

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E AS
CLÁUSULAS DE (IN)ALTERABILIDADE**

Ana Paula Carvalho Martins e Silva

Presidente Prudente
Novembro/2002

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E AS
CLÁUSULAS DE (IN)ALTERABILIDADE**

Ana Paula Carvalho Martins e Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Cláudio José Palma Sanches.

Presidente Prudente
Novembro/2002

OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E AS CLÁUSULAS DE (IN)ALTERABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para a obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Cláudio José Palma Sanches

Sérgio Tibiriçá Amaral

Raimundo Farias de Oliveira

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2002

A nossa presente tribulação, momentânea e ligeira, nos proporcionou um peso eterno de glória que não se pode medir. Porque não olharmos as coisas que se vêem, mas sim as que não se vêem. Pois as coisas que se vêem são temporais e as que não se vêem são eternas.

São Paulo

Agradecimentos

A Deus, por preencher em minh'alma a inesgotável sede de absoluto.

Ao meu pai *in memoriam*, especial agradecimento, pelos poucos anos que esteve presente na minha vida, mas que fizeram de mim tudo que sou hoje e serei pelo resto dos anos que viver.

Aos meus familiares e, principalmente, aos meus irmãos pelo simples fato de existirem.

A minha avó pelos anos que se dedicou a minha vida.

A Evandro Herrera Bertone Gussi, por toda dedicação e paciência, por todo o auxílio nas pesquisas e, principalmente, por todo amor, apoio e credibilidade, porque sempre apostou no meu potencial mesmo quando eu mesma achava que não conseguiria.

Ao Prof. Cláudio José Palma Sanches, por toda orientação, empenho e atenção.

RESUMO

Procurou-se iniciar o trabalho com o estudo do poder político e sua origem histórica, levando-se em consideração que o povo possui um poder soberano frente ao Estado, ademais, o autor procurou demonstrar da legitimidade do povo para exercer o poder político. Logo foram feitas importantes observações sobre a necessidade de que seja modificada a Constituição quando o povo já não reconhece sua validade – seja por uma ruptura total do sistema ou por uma evolução constitucional. Outrossim, demonstrou a importância do “Consensus” em um sistema democrático. Depois a autora procurou adentrar ao tema propriamente dito do trabalho, iniciando com um estudo sobre o poder constituinte e sua origem, expondo o pensamento do abade de Sieyès. Sobre o poder constituinte foram estudadas todas as suas formas – poder originário – verdadeiro criador da Constituição e, ainda, o poder instituído: tanto o poder de reforma ou revisão, quanto o poder decorrente ou dos estados federados. Entretanto, depois de estudados diversos posicionamentos a respeito do tema, a autora chegou a conclusão de que o verdadeiro detentor do poder constituinte, em qualquer forma que se apresente, será o “povo” e, este, por sua vez, é o verdadeiro legitimado para modificá-lo ou não. Sobretudo, foram expostas todas as limitações ao poder constituinte instituído – implícitas ou explícitas. Ao tratar das limitações materiais, a autora mencionou o art. 60 § 4º da Constituição. Conclui-se que tais cláusulas não são (in)alteráveis, mas são inabólveis. Na elaboração do presente trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte; cláusulas pétreas.

ABSTRACT

One has tried to begin this research with the study of the judiciary power and its origin considering the people to have a sobering power beyond the State, moreover, it has been tried to demonstrate through the legitimate of the people to carry out the politic power. Important notes have been made on the necessity of the Constitution to be modified when the people do not recognize its value anymore – be it by a total rupture of the system or by a constitutional evolution. Therefore, the importance of the “ Consensus ” in a democratic system has been demonstrated. Later on, the author tried to focus on the theme of the research itself, beginning with a study about the constitutional power and its origin, exposing the thought of the abate of Sieyès. All the forms of the constitutional power have been studied – original power the real creator of the Constitution and, besides that, the instituted power: as much the power of reform or review as the original power or of the Federate states. However, after several positions about the theme were studied, the author came to the conclusion that the real depositor of the constitutional power, whoever he may be, will be “ the people ”, and these people themselves are the real legitimated ones to modify it or not. Besides that, all the limitations to the instituted constitutional power were exposed – implicitly or explicitly. When the author dealt with the material limitations she mentioned the article 60, 4th to the Constitution. It was concluded that the clauses of the article 60, 4th are not alterable, but they are not banned. In the elaboration of the present research, the deductive and comparative methods were used.

KEYWORDS: constitutional power and the petrified clauses.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O PODER POLÍTICO	11
2.1	O poder e sua origem	12
2.1.1	A revolução.....	16
2.1.2	A Evolução: transição constitucional	18
2.2	O poder e autoridade.....	20
2.3	O consensus	24
3	O PODER CONSTITUINTE.....	30
3.1.1	O poder constituinte originário	33
3.2	O poder constituinte instituído.....	39
3.2.1	O poder constituinte instituído decorrente.....	39
3.2.2	O poder constituinte instituído de reforma ou de revisão.....	41
3.2.3	As vicissitudes constitucionais e o poder instituído de revisão	43
3.2.4	Classificações do poder instituído de reforma, revisão ou emenda.	46
4	OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO	49
4.1	Os limites ao poder constituinte instituído decorrente.....	49
4.2	Os limites ao poder constituinte instituído de reforma ou revisão.	51
4.3	Os limites implícitos ao poder constituinte instituído	51
4.4	As limitações explícitas ao poder instituído de revisão ou reforma	53
4.4.1	Limites circunstanciais	53
4.4.2	Limites temporais	54
4.4.3	Limites formais ou processuais.....	54
4.4.4	Limites materiais.....	55
5	DOS LIMITES MATERIAIS NA CONSTITUINTE BRASILEIRA DE 1988 : O ART. 60, §4º DA CRFB	56
5.1	A forma federativa de Estado	56
5.2	O voto direto, secreto, universal e periódico	58
5.3	A separação de poderes.....	59
5.4	Os direitos e garantias individuais	61
6	O PODER DE REFORMA E AS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS	62
6.1	Das Decisões Políticas Fundamentais: o artigo 60, §4º, da CRFB.....	62
6.2	Direito constitucional estrangeiro e a superação dos limites materiais	66
6.2.1	A existência da dupla revisão na Constituinte Portuguesa de 1976.	67
6.2.2	A Constituição Argentina e sua forma de revisão.	67
6.2.3	A Constituição Espanhola e a revisão constitucional.	68
6.2.4	A Constituição Francesa de 1958 e a revisão total	68
6.3	Da (in) alterabilidade das “cláusulas pétreas”.	69
7	CONCLUSÃO.....	73

8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
----------	--	-----------

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, em suma, se quis demonstrar a importância das reformas constitucionais frente as constantes mutações sociais e a necessidade de que os textos constitucionais sejam adaptados às novas realidades – rompendo ou não com o sistema constitucional anterior - seja por meio de uma revolução (armada ou não), seja pelo processo de reforma - dupla revisão, seja por uma transição constitucional, dentre todos outros meios de que se poderia utilizar para que a Constituição não se torne ultrapassada.

Entretanto, procurou-se estudar temas mais amplos, tal qual: o surgimento do poder político e da importância da legitimidade de seu detentor, bem como a origem do poder constituinte, suas formas e limites, para só depois, *a posteriori*, adentrar-se a polêmica propriamente dita – da superação ou não das ditas cláusulas pétreas – de forma mais específica, entretanto, tomando-se como base todos os conceitos estudados no início do trabalho para, enfim, chegar-se a algumas discussões e conclusões lógicas.

Ademais, objetivou-se expor o conflito, que existe no mundo atual, no que tange as denominadas cláusulas de imodificabilidade – contidas, em especial, no art.60, §4º, da CRFB e, também, em outras Constituições do direito comparado, tal qual: a Constituição Portuguesa de 1976 e a atual Constituição Espanhola, dentre outras que se mencionou no decorrer da pesquisa – e o processo perene de mudanças nos valores e princípios, que, por sua vez, ora se acentuam ora se reestruturam de maneira diversa da que se dispunham até então.

Há que se destacar da suma importância do estudo do presente tema para o mundo jurídico, visto que é um tema atual, tão pouco discutido pela doutrina, principalmente, no Brasil e, por sua vez, de grande relevância para o mundo de hoje que está cada vez mais em transformação e, a *contrario* senso, demonstrou-se que muitas vezes o direito Constitucional impede que estas mudanças sejam alteradas na Constituição, principalmente, quando fere as ditas “cláusulas pétreas”.

O método usado para produzir o trabalho em tela foi o lógico-dedutivo, partindo das premissas maiores para as premissas menores e, ainda, o método comparativo, levando-se em consideração que foram feitas comparações, inclusive, de textos constitucionais de outros países. A doutrina de base utilizada foi autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no Brasil, e Jorge Miranda como autor estrangeiro.

2 O PODER POLÍTICO

Nesse capítulo, em especial, será tratado o tema proposto propriamente dito, demonstrando os diversos posicionamentos a despeito do assunto, bem como os motivos que justificam a posição adotada.

O que se quer demonstrar é uma visão diferente da que possuem a maioria dos constitucionalistas brasileiros, levando em consideração, principalmente, a vontade soberana do povo em decorrência das mutações políticas, sociais, históricas e econômicas em detrimento do que impõe o constituinte originário ao ditar as ditas cláusulas pétreas ou intocáveis, tendo como base o objetivo final da constituição: o bem comum.

As gerações passadas ou detentoras do poder originário não tem o poder de truncar as gerações futuras, ditando cláusulas imodificáveis, visto que um povo não tem mais poder que o outro que lhe é posterior.

Observa José Joaquim Gomes Canotilho (1993, pg. 1129):

O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador originário?

Dessa forma, enuncia o art.28 da Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão, editado, ainda, como preâmbulo da constituição francesa de 24 de junho de 1793: “Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 59) ensina que este enunciado retrata o pensamento de um ilustre filósofo político do século XVII: o jesuíta Suárez que, por sua vez, concebia que “nenhum poder pode ter outra fonte senão o próprio povo, segundo qual todo poder vem de Deus, mas por meio dos homens”. Ainda, Suárez, “partindo a necessidade do consentimento como fonte do poder recusa, concretamente, às gerações de seu tempo o poder de mudar as instituições estabelecidas”.

Em última análise, o povo será o detentor do poder de reformar, rever e mudar sua própria constituição, ainda que não esteja previsto pelo constituinte originário, o povo ou,

seus representantes legítimos, consentidos pelo mesmo povo, terá o direito de deter plenamente o poder político, sem quaisquer restrições impostas.

Assim, faz-se relevante o estudo da origem e da importância do poder para o Estado, bem como do consentimento do povo como instrumento de legitimidade para o seu exercício e, ainda, dos significados dos termos: “poder” e “povo”, assunto que será objeto de análise nas seções que seguem do trabalho em tela.

2.1 O poder e sua origem

Neste item, será tratado em especial sobre a origem do poder político, o que dará embasamento para as próximas seções onde será estudado o poder constituinte em suas várias formas, ressaltando-se o poder reformador e os seus aspectos principais, a fim de que se chegue ao objetivo final, concluindo-se da existência ou não das cláusulas ditas “pétreas”, foco central do presente trabalho.

Importante observação faz o professor Cezar Saldanha Souza Junior (1984) quando menciona que a sociedade política possui dois pólos, sendo um deles, resumidamente, o Poder, ou seja, o lado da forma política, tendo como princípio, apesar das diferenças de interesses dos indivíduos que compõe a sociedade, a unidade da comunidade, em volta de órgãos estruturados pelo Estado que exercem o poder de mando e até de coerção, visando, em última análise, o bem comum da comunidade e a harmonia social e, o outro pólo, da materialização política, que seria a própria sociedade civil, dotada das variadas relações sociais, onde muitos grupos de indivíduos, ou cidadãos, ainda que com interesses conflitantes ou iguais, caminham em conjunto na busca de seus objetivos e dos fins humanos que esperam.

Sobre a ótica de Maritain (1944, pg.60), a sociedade política se classifica como um corpo, constituído, de um lado, pelo Estado e de outro lado pelo Povo. Dessa forma, preceitua *in verbis*: “o corpo político será o sujeito do poder, cuja cabeça é o príncipe, isto é, o Estado, e cujos membros são todos os nacionais e estrangeiros”.

Assim, ao dizer que os membros são todos os nacionais e estrangeiros, Maritain está se referindo a todo o povo, que, em João Camillo de Oliveira Torres (1968, pg. 127-

128) será “o conjunto de governados efetivamente existentes”. E, ainda diz ser o povo: “órgão pelo qual a República se atualiza”¹.

Dessa forma, poder-se-á chamar povo a todos os indivíduos que compõe a sociedade, sejam eles nacionais ou estrangeiros, ricos ou pobres, pretos ou brancos e, ao dizer que a cabeça é o príncipe, qual seja, o Estado, Cezar Saldanha de Souza Junior (1984, pg. 52) faz importante definição, dizendo que “este último é conjunto de instituições, combinadas em uma máquina altamente aperfeiçoada, autorizado a usar do poder e de coação, ou, ainda, a parte superior do corpo político que se especializa no interesse do todo”.

Outra importante observação faz, ainda, o mesmo autor para designar o significado de Poder, ao mencionar a definição feita por Burdeau que, por sua vez, apresenta dois conceitos para a palavra *Pouvoir* (no francês, Poder): em primeiro lugar, de um ou vários indivíduos detentores do mando e, num segundo significado, do próprio organizador da comunidade, o que seria respectivamente governo e autoridade, ou seja, ambos designam o conceito de Poder, nem só autoridade, nem só governo, visto que só governo dá idéia de algo subjetivo, dá a noção das pessoas que exercem o poder, já só à palavra autoridade fornece a impressão apenas do mando, da coerção, não expressa a unidade, nem a organização institucionalizada, não expressa o fim da função do mando em última análise. (SOUZA JUNIOR, 1984)

O que se tem é que o poder, em sendo um dos pólos da sociedade política, conforme se denota do pensamento de Cezar Saldanha, será subdividido em três níveis em sua relação com a sociedade, quais sejam: numa primeira aproximação, visto de um ângulo mais amplo, em que o poder leva a unidade da nação. Posteriormente, quanto à autoridade e, por último, mais restritivamente, do poder como fonte do funcionamento do governo.

O poder, nesse primeiro nível, consubstancializa a unidade política da nação. Assim, todo o povo se une por meio do poder que, por sua vez, faz de todos, ao mesmo tempo, um só, dando existência material para sociedade política, onde as relações entre um indivíduo e todos são representadas pelo mesmo poder, o que, em última instância, dá substância “viva”, material, para o Estado, pois, sem poder, não existe Estado soberano, logo, sem Estado, não existe poder centralizado.

¹ João Camillo de Oliveira Torres (1968, pg. 128) conceitua o termo República de uma forma diferenciada, dando-lhe o seguinte significado: “(...) a República, que é o Corpo Político, a unidade orgânica de todos os cidadãos atuais e futuros, assim como das instituições políticas.”

Em segundo nível, o poder representa os órgãos e as instituições que detém o mando da sociedade: a autoridade, ou seja, a autonomia, de um ou vários que detém o poder, de impor ao todo, ainda que por meio de coação, a sua vontade, ou seja, obrigando aos outros a obedecerem ao que eles, detentores do poder, acham melhor, o que na democracia deve ser conforme a vontade soberana do povo, visando como fim o bem comum, sob pena de não ser legítimo e, se assim não o for, deixará de alcançar também validade, ou seja, o poder sem consentimento não será legítimo e, o poder sem legitimidade não tem razão de ser, não deve subsistir, não deve ser considerado mais como poder.

