

RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAL

André Rodrigues Espínola. Advogado.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas épocas mais remotas as constituições eram ditas eternas, isto é, o poder constituinte era acionado apenas uma única vez, tornando-se a vontade dali emanada imutável.

Na Grécia Antiga consoante nos ensina UADI LAMMÊGO BULOS,

“Licurgo quis tornar as leis de Esparta imutáveis e eternas, fazendo todos os seus concidadãos – governantes e governados – jurarem mantê-las inalteradas durante sua viagem para Delfos, a fim de consultar o oráculo sobre as instituições que fundara. Obtendo de Apolo a resposta de que suas leis eram perfeitas, não retornou à sua pátria, e pôs fim aos seus dias, exigindo do seu povo o cumprimento da promessa de manter imodificadas as suas leis.” (1997:1)

Tem-se notícia, que o Código de Hamurabi foi a mais viva expressão das constituições permanentes. Não é difícil perceber isso quando se analisa alguma de suas passagens: *“ Nos dias que não de vir, e para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre o meu obelisco. Ele não alterará o direito do estado, por mim formulado, ou as leis, por mim promulgadas, nem danificará as minhas esculturas. ”*

É de bom alvitre ressaltar que a nossa Carta Magna de 1824 trazia, em sua estrutura, caracteres de imutabilidade relativa, ou melhor, estabelecia limites temporais para que o legislador constituinte pudesse reformá-la. O seu artigo 174, assim determinava: *“Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser*

apoiada por terça parte delles.”

Por outro lado, temos na Carta Constitucional Francesa de 1793 um paradigma de evolução, no que concerne à mudança de normas constitucionais. O seu artigo 28 assim declarava: *“Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar a sua Constituição. Uma geração não pode submeter as suas leis às gerações futuras.”*

Nos tempos hodiernos, nota-se facilmente que a “Teoria das Constituições” eternas já não logra respaldo na doutrina constitucional, pois a idéia de imutabilidade já é debate superado. Diante das evoluções sociais, políticas e econômicas, seria obsoleta a prática de tentar condicionar o Poder Constituinte de tempos pretéritos ao Poder Constituinte de tempos ulteriores.

A dinâmica social cambiante, a todo instante criando novas situações, necessidades e exigências, acaba por detonar mudanças constitucionais, ainda que haja resistência, através das interpretações jurisprudenciais, costumes, atos revolucionários, etc. Isso acontece fatalmente, pois chega o tempo em que o ordenamento constitucional e a conjuntura sociopolítica começam a trilhar caminhos diversos, “criando”, desta forma, uma carta política totalmente superada, sem vida, totalmente desprovida de qualquer aplicação prática.

Faz-se mister, esclarecer, desde logo, que nem sempre mutabilidade e instabilidade possuem pontos de contato. Insta ressaltar, que a estabilidade e mudança são componentes imprescindíveis do conceito de rigidez constitucional, perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados, do qual extrai-se como corolário, o princípio basilar do Direito Constitucional Moderno: Supremacia Constitucional.

Ora, sendo a Constituição a manifestação legal suprema de um Estado, regulando a sua organização política e jurídica, seria uma aberração pensar em uma Carta Magna instável, precária, insegura, comprometedora das suas instituições, dos direitos e garantias individuais e coletivos. Por isso, falar-se em estabilidade adstrita às transformações do fato social.

Dessa forma, somos levados a crer que as constituições representam verdadeiros organismos vivos que nascem, desenvolvem-se, amadurecem, sempre de prontidão para acompanhar a evolução da realidade social mutante.

Perfilhando essa linha de pensamento, Ana Cândida da Cunha Ferraz, ao reportar-se sobre o assunto, cita George Burdeau: ***“Uma constituição não se conserva como um momento histórico. É***

explorando as possibilidades que ela oferece aos governantes de agir regularmente que se pode mantê-la entre as regras vivas”.
(1986:06)

1.1 SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Antes de mais nada, faz-se necessário classificar as constituições quanto a sua estabilidade.

