE, Ferdinand. Ob. cit. p. 17 e 18.

[8] LASSALLE, Ferdinand. Ob. cit. p. 33. Konrad Hesse discorda dessa posição adotada por Lassalle: "A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura 'impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder', tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um

Além da espirituosa distinção entre a "constituição real" e a "folha de papel", ou seja, a Constituição escrita, Lassalle aventa uma suposição: se um grande incêndio queimasse todas as Constituições escritas de um país, o que aconteceria? Na verdade, uma vez que a Constituição do país é a soma dos fatores reais de poder que regem a nação, nada mudaria, pois tais fatores não seriam queimados no incêndio.

A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE CONSTITUIÇÃO ADOTADA POR CARL SCHMITT

Depois de reconhecer que a palavra "constituição" admite uma diversidade de sentidos e após afirmar que, em uma acepção geral, toda e qualquer pessoa ou objeto, ou mesmo qualquer associação, tem uma Constituição, Carl Schmitt diz que, num sentido específico, deve-se limitar a palavra "constituição" à Constituição do Estado, ou seja, da unidade política de um povo.[9]

E para ele, só é possível alcançar um conceito de Constituição quando se distinguem Constituição e lei constitucional. Segundo as idéias decisionistas defendidas por Carl Schimitt:[10]

> La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquia auténtica.

---

naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição". (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, p. 25.)

[9] SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala, p. 29.

[10] SCHMITT, Carl. Ob. cit. p. 47. Em tradução livre: "A distinção entre Constituição e lei constitucional só é possível, no entanto, porque a essência da Constituição não está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica."

Levando em conta a distinção entre Constituição e lei constitucional feita por Carl Schmitt, pode-se dizer que aquela é a decisão política fundamental do titular do poder constituinte, enquanto esta necessita, para sua validade, de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente, ou seja, da própria Constituição.[11]

José Afonso da Silva, ao analisar a obra de Carl Schmitt, explica o seguinte:[12]

> Em *sentido positivo*, a constituição é considerada como *decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política*, só sendo possível um conceito de constituição quando se distinguem constituição e lei constitucional. Só entram no conceito de constituição aqueles dispositivos constitucionais de grande relevância política, que dizem respeito à própria existência política concreta da nação: estrutura e órgãos do Estado, direitos dos cidadãos, vida democrática etc.; os outros, que não contêm essa importância, embora figurem no texto constitucional, são simples leis constitucionais.

Esse, para Schmitt, é o único e verdadeiro conceito de Constituição, e aí se revela, inequivocamente, um aspecto do sociologismo jurídico-constitucional.

Assim, a Constituição, para Carl Schmitt, é a decisão política fundamental que tratará da estrutura do Estado, das relações de poder e dos direitos fundamentais dos cidadãos, conceito este que coincide com o de Constituição material, como se verá mais adiante.

O CONCEITO JURÍDICO DE CONSTITUIÇÃO CONFORME HANS KELSEN

Do ponto de vista jurídico, a Constituição pode ser conceituada como o conjunto de regras positivas que disciplinam e configuram

---

[11] SCHMITT, Carl. Ob. cit. p. 46. Conferir uma análise sobre essa passagem da obra de Carl Schmitt em REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*, p. 273.

[12] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 28. Verificar, também TEMER, Michel. Ob. cit. p. 17 e 18.

o Estado e que estabelecem os direitos fundamentais dos cidadãos. Esse conjunto de regras se encontra no topo do ordenamento jurídico e dá fundamento de validade a todas as demais normas jurídicas, estabelecendo o conteúdo destas e a forma como elas deverão ser criadas.

Ao tratar da teoria pura do direito, Kelsen[13] expõe que:

> (...) ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental — pressuposta. A norma fundamental — hipotética, nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.

Como se nota, Kelsen afirma que a Constituição é, dentro do campo do direito posto, aquela que se encontra no vértice do ordenamento jurídico, fazendo com que as demais regras sejam criadas em conformidade com ela.

CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL NO ENTENDER DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

O conceito de Constituição como norma fundamental desenvolvido por Eduardo García de Enterría parece o mais abrangente e adequado à realidade jurídico-constitucional atual.

Esse autor explica que a Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado construídos por ela. De outra parte, a

[13] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 247.