Para o terceiro nível, o poder se apresenta como o próprio governo, o conjunto de órgãos e instituições que está comandando toda a comunidade e este, por sua vez, no regime democrático é composto pelos próprios membros da comunidade, alternando-se, inclusive, as linhas políticas adotadas, que serão, também escolhidas de acordo com a vontade da comunidade ao eleger seus representantes.

Aqui, o que se denota, é o poder como instrumento de funcionamento do Estado, exercido, através do governo e seus meios, pelos próprios membros da sociedade que se orientam, nas suas relações habituais, pelo próprio governo escolhido por eles mesmos.

Em resumo, o que se observa da divisão do poder em três níveis feita, *a priori*, pelo mestre gaúcho Cezar Saldanha de Souza Junior (1984) são três características principais do poder em relação à comunidade: unidade, soberania e funcionalidade ou instrumento da sociedade.

Cumprе ressaltar sábia observação feita por Santo Tomás de Aquino (Suma teleológica, I-II, questão 90.a.3):

A lei visa primeira e principalmente á ordem em vista do bem comum. Esclarecer a ordem em vista do bem comum compete à multidão toda inteira ou a alguém que represente a multidão ". Por isto, o poder de legislar pertence à multidão em sua totalidade ou a uma entidade oficial a cujo cargo está a multidão.

Resta óbvio, diante de todo exposto, que o poder emana do povo e só será legítimo se retratar a vontade do mesmo povo, ou seja, a soberania popular, podendo ser exercido por alguns que, escolhidos por todos, representem a vontade geral da nação e, mais do que

isso, tomem as decisões políticas sempre visando o bem comum, não os interesses de classes, mas o fim: o bem geral do Estado.

João Camillo de Oliveira Torres (1968, pg. 125), ao falar do “Consensus”, tema que será tratado adiante mais detalhadamente, faz brilhante anotação a despeito do assunto dizendo que “Nenhum tipo de governo funciona, realmente, sem o consentimento dos governados – trata-se de uma verdade de fato, não de uma questão doutrinária, jurídica, moral ou mesmo teológica.”

Ainda, sabiamente, observa Santo Tomás de Aquino apud João Camilo de Oliveira Torres (1964, pg.50):

(...) numa sociedade livre, capaz de fazer por si as suas leis, é necessário considerar, primeiramente, o consentimento unânime do povo antes de fazer observar uma lei tornada patente pelo costume, antes da autoridade do chefe, que não dispõe do poder legislativo senão como representante da multidão.

Em sendo assim, se uma lei não pode ser válida sem que o povo consinta não o será também uma limitação, ou seja, não podem as cláusulas chamadas “pétreas” serem tidas como imodificáveis se naquele dado momento o povo clame a sua mudança, daí não teriam mais validade, pois as leis não possuem sentido se não espelham a vontade do povo a qual se direcionam. Daí não se faz necessário que cada indivíduo do todo expresse a sua vontade, basta que os seus próprios representantes legítimos a demonstrem pela forma prevista constitucionalmente.

Entretanto, de suma importância é a legitimidade desses representantes que devem ser escolhidos democraticamente para que expressem a verdadeira vontade da multidão, visto que ao invés de se defender a nação de seus próprios representantes, impondo-lhes limites exagerados para legislar em nome de seu próprio povo, inclusive, quando à vontade deste se manifesta unânime e em conformidade com o bem comum, o que se deveria era viabilizar meios para que os representantes não sejam somente legais, mas, sobretudo legítimos.

Muitos são os que defendem as cláusulas imodificáveis com argumento de maior segurança jurídica, porém não há o que se assegurar quando a própria nação reconhece que algumas leis já estão ultrapassadas e não se enquadram mais as realidades da época.

Dessa forma, para os defensores dos limites materiais impostos pelo constituinte originário, mesmo que o povo não reconheça mais a validade de algumas normas ou, mais que isso, ainda que estas não estejam mais atendendo a finalidade do bem comum, sobretudo se protegidas por estes limites impostos pela constituição não poderão ser modificadas pelo simples argumento de serem pétreas, imodificáveis, só modificáveis por meio da adoção de um novo sistema constitucional, isto é, por uma nova constituição material², que poderá se dar por uma revolução ou por uma evolução constitucional, denominada por Jorge Miranda (2002, pg. 395) de “transição constitucional”.

2.1.1 A revolução

Não obstante a necessidade de se modificar as cláusulas tidas por “imodificáveis” a fim de que sejam compatíveis com a realidade social, toda uma nação teria que passar pelo transtorno de uma revolução, em que se correria o risco de gerar maior instabilidade ao Estado do que se fossem feitas as mudanças sem a ruptura total do sistema, ou seja, por meio de uma transição constitucional.

Assim, como se denota dos ensinamentos de Jose Carlos Francisco (1998), as características do Poder Constituinte Originário ditas como ilimitadas, soberanas, etc., podem gerar grande confusão e instabilidade institucional e social na elaboração de uma nova constituição. Entretanto, uma modificação por emendas, revisões, ou até mesmo por transições constitucionais, sem o rompimento total da ordem constitucional, que certamente sofreria debates políticos, restringiria essa mudança só aos pontos necessários e não levaria ao desgaste de se refazer toda uma ordem constitucional.

Por outro lado, um texto constitucional duradouro é muito mais respeitável de que vários textos constitucionais feitos por meios de revoluções constantes com mero objetivo de adaptar as cláusulas ditas pétreas à realidade social da época, visto que as Constituições foram feitas para durar, ainda que se tenha que adaptá-las aos anseios do Estado. As Constituições, portanto, mormente serão estáveis se forem duradouras.

² O que se chama de Poder Constituinte Material (do qual é fruto a Constituição em sentido material) consiste em um dos momentos em que se dá a formação de uma Constituição, ao lado do Poder Constituinte Formal. Com relação ao primeiro – que importa por ora – diz respeito, entre outros, ao “fator determinante da abertura de cada era constitucional”, ou seja, “o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente(...)” Nesse passo, a “entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade (...) que toma a decisão de inflectir a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica;” (MIRANDA, 2002, pg. 355-356)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 38), conceitua revolução como:

(..) a quebra da continuidade, em última análise, a quebra da continuidade do desenvolvimento da ordem jurídica. Não é a mudança na ordem jurídica pelos canais por ela previstos a fim de adaptar-se a circunstâncias novas; e, sim, a modificação anormal da ordem jurídica; a alteração contra a normalidade por ela própria prevista.

A revolução pode levar à quebra de toda a ordem constitucional, sobretudo da ordem jurídica, fazendo com que toda nação retroaja juridicamente ou, mais do que isso, pode levar a extinção da instituição e de todos os valores em que se acredita para que se leve em consideração a vontade da minoria que se intitulou no poder pela força, fazendo nascer daí uma nova instituição política cujo embasamento não se prevê e atemoriza, pois os valores constitucionais não se sabe se ainda existem.

Também, a despeito de revolução, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 38) faz a seguinte colocação:

Juridicamente, portanto, revolução nada tem a ver com a amplitude ou a profundidade do movimento social. É a revolução o simples golpe de Estado que, muitas vezes, se resume na mudança dos titulares do Poder, contra as regras previstas na Constituição, assim como é, juridicamente, revolução um movimento como o ocorrido na Rússia, que importou não só na modificação das instituições políticas, como na própria base social e econômica da comunidade.

Assim, sobre o assunto tomemos como base os ensinamentos do mestre João Camillo de Oliveira (1964, pg. 56)

Uma revolução, pois, é um ato de violência, por meio do qual homens(bem ou mal intencionados) assumem poderes que antes lhe estavam vedados e destroem as autoridades existentes .Disto poderá sair um despotismo ou uma nova legalidade (grifos nossos)

Aqui o que se quer demonstrar são as vastas conseqüências malélicas que uma revolução pode trazer para toda a instituição do Estado, principalmente no que se diz respeito à destruição da autoridade e a atribuição do poder a quem não estava legitimado. Dessa forma é de suma importância o estudo das relações entre o “poder e a autoridade”,

bem como das suas diferenças, tema este que será objeto de estudo do desenvolvimento posterior, logo após o item que segue das transições constitucionais.

Em sentido oposto há que se destacar da importância das revoluções para a história Constitucional, sobretudo, da Revolução Francesa de 1789. Nesse sentido, cumpre salientar o que dispôs o art. 35 da Constituição Francesa de 1793: “Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo e para cada parcela do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. Entretanto, cumpre salientar que tal Constituinte não chegou a ser praticada. Dessa maneira, Ferreira Filho (1999, pg. 60) observa :

Porque o direito de revolução não é outro senão o direito de mudar a organização. Um povo tem o direito de revolução no sentido de que ele tem o direito de mudar a organização constitucional estabelecida, de mudar essa organização, inclusive, pelo recurso à força.

Dessa maneira, a doutrina clássica, baseando-se no afastamento do governo tirânico por meio de força quando necessário, reconhece o direito a revolução, subordinando-o a três condições: a primeira consiste no fato de que a revolução só será admissível quando não houver nenhum outro recurso, a segunda é de que a “revolução seja um meio econômico para a obtenção do fim”, a terceira consiste no fato de que só é admissível a revolução quando “haja possibilidades razoáveis de que o exercício do direito de revolução melhore a situação e não gere conseqüências piores, não gere a deterioração da situação, não tenha conseqüências mais danosas”³

2.1.2 A Evolução: transição constitucional

A transição constitucional, assim denominada por Jorge Miranda (1996), em sentido oposto a revolução, é a passagem para uma outra Constituição material sem a ruptura ou a quebra da ordem constitucional estabelecida anteriormente, isto é, observando-se as formas previstas na constituição anterior. Aqui, as formas permanecem e o que se modifica, em suma, são as normas materiais do texto constitucional, a fim de que a Constituição evolua e se adapte a nova realidade.

³ É o que se denota das observações feitas por Ferreira Filho (1999, pg. 60 e 61) a despeito da existência ou não do direito de revolução.

Dessa maneira, Jorge Miranda (1996, pg.85) preceitua a respeito da atipicidade do processo de transição que, por sua vez, nem sempre terá uma forma estabelecida:

O processo de transição é, na maior parte das vezes, atípico, dependente das circunstâncias históricas. Outras vezes adopta-se o processo de revisão constitucional (como veremos na altura oportuna); e pode até suceder que a Constituição admita expressamente formas agravadas de revisão para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, para se transitar para uma nova Constituição.

Assim sendo, Jorge Miranda, afirma existirem diversos modos e critérios para se classificar o processo de transição constitucional, entretanto, faz a seguinte classificação: transição espontânea e transição provocada, transição unilateral e transição por *transacção*, transição democrática ou pluralista e transição não pluralista ou não democrática, conforme se expõe adiante mais detalhadamente.

A transição espontânea será aquela que é decidida por quem está no poder por sua livre vontade, já a transição provocada é a que ocorre por “convulsões políticas ou por outros eventos”, sejam estes eventos de origem externa ou interna.(MIRANDA, 1996, pg.87)

A transição unilateral é aquela “levada a cabo no âmbito dos órgãos constitucionais em funções, sem interferência das forças políticas de oposição”, entretanto, a transição por *transacção* é a “feita por acordo entre as forças identificadas com o regime até então vigente”. (MIRANDA, 1996 pg.87)

A democrática ou transição pluralista será “passagem de um regime de concentrado de poder a regime pluralista”, de outro lado, a transição não pluralista será aquela que passa de um regime pluralista para um concentrado. (MIRANDA, 1996, pg. 87-88)

Gustavo Just da Costa e Silva (2000, pg.89) sabiamente, enunciará que: “não é da essência do poder constituinte o agir revolucionariamente, podendo na verdade, a todo o tempo, “apropriar-se, de um poder de revisão aparente, transformando-o em poder constituinte originário”. Dessa forma, concluirá, da suma importância da transição constitucional, quando se fizerem necessárias modificações materiais, “ditas imodificáveis” pela Constituição anterior, de todo ou quase todo o texto constitucional, no lugar de uma revolução, visto que as revoluções, na maioria das vezes, geram instabilidade e conseqüências maiores para o Estado.

Ainda, pode-se classificar a Constituição Federal do Brasil de 1988, como uma obra da transição constitucional, tomando-se como base o fato de não ter rompido totalmente com a Constituição de 1967, dessa maneira é o entendimento de Gustavo Just da Costa e Silva (2000, pg. 91), conforme se observa:

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 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 opositor), apropriou-se do poder de reforma da Constituição em vigor ao produzir a Emenda nº 26/85 e com isso propiciar a formação de uma Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”.

Resta óbvio, do exposto linhas acima, que a Constituição brasileira vigente – 1988 – não rompeu com a Constituição anterior – 1967 – o que caracteriza que o Brasil não viveu, na época, uma revolução e, sim, uma transição constitucional, em que a EC 26/85, se observada a luz da Constituição vigente – 1967 – teria que ser considerada inconstitucional, visto que não respeitava os limites materiais impostos, entretanto, retratando a vontade soberana do povo, negou a Constituição vigente e, através da convocação da Assembléia Constituinte de 1987/1988, deu origem a uma nova, sem subordinar-se a Constituição anterior e sem o rompimento total da ordem até o momento vigente, isto é, sem uma revolução nasceu outra constituição⁴.

Ademais, Gustavo Just (2000, pg.81), dirá que não será o grau de negação do regime anterior será menor só porque se viveu uma transição e não uma revolução, visto que de nada tem influencia com “a profundidade da mudança que representa”.

2.2 O poder e autoridade

Anote-se que há importante diferenciação entre autoridade e poder feita por João Camillo de Oliveira Torres (1964, pg. 55) ao dizer que a autoridade é o direito de dirigir e mandar, de ser escutado e obedecido, distinguindo-se do poder, este por sua vez, seria a

⁴ Faz-se necessário se destacar que, com as diretas já de 1984, restou óbvia a opção do povo pela democracia e pelo Estado de Direito, o que, por sua vez, retratou uma decisão política fundamental muito importante para o nascimento da nova ordem constitucional, visto que negou claramente a Constituição (Gustavo Just da Costa e Silva, 2000)

força que as pessoas possuem para obrigar alguém a obedecer à autoridade que lhe é conferida. Assim, complementa observando que todo governo necessita de ambos, “a autoridade para governar e o poder necessário para fazê-lo”.

A doutrina social da Igreja, por meio do magistério de João XXIII apud Torres (1968) , também já se manifestou com propriedade acerca da autoridade e de suas peculiaridades, senão vejamos:

A autoridade que se baseasse exclusiva ou principalmente na ameaça ou no temor de penas ou na promessa e solicitação de recompensa não moveria eficazmente os seres humanos à realização do bem comum. Se por acaso o conseguisse, isso repugnaria a dignidade de seres dotados de razão e de liberdade. A autoridade é sobretudo uma força moral. Deve, pois, apelar à consciência do cidadão, isto é, ao dever de prontificar-se em contribuir para o bem comum. Sendo, porém, todos os homens iguais em dignidade natural, ninguém pode obrigar a outrem interiormente, porque isso é prerrogativa exclusiva de Deus, que perscruta e julga as atitudes íntimas.

Veja-se, porém, que a autoridade possui três características importantes para que seja válida. A primeira diz respeito a sua limitação, ou seja, “impõe-se que seja limitada, para que não esmague o povo, como as pirâmides o Egito” (TORRES, 1964, pg. 57-58). A segunda refere-se à autoridade como “augusta e majestosa”, assim, como diria Jacques Maritain (1944) ao se referir que a majestade do Estado – em especial, dos governantes do Estado – reflete a majestade do povo que lhe é representado.

A terceira e derradeira característica da autoridade tem fundamento no *consensus* ou consentimento da comunidade, seja ele ativo ou passivo, visto que o poder imposto pela força não possui validade. Assim, sobretudo a autoridade deve ser forte e, para isso, não basta que seja legal, ou seja, para que um governo tenha validade, ou seja legítimo não basta que ele exista e tenha sua gênese nos moldes do ordenamento positivo, mas sim que tenha razão de ser no consentimento dos povos sujeitos ao seu mando.