No conceito de José Afonso da Silva (1997: 45/6), rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares. Ao contrário, a constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador seguindo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível.

A rigidez das normas constitucionais tem por escopo dificultar o processo reformador da Constituição, assegurando a estabilidade constitucional, resguardando os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências e primando pela proteção das instituições, ou seja, toca-se no Texto Supremo apenas em caso de urgência e necessidade.

Como já fora salientado outrora, a constituição rígida é a lei fundamental, a lei suprema, ou melhor, a lei das leis de um Estado. Sendo assim, todas as leis estabelecem com ela um grau de subordinação, não podendo de forma alguma ir de encontro aos seus dispositivos, pelo simples fato de ela emanar de um poder que constitui os demais, que é o Poder Constituinte.

Dessa forma, não é tarefa difícil perceber que a Constituição encontra-se no vértice da pirâmide jurídica de Kelsen inaugurando o Estado, definindo seu regime político, a sua forma de governo, a organização dos poderes, os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais, enfim, fornecendo os fundamentos de validade aos microssistemas jurídicos e orientando a conduta política dos entes estatais e direcionando, na interpretação sistemática, a elaboração dos estatutos legais que regram as relações intersubjetivas dos cidadãos.

Enfim, entender como algumas Constituições podem mudar via legislador ordinário de forma livre, sem maiores solenidades, e outras reclamam um processo legislativo mais solene e dificultoso, pode le-

var os mais desavisados a pensar que só as constituições rígidas é que possuem estabilidade, o que é absolutamente errôneo. Nada melhor que exemplos práticos para esclarecer o ponto.

O professor Uadi Lammêgo Bulos (1997:76) ao contemplar o assunto, nos remete ao pensamento de J.H. Meireles Teixeira, que algumas Constituições, a exemplo das histórico-costumeiras, apresentam uma estabilidade que lhes advêm da sua própria natureza, de sua lenta formação, da sua progressiva adaptação às necessidades políticas e sociais e da educação política do povo ao qual se aplicam. Trata-se de estabilidade real, autêntica, ao passo que as cartas escritas, dogmáticas, por faltar-lhes aquelas condições, procuram criar, artificialmente, uma estabilidade técnica ao consagrar processos jurídicos complicados, difíceis, demorados e solenes de reforma.

A Carta Inglesa é um exemplo consagrado de Constituição histórico-costumeira, sendo por sua vez, uma constituição flexível, dotada de uma estabilidade natural capaz de resistir aos diversos impactos, que porventura venham ocorrer, ocasionados por crises políticas e sociais. É o que alguns autores chamam de estabilidade sociológica, ao contrário da estabilidade legal, que é forçada, artificial, imposta. As Constituições rígidas, como é o caso do Brasil, muitas vezes, apresentam uma estabilidade política muito menor do que as Cartas flexíveis, pois não apresentam uma perfeita adequação entre a constituição e a conjuntura social e política.

Isto posto, não podemos deixar adormecida a importante diferença existente entre supremacia formal e supremacia material. A supremacia formal decorre da mera superioridade, institucionalmente configurada, da eficácia obrigatória e validade superior do texto constitucional. A segunda resulta do reconhecimento dessa conformação nas relações sociais, conferindo efetividade à supremacia da lei fundamental na prática social.

2. O PODER CONSTITUINTE

Antes de adentrarmos no tema, seria de boa técnica discorrermos acerca do Poder Constituinte, ressaltando suas nuances e raízes históricas.

2.1. REMISSÕES HISTÓRICAS

Perlustrando-se a gênese da doutrina do Poder Constituinte, observamos que é a partir do século XVIII, com a “explosão” das grandes revoluções, Revolução Inglesa-1688; Revolução Americana-1776 e Revolução Francesa-1789, influenciando decisivamente o surgimento do Estado Constitucional Moderno, nascendo uma teoria do Poder Constituinte, e com ela, a noção de legitimidade do poder, conduzindo à elaboração de constituições formais com características modernas.

