

3

MICHEL TEMER

PASTA Nº:	47
QTDE. FLS.:	15

*ELEMENTOS
DE DIREITO
CONSTITUCIONAL*

*24ª edição,
revista e atualizada*

Guilherme Assis de Almeida
Biblioteca

III

**MALHEIROS
EDITORES**

Capítulo I

A CONSTITUIÇÃO. NORMAS CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICABILIDADE

1. Conceito de Constituição. 2. A Constituição: 2.1 Sentido sociológico; 2.2 Sentido político; 2.3 Sentido jurídico. 3. Características do Direito. 4. Matéria constitucional. 5. Interpretação da norma constitucional. 6. Aplicabilidade da norma constitucional. 7. Espécies de Constituição.

1. Conceito de Constituição

A Constituição é o objeto do estudo do Direito Constitucional.

O que é a Constituição? Interessa-nos o seu conceito jurídico. Entretanto, para efeito didático, examinemos os sentidos do vocábulo *Constituição*. Em significado comum todas as coisas têm uma dada estrutura, um corpo, uma dada conformação. Uma constituição. Podemos examinar a poltrona e descrever a sua estrutura, o seu ser. Ao fazê-lo, indicaremos as peças componentes daquela cadeira que, somadas, perfizeram a unidade.

Em sentido mais restrito, Constituição significa o “corpo”, a “estrutura” de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado.

A Constituição é a particular maneira de ser do Estado, no dizer de Celso Bastos.¹

Mas, o que é o Estado? Consiste na incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja, de determinado conjunto de preceitos sobre determinadas pessoas que estão em certo território. Tais preceitos imperativos

1. *Curso de Direito Constitucional*, p. 74.

encontram-se na Constituição. O Estado regula globalmente as relações sociais de um povo fixado estavelmente em um território, ensina o mestre Ataliba Nogueira.²

A definição completa de Ataliba Nogueira é a seguinte: “Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica, cuja finalidade é regular globalmente as relações sociais de determinado povo fixo em dado território sob um poder”.

Entenda-se a expressão “povo” como domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estadual.³

Território, por sua vez, é o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual.⁴

O Estado é corpo social. Revela-o a Constituição. Como toda sociedade, pressupõe *organização*. Esta, por sua vez, é fornecida por conjunto de preceitos que imperam sobre determinados indivíduos em dado local e em certo tempo. Há identidade, pois, entre o Estado e a Constituição. Toda sociedade é uma ordem jurídica.⁵

Na sociedade encontramos, sempre, a organização. Podemos indicar cinco mil pessoas em estádio desportivo e dizer que não se trata de núcleo social. Estamos em sala onde se reúnem cinco pessoas e podemos dizer que estamos diante do núcleo social. Por que as cinco mil pessoas assentadas em estádio de futebol não constituem núcleo social e as cinco presentes na sala constituem-no? É que, examinando a reunião de cinco pessoas, verificamos tratar-se de comerciantes (por exemplo) vinculados uns aos outros por um preceito que os reúne imperativa e cogentemente e distribui direitos e deveres. São os sócios. Cada qual com funções determinadas naquela preceituação. Tudo isto aferiremos do exame do contrato social (são as regras constitutivas da sociedade).

O mesmo não se pode dizer das cinco mil pessoas que, circunstancialmente, se reuniram para assistir ao prélio esportivo. Não há normas imperativas ligando-as umas às outras.

2. *Lições de Teoria Geral do Estado*, p. 67.

3. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 387.

4. *Idem*, ob. cit., p. 388.

5. *Idem*, ob. cit., p. 385: “Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada”.

O Estado, já dissemos, é uma *sociedade*. Pressupõe *organização*. Os preceitos *organizativos* corporificam o instrumento denominado Constituição. Portanto, a Constituição é o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época.⁶

2. A Constituição: *seus sentidos sociológico, político e jurídico*

2.1 *Sentido sociológico*

Representante mais expressivo do sociologismo jurídico é Ferdinand Lassalle, que, em obra clássica,⁷ sustentou que a Constituição pode representar o efetivo poder social ou distanciar-se dele; na primeira hipótese ela é legítima; na segunda, ilegítima. Nada mais é que uma “folha de papel”. A sua efetividade derivaria dos fatores *reais* de poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a “folha de papel” – a Constituição – somente vale no momento ou até o momento em que entre ela e a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da “folha de papel”) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da “folha de papel”, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*.

Os que veem o Direito sob esse prisma sociológico distinguem o instrumento formal, consubstanciado na Constituição, e o instrumento real, consubstanciado na efetiva detenção e exercício do poder.

2.2 *Sentido político*

José Afonso da Silva salienta que “a concepção política da Constituição revela certa faceta do sociologismo, segundo a formulação de Carl Schmitt, que a considera como decisão política fundamental”.⁸

De fato, para Carl Schmitt há diferença entre a Constituição e a lei constitucional. Aquela é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. A esse autor importa que, em dado

6. Hans Kelsen lembra a hipótese da existência *temporal* do Estado: é a vigência da ordem normativa durante certo período.

7. *Que es una Constitución?*

8. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 26.

instante, verifica-se a manifestação de um poder (o constituinte) que decida a respeito da forma de ser do Estado, de seus alicerces, de sua estrutura básica, de sua conformação fundamental. Tudo como fruto da *decisão política* que é tomada em certo momento.

Assim, é conteúdo próprio da Constituição aquilo que diga respeito à forma de Estado, à de governo, aos órgãos do poder e à declaração dos direitos individuais. Tudo o mais – embora possa estar *escrito* na Constituição – é lei constitucional. Significa: o constituinte não precisaria tratar daquela matéria porque não é emanção necessária da *decisão política fundamental*.

A Constituição, segundo esse entender, encontra seu fundamento de validade, extrai o seu ser, de uma decisão política que a antecede. Não da forma jurídica.

Próximas dessas ideias estão as de Constituição material e formal.