Destarte, para medir-se a legitimidade de um governo, tem-se a seguintes condições: “se o processo adotado para indicar os ocupantes para os cargos políticos não provoca debates⁵, se as leis de sucessão se adotam suavemente e se governo e cidadãos não andam correndo um do outro, como na história do cabrito e da onça” (1964, pg. 61)

⁵ Aqui, o autor refere-se ao que, no decorrer do presente trabalho, definir-se-á como consentimento passivo, à diferença do consentimento ativo.

Prossegue, citando uma doutrina ensinada secularmente pela Universidade de Coimbra que, profundamente inspirado pelo pensamento de Santo Tomás de Aquino, se em última análise, o poder vem de Deus, só pode ser ele transmitido pelo consentimento do povo. Dessa forma, o que se tem, sobretudo é que o poder, a *priori*, provém de Deus e só será legítimo se conforme a vontade do povo.

No mesmo sentido, Maritain (1944), sabiamente, distingue autoridade e poder, atribuindo-lhes quase que origens opostas (se levarmos em consideração a divindade de Deus em detrimento das limitações humanas), ao dizer que a autoridade é o direito de governar, ou seja, a força moral de mandar, vem de Deus, entretanto, o poder é a força efetiva, vem dos homens.

A despeito da Democracia João Camillo de Oliveira Torres (1964, pg. 52) denota:

A democracia, racionalmente considerada, descreve-se como um sistema político no qual todos os poderes emanam da lei, possuem com fundamento e condições de exercício o consentimento dos cidadãos, têm como limites os direitos essenciais do homem e finalidade do bem comum.

Importante observação faz Maritain (1944, pg. 63) ao citar Benjamin Constant a esse respeito, ao dizer que “na origem do sentimento democrático – visto em sua verdade humana – existe – não o desejo de não obedecer senão a si próprio, mas o desejo de não obedecer senão ao que é justo”.

Dessa forma, o cerne da democracia é fazer as pessoas seguirem o que objetivamente é justo, não porque estão sendo coagidas de alguma forma, mas porque, simplesmente, enxergam o senso de justiça ali, visto que o coração do homem clama pela justiça

Entretanto, observa Sartori (1996, pg.211) a respeito do que são as constituições e o fim a que se destinam que, não é, na realidade, uma constituição aquela que não se concentra em uma moldura de governo.

Descuidadamente, temos o hábito de chamar qualquer forma de governo de “constituição”. O entendimento correto, no entanto, é que para o constitucionalismo – e sem dúvida na minha argumentação – as constituições são só aquelas formas de Estado nas quais, como disse Rousseau, somos livres porque somos governados por leis e não por outras pessoas.
(...) Assim, as constituições são, em primeiro lugar e acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder

político. Insisto nesse *telos*, nessa intenção essencial do constitucionalismo, porque os que hoje se dedicam a redigir constituições dão pouca ou nenhuma importância a razão de ser das constituições.

Sobretudo o autor quer demonstrar que, após a chegada do constitucionalismo, a arbitrariedade não é mais cabível nos sistemas de governo, visto que devem obedecer as formas estabelecidas. Isto posto, de certa maneira não o caberá principalmente nos sistemas democráticos.

O Papa João XXIII apud Torres (1968), acertadamente, faz inspirada fixação das condições de uma boa Constituição que, não obstante sua extensão, pede-se a devida vênia:

É plenamente consentâneo com a natureza humana que se encontrem estruturas jurídico-políticas, que ofereçam sempre melhor e sem nenhuma discriminação a todos os cidadãos a possibilidade efetiva de participar livre e ativamente tanto no estabelecimento dos fundamentos jurídicos da comunidade política como no governo da nação, na determinação do campo e dos fins das varias instituições, como na eleição dos governantes. Lembrem-se portanto todos os cidadãos que é ao mesmo tempo um direito e um dever usar livremente de seu voto para promover o bem comum. A igreja considera digno de louvor e consideração o trabalho daqueles que se dedicam ao bem da coisa pública a serviço dos homens e assumem os trabalhos deste cargo ...

A fim de que a cooperação dos cidadãos, unida á consciência do dever, atinja seu feliz efeito na vida diária da nação, requer-se uma constituição jurídica positiva, na qual se instaurem a conveniente divisão dos cargos e da autoridade pública das instituições e, ao mesmo tempo, uma proteção eficaz e independente dos direitos. Reconheçam-se, conservem-se e promovam-se os direitos de todas as pessoas, famílias, sociedades, assim como o seu exercício, juntamente com os deveres, aos quais estão obrigados todos os cidadãos. Entre eles é bom lembrar o dever de prestar a nação os serviços materiais e pessoais, exigidos pelo bem comum. Os governantes acautelam-se para não entravar as sociedades familiares, sociais ou culturais, as corporações ou organismos intermediários, e nem os prive de sua ação legítima e eficaz, antes procurem promovê-la, de boa vontade e regularmente. Os cidadãos, todavia, seja em particular, seja associados, evitem atribuir demasiado poder á autoridade pública e não exijam dela inoportunamente privilégios e proveitos exagerados, de tal modo que diminuam a obrigação de dever com as pessoas, das famílias e das organizações sociais (Gandium et Spes, n 75).

De tudo o que expõe, sabiamente João XXIII, há que se ter que este, sim, é um modelo de Constituição correto, com bases sólidas e visando o principal que é o bem comum, entretanto, não se observa linha acima a necessidade de que existam cláusulas imodificáveis para que seja feita a justiça e a nação esteja veemente segura. O que se tem é a necessidade de estruturas jurídico políticas que forneçam meios para que os cidadãos possam, sempre e sem qualquer restrição anteriormente imposta pelo constituinte originário, decidir sobre seus representantes legítimos e sobre os fundamentos jurídicos do

Estado em que vivem, bem como no governo, podendo modificar suas leis conforme lhe aprazarem.

2.3 O consensus

Cezar Saldanha de Souza Junior (1984, pg. 66) conceitua em linhas preliminares o “Consensus” como “um acordo, entre os membros da comunidade, quanto às bases que devem presidir uma ordem política justa e sobre as quais há de operar adequadamente”.

Ainda, citado pelo professor Cezar, Augusto Comte, como um dos primeiros a introduzir o termo na sociologia, conforme seu entendimento, classifica o “Consensus” como “uma certa solidariedade” que há entre os membros de uma sociedade ou entre os componentes do “sistema” e preceitua que a sociedade não teria durabilidade se “a comunidade intelectual, determinada pela adesão unânime e certas noções fundamentais, não viesse a prevenir e a corrigir as inevitáveis discordâncias habituais” (COMTE, 1957, apud SOUZA JUNIOR, 1984, pg. 67). Dessa maneira, o que se tem do pensamento de Comte é o “Consensus” como o embasamento, o que legitima e define a ciência social.

Outro posicionamento importante, também citado pelo professor Cezar Saldanha, é o de John Stuart Mill quando menciona: “por esse consensus universal dos fenômenos sociais tudo o que ocorre numa parte qualquer da sociedade tem parcela de influência nas demais partes” (STUART MILL, 1904, apud SOUZA JUNIOR, pg. 68). O que se observa do exposto é a interligação entre todas as partes, em que a opinião de um, ou alguns poucos, não será nunca irrelevante dentro da comunidade ou diante da multidão, visto que todos são importantes, cada indivíduo é uma partícula que forma o inteiro, a sociedade, onde um precisa do outro.

Bourricard, citado pelo mesmo autor que se faz referência nas linhas acima, observa importante conotação para o termo estudado na presente seção: o consensus, que se faz de suma importância para o trabalho, ao dizer que:

(...) o consensus não é uma unidade pronta, que os cidadãos constituam, mas é uma unidade a fazer, que eles se propõem a constituir, pois é pelo acordo que eles podem edificar uma lei comum, fora da qual a obediência deles seria simplesmente servidão. (BOURRICARD, 1961, apud SOUZA JUNIOR, 1984, pg. 71)

Cumprir ressaltar do posicionamento de Bourricard que a obediência de um povo a uma norma quando não existe o “Consensus” gera simplesmente a servidão, não leva à democracia. Assim, quando um povo passa a cumprir, sem o “Consensus”, as ditas “cláusulas pétreas”, apenas pelo fato do constituinte originário tê-las imposto, existirá simplesmente escravidão, porque, ainda que se diga que o sistema é democrático, este, por sua vez, perdeu sua razão de ser, já não tem mais sentido de democracia.

Enfim, *Consensus* será a “condição de legitimidade e, portanto, do consentimento, tanto no que concerne ao fundamento do poder, como quanto ao seu funcionamento.” Assim, será “o acordo entre os membros da comunidade, sobre as bases da ordem desejável”. (SOUZA JUNIOR, 1984, pg. 76)

Como já se havia dito anteriormente, ao citar os ensinamentos de João Camillo de Oliveira Torres, ao falar do “Consensus”, relembramos que não existe nenhum tipo de governo que funcione, realmente e com eficácia, sem o consentimento das pessoas a qual a lei é dirigida, o povo, a multidão, os governados ou, quer se diga sem o consentimento da Nação em todo o sentido do termo: “trata-se de uma verdade de fato, não de uma questão doutrinária, jurídica, moral ou mesmo teológica”. (1964, ano, pg. 125).

De fato, um governo só se faz legítimo quando possui o consentimento do povo ou, mais que isso, quando os governantes exercem o poder em consentimento com toda a Nação e, visando o bem geral, qual seja o bem comum.

A própria Constituição brasileira contém dispositivo importante a esse respeito ao enunciar: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” (Art. 1º, parágrafo único).

Não há, pois, o que se deixar esquecer sobre os ensinamentos do jesuíta suárez ao afirmar que todo poder vem de Deus e só terá validade se em consonância com a vontade do povo, qual seja, o poder é Divino, porém só será legítimo com a aprovação do povo. Dessa maneira, o que se tem do pensamento do jesuíta que inspirou o pensamento na Universidade de Coimbra no século XIX, é que o poder vem de Deus, entretanto será transmitido aos homens (ou magistrados, ou senadores, de qualquer espécie), pela república.

Ainda, reafirma o ilustre autor, ao falar do poder dos reis, que: “não é somente o poder dos reis que vem de Deus pela comunidade – o dos juizes, dos chefes de governos populares, dos legisladores...”. (TORRES, 1964, pg. 51)

Assim, João Camillo de Oliveira Torres (1964, pg. 50) reafirma que “de todas as justificativas de autoridade, a que mais ativamente se apresenta com mais direitos e maior força é a que funda a autoridade na própria Divindade”.

Ademais, o próprio Imperador do Brasil, Dom Pedro, dirá: “Temei a Deus, honrai ao Imperador”. Desta frase, com tamanha profundidade, se observa que, até mesmo o Rei do Brasil já se via envolvido, de alguma forma, com a doutrina de Suárez, Santo Tomás de Aquino e outros, quer seja pelo simples fato de acreditar que Deus existe e dele provêm todas as coisas, quer por aceitar positivamente que o poder vem, em última análise, de Deus.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 28) enuncia importante conclusão sobre os ensinamentos de Santo Tomás de Aquino:

(...) todo poder vem de Deus, mas no sentido de que todo poder vem de Deus porque Deus é autor da natureza Humana. Deus criou o Homem, o homem social, o homem com sociabilidade, de tal sorte que este veio a necessidade do poder, do governo que oriente a suas ações. Então, todo poder vem de Deus no sentido de que o poder é natural, todo poder deriva da natureza humana.

Ainda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 30) afirma sobre a titularidade do poder constituinte: “Hoje, ao final do Século XX, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo”.

Dessa maneira o sujeito do poder será o povo, entretanto, existem varias acepções para o termo “povo” utilizado vastamente em toda a Ciência Política, o qual será um dos objetos de nosso estudo com se segue.

João Camillo de Oliveira Torres (1968, pg. 127) assim preceitua:

O sujeito é toda a comunidade, o Corpo Político, cuja cabeça é o Príncipe – mas pela natureza das coisas e como o Estado existe para o bem comum do povo (o que ninguém contesta) e como sem a aceitação dos súditos não há governo, podemos dizer que o Povo, isto é, a multidão dos governados, dos súditos, por órgãos próprios de acordo com as circunstâncias e as leis, é quem indica os governantes e transfere o poder. (grifos nossos)

O consentimento do povo, ainda, poderá ser ativo ou passivo. Na primeira modalidade, dar-se-á quando houver óbvia demonstração de aceitação por parte da

comunidade, refletindo claro entusiasmo. Em sua segunda espécie, o consentimento será passivo quando não exista descontentamento inequívoco, tumultos, ou seja, quando corre de maneira normal.

Dessa forma, quando há existência do consentimento, seja em sua modalidade ativa ou passiva, verifica-se a legitimidade dos governantes ou detentores do poder político, a quem se submete a toda a população. Assim, importante observação faz Ferrero apud Torres (1964) ao dizer que “Um governo legítimo é um governo que se libertou de medo na medida do possível, porque aprendeu a apoiar-se, enquanto pode, no consentimento ativo ou passivo e a reduzir proporcionalmente o emprego da força.”

Cumprido salientar, destarte, da impossibilidade de unanimidade de aceitação, ou seja, consentimento, por parte da comunidade política. Não há como haver uma geral opinião por parte de todas as pessoas que compõe o todo da comunidade política, visto que isso seria impossível.

Daí importante diferenciação entre consentimento e *consensus* no plano o funcionamento do poder, pois, se no plano do fundamento esses dois termos aproximam-se um do outro, no que tange ao funcionamento, a diferença se mostra mais acentuada, como vem elucidado no seguinte trecho que merece ser transcrito:

O consentimento e o consensus, nesse plano do fundamento do poder, muito se aproximam. Ao nível dos membros da comunidade, ambos apresentam um caráter mais passivo. Ao mesmo tempo, ambos precisam difundir-se o mais amplamente possível entre a generalidade dos membros da comunidade, de modo a permitir dizer-se – para o reconhecimento da legitimidade – que a comunidade tem uma idéia quase unânime de justo e de certo quanto à ordem desejável e que a mesma comunidade aceita como tal a ordem política vigente. (SOUZA JUNIOR, 1984, pg. 79)

Isso porque o consentimento, ou seja, a aprovação dos moldes sobre os quais a sociedade política se baseia, pressupõe um acordo sobre determinados valores fundamentais da ordem desejável, ou seja, o *consensus*. Dessa forma, embora, como já se expressou, com relação ao fundamento do poder encontram-se – tanto o consentimento quanto o *consensus* – em territórios muito próximos, não podem ser confundidos, já que este é verdadeiro pressuposto de existência daquele.

No entanto, quando se parte não mais para o fundamento do poder, mas sim para o seu funcionamento, ou seja, na circunstância em que a comunidade injeta direcionamento

na vida da sociedade política, ou seja, influência nos caminhos do Estado, a diferenciação entre consentimento e *consensus* torna-se mais acentuada.

Isso porque o modo pelo qual a comunidade influencia no direcionamento estatal deve ser objeto de um *consensus*, ou seja, uma quase unanimidade. Não há problema, nesse ponto no que diz respeito às questões de consentimento, ou seja, no direcionamento que cada articulação dessa comunidade quer dar à sociedade política, e, muito menos, se houver uma adesão dos outros grupos às suas idéias.

Entretanto, é “pedra de toque” o modo, ou melhor, o conjunto de regras a ser adotado para a articulação e para a busca de adesão dessas idéias. Aqui, faz-se necessária a presença do *consensus*, e a sua falta acarretará o “caos político”, não se mostra um problema a divergência entre as idéias a serem expostas, mas sim uma falta de acordo sobre o modo como se processarão tais divergências e como elas buscarão adesão.