Urge salientar que, conforme nos ensina PAULO BONAVIDES, **“o Poder Constituinte e a sua teoria são coisas distintas. Poder Constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização”**. (1980:135)

Dessa forma, infere-se do pensamento do mestre, que o Poder Constituinte possui raízes na Antigüidade, pois, a medida em que as comunidades iam se formando, fazia-se necessário o estabelecimento de normas fundamentais de organização.

Na Grécia Antiga, observamos o fomento da idéia diferencial entre leis que versam sobre a organização da política do Estado e as demais. Aristóteles, em sua relevante obra, *Política*, distinguia tais leis, ou melhor, já acusava a existência de leis constitucionais e não constitucionais, estas modernamente chamadas de leis ordinárias. Vale ressaltar, que esta distinção era com relação ao conteúdo e não quanto à forma de elaboração.

No pensamento medieval, encontramos situação análoga. Defendia-se a tese de que as normas que dispusessem sobre a organização fundamental do Estado seriam superiores às demais. Ainda no período medieval, não podemos deixar de citar a doutrina Pactista Medieval, que afirmava que o poder político era decorrência de um consentimento tacitamente manifestado, isto é, o governo vinha de Deus.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, só que de forma mais aprofundada, surge na França a doutrina das Leis Fundamentais do Reino. Essa doutrina tinha por escopo fulcrar as declarações de nulidades de atos e acordos politicamente lesivos, praticados e firmados pelos monarcas. Sendo assim, todos os atos praticados em desacordo com as leis fundamentais, que eram superiores ao próprio monarca, seriam supostamente nulos.

Outro aspecto relevante nessa doutrina é o surgimento da idéia

de que essas leis fundamentais do reino eram mutáveis, contrapondo à idéia predominante de imutabilidade. A modificação de tais leis seria feita por um processo especial, ou seja, a reunião dos Estados Gerais – Clero, Nobreza e Povo.

Malgrado tenha essa doutrina aproximado-se da visão temática do século XVIII, insta ressaltar que durante todo esse tempo nenhum legalista teve o esmero de identificar, nessas leis, a ação de um poder especial anterior às mesmas.

Surgem no século XVI, alcançando maiores relevos no século XVIII, as doutrinas do Contrato Social. Não obstante as divergências - quanto à fundamentação do contrato social, as suas conseqüências e o interesse que moveu os homens a se acordarem em sociedade - existentes entre os autores que tratavam do tema, existia entre eles uma idéia comum: o perfeito entendimento de que a sociedade só lograria êxito se esta fosse entendida aprioristicamente como derivada de um acordo entre os homens, espontaneamente anuído entre eles, portanto, um contrato onde não haveria de se falar em cláusulas prejudiciais aos contratantes.

É de bom alvitre advertir que os seguidores do contrato social enxergavam o acordo de vontades como a fonte da sociedade. Já na doutrina Pactista Medieval, o acordo de vontades era visto como fonte do governo.

Os maiores expoentes desta corrente doutrinária foram: **Thomas Hobbes**, com *Leviatã*; **John Locke**, com *Segundo Tratado do Governo Civil*; e **Jean-Jacques Rousseau**, com *Contrato Social*. Sendo a doutrina do Contrato Social a última etapa antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito dos seus principais filósofos.

Segundo os ensinamentos de LEONEL ITAUSSU ALMEIDA MELLO,

“o contrato social de John Locke em nada se assemelha ao contrato hobbesiano. Em Hobbes, os homens firmam entre si um pacto de submissão pelo qual, visando a preservação de suas vidas, transferem a um terceiro (homem ou assembléia) a força coercitiva da comunidade, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança do Estado-Leviatã. Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos

bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.” (1995:86)

É com Rousseau que a doutrina do contrato social chega ao seu clímax, sendo o seu pensamento considerado o mais próximo da doutrina do Poder Constituinte. O filósofo, de pronto, já inicia sua obra, *Contrato Social*, afirmando que **“o homem nasce livre e em toda a parte encontra-se a ferros”**. Para ele, a liberdade de um povo só será fato notório se houver igualdade na elaboração de suas leis, de tal modo que a sua observância seja encarada como uma submissão à deliberação de cada cidadão como parte do poder soberano. Dessa forma, sustenta que o contrato social estrutura a sociedade e cria o governo, este atuando em exercício representativo por força da vontade geral do povo, que vem a ser, exatamente, a vontade da maioria.