Aquilo que para Schmitt é conteúdo próprio de Constituição caracteriza a *matéria constitucional*; o mais, que assume *forma* constitucional, porque inserido na Constituição, é *formalmente constitucional* (o que Schmitt chama de lei constitucional). Isto porque essa última questão poderia ser deixada para trato em nível de legislação infraconstitucional.

2.3 Sentido jurídico

É Hans Kelsen quem demonstra, sob esse foco, o que é a Constituição. Ao fazê-lo, evidencia o que é o Direito. Ressalta a diferença entre o Direito e as demais ciências, sejam as naturais, sejam as sociais. Enfatiza que o jurista não precisa socorrer-se da Sociologia ou da Política para sustentar a Constituição. A sua sustentação encontra-se no plano jurídico. O sociólogo, o politicólogo, podem estudar a Constituição sob tais ângulos. Mas as suas preocupações serão outras (sociológicas, políticas). O cientista do Direito busca soluções no próprio sistema normativo. Daí por que buscará suporte para a Constituição num plano puramente jurídico.

Para uma explicação singela da teoria kelseniana é preciso fazer distinção entre o *mundo do ser* e o do *dever-ser*. O mundo do *ser* é o das leis naturais. Decorrem da natureza. De nada vale a vontade do homem na tentativa de modificá-las mediante a formulação de leis racionais. No mundo da natureza as coisas se passam mecanicamente. A um antecedente liga-se indispensavelmente dado conseqüente. Um corpo solto no espaço (antecedente) cai (conseqüente). Se chover (antecedente) a terra ficará molhada (conseqüente).

No mundo do *dever-ser* as coisas se passam segundo a vontade racional do homem. É este que, a dado antecedente, liga determinado conseqüente.

As ciências sociais pertencem a esse mundo do *dever-ser*. A Moral, a Ética, o Direito, dele fazem parte.

Tomemos a Ética. Norma ética poderá formular o juízo seguinte: as pessoas devem trajar-se convenientemente; se não o fizerem (antecedente) sofrerão a reprovação social (conseqüente) que corresponde a uma sanção.

Note-se que àquele antecedente (andar convenientemente trajado) o homem ligará o conseqüente que quiser.

Tomemos o Direito. Ao antecedente “tirar a vida de outrem”, o homem poderá ligar conseqüentes diversos: será *crime*, importando sanção, se praticado por outrem sem norma que o autorize; será *execução* determinada pelo Estado se este abrigar a *pena de morte*. Veja-se que a razão humana é que confere conseqüências diversas ao mesmo antecedente.

3. Características do Direito

Se Direito, Moral, Ética, são ciências do *mundo do dever-ser*, como distinguir o Direito das demais ciências sociais? O que o peculiariza?

Diferentemente dos demais sistemas normativos (ético, moral, religioso), em que os preceitos se alinham uns ao lado de outros, formando dezenas, centenas, milhares de normas, no Direito verifica-se uma estrutura escalonada de normas que, a final, perfazem a unidade. Dezenas, centenas, milhares de preceptivos acabam por se reduzir a uma única norma. Explica-se: no Direito uma norma indica a forma de produção de outra norma, bem como o seu conteúdo. Daí o escalonamento normativo em que uma norma constitui o fundamento de validade de outra.⁹

Figuremos exemplo esclarecedor: o Chefe de Seção de uma repartição pública indefere requerimento por mim formulado. Expediu ele comando individual. Sendo assim, devo verificar se tal preceito firmado por aquele agente público é consoante com normas superiores. Devo compatibilizar aquela ordem com a Portaria do Diretor de Divisão; esta com a Resolução do Secretário de Estado; a Resolução com o Decreto do Governador; este com a Lei Estadual; a Lei Estadual com a Constituição do Estado (se se tratar de Federação); esta com a Constituição Nacional. Tudo para verificar se os comandos expedidos pelas várias autoridades, sejam executivas ou legislativas, encontram verticalmente suporte para a sua validade.

9. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*.

Cada comando normativo encontra respaldo naquele que lhe é superior. Se falhar essa verticalidade fundamentadora, posso insurgir-me contra a ordem expedida em função do meu requerimento.

Vê-se, portanto, que todos os comandos emanados do Estado são normas: umas individuais, outras gerais. Norma, nesse descrever, não é apenas a lei.

Assim, milhares de Ordens de Serviço, Portarias, Resoluções, Decretos, Leis, se reduzem a poucos artigos da Constituição.

Dissemos, contudo, que o Direito é sistema que se reduz à unidade, à norma única. Como alcançá-la?

Socorre-nos Hans Kelsen. Sustenta a existência, no Direito, de dois planos distintos: o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele corporificado pelas normas postas, positivadas. O outro (lógico-jurídico) situa-se em nível do suposto, do hipotético. Uma são normas postas; outra é suposta.

Com efeito, ao fazer-se o percurso da verticalidade fundamentadora das normas, abica-se na Constituição. Este é o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional. Mas qual é o fundamento que suporta a Constituição?

Esta é a norma *única* a que alude o Professor de Viena, cujo enunciado pode assim resumir-se: “obedece a tudo que está na Constituição”. E essa norma é logicamente pensável. Se todos obedecem a determinado sistema normativo, derivado da Constituição, é porque existe, a dar-lhe validade, uma norma hipotética que é o fundamento do sistema. E esse comando não é escrito. De nada adiantaria que o fosse. Pode-se modificar radicalmente um sistema (nova Constituição, por exemplo) que a norma fundamental, situada no plano lógico e, por isso, hipotética, não se altera. A ordem suposta continua a ser a mesma: “obedeça a tudo o que está na Constituição, a tudo que é posto pelo Poder Constituinte”.

Com isso, Kelsen justifica o mundo jurídico dissociando-o do mundo político, do ético, do moral. Confere independência ao Direito. Demonstra que o Direito é uma unidade que se peculiariza pela estruturação escalonada de seus preceitos. Não se socorre de elementos extrajurídicos.

Nada impede que outros cientistas estudem o Direito. Historiadores, politicólogos, sociólogos, poderão fazê-lo. Estarão fazendo História, Política, Sociologia.

4. *Matéria constitucional*

Há, efetivamente, uma matéria constitucional, como há uma civil, tributária, trabalhista, penal, eleitoral?