Em suma, o problema não se encontra na existência de idéias contrárias sobre o direcionamento a ser dado ao Estado, proveniente, como se sabe, das mais variadas articulações existentes na comunidade política, mas sim na falta de *consensus* acerca das regras pelas quais tais idéias hão de se formar e buscar adesão entre os grupos da comunidade.

Assim, no que concerne a essa diferença entre consentimento e *consensus* no aspecto do funcionamento do poder esclarecedor é seguinte trecho de Cezar Saldanha de Souza Junior (1984, pg. 82):

Nesse plano do funcionamento do Poder, consentimento e consensus separam-se mais claramente. O consentimento-participação exprime-se pelo princípio das maiorias eleitorais, implicando a admissão da discordância e da existência de oposição institucionalizada. O consensus correspondente ao consentimento-participação consiste num acordo, entre as forças que competem pelo Poder, sobre as regras referentes ao jogo político. Esse acordo básico deve ser praticamente unânime, de modo que os resultados do jogo político possam vir a ser aceitos, como legítimos, pelos próprios derrotados.

Enfim, de todo o exposto a despeito de *consensus*, há de se concluir sobre a suma importância de sua existência num sistema democrático forte ou, mais do que isso, para que seja legítimo e até mesmo válido, visto que é necessário, ao menos, que as lideranças da Comunidade, tal como os partidos políticos, as forças sindicais, a Igreja, as instituições do governo, entre outros, entrem em um *consensus* sobre os valores e as regras pelas quais

serão decididas as idéias básicas do Estado, qual seja as “regras do jogo político”, sob pena de desaparecer a organização estatal e a democracia.

3 O PODER CONSTITUINTE

Existem diversos posicionamentos na doutrina sobre a natureza do poder constituinte, visto que alguns autores entendem ser ele um poder jurídico, nas palavras de Bastos (1990, pg. 23): “reconhecendo-lhe a sua faticidade histórica, suscetível de ser estudada por outros ramos do saber, como força ou energia social.”, e outros – baseados na tese jusnaturalista – por seu turno, entendem não ser o poder constituinte um poder jurídico, sustentando que há um poder anterior ao direito e até mesmo anterior às instituições: aí estaria a natureza do Poder Constituinte.

A priori, o poder constituinte se dividirá em poder constituinte originário e poder constituinte instituído, derivado ou constituído. Dessa forma, ao se falar em poder constituinte originário, está se referindo ao poder que cria, origina a própria Lei Magna que, por sua vez, irá tratar de regulamentar todas as outras normas, inclusive, as relativas às mudanças constitucionais, isto é, o poder constituinte instituído. Este, por sua vez, apenas modifica uma Constituição pré-existente⁶, nos exatos limites estabelecidos por aquele.

Cumprе salientar que este é o entendimento de autores que seguem a doutrina clássica de Sieyès, baseada no pensamento jusnaturalista racionalista, em que além do direito positivo existe outro que é superior a este, que existe antes mesmo do próprio Estado, ou seja, em que o poder constituinte se dividirá em originário ou instituído, pois tanto poderá criar a Constituição quanto modificá-la.

Entretanto, autores como Carl Schmit, Luis Recaséns Siches e Celso Antonio Bandeira sustentam que só o originário deveria ser considerado poder constituinte, tendo em vista seu caráter ilimitado, já o poder reformador, para estes, não possui esse caráter, possui natureza totalmente diferenciada, visto que não é mais incondicionado e ilimitado, encontrando-se limitado pelas normas jurídicas positivas contidas na constituição, ou seja, deriva do próprio direito. (BASTOS, 1990)

⁶ Cumprе, pois, salientar da diferença entre constituição rígida e constituição flexível, visto que só existirá o poder reformador nas constituições rígidas. Dessa forma a constituição rígida é sempre escrita e o processo para que seja modificada está contido nela própria, ou seja, aqui a reforma pode ocorrer apenas se respeitadas as normas previstas anteriormente na própria Constituição, já a flexível poderá ser alterada pelo mesmo processo usado para alterar as leis ordinárias, não possuem distinção formal e estas, por sua vez, podem ser escritas ou não.

No entendimento de Ferreira Filho (1999) o poder constituinte será composto pelo poder constituinte originário e pelo poder constituinte instituído que, por sua vez, também se dividirá em: poder constituinte instituído de revisão⁷ e o poder constituinte instituído dos Estados Federados este, melhor explicando, conhecido na doutrina como poder instituído (derivado) decorrente.

Para Georges Burdeau, o poder constituinte terá três características principais: inicial, autônomo e incondicionado que, por sua vez se vislumbram nas palavras de Bastos (1990, pg. 24), conforme se expõe:

(...) é inicial, porque nenhum outro poder existe acima dele, nem de fato nem de direito, exprimindo a idéia de direito predominante na coletividade; é autônomo, porque somente ao soberano (titular) cabe decidir qual a idéia de direito prevalente no momento histórico e que moldará a estrutura jurídica do Estado; é incondicionado, porque não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo. Não está regido pelo direito positivo do Estado (estatuto jurídico anterior), mas é o mais brilhante testemunho de um direito anterior ao Estado. (grifos do autor)

Deste modo, em síntese, Burdeau localiza o poder originário no ponto de encontro entre a política e o direito, ou seja, entre a revolução e os regimes posteriores estabelecidos. Não se submete, pois, a nada, já que está acima de tudo: como o criador em relação à criatura. Entretanto, isso não significa que ele não seja um poder de direito, visto que este – o poder de direito – não é o que unicamente está previsto na ordem jurídica positivada. Assim, com magistral sapiência, o doutrinador confere ao poder constituinte natureza híbrida, qual seja de um poder que não pode ser visto limitadamente sob a ótica jurídica e, por outro lado, não há como considerá-lo, simplesmente, alheio ao ordenamento. (HORTA, 1999).

Ainda, Carl Schmitt (1966) apud Bastos (1990) define o poder constituinte como “a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.

⁷ Ao mencionar poder constituinte instituído de revisão, Ferreira Filho (1999, pg. 108), refere-se ao que se chama de poder constituinte instituído de reforma ou reformador, como se observa de seus ensinamentos: “A primeira espécie de poder constituinte instituído, que é a mais comum, é a do poder que se destina a rever e a modificar a própria Constituição. Numa palavra, é o poder de revisão”.

Dessa forma, ainda, prossegue Bastos (1990, pg.25) dizendo, muito acertadamente, sobre a natureza do poder constituinte, definindo-o como político e jurídico ao mesmo tempo:

O poder constituinte é um poder jurídico, uma vez que não há separação entre o jurídico e o político; mas não depende de ninguém e de nenhuma regulamentação previa. É unitário e indivisível: não se acha coordenado com outros poderes divididos (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas serve de fundamento a todos os poderes constituídos. O poder constituído é permanente: não se esgota por um ato de seu exercício. Também não pode ser alienado, absorvido ou consumido.

Aqui, acertadamente, Bastos denota que o poder constituinte, por sua vez, não será nem só político, nem só jurídico, uma vez que não há como se negar da sua juridicidade, entretanto, não há como se dizer que se resume nisto, visto que é anterior e se sobrepõe a todo o ordenamento, sendo considerado o embasamento da Constituição. Não será alienado, pois é insuscetível de qualquer negociação fraudulenta, sob pena de ser considerado inválido e retirada sua legitimidade e, ainda, não será consumido ou absorvido, levando-se em consideração seu grau de importância para o ordenamento jurídico positivo e, mais, para toda a organização do Estado.

Assim, Bastos (1990, pg.30) afirma que o poder constituinte é passível de ser estudado por todas as ciências, visto que sua competência é exterior ao ordenamento jurídico positivo, dizendo: “O poder constituinte é uma força social e política, passível de estudo nas ciências sociais e na filosofia do direito. Assim, também sua titularidade exorbita o campo dos estudos jurídicos”.

Dessa forma, o que se têm de todo o exposto, são entendimentos diversos a despeito do poder constituinte, suas características e sua natureza, em que alguns acreditam sê-lo um poder ilimitado, seja em sua forma originária ou em sua forma derivada, já para outros seria o poder constituinte ilimitado apenas em sua forma originária, porém, em sua forma instituída possuiria caráter totalmente contrário e características diferentes, visto que, nesta, se limitaria às normas positivas já existentes.

Para melhor se estudar o poder constituinte faz-se essencial à análise de sua evolução histórica e seu surgimento definitivo quando este, por sua vez, se confunde com o poder constituinte originário, qual seja: em sua forma genuína, primordial. É o que se demonstra, mais especificamente, na próxima seção, inclusive, ressaltando-se da importância da doutrina de Emmanuel Joseph Sieyès para o “nascimento” ou, melhor

dizendo, para o reconhecimento do poder constituinte como fonte de todo o ordenamento jurídico positivo e o poder que, ademais, regulamenta todas as outras normas do Estado- os poderes constituídos- onde se encontram o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, sendo, porém, superior a todos estes poderes constituídos.

3.1.1 O poder constituinte originário

Na antiguidade clássica grega, em especial, em Atenas, já se tinha a idéia de que existiam normas superiores a outras, ou seja, as leis que dizem respeito à organização fundamental do Estado e, de outro lado, com menos importância, as leis que regulam as relações entre os cidadãos, como também outras leis que digam respeito ao relacionamento entre os indivíduos e o Estado, mas que não influenciam na organização básica deste.

Cumprido esclarecer, do exposto, a diferenciação entre leis superiores e inferiores que já se tinha idéia na época, em Atenas, diz respeito ao que se denomina, atualmente, hierarquia entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais. Dessa forma, dispõe Celso Bastos (1990, pg.44) sobre a diferenciação entre as normas constitucionais e as que não o são:

Com efeito as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas.

Aqui, não está se falando de hierarquia de normas constitucionais, mas sim de hierarquia entre as normas contidas na Carta Magna e as Leis Infraconstitucionais, visto que no Brasil não há hierarquia entre as normas que compõem o texto constitucional, todas possuem o mesmo patamar.

Respeitável observação faz Horta (1999, pg. 43), ao falar do que denomina constituição plástica, quando claramente dispõe que apesar da introdução de alguns Princípios Fundamentais e enunciação de Direitos e Garantias Fundamentais no texto Constitucional de 1988, isto não fez com que estes sejam superiores às outras normas contidas no texto Constitucional, isto é, não se estabeleceu hierarquia entre as normas Constitucionais, como se denota a seguir:

Sob o ponto de vista técnico formal, a Constituição de 1988 introduziu aprimoramentos significativos na apresentação do texto constitucional. Alterou a técnica das Constituições Federais anteriores, para conferir precedência aos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil e a enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais. É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classifica-las em normas superiores e inferiores. Todas são normas fundamentais. (grifos nossos)

Entretanto, retomando á época de Atenas, o que se tinha, era apenas uma vaga idéia dessa diferenciação – entre normas superiores e inferiores, não se perscrutava acerca da origem dessas normas julgadas superiores, muito menos que tal origem tinha como fundamento um poder, qual seja, o que atualmente é conhecido como Poder Constituinte.

Como se percebe, pode ser encontrado entre os gregos – especialmente entre os atenienses – um gérmen, isto é, uma idéia embrionária de constituição, bem como da supremacia constitucional. Porém, cumpre salientar que Atenas não chegou a conhecer o Poder Constituinte, pois não se cogitava de que um poder seria o responsável pela criação de todos os outros, como salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 4), nas seguintes palavras:

Se havia essa idéia, ainda que não elaborada, e, portanto, também a idéia de subordinação dos órgãos do governo a essas leis fundamentais, estabelecidas por um poder especial, criador dos demais poderes e não criado por qualquer deles. Não havia, portanto, a idéia de um poder constituinte – a não ser que se fale metaforicamente, lembrando-se a autoria, imputada ao sábio, das instituições de certas cidades-estados.

Dessa forma, importante se faz ressaltar que mesmo acontecia na Idade Média, esta, por sua vez, também não possuía a idéia do Poder Constituinte, embora – aos moldes atenienses – tivera a noção de que algumas normas eram superiores às demais, não chegando, como já dito, ao raciocínio de que existiria um poder especial e superior para criá-las, dando a impressão que essa hierarquia normativa, em especial no que concerne à supremacia das normas que fundamentam a “vida” estatal em relação às demais, era conhecida simplesmente pela luz natural da razão, não sendo necessários complexos sistemas jurídicos.

Importante, já se aproximando da doutrina do século XVIII, referente ao Poder Constituinte, é a doutrina francesa das Leis Fundamentais do Reino, visto que, além da

idéia de que algumas normas que dizem respeito à organização fundamental da sociedade política serem mais importantes que outras, eram, ainda, superiores ao próprio rei e aos órgãos que direcionavam o Estado.

Ainda, faz-se mister ressaltar que alguns franceses já ensinavam que tais leis – as concernentes à organização do Estado – poderiam ser modificadas, embora não pudessem ser simplesmente pela bel vontade do rei, mas sim, se esta fosse a vontade dos Estados Gerais, quais sejam, clero, nobreza e o povo. Dessa maneira manifesta-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 5) sobre a mutação das Leis Fundamentais do Reino, na época:

As leis fundamentais são mutáveis, mas apenas por um procedimento especial. E diga-se mais: por um procedimento especial que importa uma consulta a todos os elementos componentes da comunidade, distribuídos pelos três estados juridicamente caracterizados: Clero, o primeiro Estado; Nobreza, o segundo; e Povo, o conjunto que não contavam com privilégios, o terceiro Estado.

Contudo, não se identificava, nessa doutrina francesa, que tais normas superiores surgiam por meio de um poder especial, qual seja, o Poder Constituinte, visto que se achava que elas eram estabelecidas pelo costume e pelo tempo. Aqui também ainda não se conhecia o Poder Constituinte, ou a própria Constituição como estatuto jurídico fundamental do Estado.

Apesar de todos os indícios da existência de um poder superior, este só começou a ser percebido inicialmente no século XVIII, com os contratualistas (Locke, Rousseau e Hobbes), para, só posteriormente, chegar ao cume com a doutrina de Sieyès.

Dessa forma, cumpre ressaltar, sobre o pensamento dos contratualistas, que, apesar de seguirem linhas diferentes, tinham em comum sobre necessidade da existência entre os homens de um pacto a respeito das condições da organização da sociedade, ou seja, um contrato, com cláusulas que beneficiassem ao todo social ou, a cada componente desse, quais sejam os mesmo homens signatários do dito pacto.

Nesse sentido, o pensamento de Rousseau⁸ apud Ferreira Filho (1999), é o que mais chega perto da doutrina de Sieyès, como mostra o mestre genebrino nas seguintes palavras:

⁸ Bonavides (1997, pg. 174) faz importante menção ao pensamento de Rousseau ao observar: “(...) o pensador de Genebra descia das alturas metafísicas e abstratas do “Contrato Social” para a planície do bom senso e das realidades evidentes e razoáveis ao declarar que é “contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar”. Completou esse conceito acrescentando logo não ser “contra a natureza nem

“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade sob o supremo comando da vontade geral, que recebemos em conjunto, cada membro, como parte indivisível do todo”.

A idéia do nascimento da sociedade, bem como do estabelecimento do poder estatal na figura de um acordo – o contrato social – apresenta a séria consequência de haver a possibilidade de revisão desse pacto, desde que pela vontade geral, a fim de que se estabelecesse por meio de uma constituição escrita, a forma legítima de renovação das instituições políticas da época – tão criticadas por Rousseau e seus contemporâneos – a fim de se atender as liberdades dos indivíduos formadores do Estado, e aos seus direitos naturais.