Em 1778, surge, na França, a doutrina do Poder Constituinte, elaborada pelo Abade, pensador e revolucionário, Emanuel Joseph Sieyès.

Poucos meses antes do início da Revolução Francesa, Sieyès publicou um “panfleto” intitulado *Qu’ est-ce que le tiers État?* – que, na visão do professor Celso Ribeiro Bastos (1990:20), “foi um dos mais famosos estopins revolucionários, representando um verdadeiro manifesto de reivindicações da burguesia na sua luta contra o privilégio e o absolutismo”.

O opúsculo publicado pelo Abade foi de grande importância para a eclosão da Revolução Francesa e, mais tarde, serviu de base para o estabelecimento dos mais importantes diplomas do movimento revolucionário. Ou melhor, Siéyes, aliado a Napoleão Bonaparte, foi o idealizador, no plano político e constitucional, das instituições que permitiram a consagração do manifesto francês.

O escrito do pensador francês, como já fora citado, tinha por título um questionamento: Que é o terceiro Estado? – desenvolvendo-se com outras três indagações: **“Que tem sido o terceiro Estado?”** – **“Que é?”** – **“Que pretende ser?”**

Naquela época o absolutismo francês caracterizava-se por apresentar uma sociedade estamentária, formada por Primeiro, Segundo e Terceiro Estados, compostos respectivamente pelo clero, nobreza e povo, este último representando a classe burguesa. Esta classe não contava com quaisquer privilégios, pois, encontrava-se sobrestada pelas demais classes. Partindo desta flagrante desigualdade, Sieyès demonstra total repúdio às classes detentoras de regalias. Fundamenta

seu discurso no fato de que o Terceiro Estado desempenhava todas as atividades essenciais à sobrevivência de uma comunidade, não tendo, em contrapartida, sequer o direito de representação na assembleia francesa. Por tudo isso, o Terceiro Estado representa um estado decaído, sem representatividade e sem dignidade reconhecida institucionalmente. Por outro lado, era este estado decaído que produzia a riqueza nacional com seu trabalho, chegando Sieyès a concluir que se a nobreza e o clero desaparecessem, nada mudaria na vida da França em termos de produção de riqueza.

Sendo assim, o revolucionário francês lutava por uma sociedade mais justa e igualitária, onde a burguesia pudesse escolher seus representantes dentre os seus cidadãos, em número igual ao das outras classes, postulando, ainda, que a votação dos Estados gerais fosse feita por cabeça e não por ordem, como era de costume.

Outrossim, Sieyès entra para a história do Direito Constitucional por ter inaugurado a Teoria da Legitimação do Poder Constituinte e distinguido este do Poder Constituído, que foi o ponto culminante do seu pensamento. Foi reconhecido pela maioria da doutrina, não obstante alguns, como Marcelo Caetano, defenderem a tese de que esta diferenciação já estava implicitamente agasalhada no pensamento de John Locke, como também, nos Estados Unidos da América.

Segundo Sieyès, todo Estado deve ter uma Constituição, oriunda de um poder especial, anterior à mesma, chamado de Poder Constituinte. Ele é célula-mãe dos Poderes do Estado e dos Poderes Constituídos, sendo superior a estes. Ora, se o Poder Constituinte, ao mesmo tempo em que estabelece a constituição, cria poderes para gerir os interesses da comunidade, parece lógico afirmar, que, segundo acentua MANOEL ANTÔNIO GONÇALVES FERREIRA FILHO (1999:15), **“esses poderes são constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles”**.