Há preceitos materiais que sejam os identificadores da Constituição? Mais ainda. É necessário, em face da Constituição vigente, fazer distinção entre matéria essencialmente constitucional e aquela que não o seja? Tem relevo jurídico essa distinção?

Indubitavelmente, existe um núcleo material nas Constituições sem o qual não se pode falar em Estado. Se este pressupõe *organização* e se esta é fornecida por instrumentos normativos cogentes, imperativos, derivam eles do exercício do poder. Assim, é norma *substancialmente* constitucional aquela que identifica o *titular* do poder.

Na Constituição brasileira esse enunciado está no parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Qual o grau de eficácia jurídica desse dispositivo? Será um simples programa do legislador constituinte? Não. Ao dizer que todo o poder emana do povo, o constituinte deixa claro que o poder não emana da divindade, de uma classe ou de uma família; emana do povo.

E ao dizer “que o exerce por meio de representantes” houve a opção pelo sistema representativo. E mais: ao registrar o exercício *direto* do poder, autorizou a democracia direta por meio de instrumentos (que estudaremos mais adiante) como a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a possibilidade de impugnação de contas municipais pelos próprios municípios.

O teor dessa norma identificadora da titularidade e do exercício do poder é que permite a organização. Antes do chamado Estado de Direito, que o mundo conheceu após os movimentos de prestígio do indivíduo, corporificados nas Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, não se põe em dúvida a existência de um Estado: aquele chamado *Absoluto*. Portanto, fundava-se numa Constituição que se assentava, muitas vezes, em norma única: sempre aquela indicadora do *titular* do poder. Seu enunciado: “todo o poder emana do Soberano” ou “emana da divindade de que o Soberano é representante”.

De modo que o Constitucionalismo, como movimento, não se destinou a conferir “Constituições” aos Estados, mas, sim, a fazer com que as Constituições (os Estados) abrigassem preceitos asseguradores da tripartição das funções estatais (executiva, legislativa e judiciária) e dos direitos individuais.

Em face desse movimento, conhecido como Constitucionalismo, é que se tornou inadmissível, no plano político, a existência de um Estado que não substituísse a vontade individual (do Soberano) pela vontade geral (do povo) e que não arrolasse e garantisse direitos inerentes à própria

pessoa humana e que, ainda, não tripartisse o poder, entregando as funções estatais a órgãos distintos e independentes.

Por tudo isto que – volta-se a insistir – é *substancialmente* constitucional a norma que proclama o titular do poder. Mas não se pode negar que certos princípios foram – embora ontologicamente – sugeridos como normas de adoção obrigatória pelos Estados modernos.

Finalmente, ressaltada a questão da identificação dos *princípios*, que examinaremos a seguir, anotamos que não é relevante, juridicamente, a identificação de uma matéria constitucional e de outra que, embora na Constituição, não seria constitucional. Isto porque o critério de modificação, gerador de preceitos de porte constitucional, é o mesmo para todas as normas (com exceção daquelas que examinaremos nos próximos tópicos em que ocorre a *impossibilidade* de produção de norma constitucional sobre aquelas matérias).

Essa distinção só tem significado quando o processo de construção da norma constitucional é diversificado. Tinha relevo, por exemplo, na Constituição Imperial de 1824, cujo art. 178 prescrevia: “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”. As “formalidades referidas” eram aquelas atinentes à criação de Emendas Constitucionais, cujo processo de produção era mais árduo e solene do que o da lei ordinária.

Daí o significado jurídico, naquela Constituição, da distinção. Na vigente, tal inócorre.

5. *Interpretação da norma constitucional*

Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em *princípios* regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada, exegeticamente, essa valoração é que teremos os *princípios*. Estes, como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo.

No nosso, ressaltam o princípio federativo; o do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias indi-

viduais. Essa saliência é extraída do art. 60, § 4º, do Texto Constitucional, que impede emenda tendente a abolir tais princípios.¹⁰

Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras.

6. *Aplicabilidade da norma constitucional*

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, eficácia jurídica e eficácia social; outras, apenas eficácia jurídica.

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. *Eficácia jurídica*, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz *juridicamente*, embora não tenha sido aplicada concretamente.

Por tudo isto é que José Afonso da Silva, monografista do tema,¹¹ salienta que aplicabilidade é “a qualidade daquilo que é aplicável”.

São aplicáveis, segundo esse dizer, todas as normas constitucionais, pois todas são dotadas de eficácia jurídica.

Nesse tema José Afonso da Silva presta inegável contribuição doutrinária ao sustentar aquela eficácia, descrevendo os seus graus.

10. José Alfredo de Oliveira Baracho ensina que: “Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico”. E, invocando Hector Fix Zamudio, lembra que “a interpretação dos dispositivos constitucionais requer, por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos... Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do ordenamento jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional” (*Teoria da Constituição*, p. 54).

11. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

Insurge-se, com Vezio Crisafulli,¹² contra a concepção da doutrina americana segundo a qual certas normas, de natureza programática, somente ganhariam eficácia após a edição de lei integrativa daqueles preceitos.

No seu trabalho o ilustre Professor agrupa as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, da seguinte forma:

a) *Normas constitucionais de eficácia plena*: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Desse teor é a norma do art. 1º da Carta Constitucional: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”. Como a do art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

São normas bastantes em si, que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional.¹³

b) *Normas constitucionais de eficácia contida*: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de *normas constitucionais de eficácia reductível ou restringível*.¹⁴ Desse teor é o preceito do art. 5º, XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

O dispositivo é de aplicabilidade plena, mas sua eficácia pode ser reduzida, restringida, *nos casos e na forma que a lei estabelecer*. Enquanto não sobrevém a legislação restritiva, o princípio do livre exercício profissional é pleno.

c) *Normas constitucionais de eficácia limitada*: são aquelas que dependem “da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador

12. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*.