Destarte, a doutrina do Poder Constituinte surge para justificar a constituição escrita como forma legítima de alteração das instituições julgadas obsoletas em um determinado período de tempo, conforme se denota nas seguintes palavras, enunciadas por Ferreira Filho (1998, pg. 12), que refletem pensamento do abade de Sieyès:

Todo Estado tem uma constituição. Essa constituição, entretanto – e aqui entra o pacto –, é obra de um Poder, o Poder Constituinte que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.⁹

Dessa maneira, é com Sieyès que se estabelece o surgimento do poder constituinte, fonte da própria Constituição e, portanto dos poderes constituídos e, daí surge à idéia de que um poder seria superior a todos os outros poderes, sendo o primeiro, o poder constituinte, a verdadeira fonte ou o poder que regula e estabelece normas para todos os outros, quais sejam: os poderes ordinários ou secundários, dentre eles, atualmente, o poder legislativo de onde surgem as leis ordinárias.

Ademais, ao publicar o panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, que em bom português significa “O que é o Terceiro Estado?”, Sieyès apresenta grande influência para

contra a razão” a possibilidade de revogar tais leis, desde que o façamos com a mesma solenidade empregada no estabelece-las.” Ainda, observa que foi Rousseau quem elaborou o princípio que reconhece à Constituição de 1791 da França o direito de mudar a Constituição e “fazer a reforma daqueles artigos cujos inconvenientes a história tivesse demonstrado” e isso de forma imprescritível (Bonavides, 1997, pg. 174 – 175)

⁹ Ferreira Filho, neste trecho, não expressa *in verbis* as palavras do abade de Sieyès, entretanto enuncia, verdadeiramente, o que prega o francês em sua doutrina sobre o poder constituinte, porém com conclusões próprias.

a Revolução Francesa de 1781, pode-se dizer, inclusive, que o mencionado panfleto foi o grande precursor da revolução, já que demonstrava a necessidade de serem feitas algumas reivindicações pelo Terceiro Estado¹⁰ que, posteriormente, foram lema da Revolução, dentre elas quanto a reorganização da França de uma forma mais igualitária, em que o povo pudesse ter participação nas decisões políticas.

Deste modo, Sieyès, em pleno século XVIII na França, afirmava que a burguesia – o Terceiro Estado – tinha o direito de escolher seus representantes, sejam eles pertencentes ao Clero e a Nobreza ou não, visto que quem exercia todos os trabalhos do país e, ainda, exercia funções públicas, não eram os membros desses dois Estados, mas, sim, o povo (Terceiro Estado), que naquela época só era explorado e não tinha direito a nada, sequer ao voto e a escolher quem os representaria.

Assim, para o abade francês não existe submissão entre a burguesia, a nobreza e Clero, ao contrário do acontecia naquela época, para Sieyès se alguém tivesse que ser privilegiado deveria ser o Terceiro Estado que, por sua vez, sustentava praticamente sozinho os outros dois e tinha todo o necessário para constituir uma nação, entretanto, nada representava para a França. Partindo disso, sustentava que a burguesia reivindicava algo que lhe pertencia: a escolha de seus representantes dentre os cidadãos pertencentes ao Terceiro Estado.

Dessa forma, a própria nação¹¹ seria o titular desse poder constituinte ou originário que, por sua vez, não encontra limites existentes antes da nação e acima dela, ou seja, não deve se sujeitar às normas jurídicas anteriores, bem como não fica o poder constituinte, que tem como titular a própria nação, cuja vontade é originar a nova Constituição, submetido à Carta Magna anterior, assim preceitua Sieyès: “A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural” (1997, pg. 94). E ainda acrescenta: “não somente a nação não é submetida a uma Constituição, mas ela não o pode ser e não o deve ser, o que equivale ainda dizer que ela não o é”.

¹⁰ Faz-se necessária observação do significado de Terceiro Estado, ou seja, este será um dos Três Estados (Clero, Nobreza e Burguesia) em que era dividida a França naquela época. O Terceiro Estado era composto pelo povo ou, ainda, pode-se dizer pela burguesia.

¹¹ O termo nação para o mestre francês seria a permanência de uma comunidade ou o que se tem dos interesses permanentes da própria sociedade, não é tão somente os interesses dos homens que compõe a comunidade em um dado momento histórico, mas sim o interesse do todo, do bem geral da comunidade, por isso em certo momento podem, inclusive, se contrapor.

Entretanto, faz-se necessário esclarecer que Sieyès é adepto, na linha seguida por Rousseau com base no Contrato Social, do Direito Natural, em que o poder constituinte da nação encontrará seus limites no próprio direito natural.

Cumprido salientar da doutrina de Sieyès que o poder constituinte não possui limites, nem mesmo na Constituição anterior. Assim, não deve e, mais do que isso, não pode o poder constituinte respeitar as normas positivas anteriores, visto que deve se sobrepor a todas elas e só se sujeitar à vontade da própria nação. Ainda preceitua o abade francês: “De qualquer maneira que a nação queira, é preciso que ela queira. Todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema”.

Importante conclusão para presente trabalho faz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg. 17), sobre o poder constituinte originário, principalmente, no que tange ao grau de vinculação que ele pode proporcionar às realidades futuras, visto que uma geração anterior não possui poderes maiores que outras que estão por vir, ainda quando se trata do poder constituinte originário:

Por outro lado, se da doutrina redundar a supremacia da constituição em relação aos poderes constituídos, dela não resulta que o constituinte de hoje possa opor obstáculos materiais – cláusulas pétreas – ao constituinte de amanhã. Sem dúvida, admite que haja a definição de procedimentos especiais, já que isto é indispensável para a supremacia da constituição em relação aos referidos poderes constituídos, mas só isto.

Era ele suficientemente realista para saber – o que parecem ignorar certos juristas brasileiros contemporâneos – que a assembléia constituinte é formada por representantes do povo, que não recebem deste qualquer dom especial – mágico ou metafísico. Conseqüentemente, nada justifica que sua vontade prevaleça para o futuro, cristalizando instituições ou normas, limitando o poder das gerações posteriores e seus representantes “extraordinários”.

O trecho exposto linhas acima é de suma importância, visto que expressa o exato ponto, tratado mais detalhadamente nos próximos capítulos, que se quer chegar com a presente monografia, em que não pode o constituinte originário prever todas as situações que estão ainda por acontecer. Dessa forma, discute-se, ainda que doutrinariamente, da validade das ditas “cláusulas pétreas” ou de imodificabilidade e, mais que isso, da necessidade de sua existência ou não.

3.2 O poder constituinte instituído

O poder constituinte instituído, também denominado poder constituinte derivado ou constituído, consiste no poder de modificar, reformar ou alterar as normas constitucionais, conforme os aspectos formais estabelecidos pelo constituinte originário na própria Lei Magna ou, ainda, poderá ser o poder que cria as Leis Ordinárias e as Constituições Estaduais dos Estados Federados. Assim sendo, será dividido em poder constituinte instituído reformador ou de revisão e poder constituinte instituído decorrente ou instituído dos Estados Federados.

De suma importância para o trabalho em tela faz-se o estudo do poder constituinte reformador ou de revisão. Entretanto, será exposto, em princípio, o poder constituinte decorrente para, posteriormente, estudar-se o poder reformador de forma mais detalhada, ao passo que sobre o poder constituinte instituído dos Estados Federados falar-se-á de modo mais conciso, apenas para fins didáticos, a fim de que o leitor se situe melhor no texto.

3.2.1 O poder constituinte instituído decorrente

O poder constituinte instituído decorrente ou poder constituinte dos Estados Federados terá como objetivo principal estabelecer a organização política fundamental dos Estados-membros que compõe a Federação

Decorre, principalmente do fato do Brasil ter sido transformado, com o Decreto n.1 de 15 de novembro de 1889, de Estado Unitário em Estado Federal, melhor dizendo, cada Estado que compõe a nação a partir desse momento passou a regulamentar suas próprias normas através de uma Constituição Estadual que eles mesmos devem estabelecer, o que caracteriza uma federação por segregação¹².

¹² Faz-se necessário esclarecer da diferenciação entre federalismo por segregação e federalismo por agregação. No Brasil se verifica o federalismo por segregação, isto é, a transformação de um Estado Unitário em Estado Federal, ou seja, “É, portanto, a transformação das entidades descentralizadas de um Estado Unitário, de províncias desse Estado Unitário, em Estados componentes de uma federação, em Estado Federados”. Entretanto o federalismo por agregação se verificará quando: “Estados preexistentes, portanto, já organizados, se unem, num verdadeiro ato internacional, para produzir um novo Estado”. (Ferreira Filho, 1999, pg. 142 e 143)

Dispõe o artigo 3º do Decreto de 1889 que, por sua vez, além de transformar o Brasil de Monarquia para República transformou-o também em um país Federado: “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva elegendo os corpos deliberantes e os seus governos locais”.

Entretanto, há que se destacar que esse poder é um poder derivado, ou seja, instituído e, por isso, é subordinado ao poder constituinte originário, devendo, assim, obedecer e respeitar o que se estabelece na Carta Magna, deve se subordinar aos ditos “princípios constitucionais da União”. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pg.14), com peculiar maestria, preceitua da conceituação destes, dizendo: “Esses princípios constitucionais da União são, portanto, os princípios que defluem ao direito constitucional Federal e que são, em consequência, obrigatórios para os Estados membros em sua auto-organização”.

Ocorre que cada Estado componente da Federação possui o poder de estabelecer a sua própria Constituição, hierarquicamente submetida à Constituição Nacional, respeitando as limitações impostas pelo poder originário, visto que as disposições “maiores” são estabelecidas pela Constituição Federal, como preceitua Raul Machado Horta (1999, pg.67):

O constituinte do Estado cria ordenamento constitucional autônomo, mas o processo de criação que ele percorre difere profundamente da originariedade criadora do constituinte federal.

A procedência da Constituição Federal sobre a do Estado-Membro é exigência lógica organização federal, e essa procedência, que confere validade ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um segmento derivado daquele.

Dessa forma, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999), o poder Constituinte instituído decorrente apresenta três características principais, quais sejam: é um poder derivado, visto que provém do poder constituinte originário, é um poder subordinado, levando-se em consideração que se subordina a Constituição Federal e, por último, o poder Constituinte dos Estados Federados é um poder condicionado, pois deve respeitar as condições formais impostas pelo poder constituinte originário, quer seja: as condições contidas na Carta Magna da Federação que, por sua vez, na Constituição Brasileira de 1988 possui disposições próprias.

3.2.2 O poder constituinte instituído de reforma ou de revisão

Aqui, ao se tratar de poder constituinte instituído, mais especificamente em sua forma de reforma ou revisão, qual seja: de mudança da Constituição, está se falando de um poder que é instituído e por isso deriva do poder constituinte originário que, por sua vez, tem por escopo reformar a Constituição, adaptando-a as novas realidades, afim de que seja duradoura e estável.

Dessa forma, preceitua Jorge Miranda (1996, pg. 130) sobre a modificabilidade das constituições e, ressalta-se, da suma importância de que sejam alteradas para que perdurem ao longo do tempo:

Se as constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem a duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis as constituições são modificadas.

O poder constituinte instituído de reforma poderá se desdobrar em três, quais sejam: reforma, emenda ou revisão, todos são manifestações do poder constituinte instituído que, por sua vez, ora se diferenciam, ora se unificam. Assim, Raul Machado Horta (1992, pg. 249) estabelece:

No Direito Constitucional Brasileiro Positivo, Reforma, Emenda e Revisão ora se apresentam individualizadas, recebendo matérias distintas e enquadradas em procedimentos destacados, ora aparecem unificadas, dentro de regulação comum e igual, que extingue a pluralidade das formas do poder constituinte derivado.

Todavia, não há o que se tecer dúvida da existência de limitações para o poder constituinte instituído, sejam elas limitações materiais, circunstanciais ou temporais, ou ainda, explícitas ou implícitas, dentre outras, independente das divergências doutrinárias quanto as sua denominação, isto é, seja ele considerado poder de reforma, emenda ou revisão, sempre encontrará seus limites no texto constitucional.

Ainda, conclui, inteligentemente, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1993, pg. 9), a despeito do poder de revisão ou emenda, em que afirma que a revisão faz parte de uma nova introdução aos textos Constitucionais modernos, dentre eles a Constituição brasileira vigente:

Pelo menos em parte, os correntes processos de transformação ou mudança das Constituições não foram ainda examinados à luz de sua máxima potencialidade. Nos textos mais modernos – como o brasileiro – ao lado dos métodos tradicionais de adaptação constitucional – pela via de emenda – outra nova forma veio se juntar – a revisão – sem que ao certo se saibam muitas coisas sobre as diferenças entre elas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999), por sua vez, não diferencia o poder constituinte instituído de reforma ou de revisão, trata ora um ora de outro com se fossem a mesma coisa, entretanto, prefere usar genericamente o termo revisão quando fala tanto de reforma quanto de revisão *strictu sensu*.¹³

Deste modo, Ferreira Filho (1999, pg. 108), ao classificar o poder de revisão está também se referindo ao poder de reforma ou Emenda, assim enuncia que “o poder constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral estabelece um poder Constituinte instituído, que é um o poder de revisão, o poder incumbido de adaptar a Constituição a eventuais situações novas”.

Entretanto, há que se mencionar sobre o significado do poder de revisão em sentido *strictu*, qual seja: o poder de revisão que está no art.3º do ADCT – Ato das Disposições Transitórias da Constituição – que previa a revisão da Constituinte de 1988 no prazo de cinco anos, o que de fato aconteceu, conforme previsto, em 1993 por consulta popular – em que o povo exerceu sua soberania diretamente e com um verdadeiro “consensus” – plebiscito.

¹³ O poder de mudar a constituição de acordo com a constituição, ou seja, pelo procedimento por ela estabelecido e dentro dos limites que ela estabelece, é diferentemente designado pelos estudiosos. Sobre isto se voltará mais adiante. Mais aqui se prefere chamá-lo de poder de revisão.

3.2.3 As vicissitudes constitucionais e o poder instituído de revisão

Com peculiar sapiência, esclarece, Jorge Miranda em elaboração de conceitos sobre as mudanças constitucionais, nomeadas por ele de vicissitudes constitucionais, que a revisão é a modificação da Constituição com a finalidade de “auto-regeneração” e “autoconservação” do texto Constitucional. Dessa forma preceitua *in verbis*:

É a modificação da Constituição com uma finalidade de auto-regeneração e autoconservação, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas, política, social ou juridicamente, de adição, de elementos novos que revitalizem, ou, porventura, de consagração de normas preexistentes a título de costume ou de lei ordinária. É a modificação da Constituição nos termos nela própria prevista ou, na falta de estatuição expressa sobre o processo, nos termos que decorram do sistema de órgãos e actos jurídicos-constitucionais; e insira-se a modificação directamente no próprio texto constitucional ou aprove-se, para o efeito, uma lei constitucional autónoma. (2002, pg. 392)

Ainda, cumpre salientar, que Miranda (2002) divide as vicissitudes constitucionais em vários tipos, quais sejam: revisão constitucional, derrogação constitucional, transição constitucional, revolução, ruptura não revolucionária, suspensão parcial da constituição, costume constitucional, interpretação evolutiva da constituição, revisão indireta.

Dessa forma, faz-se de suma importância esclarecer a conceituação que Jorge Miranda, sabiamente, faz sobre as mudanças constitucionais, denominadas “vicissitudes constitucionais” que, por sua vez, poderão ser: expressas ou tácitas – quanto ao modo, parciais ou totais – quanto ao objeto, de alcance geral e abstrato ou de alcance individual e concreto, excepcional – quanto ao alcance, com ruptura constitucional ou por evolução – quanto às conseqüências na ordem constitucional e, por fim, de efeitos definitivos ou efeitos temporários – quanto a duração dos efeitos.

A revisão constitucional, como já dito em linhas acima, será a modificação da constituição “expressa”, “parcial” e de “alcance geral e abstracto”, com a finalidade de “auto-regeneração” e “autoconservação” do texto constitucional. Assim, a revisão deverá ocorrer de forma expressa, parcial, ser de alcance geral, com efeitos definitivos e sem a ruptura constitucional, ou seja, pela evolução constitucional.