Por tudo isso, diz-se que o Poder Constituinte é o suporte lógico de toda constituição, ou melhor, é a justificativa de sua superioridade, que, sendo projetada no mundo jurídico por este Poder, não pode ser alterada pelos Poderes Constituídos, visto que, estes são obra daquele, funcionando a Constituição como um veículo de ligação entre os dois poderes. O Poder Constituinte, segundo Sieyès, tem como titular a Nação.

Para ele, Povo e Nação não eram coisas distintas. O povo representava um conjunto de pessoas reunidas, submetidas a um po-

der. Já no conceito de Nação, a idéia de conjunto assumiria uma maior amplitude, isto é, envolveria, além do indivíduo, seus interesses, englobando sua generalidade – o poder soberano seria exercido de forma ilimitada por toda a comunidade e sua permanência – conservação dos interesses das gerações futuras, que não podem ficar ameaçados por interesses transitórios concernentes a um grupo de indivíduos.

Ressalte-se, entretanto, consoante os ensinamentos do professor CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO (1993:59), para chegar a distinção entre *Pouvoir Constituant* (*potesta constituens*) e os *Pouvoirs Constitués* (*potesta constituta*), iniciou seu raciocínio analisando a forma representativa de governo. Diz o autor:

“Para explicar o problema da representatividade, de suma importância em se tratando de Poder Constituinte, analisa a formação das sociedades políticas, dividindo em três etapas distintas: na primeira época, concebe-se um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados, diz ele, que querem reunir-se. Por este fato já formam uma nação. Esta primeira época está caracterizada pelo jogo das vontades individuais. A segunda época está caracterizada pela ação da vontade comum. Os associados, continua Sieyès, querem dar consistência a sua união. Faz falta uma vontade comum. Sem unidade de vontade não se chegaria a formar um todo capaz de querer e atuar. É a origem do que ele chama de governo exercido por procuração. Finalmente, a terceira época: aqui não é mais a vontade comum real a que opera e, sim, uma vontade representativa”.

Por fim, segundo CELSO RIBEIRO BASTOS (1989:21), ***“a criação de um corpo de representantes necessita de uma constituição, na qual sejam definidos os seus órgãos, as suas formas, as funções que lhe são destinadas e os meios para exercê-los”.*** Conseqüentemente, é da necessidade de se ter uma constituição que surge o Poder Constituinte, atuando de forma ilimitada, inicial e incondicionada.

É de bom alvitre deixar registrado que o manifesto de Sieyès, proporcionalmente, segundo a maioria da doutrina, está para a Revolução Francesa, assim como o de Marx está para a Revolução Russa.

Sendo assim, podemos resumir o pensamento de Sieyès em dois pontos capitais, norteadores do seu raciocínio: sob o ângulo político, procurou defender os interesses burgueses frente a um Estado

estamentário, no qual esta classe era considerada inexpressiva, pois não lhe dispensavam maiores considerações. Sob o ângulo teórico, foi o responsável pela criação da doutrina do Poder Constituinte, e ainda assim, foi um dos pioneiros na elucubração do controle de constitucionalidade das leis, garantia da supremacia constitucional.

2.2. O PODER CONSTITUINTE NA SUA CONCEPÇÃO ATUAL

2.2.1. Poder Constituinte Originário

A doutrina nos ensina que o Poder Constituinte é o único dotado de competência para criar, modificar e complementar a organização fundamental de um Estado.

Dessa forma, levando-se em consideração a participação efetiva do Poder Constituinte na estruturação do Estado, a doutrina divide-o em dois tipos distintos: O Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Instituído.