Constituição estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade. Em todos esses conteúdos a Constituição se mostra como um sistema preceptivo que emana do povo como titular da soberania, em sua função constituinte, preceitos dirigidos tanto aos diversos órgãos do poder estabelecidos pela própria Constituição como aos cidadãos.[14]

AS CLASSIFICAÇÕES

AS CONSTITUIÇÕES NORMATIVAS, NOMINAIS E SEMÂNTICAS

Karl Loewenstein,[15] ao realizar uma classificação ontológica ou existencial das Constituições, identifica as Constituições normativas, as Constituições nominais e as Constituições semânticas e afirma que, para entendê-las, não se pode partir do texto normativo, mas é imprescindível adentrar na realidade do processo de poder.

Segundo esse autor, para que uma Constituição seja viva, terá de ser observada lealmente por todos os interessados e terá de estar integrada na sociedade estatal, e esta nela. Deverá ocorrer uma simbiose entre a Constituição e a comunidade. Só nesse caso é possível falar em uma Constituição normativa. Suas normas dominam o processo político ou, ao revés, o processo do poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas.

Por outro lado, uma Constituição poderá ser juridicamente válida, mas, se a dinâmica do processo político não se adapta a suas normas, a Constituição carecerá de realidade existencial, devendo ser classificada como Constituição nominal.

E, por fim, a Constituição semântica, apesar de plenamente aplicada, é aquela cuja realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação do poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coercitivo do Estado. Nesse caso, em vez de servir como limitação ao poder, a

[14] García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 49.
[15] Loewenstein, Karl. Ob. cit. p. 216-22.

Constituição mostra-se como o instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção daqueles que dominam, de fato, o poder político.

A CONSTITUIÇÃO MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO FORMAL

A Constituição material é o conjunto de regras que trata das matérias, dos assuntos, dos temas constitucionais, isto é, da estrutura do Estado, das relações de poder e dos direitos fundamentais das pessoas.[16]

Por outro lado, Constituição formal é o conjunto de regras que assume a forma de norma constitucional. Assim, os comandos jurídicos inseridos no texto constitucional escrito, por meio de um procedimento diferente daquele adotado para a criação das demais normas jurídicas, compõem o que se convencionou chamar de Constituição formal.

AS CONSTITUIÇÕES OUTORGADAS E AS CONSTITUIÇÕES PROMULGADAS

Quanto à origem, as Constituições podem ser classificadas em outorgadas ou promulgadas.

As outorgadas são as impostas autoritariamente por quem não recebeu poderes do povo para tanto, como, por exemplo, a Constituição brasileira de 1937.

Já as promulgadas são as Constituições que surgem como resultado de um processo democrático de elaboração, como a Constituição brasileira de 1988.

AS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS E AS CONSTITUIÇÕES COSTUMEIRAS

Quanto à forma, as Constituições podem ser escritas ou costumeiras.

[16] Quando se abordou o conceito político de Constituição desenvolvido por Carl Schmitt, já seria possível identificar o conceito de Constituição material, na medida em que esse autor afirma que a Constituição é a decisão política fundamental que trata da estrutura do Estado, das relações de poder e dos direitos fundamentais dos cidadãos, definição esta que coincide com a de Constituição material.

As Constituições costumeiras são formadas paulatinamente por meio de costumes, decisões judiciais e documentos esparsos, sendo que suas regras não se condensam em um único texto escrito formal, apesar de ser consideradas normas que estruturam o Estado e estabelecem os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A Inglaterra é um exemplo típico de um Estado regido por uma Constituição costumeira.

Por outro lado, as Constituições escritas são as que contemplam, em um único texto escrito, as normas que estruturam o Estado e fixam os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos. Atualmente, a grande maioria dos Estados é regida por esse tipo de Constituição, como acontece, por exemplo, no Brasil, na Espanha, em Portugal e no Chile.

AS CONSTITUIÇÕES ANALÍTICAS E AS CONSTITUIÇÕES SINTÉTICAS

Quanto à extensão, as Constituições podem ser classificadas como sintéticas ou analíticas.

As Constituições sintéticas contêm poucos artigos, sendo as matérias constitucionais reguladas por um número reduzido de disposições normativas. Em função desse motivo, a atividade interpretativa dessas Constituições permite, de maneira mais acentuada, a atualização dos entendimentos sobre os assuntos por elas tratados. Como exemplo de Constituição sintética há a Constituição dos Estados Unidos da América.