A derrogação se opera por um processo parecido com o da revisão e poderá ser considerada uma revisão *lato sensu* ou de reforma material constitucional. Entretanto, o resultado é diferente, visto que a derrogação determina uma exceção, tendo como base o

caso concreto, não edita uma norma “geral e abstrata”, como ocorre no caso da revisão *strictu sensu*.

Assim, para Schmitt (1966) apud Miranda (2002, pg. 393), a derrogação “é a modificação da Constituição levada a cabo por meio do processo de revisão que se traduz na exceção de um princípio constitucional ou na regulamentação de um caso concreto, ‘*em vue d’un cas donné*’”. Dessa maneira, a derrogação deverá ser expressa, parcial, de alcance individual, concreto ou excepcional-aqui se difere da revisão constitucional *strictu sensu*, ainda, ocorre por meio de evolução constitucional e possui efeito definitivo.

As modificações tácitas da constituição serão, ainda, parciais, de alcance geral, por meio de evolução constitucional e terão efeitos definitivos. São consideradas como: “as trazidas por costume constitucional *praeter e contra legem*”, as trazidas por uma “interpretação evolutiva da constituição”, visto que a realidade muda a cada momento e a interpretação constitucional deve estar sempre evoluindo de acordo com o que está acontecendo em sua volta e, ainda, pela revisão indireta que “não é senão uma forma particular de interpretação sistemática”, aqui o que ocorre é que o sentido de uma norma que não foi objeto de revisão constitucional é alterado indiretamente em decorrência da interpretação sistemática e evolutiva de outra que de alguma forma foi alterada ou suprimida.(MIRANDA, 2002, pg. 394)

A transição constitucional será “a passagem de uma constituição material a outra com observância das formas Constitucionais, sem ruptura, portanto. Muda a constituição material, mas permanece a Constituição instrumental e, eventualmente, a Constituição formal”. Aqui, será expressa, parcial, de alcance geral, por meio de evolução constitucional-sem ruptura da ordem constitucional e com efeitos definitivos.(MIRANDA, 2002, pg. 395)

A suspensão temporária é a suspensão parcial da Constituição, “é a não vigência durante certo tempo, decretadas por causa de certas circunstâncias, de algumas normas constitucionais”. Só ocorrerá em caso de necessidade como, a título de exemplo, no estado de sítio. A transição deve ser a exceção de forma expressa de todo o texto constitucional, alcançando a todos genericamente, por uma evolução constitucional e com efeitos temporários, por sua vez a única vicissitude que é temporária. (MIRANDA, 2002, pg. 396)

As vicissitudes com rupturas constitucionais, isto é, quando o sistema vigente, até então, deixar de existir, podem se dar tanto pela suspensão total da constituição como

também, em alguns casos específicos, pela suspensão parcial.. No primeiro caso, quebra total do sistema jurídico-constitucional vigente a época, o que ocorre é a chamada revolução (melhor estudada em capítulo anterior). No segundo, suspensão parcial da constituição, só será caso de ruptura constitucional quando não forem observadas as normas jurídicas contidas na Constituição, será chamada, neste caso, de ruptura não revolucionária.

Entretanto, como já dito, as suspensões parciais nem sempre resultam, ou melhor, na maioria das vezes não resultam, em quebra da ordem constitucional, visto que - observadas as regras constitucionais vigentes quando se dá a suspensão parcial em sua forma genérica – a ordem constitucional retorna assim que as circunstâncias ensejadoras da suspensão sejam normalizadas.

Importante se faz observação a despeito das vicissitudes totais e parciais, conforme se denota de Jorge Miranda (2002, pg. 391), *in verbis*:

As vicissitudes de efeitos temporários ou suspensões da Constituição podem ser totais ou parciais e feitas nos termos da Constituição ou sem a sua observância. A suspensão total da Constituição redundará sempre em revolução. A suspensão parcial sem a observância das regras constitucionais em rupturas definitivas. A suspensão parcial de alcance individual, concreto ou excepcional em derrogação. Só a suspensão parcial da Constituição de alcance geral e abstracto, na forma da própria Constituição, representa um conceito autónomo, a integrar na categoria genérica das providências ou medidas de necessidade.

Dessa forma, a ruptura não revolucionária ou ruptura definitiva ocorre quando, em resumo, se dá a suspensão parcial da Constituição sem observância das regras constitucionais, entretanto, quando ocorre suspensão total da Constituição se dá o fenómeno chamado de revolução.

Aqui, nesta seção em especial, o que se objetivou demonstrar foram as diversas classificações elaboradas por Miranda sobre as várias formas de mudanças constitucionais – vicissitudes constitucionais – que podem existir no decorrer da história, de acordo com as circunstâncias do momento político da época. Assim, segue-se, com a exposição dos diversos posicionamentos a despeito da importância do poder de reforma ou de revisão.

3.2.4 Classificações do poder instituído de reforma, revisão ou emenda.

Preceitua, Jose Afonso da Silva (1996, pg. 67) sobre a origem do poder constituinte, nos seguintes termos:

No fundo, contudo, o agente, ou sujeito de reforma, é o poder constituinte originário que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige.

Aqui o que se tem, do posicionamento do autor, é o poder constituinte instituído de reforma considerado como um desdobramento do poder constituinte genuíno, isto é, para o autor acima citado, o poder constituinte originário atuará em segundo grau quando em sua forma instituída de reforma, quer seja derivada.

Alexandre de Moraes (2000, pg. 54) assevera que o poder constituinte derivado está contido no próprio texto constitucional e conclui que: “O Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade”.

Já Bonavides (1997, pg. 173) acentua sobre a inviabilidade da imutabilidade constitucional e defende expressamente que as Constituições precisam ser modificadas no decorrer do tempo¹⁴, levando-se em consideração que a sociedade está em movimento e o texto constitucional deve se adaptar sempre ao que está passando a população em determinado momento histórico. É o que se denota do pensamento do autor conforme se demonstra abaixo:

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é a mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por arbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental

¹⁴ Bonavides se opõe ao posicionamento de imutabilidade de alguns iluministas do séc. XVIII que, absurdamente, chegaram até a pedir pena de morte para todos que “ousassem propor reformas da Constituição” (Edouard Laboulaye apud Bonavides, 1997, pg. 173).

Sobre a natureza do poder constituinte instituído de reforma Ferreira Filho (1997, pg. 157) afirma ser um poder derivado que, por sua vez, possui limitações no texto constitucional, assim, fazendo menção a Souza Sampaio, acentua que :

O poder reformador, como denomina Nelson de Souza Sampaio, caracteriza-se por ser derivado e limitado na medida em que, provenientes do Poder Constituinte, subordina-se, como os demais poderes constituídos, às limitações, às limitações e condicionamentos pelo mesmo impostas w apenas dentro destas fronteiras jurídicas encontra respaldo para sua existência e suporte para a sua validade.

Brevemente, Celso Bastos (1990, pg. 29) define o poder reformador ao enunciar: “O poder reformador apenas modifica a constituição”. Enquanto o poder constituinte originário cria, dá vida para a Constituição, o poder constituinte instituído de reforma só altera, modifica o que um dia já foi criado.

Di Ruffia (1984, pg. 222), com peculiar sabedoria, preceitua sobre o poder de reforma dizendo que:

A reforma constitucional no sentido próprio indica, portanto, aquela atividade normativa desenvolvida para modificar parcial ou radicalmente uma constituição rígida, valendo-se do particular procedimento predeterminado por ela (enquanto que nas constituições flexíveis tal atividade não pode ser diferenciada formalmente da legislativa ordinária).

Importante para o presente trabalho será o entendimento de Raul Machado Horta sobre o significado das mutações constitucionais para a estima da Constituição, visto que, diferentemente de muitos constitucionalistas, considera um progresso para a o texto constitucional e não uma desestima ou um sintoma de fragilidade como colocam muitos, mas sim um sinal de durabilidade, pois a mudança da constituição no decorrer do tempo, a fim de que se torne cada vez melhor, e, mais do que isso, para que não entre em desuso por não estar mais em consonância com a realidade é, acima de tudo, uma necessidade e não tão somente algo que se torna aceitável.

Dessa forma, Horta (1992, pg. 243) prescreve *in verbis*:

A mudança da constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais

inspirações, a mudança na Constituição reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe a alterar ou substituir.

Ainda, prossegue Horta (1992) dizendo que existem duas formas de mudança da constituição, quais sejam: a reforma constitucional e a mutação constitucional. Assim ao falar da reforma constitucional está se referido a reforma no sentido amplo, ou seja, refere-se tanto a emenda quanto à revisão constitucional. Entretanto para se definir a mutação constitucional é necessário um pouco mais de desgaste, visto que existem vários posicionamentos sobre a diferenciação entre as reformas constitucionais e as mutações¹⁵. Entretanto, Horta (1992, pg. 244) conclui que “(...) A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo a norma escrita da constituição”

Resta óbvia que a função do poder constituinte instituído de revisão é modificar ou adaptar o texto constitucional a novas situações, ademais deverá sempre visar o bem geral da nação, qual seja: o bem comum, sobretudo, inclusive sobre as limitações materiais, ainda que se tenha que rompê-las. O que deve ser resguardadas são as decisões políticas fundamentais em detrimento das cláusulas “ditas” pétreas, visto que a vontade limitativa do poder constituinte originário não pode prevalecer quando a realidade não seja mais a mesma que ensejou aquela norma e, mais que isso, quando a situação atual “grite” por uma mudança material no texto Constitucional.

¹⁵ Assim, para melhor definir a diferenciação de mutação constitucional e reforma, Horta (1992, pg.244) relembra os ensinamentos de HSU DAU-LIN, que também é lembrado em Pablo Lucas Verdú e Garcia-Pelayo, dizendo que: “... a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade. A realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional”. Ainda, prossegue citando as quatro classes constitucionais que concebeu Dau-Lin, quais sejam: a mutação constitucional mediante a prática que não vulnera formalmente a constituição, mutação constitucional por impossibilidade de do exercício de determinada atribuição constitucional, mutação constitucional em razão de prática que contradiz a o texto constitucional e, por último, a mutação constitucional mediante interpretação.

4 OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO

Neste capítulo, em especial, será disposto sobre as limitações impostas pelo constituinte originário ao poder de constituinte instituído ou derivado em suas formas tanto de reforma e revisão, quanto em sua forma de poder constituinte instituído decorrente ou, melhor dizendo, poder constituinte instituído dos Estados Federados, entretanto será dada maior ênfase para o poder constituinte instituído de reforma ou revisão¹⁶ da constituição que, por sua vez, é objeto principal do presente estudo.

Entretanto, há que se destacar da existência de autores, como já exposto anteriormente, que não fazem distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte instituído, visto que pra esses autores o poder constituinte originário não finaliza sua função com o surgimento da constituição, mas se manifesta posteriormente a cada reforma constitucional (este é o posicionamento clássico), assim para estes, como Duguit, Duverger e Vedel – todos da escola francesa, as limitações são inexistentes, pois não possuem força obrigatória. (FERREIRA FILHO, 1997).

Outros autores, mais acertadamente, tal qual Burdeau, Carl Schmitt, Recaséns Siches, Hariou, dentre muitos outros, mesmo entendendo que o poder constituinte originário não se finaliza com a elaboração do texto constitucional e, sim, que o que se finda na realidade é o agente da Constituição, ou seja, as pessoas que a elaboraram, distinguem o poder constituinte originário do poder constituinte instituído, admitindo, por sua vez, a existência de limitações ao poder constituinte instituído. (FERREIRA FILHO, 1997).

4.1 Os limites ao poder constituinte instituído decorrente

O poder constituinte instituído decorrente, ou melhor, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999), o poder constituinte instituído dos Estados Federados, encontram-se elencados na Constituição Federal, tendo em vista que as Constituições

¹⁶ Aqui, faz-se necessário lembrar que, como já dito anteriormente, ao se falar do poder de reforma ou revisão refere-se tão somente ao poder de reforma e não ao poder de revisão propriamente dito, visto que há autores que usam as duas terminologias para se referirem a mesma coisa, qual seja: a reforma propriamente dita. Entretanto, sobre revisão no sentido estrito será apenas tratado superficialmente, visto que não se trata do tema principal do trabalho.

Estaduais devem respeitar o que disciplina a Carta Magna, não possuem, dessa forma, total autonomia, pois esbarram nos princípios constitucionais.

O que se observa é que da mesma forma que existem limites ao poder constituinte instituído de reforma ou revisão, existem ainda limites ao poder constituinte instituído decorrente ou dos Estados Federados. Assim, a título de exemplo, importante lembrar o art. 63 da Constituição de 1891 que dirá: “Cada Estado rege-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitando os princípios constitucionais da União”. Assim, Ferreira Filho (1999, pg. 115) faz menção sobre o artigo supra citado dizendo:

Isto significa que cada Estado terá a sua organização fixada numa constituição logicamente estabelecida por um Poder Constituinte. Mas esse Poder Constituinte tem uma limitação, que é a que decorre da obrigatoriedade do respeito aos princípios constitucionais da União.

Destarte, o que se tem do art. 63, da Constituição de 1891 é uma limitação explícita ao poder constituinte dos Estados Federados que, por sua vez, esbarra nos princípios constitucionais e estes, por sua vez, acabaram por ter que ser enumerados expressamente por meio de emendas a constituição de 1891, tendo em vista a necessidade da enumeração expressa destes princípios sensíveis a fim de que não gerasse mais problemas constitucionais e políticos¹⁷ (Ferreira Filho, 1999).

Da mesma forma, a constituição de 1891 estabeleceu em seu art.90, § 4º o seguinte texto: “Não poderão ser admitidos, como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Aqui o que se observa do art. 90, § 4º da constituição de 1891 são limitações explícitas materiais ao poder constituinte instituído de reforma ou revisão, tema que será estudado mais detalhadamente nos itens a seguir.

¹⁷ A título de exemplo o que ocorreu com a Constituição do Rio Grande do Sul que acabou por se tornar um Estado com organização diversa da que tinha todos os outros Estados-Federados (Ferreira Filho, 1999)

4.2 Os limites ao poder constituinte instituído de reforma ou revisão.

Como já se observou, o poder de reforma ou de revisão é um poder constituinte instituído, “subordinado” e, por isso, encontrará seus limites no texto constitucional¹⁸. Estes limites poderão se dividir em limites: materiais, circunstanciais ou temporais – expressos ou explícitos. Entretanto há outra classificação que considera a existência de limites implícitos, não existentes de forma expressa na Carta Magna. É o que observa Ferreira Filho (1999, pg. 114): “Ele é um poder subordinado, conforme se disse, portanto, está sujeito a limitações estabelecidas pela Constituição. Ele é condicionado e, assim, só poderá se manifestar pela forma fixada na Constituição”.

A priori, as limitações ao poder constituinte instituído seriam consideradas apenas aquelas classificadas pela doutrina como limitações explícitas, isto é, as limitações contidas expressamente no texto constitucional¹⁹. Entretanto, *a posteriori*, existem autores que, por sua vez, mais aceitos pela doutrina, estabelecem que o poder constituinte instituído possuirá limitações que se dividirão em: implícitas e explícitas.

4.3 Os limites implícitos ao poder constituinte instituído

Como se denota do pensamento de Souza Sampaio, enunciado por Ferreira Filho (1996), dividem-se as limitações em: limitações implícitas ou explícitas. Nesta última, enquadrar-se-iam os limites materiais, circunstanciais e temporais, a qual se fez referência mais adiante.