Segundo o mestre CARLOS SANCHEZ VIAMONTE (1957 : 575):

***“o que na maioria dos professores de Direito denomina poder constituinte originário e poder constituinte derivado são mais, propriamente, duas etapas de um mesmo poder – a etapa da primogeneidade e a etapa de continuidade, respectivamente. Assim, os poderes originário e derivado não seriam distintos substancialmente, senão um mesmo poder que aparece e se manifesta em dois períodos distintos da vida institucional: o nascimento e a reforma.*”**

O Poder Constituinte Originário, ou ainda, poder fundacional, genuíno, primário, de primeiro grau, inalienável; é aquele que estabelece a Constituição de forma ilimitada e incondicionada, o que significa dizer, que preexiste a qualquer ordenamento jurídico positivo.

Quanto a sua titularidade, pondera BORDEAU (1980:85) : ***“o titular do Poder Constituinte pode ser o povo, ou um chefe de Estado de cuja vontade emane o ato constituinte de elaborar uma Constituição”.***

Não podemos deixar de atentar, para o fato de que a titularidade e o exercício do Poder Constituinte Inicial, apesar de apresentarem

pontos comuns, representam faces distintas de uma mesma moeda. Acertadamente, JORGE REINALDO VANOSSI (1975:277) salienta que **“o problema da titularidade do Poder Constituinte não é um problema do direito positivo e, nem sequer, é um problema jurídico”**, ou seja, é um assunto de cunho ideológico, não cabendo à Ciência do Direito solucioná-lo.

Vale salientar, que na doutrina, existe grande discussão acerca da amplitude do Poder Constituinte. O Poder Constituinte Originário é limitado ou ilimitado?

Para a corrente positivista, não existe direito que preceda a manifestação do Poder Constituinte. Inexiste direito que possa ser invocado contrariamente ao mesmo. Para a corrente jusnaturalista, o Poder Constituinte Originário é limitado pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.

Já o professor Paul Bastid (Ferreira Filho 1999:76/77) afirma existir, ao Poder Constituinte Originário, certos limites de fato e certos limites de direito.

Os limites de fato, segundo ele, dizem respeito à eficácia do ato constituinte. Constituições que colidem frontalmente com as concepções arraigadas da comunidade, não tendem lograr sucesso, pois, sem o apoio da comunidade, suas instituições permanecerão inertes, sem vida, ineficazes. Um exemplo disso é a Carta Francesa de 1793, também chamada de Constituição Jacobina, que foi votada em meio a uma grande euforia e jamais saiu do papel.

Já os limites de direito, trazem a lume uma velha celeuma jurídica que é a questão de o Poder Constituinte de um Estado encontrar-se ou não subordinado às normas de Direito Internacional.

2.2.2. Poder Constituinte Instituído

No século XVIII, com advento da idéia de constituição escrita, pensava-se ser possível o estabelecimento de Constituições intocáveis, que perdurassem no tempo sem sofrerem qualquer modificação. Aos poucos, esse raciocínio retrógrado foi sendo superado por um pensamento mais prudente da realidade e que foi responsável pela inevitável criação de mecanismos de reforma.

As Cartas Políticas que prevêem poderes de reforma constitucional são cartas rígidas, pelo fato de trazerem agasalhadas, em seu bojo, procedimentos especiais que regulam suas formas de modificação.

O Poder Constituinte Instituído é aquele criado pela própria Lei Fundamental. É um poder derivado, pois, encontra a sua razão de existir no Poder Constituinte Originário, apresentado-se, conseqüentemente, subordinado e condicionado a este poder. Tem o escopo de reformular a Carta Constitucional, respeitando as previsões nela contidas. Disso resulta, logicamente, que a atuação do Poder Constituinte Instituído está adstrita, por laços de subordinação, à Constituição que o estabelece.

Qualquer ato que vise reformar o Texto Fundamental, sob pena de ser declarado inconstitucional, deve seguir as prescrições atinentes ao seu processo de mudança.

VANOSI (1975:129), assinala: ***“que o poder constituinte originário é aquele que atua na etapa fundacional do estado, como uma potência, uma força, uma energia, enquanto o poder derivado, que atua na fase da reforma, é uma competência, uma manifestação da aplicação da própria normatividade prevista por aquele poder constituinte inicial”***.