As Constituições analíticas — como a Constituição brasileira de 1988 — tratam dos temas constitucionais de maneira minuciosa e detalhada, sendo compostas, portanto, de vários artigos.

AS CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS, SEMI-RÍGIDAS E FLEXÍVEIS

Quanto à alterabilidade ou modificação, as Constituições podem ser rígidas, semi-rígidas ou flexíveis.

Constituição rígida é aquela que prevê para a sua alteração um procedimento mais difícil, mais árduo, mais rigoroso do que o previsto para a criação ou alteração das demais regras do ordenamento ju-

rídico. É o caso da Constituição brasileira de 1988, como se pode constatar ao interpretar seus arts. 47, 60, § 2º, 65 e 69.[17]

Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:[18]

> (...) no sistema das Constituições rígidas, 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.

Constituição flexível é aquela que permite sua alteração pelo mesmo procedimento previsto para criar ou alterar a legislação ordinária. Nesse caso, nenhuma distinção se faz entre lei constitucional e lei ordinária, quer quanto à formação, quer quanto à validade delas. Os órgãos responsáveis pela edição da legislação ordinária estabelecem, por idênticos processos, aquela que tem caráter constitucional. O parlamento pode tudo fazer.[19]

---

[17] "Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros." "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I — de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II — do Presidente da República; III — de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros." "Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar." "Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta."

[18] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*, p. 48.

[19] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Ob. cit. p. 51. Esse autor explica que o sistema de Constituição flexível é o adotado na Inglaterra e lembra que também foi aquele escolhido na Itália, sob o Estatuto do Império de 1848, bem como o aceito pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuja Constituição podia "ser alterada pelo Congresso Federal, sem formalidade especial e sem a necessidade da existência de uma maioria qualificada" (p. 54). Jorge Miranda, em *Manual de Direito Constitucional* (p. 144), cita também as Constituições neozelandesa e israelita como flexíveis.

E Constituição semi-rígida é aquela que parte de suas regras requer um procedimento de alteração mais difícil do que o exigido para modificar a legislação ordinária — como ocorre com as Constituições rígidas — e, em relação a outros dispositivos, prevê o mesmo procedimento de alteração para modificar a legislação ordinária — como nos casos das Constituições flexíveis.

A Constituição brasileira de 1824 era semi-rígida por força da regra contida em seu art. 178, que estabelecia que certas normas deveriam ser alteradas por um procedimento difícil enquanto outras deveriam ser modificadas pelo mesmo rito previsto para a alteração da legislação ordinária.[20]

Do ponto de vista jurídico-formal, a superioridade hierárquica da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico decorre da rigidez constitucional. Em países que adotam o sistema de Constituição flexível, apesar de se poder identificar, sob a ótica sociológica, uma supremacia material da Constituição, não há uma superioridade formal do texto constitucional.[21] Isso ocorre na medida em que as leis ordinárias contrárias à Constituição revogarão as disposições constitucionais e não serão consideradas inconstitucionais, já que as normas constitucionais são alteradas pelo mesmo procedimento previsto para criar ou alterar a legislação ordinária.

Como se percebe, a classificação das Constituições em rígidas e flexíveis não pretende designar a diferença entre Constituições imutáveis e aquelas passíveis de modificação. Tanto as Constituições rígidas como as flexíveis são mutáveis. Contudo, as rígidas exigem um procedimento mais difícil de alteração do que o previsto para a criação da legislação ordinária. Por outro lado, as Constituições flexíveis prevêem para a sua modificação o mesmo procedimento adotado para a alteração da legislação ordinária.

---

[20] O art. 178 da Constituição brasileira do Império tinha a seguinte redação: "Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias".

[21] Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 47 e 48.

Também não se pode confundir a rigidez constitucional com a estabilidade da Constituição nem a flexibilidade com a instabilidade. Basta lembrar alguns exemplos. As Constituições do período republicano brasileiro foram todas rígidas e, nem por isso, podem ser classificadas como estáveis. Houve Constituição que durou apenas três anos, como a de 1934, e as que duraram mais tempo, como a de 1988, foram freqüentemente emendadas. Nos Estados Unidos da América, apesar da rigidez constitucional, a mesma Constituição está vigente há mais de dois séculos. E, por fim, na Inglaterra, a adoção de uma Constituição flexível não causa nenhuma instabilidade.