Dessa forma, Ferreira Filho (1990, pg. 119) preceitua, ao se debruçar sobre o pensamento de Souza Sampaio, quais são os limites implícitos enunciados por ele em seu livro “O poder de reforma constitucional”, no qual o Prof Souza Sampaio faz uma análise detida de quais seriam esses limites:

¹⁸ Observa-se, pois, a existência desses limites apenas nas Constituições rígidas, entretanto não se tratará aqui do disposto para as Constituições flexíveis.

¹⁹ Existe uma corrente doutrinária que afirma não existirem limites implícitos ao poder constituinte instituído, isto significa, para os adeptos desta corrente, que o poder constituinte instituído só encontra limites na Constituição, dessa forma, o que não está nela expresso não possui limites. Entretanto, atualmente, a maioria da doutrina, dentre os autores estão: Souza Sampaio, Story, Cooley, Marbury, Carl Schmitt e Souza Sampaio (citados por Ferreira Filho, 1999) dentre outros, entendem que os limites implícitos existem e devem ser respeitados.

(...) O primeiro limite implícito existente, na opinião de Souza Sampaio, é exatamente a manutenção dos direitos fundamentais do homem. Não poderia o Poder Constituinte derivado suprimir a enumeração dos direitos fundamentais do homem e garantias individuais.

(...) O segundo dos limites implícitos é a inalterabilidade do titular do Poder constituinte originário. Poderíamos até dizer, para que este aspecto ficasse mais claro, a inalterabilidade da soberania.

(...) O terceiro é a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte instituído, ou seja, a inalterabilidade de quem pode fazer a mudança da Constituição. Isso seria, na opinião de Souza Sampaio, como na opinião de Carl Schmitt, alterar as condições da delegação.

(...) O quarto limite implícito, que o Prof. Souza Sampaio aponta, é exatamente a proibição das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional.

Contudo, do que se observa do posicionamento de Souza Sampaio, resta óbvia a existência dos limites implícitos, difícil será a delimitação de quais sejam, visto que há um caráter subjetivo quando se transfere para a realidade dos fatos.

Ferreira Filho (1999, pg.117) faz importante observação, refletindo sobre o pensamento de Cooley, ao mencionar que o poder de revisão terá limites que “derivam do espírito da Constituição, que derivam daquilo que Carl Schmitt chamou de ‘decisão política’ inerente a uma Constituição”. Aqui o que se quer observar é o fato dos limites implícitos derivarem das decisões políticas fundamentais, tratadas ulteriormente em especial, isto é, delimitam-se conforme o que se faz primordial para a unidade política, esta é, por sua vez, a doutrina desenvolvida por Carl Schmitt.

Para o mencionado autor existe uma diferenciação no que diz respeito à Constituição e lei Constitucional. A primeira será a “decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política”, já as leis constitucionais são “as normas por assim dizer instrumentais em relação à decisão política fundamental ou decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política” (FERREIRA FILHO, 1999, pg. 118).

Destarte, concluirá Ferreira Filho, sobre a doutrina Carl Schmitt, afirmado que o poder constituinte instituído só encontra seus limites nas decisões políticas fundamentais, isto é, poderá, inclusive, modificar as leis constitucionais desde que não se modifiquem tais decisões políticas fundamentais – decisões sobre o modo e a forma da unidade política – que poderão estar implícitas ou explícitas na Constituição, mas sempre existirão. Então, preceitua Ferreira Filho (1999, pg. 118), *in verbis*:

(...) Em razão disso, sustenta Carl Schmitt que o poder Constituinte instituído pode alterar as leis constitucionais, mas não pode mudar a decisão de conjunto

sobre o modo e a forma da unidade política. Isto porque essa decisão de conjunto seria, em última análise, a própria fonte do Poder Constituinte instituído.

Aqui o que se observa do pensamento de Schmitt é que não poderá ser alterado o cerne da constituição, o que ele denomina “decisões políticas fundamentais”, ou seja, o que consistiria em uma limitação ao poder constituinte instituído – o que para o autor – mesmo não sendo uma limitação expressa existiria ainda que implicitamente.

4.4 As limitações explícitas ao poder instituído de revisão ou reforma

As limitações explícitas ao poder instituído, conforme conceitua Ferreira Filho (1999), dividem-se em: limitações circunstanciais, limitações temporais e limitações materiais, esta última, por sua vez, será objeto de análise mais detalhada em seção à parte, visto que é o foco central do presente trabalho.

Entretanto, existem, ainda, conforme se denota de Mota e Spitzcovsky (1999, pg. 4-5), as limitações de ordem processual, ou seja, as limitações formais que, por sua vez, também serão expostas logo adiante. Assim, os limites explícitos ao poder reformador basicamente se dividem da seguinte forma: limites circunstanciais, limites temporais, limites formais e limites materiais, como se verá em seguida.

4.4.1 Limites circunstanciais

As limitações circunstanciais visam impedir que a constituição seja modificada em certas circunstâncias que possam gerar uma instabilidade constitucional, conforme se denota de Ferreira Filho (1999, pg. 136), um exemplo é o estado de sítio, visto que “importa na suspensão temporária das garantias constitucionais”, leva a um “ambiente em que a livre circulação de idéias é restringida, senão impedida”, assim, não é bom que a Constituição se modifique neste período (esta limitação aparece em várias Constituições brasileiras desde 1939).

Ainda, dentre outros exemplos, a limitação circunstancial existirá quando o país se encontra em estado de emergência e quando o país está todo ocupado por terras

estrangeiras (esta não se faz presente no ordenamento brasileiro, só no ordenamento Francês – art. 89 da Constituição de 1946).

4.4.2 Limites temporais

As limitações temporais proíbem a modificação da constituição por um certo período de tempo. Esta limitação estava presente no sistema Constitucional brasileiro no art. 174 da Constituição de 1824 (proibia a alteração por quatro anos), entretanto, atualmente não se faz mais presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Ferreira Filho (1999, pg. 138-139) estabelece que há uma outra modalidade de limitação temporal que diz respeito à “periodicidade das modificações”, baseando-se no exemplo do que ocorre na Constituição Portuguesa de 1933, que consiste na modificação das Constituições somente pelo período de dez em dez anos ou em situações excepcionais. Ainda, prossegue citando mais dois exemplos, quais sejam: Constituição Francesa de 1791 – sua reforma só poderia ocorrer de dois em dois anos – e a Constituição Francesa de 1848 – somente no último ano de cada legislatura poderia ocorrer sua emenda, ou seja, só poderia ser reformada de três em três anos.

4.4.3 Limites formais ou processuais

Os limites formais ou processuais se referem à forma, ao processo a ser feito para que as constituições se modifiquem, ou seja, ao processo legislativo que deve ser seguido para a elaboração de Emendas ao texto constitucional e não ao seu conteúdo, ainda, conforme observa Mota e Spitzcovsky (1999, pg. 4), na Constituição brasileira vigente, em especial no art.60, as exigências para que seja emendada a Constituição “são subdivididas da seguinte maneira: iniciativa, discussão, votação; e promulgação”.

Assim, no tocante a iniciativa os titulares serão as pessoas dispostas no art.60, I, II e III, no que diz respeito à discussão e a votação deverá ser observado o quorum no art. 60, §2º - 3/5 em cada Casa do Congresso, em dois turnos – sobretudo no que se refere à promulgação deve ser observado o disposto no art. 60, §3º.

4.4.4 Limites materiais

As limitações materiais consistem na proibição de abolição de algumas matérias contidas na Constituição, consideradas, por sua vez, primordiais. Na Constituição do Brasil de 1988, estas matérias estão no art.60, §4º, quais sejam: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Há que se mencionar as limitações materiais de outras Constituições Brasileiras, tal qual a limitação de suprimir “a forma republicana federativa” da Constituição de 1891 que, por sua vez, se repetiu em quase todas as outras Constituintes Brasileiras, com exceção da limitação material no tocante a supressão a República como forma de governo, visto que não se inclui no art.60, §4º da CRFB.

A proibição de suprimir a Federação está em diversas Constituições do direito estrangeiro – art.79, alínea 3ª da Constituição Alemã, nas Constituições Francesas de 1946 (art.95) e 1958 (art.89) e, ainda, implicitamente, no art. da Constituição Americana de 1787 – e, também, no direito brasileiro está prevista na Constituição de 1934,1947, 1969, dentre outras.

Por fim, salienta-se interessante limitação material – pouco objetiva – que se faz presente na Constituição da Noruega, art.112, que expressamente dirá que não podem ser feitas modificações que atentem contra o “espírito da Constituição”.

Aqui, foram tratadas as limitações materiais de forma sucinta. Entretanto, no capítulo que segue serão observadas de forma peculiar, inclusive, no direito comparado, visto que este é o objeto principal do trabalho em tela.

5 DOS LIMITES MATERIAIS NA CONSTITUINTE BRASILEIRA DE 1988 : O ART. 60, §4º DA CRFB

5.1 A forma federativa de Estado

A abolição da forma federativa de Estado constitui-se uma limitação material às emendas constitucionais prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1891 e que se estendeu a todas as Constituições Brasileiras, com exceção da Constituinte de 1937. Surgiu, *a priori*, em 15 de novembro de 1889, junto com a República e por meio do Decreto n. 1.

O conceito que se tem hoje de Federação surgiu em 1787, na Convenção da Filadélfia, quando as colônias inglesas resolveram dispor de sua soberania para constituir um Estado novo e nasce, então, os Estados Unidos da América.²⁰

Importante observação faz Tocqueville (1969, pg. 99) ao refletir sobre a importância da federação para o progresso das nações, como se denota: “O sistema federal foi criado com a intenção de combinar as diferentes vantagens que resultam da magnitude da pequenez das nações; e um realce nos Estados Unidos revela as vantagens que a nação derivou de sua adoção”.

Cumprido salientar que o modelo brasileiro se difere do modelo Americano, apesar de o Brasil ter imitado o modelo dos Estados Unidos não se conseguiu tanta perfeição, visto que o Brasil primeiro foi um Estado para depois se constituir um povo, enquanto que nos Estados Unidos primeiro nasceu o povo para dele nascer o Estado. (TORRES, 1962)

Dessa forma, acentua Bastos (1990, pg. 145) que a federação no Brasil surgiu um “pouco às avessas” do modelo Americano, levando-se em consideração que no Brasil tínhamos um só Estado e que estava todo sob o domínio de uma única pessoa, enquanto que nos Estados Unidos partiu-se de treze Estados independentes que, por sua vez, cederam sua soberania para o surgimento de um novo Estado, porém resguardando todas as suas particularidades. Importante mencionar o entendimento de Bastos (1990, pg.145) sobre a Federação no Brasil *in verbis*:

²⁰ Tocqueville (1969, pg. 95) observa que: “Os Estados Unidos formam não só uma república, mas uma confederação; no entanto, a autoridade nacional está ali mais centralizada do que nas monarquias absolutas da Europa (...)”

No caso brasileiro, ao invés de diversos Estados, tínhamos um só; o Brasil todo respondia ao domínio do imperador. Depois de proclamada a República e a Federação é que se viu a necessidade criarem-se os Estados-Membros, aos quais delegaram-se algumas competências. Esta talvez seja uma das razões pela quais o Brasil nunca chegou a ter uma Federação, onde os Estados alcancem autonomia real.

Assim Ferreira Filho (1997, pg. 365) dirá que o federalismo no Brasil tem “sofrido inegável esvaziamento”, visto que apesar da proibição de se abolir forma federativa de Estado do Brasil, isso não impede a centralização que se nota na história da República.

Na verdade a forma Federativa de Estado, nos moldes em que se encontra, não funciona tão bem no Brasil quanto no sistema norte-americano, principalmente pelo fato de que o princípio da subsidiariedade não tem sido colocado em prática, visto que os Estados e Municípios que compõe o país possuem poderes demasiadamente limitados, quando deveriam ser-lhe outorgados poderes para tomarem certas decisões conforme suas particularidades, isso lhe é negado e centralizado nas mãos do ente que lhe é superior e este, por sua vez, decide de forma genérica para situações que deveriam ser vistas conforme as necessidades de cada município ou de cada Estado.

Nesse sentido, Hesse (1998, pg.201) observa sabiamente:

Administração federal e administração estadual são, segundo isso, fundamentalmente separadas uma da outra, embora em múltiplas formas unidas a uma estrutura. Essa separação opõe-se a uma “administração mista”, isto é, uma “organização administrativa, na qual uma autoridade federal está sobreposta a uma autoridade estadual ou na qual resulta de uma colaboração entre autoridades federais e estaduais por requisito de aprovação”.(grifos do autor)

Sobre a República, o que se observa é que desde a Constituição de 1891, com exceção da Constituição de 1937, já existia expressa a proibição – limitação material - de ser retirada como forma de governo²¹ do sistema jurídico brasileiro. Entretanto, a

²¹ Cumpre esclarecer da diferenciação entre forma de governo e forma de Estado, visto que a forma de governo é a forma da organização política de um Estado – presidencialista, parlamentar ou monárquico, já a forma de Estado pode ser federativa ou não. (Freitas, 1965. p. 70 – 73)

Constituição brasileira de 1988 não traz mais essa limitação no rol do art. 60, § 4º, embora, ainda, seja considerada por muitos doutrinadores uma limitação implícita²².

5.2 O voto direto, secreto, universal e periódico

O voto, direto, secreto, universal e periódico, dessa forma, garantido pela primeira vez no Brasil através da constituinte de 1988. Assim, é o que observa sabiamente Ferreira Filho (1997, pg. 366) ao dizer o seguinte: “Esse texto que não tem símile no direito brasileiro anterior, equivale a declarar intocável a democracia, na medida em que esta importa na participação popular pelo voto no processo político”.

Há que se destacar, ao se falar em limitação material, que o voto, direto, secreto, universal e periódico não deve ser abolido da Constituição, todavia, não haveria problema que fosse modificado simplesmente o modelo como se apresentasse, adaptando-o as exigências que fossem surgindo com a transformação da realidade.

O voto continuaria sendo periódico, entretanto, o que poderia mudar seria a sua forma se, a título de exemplo, nas eleições presidenciais o “povo” deixasse de votar de quatro em quatro anos para votar de cinco em cinco ou de três em três anos. Ainda, a idade mínima para votar (facultativamente), disposta no art. 14, § 1º, da CRFB poderia ser aumentada para vinte e um anos, por exemplo, se fosse observado que, em um dado momento histórico, os jovens com idade inferior aos vinte e um anos ainda não possuem consciência e responsabilidade suficiente para votar, ou ainda poderia ser diminuída para 14 anos, conforme a necessidade.

Destarte, ainda a título de demonstração, poderia o voto deixar de ser obrigatório, como consta no § 1º, do art. 14 da CRFB (em relação aos maiores de dezoito anos e os setuagenários) e passar a ser facultativo se, por exemplo, fosse observada a inexistência da necessidade da obrigatoriedade mas sim, de se valorizar os votos das pessoas realmente conscientes politicamente para votar e, sobretudo, que votam por vontade própria de eleger seus representantes e, não, simplesmente, por uma obrigação.

Será que se fosse necessário – para adaptar a Constituinte às novas exigências e, sobretudo, em busca do bem comum – o modelo com que o voto se apresenta não poderia

²²Ferreira Filho (1999, pg. 118) dirá que: “(...) por exemplo, em face do direito brasileiro seria possível sustentar que o cerne da decisão política consubstanciada na Constituição na República e na Federação, as duas matérias consideradas intocáveis pela Constituição”.

ser diferente (é claro respeitando as garantias constitucionais conseguidas por meio da democracia)?

5.3 A separação de poderes

A separação de poderes é o melhor exemplo que se tem, e será aqui demonstrado mais detalhadamente, a respeito da necessidade de adaptar-se o texto constitucional as novas tendências, sem que seja suprimida a separação de poderes da Constituição, mas, sim, que seja transformada, na verdade melhorada, para que cada vez mais o sistema brasileiro de governo melhor se organize.