13. Neste sentido, vide julgado publicado na RT 636/93 e 94: “Lei – Norma constitucional – Aplicabilidade imediata – Emenda dispo do sobre a construção de acessos a deficientes físicos em edifícios e logradouros públicos – Estabelecimento de comando certo e definido e presença de todos os elementos necessários à sua aplicabilidade, e não simples enunciação de princípios e programas a serem desenvolvidos – Eficácia plena, independentemente de regulamentação ulterior.

“A norma constitucional que estabelece comando certo e definido, dispo do sobre a construção de acessos a deficientes físicos em edifícios e logradouros públicos, contendo todos os elementos necessários à sua aplicabilidade (hipótese de incidência, conteúdo e destinatário), difere das de princípios programáticos a serem desenvolvidos e, assim, tem aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação ulterior” (Ap. 106.872-1, 7ª C., j. 28.9.88, Rel. Des. Rebouças de Carvalho).

14. Conclusões de discussão levada a efeito no curso de mestrado da PUCSP.

ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”.¹⁵

São divididas, pelo aludido monografista, em *normas de princípio institutivo* e *normas de princípio programático*. Ambas de eficácia limitada. As primeiras são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional. Desse teor é a prescrição do art. 18, § 3º, da CF: “Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar”. As últimas (programáticas) são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constituinte. Desse teor é a norma do art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

São normas dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade.¹⁶

É interessante notar que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático trazem consigo, algumas, a ideia de *instituição*.

Com efeito, não se pode pensar em educação senão mediante a instituição, a organização, a formação de organismos ou órgãos que realizem tais misteres.

É importante observar que os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º têm aplicação imediata, segundo o comando expresso no § 1º do aludido dispositivo.

Significa, a nosso ver, que os princípios fundamentais ali estabelecidos podem ser invocados na sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso, de sua utilização. Caso típico é o do Mandado de Segurança Coletivo, o do *Habeas Data* e do Mandado de Injunção, que podem ser utilizados independentemente de qualquer regulamentação.

15. Ob. cit., p. 159.

16. Fornecemos breves exemplos. O estudo pode ser aprofundado com a leitura da obra já citada do Prof. José Afonso da Silva.

7. *Espécies de Constituição*

As Constituições são qualificáveis quanto à *forma*, à *origem*, à *mutabilidade*.

Quanto à *forma* podem ser escritas ou costumeiras.

São *escritas* aquelas cuja preceituação estruturadora do Estado vem documentada em um texto.¹⁷

Costumeiras são as que se fundamentam nos usos e nos costumes cristalizados pela passagem do tempo e obedecidos por aqueles aos quais se dirigem. Exemplo único, atualmente, é o da Constituição inglesa, que, entretanto, se assenta também em textos escritos, como a Magna Carta, o *Bill of Rights*, o *Petition of Rights* e o *Act of Habeas Corpus*.

Quanto à *origem*, classificam-se em *promulgadas* e *outorgadas*.

É *promulgada* aquela que se origina de Assembleia popular eleita para exercer a atividade constituinte. É *outorgada* aquela positivada por um indivíduo ou por um grupo que não recebeu do povo, diretamente, o poder para exercer a função constituinte.¹⁸

Ao longo da história constitucional brasileira, constata-se uma alternância de Constituições decorrentes de um processo democrático e outras decorrentes de um processo autoritário. Foram constituições promulgadas, também denominadas populares ou democráticas, as Cartas Constitucionais de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Já as Constituições de 1824, 1937 e 1967 apresentaram uma origem autoritária.

Quanto à *mutabilidade*, as Constituições podem ser *rigidas*, *flexíveis* ou *semirrígidas*.

É *rigida* aquela que demanda processo especial e qualificado para a sua modificação, da qual deriva a criação de norma constitucional.¹⁹

17. “As Constituições escritas, em um corpo único, nacionais e limitativas das competências, só apareceram, de forma duradoura, com o advento das ideias que, no século XVIII, influíram nas Revoluções Americana e Francesa, espalhando-se, então, por imitação desses países, pelas Américas e Europa” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 35).

18. Pode até ter-se verificado movimentação social que tenha levado àquela outorga. O que se diz é que não houve processo regular de escolha dos que positivaram a Constituição.

19. “As vantagens das Constituições rígidas são magníficas. Capacitam-nos para definir, com alguma exatidão, a competência dos poderes governamentais; previnem a possibilidade de que capricho repentino da opinião pública transforme e desarraigie o que ao todo convém manter” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 67).

É *flexível* aquela inexigente do aludido processo especial, sendo aplicável procedimento legislativo comum para sua modificação.²⁰

É *semirrígida* a que exige para modificação de parte de seus dispositivos processo especial e mais difícil do que o comum e, em outra parte, procedimento legislativo comum.²¹

A Constituição brasileira é *rigida*. Revela essa rigidez o confronto do art. 60 com o art. 47 da CF. Aquele prevê processo especial para a criação de Emenda à Constituição. Exige: a) no tocante à iniciativa, mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros; b) no tocante à discussão e votação, será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos; c) quanto ao *quorum* de votação, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros.²²

É diferente o processo de elaboração da lei comum, previsto no art. 47. Este preceitua que, “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”.

Por outro lado, a iniciativa de projeto de lei incumbe, dentre outros, a qualquer deputado ou senador, como preceitua o art. 61.

Finalmente, a sua discussão e votação se fazem em um único turno de votação.

De tudo se vê que é *mais fácil* dar início a um projeto de lei do que a um projeto de Emenda Constitucional. É mais simples discutir e aprovar o projeto de norma em um turno de votação do que em dois turnos; é mais

20. “Assim, nenhuma distinção faz entre lei constitucional e lei ordinária, quer quanto à formação, quer quanto à validade das mesmas. Os órgãos para a legislação ordinária estabelecem, por idênticos processos, aquela que tem caráter constitucional. O Parlamento pode tudo fazer, exceto transformar o homem em mulher, como diz o adágio popular, consagrando a frase jocosa de um jurista” (ob. cit., p. 51).

21. Foi semirrígida a Constituição Imperial de 1824. Veja-se seu art. 178: “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”.