Assim, o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, estabelece poderes constituídos que podem ser divididos em poderes de Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário; e poderes instituídos – reformador, incumbido de adaptar a Constituição frente à realidade social; decorrente, responsável pelo estabelecimento da organização fundamental dos estados-membros.

Desse modo, conclui-se que o Poder de Reforma Constitucional e o Poder Constituinte Decorrente, espécies mesmo um mesmo gênero, poderes constituídos, possuem funções diferentes: O primeiro atua apenas em sede de modificação constitucional; o segundo tem a função de complementar a obra do Poder Constituinte Originário, estabelecendo a Constituição dos estados federados.

É importante ressaltar, que o Poder Constituinte Reformador é gênero das espécies emenda à Constituição e revisão constitucional.

O Poder Constituinte Instituído recebe, na doutrina, outras denominações, quais sejam: derivado, remanescente, poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte constituído.

Passemos, agora, à análise dos limites implícitos e explícitos ao Poder de Constituinte de Reforma Constitucional, fazendo, paralelamente, um estudo comparado da sua atuação em legislações alienígenas.

Na doutrina constitucional, encontramos duas correntes contrárias com relação à existência de limites implícitos ao Poder Cons-

tituinte Instituído. A corrente minoritária é aquela que sustenta a não existência de limites implícitos ao Poder Constituinte Instituído, ou seja, salvo os limites expressos, pode tudo.

O pioneiro na formulação da doutrina que vislumbra os limites implícitos, foi o americano Joseph Story (apud Ferreira Filho 1999:117), que defendia que, diante de uma reforma constitucional nos Estados Unidos, a Federação era inatingível.

No Brasil, o professor Nelson de Souza Sampaio, estudando de forma aprofundada a problemática, apontou os limites implícitos ao Poder Constituinte Instituído, que, em seu vernáculo, chamo-os de limites naturais do poder reformador.

Souza Sampaio enumerou estes limites implícitos, são eles: manutenção dos direitos fundamentais do homem; inalterabilidade das regras concernentes aos titulares, respectivamente, do Poder Constituinte originário e derivado, e, por fim, a proibição de alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional.

Quanto às limitações explícitas, podemos dividi-las em materiais, circunstanciais e temporais.

As limitações materiais, representam a proibição de se alterar o texto constitucional em determinadas matérias, por tratarem de pontos reputados fundamentais.

A Constituição americana de 1787, no seu artigo 5º, in fine, proíbe as alterações que visem suprimir a igualdade representativa dos Estados no Senado, tendo por objetivo a proteção da Federação. Assim determina a parte final do dispositivo: ...**“nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros Estados”**.

A Constituição alemã, no seu artigo 79, alínea 3ª, também faz alusão à proibição de supressão da Federação.

Nas Constituições francesa e italiana, encontramos dispositivos que proíbem a supressão da forma republicana de governo.

No direito brasileiro encontramos tais limitações, nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1947 e 1988.

O artigo 60, § 4º, da atual Constituição brasileira, agasalha pontos intocáveis, relativos à forma federativa de governo, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação dos Poderes e aos direitos e garantias individuais.

As limitações formais versam acerca do procedimento imposto à realização da reforma, seja ela ampla ou restrita. São limites

procedimentais, como aqueles previstos no artigo 60, I a III, § 2º e 5º, da Carta Magna brasileira vigente.

Já as limitações circunstanciais são aquelas que não permitem que a Constituição seja alterada frente a determinadas situações anormais, tais como, estado de sítio, estado de defesa, ou ainda, intervenção federal. Estão presentes no artigo 60, §1º da Constituição brasileira de 1988.

Outra limitação circunstancial é aquela que proíbe a modificação da Constituição quando o território nacional encontra-se no todo ou em parte ocupado por tropas estrangeiras. Não é contemplada pelo direito brasileiro. Ela é típica do direito francês, sendo encontrada no artigo 89 da sua carta magna de 1958.