22. A Lei Complementar é aprovável por maioria absoluta. Difere da Emenda à Constituição, não só em razão do *quorum* para aprovação, como também porque não se submete às demais exigências que asseguram a rigidez constitucional, como a iniciativa especial e a submissão a dois turnos de votação.

singelo obter a maioria simples para aprovação, a que alude o art. 47, do que a maioria de 3/5 exigida para aprovação de Emenda à Constituição.²³

Observe-se que todas as Constituições brasileiras foram rígidas, com exceção da Constituição de 1824, que foi semirrígida.

Capítulo II

O PODER CONSTITUINTE

1. Noções preliminares. 2. A titularidade e o exercício do Poder Constituinte. 3. Espécies de Poder Constituinte: originário e derivado. 4. Os limites da competência de reforma constitucional. 5. A revisão constitucional. 6. Recepção, repristinação e desconstitucionalização. 7. A possibilidade de revisão constitucional facilitada.

1. Noções preliminares

Ao falar-se em sociedade, fala-se em Direito. O Estado é uma sociedade. É sociedade política, de *finis políticos*. Como é de *finis comerciais* a sociedade comercial; de *finis literários* a sociedade literária; de *finis recreativos* a sociedade recreativa. Todas, porém, *juridicamente* organizadas. É o Direito que as estrutura, que lhes dá forma. O Direito corporificador da sociedade estatal instala-se em documento denominado Constituição. Nela se encontram os preceitos normativos identificadores do Estado.

Aludindo-se à sociedade, pode-se indagar quem é que tem o *poder* de estruturá-la, dar-lhe corpo, constituí-la.

Se depararmos com sociedade comercial integrada por cinco sócios, podemos dizer que estes tiveram a possibilidade de estruturá-la. De igual maneira, uma sociedade literária de 50 sócios ou uma recreativa de 100 sócios. Estes é que as fizeram nascer, constituíram-nas. Antes, inexistiam. Passaram a *ser* depois da manifestação de vontade.

Assim também ocorre com o Estado.

Somente se o pode visualizar após a manifestação de vontade daqueles que têm a força, o desejo, o *poder* de constituí-lo.

Esse é o significado do Poder Constituinte (de poder constituir): é a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social.

23. *Maioria absoluta* significa *mais da metade* dos integrantes da Casa legislativa, *maioria simples* significa *mais da metade* dos presentes à sessão, desde que presente se ache a maioria absoluta, ou seja, a maioria dos membros componentes da Casa. Exemplificando: se uma casa legislativa se compõe de 100 parlamentares, a maioria absoluta é representada por 51 membros; a maioria simples é representada por 26 membros. Nos termos constitucionais, o *quorum* exigido para instalação da sessão é o da maioria absoluta, a fim de que se possa tomar deliberações. A maioria de 3/5 é maioria qualificada, exigível para aprovação de Emenda Constitucional.

Tais noções implicam a afirmação de que este tema refoge das preocupações do jurista, dado que seu trato envolve questões anteriores ao surgimento do Estado e, portanto, anteriores ao Direito.

A doutrina não é pacífica, contudo, a propósito dessa afirmação.¹

Para os que sustentam a existência de um Direito Natural, esse poder é condicionado àquela normatividade anterior. Isto porque, anterior ao Direito Positivo, o grupo humano já tem uma ideia sobre como organizar-se, o que passa a ser o fio condutor da regração escrita. Para estes, há uma normatividade que decorre da própria estrutura íntima do homem. Se alguém é, automaticamente, titulariza direitos que não podem ser negados pelo Estado (direito à vida, à liberdade etc.). Decorrem dessa convicção os planos da *legitimidade* e da *legalidade*. Poderia, assim, verificar-se norma positiva *illegítima* (porque vulnera direitos próprios ao ser humano).²

A noção de Poder Constituinte é contemporânea à de Constituição escrita.³ Esta, por sua vez, está ligada à ideia de preservação de direitos individuais. O Abade de Sieyès foi o grande teorizador da doutrina do Poder Constituinte na obra: *Que é o terceiro Estado?*⁴ Imaginava-se que o texto escrito impedisse governos absolutistas e atitudes detrimen- tosas aos direitos individuais.

Entretanto, nada impede a cogitação de um Poder Constituinte em Estado de Constituição costumeira, como é o caso da Inglaterra (formada de

1. Discute-se para saber se o poder constituinte é um *poder de fato* – sendo, pois, força e, como tal, se impondo – ou se é um *poder de direito* – provindo, assim, de noção jurídica anterior ao Estado que estrutura – Rosah Russomano, *Curso de Direito Constitucional*, p. 32.

2. Neste passo, é preciso distinguir o *plano da cidadania* (político) do *plano científico-jurídico*. Não há dúvida de que o cientista do Direito, *cidadão*, poderá e deverá postular modificações estruturais da normatividade estatal, de molde a prestigiar e assegurar princípios enaltecendo- res do ser humano; mas isto não autoriza o *cientista do Direito* a estudar a sua ciência baseado naqueles critérios metajurídicos.

3. “No século XVIII, superando velhas doutrinas, concretizou-se o princípio de que o homem, segundo sua vontade, pode estabelecer a organização do Estado através de um corpo de regras escritas, superiores aos poderes que elas instituem” (Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Poder Constituinte do Estado-Membro*, p. 10).

4. Aricê Moacyr Amaral Santos, em primoroso estudo sobre o Poder Constituinte, ensina que: “Em seu livro *Manifesto*, empenhou-se Sieyès em salientar o anacronismo do absolutismo vigente, regime de privilégios odiosos sustentado por um injusto sistema de votação por estamentos, que fazia prevalecer a vontade da nobreza e do clero em detrimento do Terceiro Estado... O abade de Chartres, contudo, se consagrou no mundo jurídico por ter tido a primazia de conceber a existência de um poder criador da Constituição, poder estabelecido- r da organização político-jurídica do Estado, que denominou de *Poder Constituinte*. Sobre esse poder que antecede a Constituição, poder não compreendido entre os poderes constituídos, o ilustre Cura desenvolveu longamente seu pensamento nas páginas do seu citado opúsculo. Do tema ainda cuidou em estudos esparsos e em pronunciamentos feitos perante a Assembleia Nacional Francesa” (*O Poder Constituinte*, 1ª ed., p. 20).

costumes e textos escritos). O que há, nestas, é permanente manifestação constituinte, na medida em que os hábitos vão-se sedimentando para corporificar o costume. Como, de resto, verifica-se permanente manifestação constituinte nos textos escritos flexíveis. Trata-se, sempre, de expressão volitiva de grupo humano determinado, a fixar novos moldes estatais. Não se lhes pode negar – aos costumes e aos textos escritos flexíveis – o haverem nascido da manifestação de alguém ou alguns que detêm o poder de constituir o Estado.

2. A titularidade e o exercício do Poder Constituinte

Costuma-se distinguir a *titularidade* e o *exercício* do Poder Constituinte. Com isto quer-se significar que o *titular* nem sempre é o *exercente* desse poder.

O titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, edita a Constituição. Esse exercício pode dar-se por vias diversas: a) pela eleição de representantes populares que integram “uma Assembleia Constituinte”; ou b) pela revolução, quando um grupo exerce aquele poder sem manifestação direta do agrupamento humano.⁵

Na verdade, a distinção tem natureza meramente acadêmica, uma vez que o conceito de “povo” só é apurável a partir da ordem jurídica. É esta definidora dessa expressão. Assim, na Constituição brasileira, integrante do povo é aquele catalogado no seu art. 12:

“Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II – naturalizados:

5. O Ato Institucional de 9.4.64, depois sob n. 1, no seu preâmbulo fixou-se nessas ideias ao dizer: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução... Os chefes da revolução vitoriosa... representam o povo e em seu nome exercem o poder constituinte, de que o povo é o único titular”.

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º. Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º. A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º. São privativos de brasileiro nato os cargos:

I – de Presidente e Vice-Presidente da República;

II – de Presidente da Câmara dos Deputados;

III – de Presidente do Senado Federal;

IV – de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V – da carreira diplomática;

VI – de oficial das Forças Armadas.

VII – de Ministro de Estado da Defesa.”

Se a Constituição é emanção do Poder Constituinte, não há, antes dela, o “povo”, segundo concepção jurídico-positiva. Salvo se tomar-se como “povo” a definição dada por uma ordem jurídica anterior. Isto, aliás, é o que costuma ocorrer quando se trata de eleição popular instituidora de Assembleia Constituinte. Não, porém, quando se cuida de grupo que, titularizando a força, assume o poder e o exercita de maneira ilimitada. Nesta última hipótese fica difícil manter a distinção doutrinária entre *titularidade* e *exercício*.

O grupo que assume o poder fora dos parâmetros da Constituição vigente é juridicamente usurpador. Pode não sê-lo *de fato*, por receber integral apoio da vontade popular. Mas o rompimento da ordem jurídica o categoriza, juridicamente, como tal.

Em face destas razões, insistimos que é de pouco significado aquela distinção, pois, muitas vezes, podem confundir-se numa mesma figura o *titular* e o *exercente* do Poder Constituinte.

3. *Espécies de Poder Constituinte: originário e derivado*

É consequência da manifestação constituinte a produção de normas constitucionais. Algumas têm caráter originário; outras, por derivação. Daí

a distinção entre poder constituinte originário (ou inicial, inaugural) e poder constituinte derivado (ou constituído, instituído, secundário ou de segundo grau). Quanto a este último, um deles se destina à reforma do texto; outro se destina a instituir coletividade (o exercido pelos Estados federados).

Tratemos do *poder constituinte originário*.

Visa a criar o Estado. Antes dessa manifestação, o Estado, tal como veio a ser positivado, não existia. *Existe, é*, a partir da Constituição.

Ressalte-se a ideia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado.

O suporte da Constituição de 1946 deixou de ser a Assembleia Popular daquele ano; sua fonte geradora passou a ser o Ato Institucional de 9.4.64.⁶

Como todo movimento inaugural, não há limitações à sua atividade. *Materialmente*, o constituinte estabelecerá a preceituação que entender mais adequada; criará Estado Unitário ou Federal; estabelecerá forma republicana ou monárquica de governo; fixará sistema de governo, parlamentar, presidencial ou diretorial; dirá como se distribui o exercício do poder, descreverá e assegurará, ou não, direitos reputados individuais. Enfim, criará o Estado mediante atuação ilimitada do poder. Quanto à *forma* de produção constituinte, os exercentes do poder, seja pela via revolucionária (quando a forma de atuação jamais vem a público), seja pela via de Assembleia, é que estabelecerão tal procedimento.

Um caso de limitação da atividade da Assembleia Constituinte pode ser aventado: quando os concedentes do exercício constituinte já delimitam, na concessão, certas matérias como de adoção obrigatória e, também,

6. É preciso buscar o fundamento fático do novo texto. Por exemplo, a Constituição de 18.9.46 emanou de Assembleia Constituinte. Nesta encontrava ela a sua origem. A partir de abril de 1964 continuou a vigorar. Já agora, porém, fundada em manifestação de novo grupo constituinte que editou em 9.4.64 ato institucional que teve “força” suficiente para dizer: “São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato” (art. 1º).

a forma de procedimento para produção constituinte. De qualquer maneira, a limitação se dirige à atividade da Assembleia Constituinte, mas ela iniciou-se no momento em que houve a escolha dos seus representantes. Assim, a restrição não é à atividade constituinte, mas ao órgão que irá desenvolvê-la em sequência à manifestação popular.

Diante destas razões é que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como inicial, autônomo e incondicionado. Não há dúvida, também, de que o constituinte está limitado pelas forças materiais que o levaram à manifestação inauguradora do Estado. Fatores ideológicos, econômicos, o pensamento dominante da comunidade, enfim, é que acabam por determinar a atuação do constituinte.

“A Assembleia Nacional Constituinte pode tudo em tese, mas quando se reúne traz já compromissos indeclináveis emanados de suas origens sociais, políticas e ideológicas. E esses compromissos evidentemente lhe estreitam o espaço de ação, sem todavia desfalcá-la das qualidades de grande fórum e plenário insubstituível de uma vontade nacional em busca de consenso”.⁷

Examinemos, agora, o *poder constituinte derivado*.