Por fim, as limitações temporais, são aquelas que impedem a alteração da Constituição por certo lapso de tempo ou estabelecem a periodicidade das modificações.

A Constituição francesa de 1791, no seu artigo 3º, proibia a sua alteração por duas legislaturas à promulgação da Constituição.

A carta americana de 1787, trazia dispositivo análogo. O artigo V deste diploma superior proibiu, até o ano de 1808, qualquer aditamento ao seu texto, referentes às matérias constantes das cláusulas 1ª e 4ª da seção IX do artigo I.

Na Constituição portuguesa de 1933, no seu artigo 137, encontrava-se limites temporais dotados de periodicidade. As modificações somente poderiam ocorrer de 10 em 10 anos.

Dentre as constituições brasileiras, a única que trouxe em seu texto limites temporais, foi a Constituição de 1824, que proibia a sua alteração por quatro anos.

Em última observação, gostaríamos de salientar que a titularidade e o exercício do Poder Constituinte Reformador identificam-se nas pessoas dos parlamentares que compõem o Congresso Nacional.

2.2.3. A Constituição de 1988

A Carta Constitucional de 1988 representou uma manifestação do Poder Constituinte Originário ou o Poder Constituinte Derivado teve atuação isolada? Vejamos!

Em 27 de novembro de 1985, por meio da Emenda Constitucional nº 26, a "Constituinte" de 1987 fora convocada. Esta emenda em seu artigo 1º, assim rezava: "**os membros da Câmara dos Deputa-**

dos e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

De acordo com MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (1990:27/28), o artigo da contemplada Emenda leva-nos a uma pseudo-ideia de manifestação do Poder Constituinte Originário, ao falar em “Assembléia Nacional Constituinte Livre e soberana. Ora, o poder Constituinte originário é caracterizado por manifestar-se através de uma ruptura revolucionária. Entretanto isto não ocorreu.

Na verdade, acrescenta ele, o que ocorreu foi a alteração, pela emenda 26/85, do procedimento de modificação da Constituição de 1967, a partir de 1º de fevereiro de 1987. A alteração cuidou de simplificar esse procedimento, visto que, a aprovação de novas normas, que antes reclamavam maioria de dois terços (2/3) em cada casa do Congresso Nacional, passaram a exigir a maioria absoluta das duas casas que compõem o Congresso Nacional. Conclui o autor: **“Assim, tivemos, na convocação da Assembléia Nacional Constituinte, manifestação do Poder Constituinte Derivado, apenas, repita-se, libertado das limitações materiais e circunstanciais que lhe eram impostas”.**

Perfilhando uma linha contrária de pensamento, GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA (2000:210), encontrando respaldo em outros doutrinadores, não menos abalizados, como Jorge Miranda e Celso Ribeiro Bastos, ensina que:

“a Constituição de 1988 não foi obra de uma atividade reformadora da Constituição de 1967, mas de um processo de transição constitucional através do qual o restabelecido do poder constituinte do povo, evitando os inconvenientes de uma já desnecessária revolução (desnecessária porque politicamente o regime anterior já agonizava desde a eleição do presidente civil opositorista), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a emenda 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembléia Constituinte livre e soberana”.

José Afonso da Silva (1999:91), manifestando sua opinião e levando-nos a análise dos atos praticados naquela ocasião, lembra que, malgrado tenha o Presidente José Sarney enviado ao Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição, no sentido de convocar uma Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição para o País, o Congresso, ao aprovar a Emenda, deveria con-



vocar uma Assembléia Nacional Constituinte. Porém, ao revés, convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para aquela tarefa.

Sendo assim, não houve, portanto, uma convocação de Assembléia Nacional Constituinte, mas uma convocação de um Congresso Constituinte. Este, sequer submeteu sua atuação a um referendo popular, o que lhe daria maior legitimidade, já que não fora produto de uma manifestação do Poder Constituinte Originário.