Em primeiro lugar, verifiquemos aquele que se destina à *reforma* do texto constitucional.

Este é denominado de *poder reformador*.⁸

Diferentemente do originário, que é *poder de fato*, o poder de reforma constitucional é jurídico.⁹

De fato, o constituinte originário, ao criar sua obra, fixa a possibilidade de sua reforma.

As Constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas. Pode-se até questionar sobre a adequada rotulação: se *poder constituinte* ou *competência reformadora*. É certo que, por força da reforma, criam-se normas constitucionais. Já agora, entretanto, a produção dessa normatividade não é emanção direta da soberania popular, mas indireta, como também ocorre no caso da formulação da normatividade secundária (leis, decretos, sentenças judiciais). No caso da edição de lei,

7. Paulo Bonavides, “Quem tem medo da Constituinte?”, artigo publicado no “Folhetim”, da *Folha de S. Paulo*, de 26.7.81, p. 5.

8. Celso R. Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 62.

9. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 173.

por exemplo, também há derivação indireta da soberania popular. Nem por isso se aludirá a um “Poder Constituinte Originário”.

Parece-nos mais conveniente reservar a expressão “Poder Constituinte” para o caso de emanção normativa *direta* da soberania popular. O mais é fixação de *competências*: a *reformadora* (capaz de modificar a Constituição); a *ordinária* (capaz de editar a normatividade infraconstitucional).

É apropriado, assim, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como *competência reformadora*.

Sendo tal competência derivada da atividade constituinte originária, esta lhe impõe limitações.

4. Os limites da competência de reforma constitucional

A competência reformadora se corporifica por meio de instrumento chamado Emenda à Constituição (art. 59, I).

Como já dissemos, essa atividade criadora de norma constitucional é submetida a limitações impostas pela manifestação constituinte prévia.

O Congresso Nacional é o exercente dessa competência.

Localizamos, na Constituição, três limitações condicionadoras: a) procedimental; b) material; e c) circunstancial.

O *procedimento* de elaboração da Emenda à Constituição obedece aos seguintes pressupostos: a) a iniciativa é conferida ao Presidente da República ou a um terço de deputados federais, ou a um terço de senadores e, ainda, por proposta de mais de metade das Assembleias Legislativas estaduais (art. 60); b) a proposta é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois momentos distintos (chamados turnos de votação); discutida e aprovada em um turno, volta a sê-lo em outro turno de discussão e votação (art. 60, § 2º); c) sua aprovação demanda 3/5 dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 60, § 2º); d) não há sanção; há promulgação efetivada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 60, § 3º).

Este procedimento há de ser rigorosamente obedecido, sob pena de inconstitucionalidade em razão de desobediência à forma.

Obedecido o procedimento, há condicionantes relativas ao conteúdo, à *matéria*.

Estas vedações são explícitas e implícitas.

São *explícitas* as que impedem a alteração da Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garan-

tias individuais. Não se permite nem mesmo deliberação sobre proposta de emenda tendente a aboli-las.

“Na verdade, qualquer proposta que indiretamente, remotamente ou por consequência tenda a abolir a Federação é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação”.¹⁰

Portanto, a proibição de discutir tais *matérias* é limitação *explícita* à atividade reformadora.

São *implícitas* as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições. Não teria sentido emenda que suprimisse o disposto no § 4º do art. 60 da CF. Outra vedação implícita é a impediente de reforma constitucional que reduza as competências dos Estados federados. Assim, não é permitido ao exercente da competência reformadora localizar as competências residuais dos Estados e, por emenda aditiva, acrescentá-las às da União ou do Município, pois isto *tende* a abolir a Federação. É que, em dado instante, o texto constitucional, embora mantivesse intacta a sua letra, estaria substancialmente modificado na medida em que os Estados federados não tivessem nenhuma competência.

Também se veda, *implicitamente*, alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos, dado que a *temporiedade* daqueles é assento do princípio republicano.

Finalmente, é proibição *implícita* aquela atinente ao procedimento de criação da norma constitucional, em nível derivado. Isto porque o constituinte estabeleceu procedimento rígido para a reforma e em grau determinado. Não pode o órgão a quem se atribuiu a competência reformadora modificar o critério de rigidez estabelecido pelo legislador constituinte.

Cuidemos, agora, das vedações circunstanciais.

O § 1º do art. 60 impede Emenda Constitucional na vigência de estado de sítio ou estado de defesa e intervenção Federal.

Significa: nas *circunstâncias* do estado de sítio, ou do estado de defesa ou da intervenção federal, impede-se reforma.

O constituinte esteve atento ao fato de que a reforma constitucional é matéria de relevância inquestionável e, por isso, não pode ocorrer em instantes de conturbação nacional.

O constituinte exige serenidade, equilíbrio, a fim de que a produção constitucional derive do bom senso e de apurada meditação.

10. Geraldo Ataliba, *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*, vol. 3, p. 12.

O estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal afastam, necessariamente, esses pressupostos, gerando a preocupação e a instabilidade na condução dos negócios governativos. Daí a proibição de natureza circunstancial.

5. A revisão constitucional

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu a possibilidade de revisão constitucional após cinco anos contados da promulgação da Constituição. Portanto, após 5 de outubro de 1993. Esclareça-se que a revisão não precisaria ocorrer, necessariamente, no 5º ano, mas após cinco anos. Poderia ser em seis, dez, vinte ou trinta anos. O art. 3º do ADCT deixou a escolha do momento revisional à discricção e competência exclusiva do Congresso Nacional.

Impõe-se uma primeira pergunta: qual a diferença entre a competência reformadora, via Emenda à Constituição, e a reforma, via revisão?

A Emenda à Constituição exige aprovação por quórum qualificado de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional. Exige-se, ainda, que a aprovação se dê em dois turnos de discussão e votação, sempre na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O sistema, portanto, de discussão e votação de Emenda à Constituição se dá com obediência ao sistema bicameral de nosso Poder Legislativo.

A revisão constitucional, diferentemente, deu-se com exigência de menor quórum: maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. E em sessão unicameral. Significa: deputados e senadores, durante a revisão, eram simplesmente revisores, e o seu voto tinha um mesmo valor. O voto do senador não tinha maior peso que o do deputado, como acontece no caso da Emenda à Constituição, em face da bicameralidade.

Outra pergunta: quais os limites da revisão constitucional? A nosso ver, eram os mesmos impostos à Emenda à Constituição, ou seja, os limites estão estabelecidos no art. 60, § 4º, da CF. A diferença, reiteramos, estava no processo de criação da norma constitucional por meio da revisão, tal como antes descrito.

Registramos, contudo, a existência de várias correntes doutrinárias sobre essa matéria. Uma delas sustentava a ilimitação da competência revisora (José Afonso da Silva); outra sustentou limitação maior: que a revisão somente seria admitida se o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT modificasse a forma ou o sistema de governo (Geraldo Ataliba e Paulo Bonavides), o que não ocorreu.

proposta de parlamentarismo, no país, se adotada a tese da intocabilidade absoluta da separação de Poderes estabelecida no art. 60, § 4º, III. Afinal, a Constituição, ao estabelecer o princípio da imutabilidade da tripartição do Poder, estaria aludindo à separação tal como positivada no Texto Magno. Não da separação de Poderes adotada nos Estados Unidos ou na Argentina. Nem em Constituições anteriores. Mas *desta* separação, tal como positivada pelo constituinte de 1988, em que Legislativo legisla, Executivo executa e Judiciário julga. No parlamentarismo, sabidamente, parcela da atividade executiva é transferida para o Legislativo. Confesso que já tive simpatia e cheguei a adotar essa tese da invariabilidade absoluta do princípio tripartidor do Poder. Mas a vivência política, o trato com os problemas nacionais, com o cotidiano administrativo e, especialmente, com a necessidade de mancha da Constituição, sem a necessidade de convocação de uma Constituinte, levaram-me a flexibilizar tal conceituação. Por isto que (estou apenas exemplificando), se um dia optarmos por regime parlamentar de governo, vejo mantido o conteúdo, o princípio, as vigas mestras da separação de Poderes – e por isso, a intocabilidade do princípio insculpido no art. 60, § 4º, III.

Em face da distinção entre cláusulas pétreas *explícitas* e *implícitas* e da flexibilização que a elas se deu, passei a adotar a tese do *conteúdo conceitual* das cláusulas pétreas *explícitas* (CF, art. 60, § 4º) ou *implícitas*. Seja: se no caso das *cláusulas explícitas* sustento que não há violação principiológica desde que mantido o *conceito* adotado pelo constituinte, também não vejo nas *cláusulas pétreas implícitas* agressão à rigidez constitucional se o *princípio* se mantiver intacto.

Tudo isto para salientar que continuará inalterado o processo de modificação constitucional, “*petrificado*” *implicitamente*, se a rigidez, ou seja, o processo especial, qualificado, dificultoso, diferenciado em relação às leis ordinárias e complementares, for mantido.

A regra do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo a qual *o poder emana do povo*, tem duas significações: uma, a de indicar quem é o titular do poder que fez editar a Constituição; outra, a de indicar um poder constituinte latente que pode ser convocado para convalidar atos regulares, autorizados pela Constituição, ou outros que, embora constantes de cláusulas pétreas, possam ser alterados sem que se revogue o *princípio* nelas contido.

Acrescente-se dado novo da Constituição Federal de 5.10.1988. Não adotou, ela, exclusivamente, o princípio da representação popular, ou seja da democracia indireta. As Constituições anteriores adotaram-no. Naquelas talvez fosse possível argumentar com a impossibilidade do *exercício*

direto do poder – e, portanto, a norma (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes”) se esgotaria na afirmação de que o dispositivo apenas indicou quem foi o *titular* do poder de editar a Constituição. Nas Constituições anteriores, portanto, o povo criou o Estado mas entregou o *exercício* do poder, por inteiro, aos representantes eleitos. Aqui, não. A Constituição Federal, no art. 1º, parágrafo único, fixou: “Todo o poder emana do povo, *que o exerce* por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição”.

Portanto, não apenas a *titularidade*, mas também o *exercício* do poder está entregue ao povo.

Adotou-se a tese das democracias diretas amalgamada com a indireta ou representativa. De um lado, o povo, *exercendo* diretamente o poder; de outro, o representante eleito pelo *titular* do poder para *também* exercê-lo. As vias para o exercício *direto* desse poder (“nos termos desta Constituição”) são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular para a apresentação desses projetos. Não é sem razão que esses institutos estão no capítulo que trata da soberania popular (Título I, Capítulo IV, art. 14).

Diferença sutil, pouco notada, mas de importância inquestionável.

Nosso pranteado jurista Celso Bastos, no seu *A Reforma da Constituição: em Defesa da Revisão Constitucional*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no seu *Constituição e Governabilidade* (Ed. Saraiva), e Aléxis Vargas, em dissertação de Mestrado na PUC/SP com o título *O Princípio da Soberania Popular: seu Significado e Conteúdo Jurídico*, sustentam a possibilidade da *revisão constitucional facilitada*, dizendo eu que é fundamental submetê-la a referendo popular para que o povo, titular do poder constituinte originário, diga se está, ou não, de acordo com o texto revisado. Ou seja: embora se reduza o quórum de aprovação para maioria absoluta, estabelece-se uma grande dificuldade, que é a necessidade de aprovação popular do projeto de Constituição.

A ideia de processo especial e qualificado com maioria especial de 3/5 para modificação constitucional impõe uma dificuldade não encontrável no caso das leis complementares e ordinárias. Se eliminarmos a maioria de 3/5 mas adicionarmos a extrema dificuldade da aprovação popular, estaremos mantendo o processo mais dificultoso para emenda à Constituição – e, portanto, o mesmo *conteúdo conceitual* dessa cláusula pétrea implícita. E a autorização para esse raciocínio está na nossa crença de que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal fixou a possibilidade do exercício do poder constituinte diretamente pelo povo.