A divisão de poderes surgiu, *a priori*, na Inglaterra com a revolução Gloriosa de 1689 quando surge o Parlamento e quando nasce a bipartição de poderes²³ – passa a existir o legislativo – e o rei passa a dividir o poder com o Parlamento. Cumpre salientar que antes da bipartição o poder se concentrava só na mão do rei e o sistema de governo era absolutista, depois da bipartição o novo sistema de governo pode ser chamado: “liberal primitivo” (SOUZA JUNIOR, 2000)

Depois, também na Inglaterra entre os anos de 1702 e 1720, o poder será dividido em tripartite – nasce o judiciário – em que passarão a existir de forma definitiva os três poderes: o poder do rei (com as três funções remanescentes), o judiciário (poder dos juizes e tribunais) e o poder legislativo (concentrado nas mãos do parlamento). Dessa forma, foi de sua vivência na Inglaterra nesta época que Montesquieu escreveu sobre a tripartição de poderes acrescentando, porém, alguns elementos liberais importantes para a época, tal qual a necessidade de um equilíbrio entre os três poderes e, ainda, a necessidade de que deveriam ser totalmente separados – independentes.²⁴ (SOUZA JUNIOR, 2000)

A tetrapartição de poderes²⁵ - separação entre Estado e governo - foi implantada pela primeira vez no Brasil com a Constituição do Império de 1824, entretanto, entregava ao Imperador a chefia do Estado e do Governo e só em 1840 que se dividiu realmente o

²³ A tese da bipartição surgiu com Locke, ou seja, o poder do rei (que ficará com todas as funções exceto a legislativa) se dividirá com o poder legislativo, representado pelo Parlamento.

²⁴ Dessa forma, essa total independência provocaria uma paralisia do Estado que, por sua vez, era pregada pelo modelo liberal da época.

²⁵ Foi Benjamin Constant o principal precursor da doutrina da tetrapartição de poderes, visto que reconhecia a importância da tese de Montesquieu, entretanto, acentuava que para o séc. XIX deveria ser aprimorada com a divisão entre o Estado e o governo.

poder do Rei –que ficou com o poder moderador – e as questões de governo passaram a ser decididas por um Conselho de Ministros. (SOUZA JUNIOR, 2000)

Entretanto, a divisão de poderes não parou na tripartição e, hoje , inclusive, existe a pentapartição de poderes²⁶ – denominada governamentalismo pelos partidos - que surgiu com o renascimento do Estado Social após o primeiro pós-guerra, com ascensão das massas e com o crescimento da administração pública, levando-se em consideração o nascimento de um verdadeiro “embate, nunca visto, entre ideologias e partidos políticos radicalmente opostos”, em que se reconhece a autonomia formal da Administração Pública, tendo como grande teorizador Max Weber. (SOUZA JUNIOR, 2002, pg. 135)

Merece destaque um outro poder, qual seja, o Tribunal Constitucional – denominado governamentalismo de Tribunal Constitucional – que surgiu do Estado Social do segundo pós-guerra²⁷ - “nasceu de um consenso político constitucional sobre valores éticos mínimos” – com a intenção de defesa dos sistemas autoritários e totalitários que surgiram à época. (SOUZA JUNIOR, 2002, pg. 135)

Assim, chega-se ao ápice da modernidade sobre a divisão dos poderes: a hexapartição. Nesse sentido, sabiamente, concluirá Cezar Saldanha Souza Junior (2002, pg. 135-136):

Se uma sociedade, atualmente, deseja um regime democrático de direito, aberto às distintas ideologias sobre o papel do Estado na Economia e atento à efetivação dos direitos sociais; se busca concórdia política em torno de valores supremos por todos aceitos, com instrumentos para defender esse consenso e os direitos fundamentais da pessoa; se objetiva combinar ordem e estabilidade, com governabilidade e progresso, não há muito que inventar: a sociedade há de adotar, ajustada às circunstâncias, uma forma concreta de hexapartição de poderes.

Contudo, não há como aceitar que o inciso III, do Art. 60, §4º da CRFB – que acentua a inabolibilidade da separação de poderes – possa truncar as mudanças necessárias ao sistema de poderes brasileiro. Destarte, o mencionado artigo dirá expressamente que não poderá ser abolida a separação de poderes do texto constitucional,

²⁶ A primeira Constituição a possibilitar a independência da administração é a de Weimar. Assim, observa Souza Junior (2002, p. 92): “Weimar saltou direto de um sistema (bismarckiano) de *monarquia (pseudo) constitucional* (tripartição de poderes), para a pentapartição, sem ter passado por um *governo de gabinete* (a tetrapartição).

²⁷ O primeiro Tribunal Constitucional surgiu na Alemanha após a segunda-guerra mundial - na Constituição de 1949 – hoje já existe na Espanha também.

contudo, não proíbe que a divisão de poderes sofra alterações para melhor se adaptar as realidades que vivem todo o mundo, inclusive, podendo passar de tripartição para hexapartição – o que hoje é uma tendência mundial.

5.4 Os direitos e garantias individuais

Ao se tratar de direitos e garantias individuais, resta óbvia a existência de uma evolução a fim de que acompanhe sempre a nova realidade e transformação social, tanto para criar quanto para tornar relativo o conteúdo dos direitos clássicos. (FRANCISCO, 1997)

A priori, será que a intenção do legislador, com o inciso IV do art.60, parágrafo §4º, da CRFB, era se referir tão somente aos direitos e garantias individuais como se denota do texto constitucional ao “pé da letra” – deixando de lado os direitos sociais e de solidariedade – ou será que sua intenção era abranger todos os direitos e garantias fundamentais de forma abrangente?

Outra questão importante é sobre a delimitação de quais são os direitos e garantias fundamentais, por exemplo, levando-se em consideração que nem todas as questões abrangidas pelo art. 5º da Constituinte de 1988 são tão importantes para serem consideradas fundamentais. Dentre estas tomemos como exemplo o direito a certidões.

Ademais, no tocante a proibição contida no art.60, §4º, seria inviável que algumas matérias contidas neste artigo não pudessem ser modificadas, visto que o artigo se refere ao termo “abolir” os direitos e garantias individuais do nosso ordenamento jurídico, não significa, porém, que esses direitos não possam aumentados ou que alguns desses direitos possam ser retirados do ordenamento – tal qual a proibição de se fazer reunião em praça pública sem autorização anterior, as prisões civis poderiam ser aumentadas – visto que, dessa forma, não se estaria suprimindo os direitos e garantias individuais do ordenamento jurídico brasileiro e, sim, estar-se-ia adaptando-os a sua própria evolução.

6 O PODER DE REFORMA E AS DECISÕES POLÍTICAS FUNDAMENTAIS

6.1 Das Decisões Políticas Fundamentais: o artigo 60, §4º, da CRFB.

As decisões políticas fundamentais consistem em opções que são essenciais para o Estado de Direito, serão as decisões da unidade política, que, por sua vez, na Constituição brasileira vigente, são, entre outras, o que se busca resguardar no art.60, §4º, isto é, são as decisões que dizem respeito: a forma federativa do Estado, ao voto (direto secreto e periódico), a separação de poderes e aos direitos e garantias individuais.

A título de exemplo, a despeito de decisões políticas fundamentais, cumpre observar o que dirá Celso Bastos (1990, pg. 25) sobre quais são as decisões políticas contidas na Constituição de Weimar:

(...) são: a decisão a favor da democracia; a decisão a favor da República e contra a monarquia; a decisão a favor da manutenção de uma estrutura de forma federal de Reich; a decisão a favor de uma forma fundamentalmente parlamentar – representativa da legislação e do governo; a decisão a favor do Estado burguês de direito, com seus princípios consagradores dos direitos fundamentais e da divisão de poderes.

Ainda, concluirá o Bastos (1990, pg. 25), observando que as decisões políticas fundamentais, em sua forma geral, dão qualidade e existência ao texto constitucional, dessa maneira, dispõe:

Tais decisões são qualitativas, distintas das normas legais constitucionais. Estas últimas pressupõe uma Constituição e valem em virtude da Constituição. Entre as leis constitucionais podem-se dar reformas ou alterações de acordo com o processo estabelecido no próprio texto constitucional; a Constituição mesma (isto é, as decisões políticas fundamentais) não pode ser reformada. (grifos nossos).

Entretanto, o art.60 § 4º, da CRFB, não se refere ao termo “modificar” ou “alterar”, preceitua, apenas, que não poderão ser abolidas as decisões políticas fundamentais nele contidas, é o que se observa do *caput* mencionado artigo *in verbis*:

Art. 60. A Constituição não poderá ser emendada mediante proposta :

- I – de um terço no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II – do Presidente da República;
- III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das u,idades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...) §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direito e garantias individuais. (grifos do autor).

Assim, Ferreira Filho (1997, pg. 365), a despeito da proibição da abolição do texto constitucional das decisões políticas fundamentais contidas no art. 60, § 4º da Constituição, preceitua: “Note-se bem que o texto em exame veda a abolição, a supressão, eliminação dos institutos que menciona. Não proíbe, portanto, a alteração de seu regime”

A grande questão que surge na interpretação desse parágrafo é a seguinte: o que não pode ser abolido? As decisões políticas fundamentais elencadas no presente parágrafo, ou as normas reguladoras dessas decisões políticas? Em suma, não poderão ser extintas essas opções feitas pelo poder constituinte originário acerca da Organização Fundamental do Estado ou não poderá ser modificado – simplesmente – o modelo como se organizam tais opções?²⁸

Existe grande diferenciação entre o termo “abolir” e os termos: “modificar”, “alterar” ou “reformar”. Assim, buscando-se expressar melhor essa diferença, demonstra-se seus significados conforme o que se denota dos dicionários em geral . Então, abolir é o mesmo que “acabar; extinguir; revogar; pôr fora do uso; suprimir”, reformar significa: “reorganizar; dar melhor forma; consertar; remodelar; restaurar” e o termo modificar é o mesmo que “mudar a forma, alterar”.

Resta claro, do que se expôs, que os termos abolir e reformar (modificar ou alterar) não são sinônimos, mais que isso, não possuem sequer significados parecidos. Dessa maneira, se feita uma interpretação do art. 60 §4º com base na literalidade²⁹ da

²⁸ Tais questões são originalmente colocadas pelo Prof. Cezar Saldanha Souza Junior em suas aulas.

²⁹ Segundo Maria Helena Diniz (1996, pg. 151-152), “Pela *técnica gramatical*, também chamada literal, semântica ou filológica, o hermeneuta busca o sentido literal do texto normativo, tendo por primeira tarefa estabelecer uma definição, ante a indeterminação semântica dos vocábulos normativos, que são, em regra, vago ou ambíguos, quase nunca apresentando um sentido unívoco.” O grande Miguel Reale (1995, pg. 275) também ensina, sobre a interpretação gramatical, que “O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração da vontade do legislador e, portanto,

Constituição, não há como se tecer dúvidas sobre o fato de que a proibição expressa a que se refere o parágrafo diz respeito apenas à abolição (retirada desses preceitos da Constituição) das decisões políticas fundamentais.

Significa, destarte, que não podem ser tomadas novas decisões políticas fundamentais, suprimindo-se, portanto as contidas no § 4º, sendo permitido, entretanto, a mutação da forma como foram modeladas tais decisões, a fim de que acompanhe as novas realidades, levando-se em consideração as diversas mutações sociais que ocorrem no decorrer da história, permitindo, assim, que a constituição possa, inclusive, sofrer uma “transição constitucional”.

Tudo isso porque as opções feitas pelo constituinte no que tange à Organização Fundamental do Estado evoluem no decorrer do tempo, apresentando uma mutação em seu modelo de ser, conforme as exigências provocadas pela realidade social, da qual não pode separar-se a Constituição.

Não há que se pretender, portanto, que conceitos como forma de governo, forma de estado, separação de poderes, representação democrática³⁰ e direitos e garantias individuais possuam *ad eternum* a mesma forma, ou pior, que, não obstante alterar-se – na realidade sócio-política – o modelo como se apresentam tais institutos, vislumbrar-se na Constituição uma limitação capaz de impedir que a ordem constitucional acompanhe – sem perder a essência dada pelo Constituinte Originário – a evolução das instituições políticas, produzida pelo crescente nível de complexidade que, no decorrer da história, assumem as relações político-sociais.

Nesses termos, o que se pretendeu no art. 60, § 4º é que, mantida a Organização Fundamental do Estado nos moldes estabelecidos pelo Constituinte Originário (com a manutenção – perene – da Federação; do voto secreto, periódico e universal; da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais) a Constituição pudesse, de outro lado, acompanhar a evolução da realidade, permitindo que fosse alterado simplesmente o modelo como se apresentam tais elementos da Organização Fundamental do Estado.

deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isso, muitas vezes é necessário indagar do ponto de vista sintático.”

³⁰ Com representação democrática – no presente trecho – pretende-se fazer referência apenas ao voto secreto, periódico, secreto e universal.

Sobre o assunto Ferreira Filho (1997, pg. 365) admite que esta é a opinião de vários juristas respeitáveis, tal qual Jorge Miranda e, ainda, dirá que o posicionamento destes autores se baseará na seguinte tese:

(...) admite sejam suprimidos os limites materiais postos à mudança constitucional, por meio de uma alteração da regra que os edita. Ou seja, não havendo a proibição de alterar a norma enunciativa das limitações (o que muitos negam, vendo aí um dos limites “implícitos”), esta pode ser suprimida, pelo processo de emenda. Depois disso, não haverá óbice ao estabelecimento de normas em sentido oposto ao da proibição eliminada. É a tese da “dupla revisão”.

Há que se destacar que alguns autores, inclusive brasileiros, tendem a ser favoráveis a tese da dupla revisão ou da visão tricotômica do Poder Constituinte, dentre eles está Gilmar Ferreira Mendes (fundamentado em Otto-Brun Bryde) – defendem que o poder constituinte será tripartite – Originário, Derivado ou Instituído e Revisional, este último, por sua vez, poderá ser total ou parcial. (FRANCISCO, 1998)

Ao falar em revisão total da Constituição, Gilmar Ferreira Mendes apud Francisco (1998) sustenta que a possibilidade da superação da Constituição está implícita no próprio texto e, ademais, entende que será necessário tanto um procedimento mais rigoroso comparado ao procedimento previsto constitucionalmente para as emendas na CRFB de 1988, quanto à participação do povo seja por referendos, plebiscitos ou por qualquer outro meio que viabilize a participação direta do povo.

Dessa maneira, Jose Carlos Francisco (1998, pg. 14) em sua dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito do Estado de São Paulo, na qual defende a modificação das cláusulas “ditas” pétreas por meio da dupla revisão ou da Revisão em sua classificação tricotômica – como acontece na Constituição da Suíça (art. 118 ao 123), na Constituição da Áustria (art. 44), na Constituição da Espanha (art.167 e 168), na Constituinte Argentina (art.30), dentre outros textos constitucionais, concluirá que:

Em sendo necessário adaptar a Constituição à realidade, e exigindo-se, para tanto, a modificação das cláusulas pétreas, há justificativas ponderáveis para se preferir a utilização de emendas ou revisões parciais ao invés da elaboração de uma nova Constituição.

Importantes são as alterações constitucionais – inclusive no que diz respeito às cláusulas imodificáveis – pois se faz necessário que a Constituição seja compatível com a realidade social. Ademais, as constituições foram feitas para durar e uma ruptura total do sistema vigente traz sérias conseqüências, a supressão de normas que não precisam ser modificadas – o que poderia ser bem menos dificultoso e até menos instável se fossem modificadas apenas as cláusulas incompatíveis por meio de emendas com mecanismos mais exigentes, tal qual a dupla revisão ou o poder revisor tricotômico. Isso sem mencionar a instabilidade que sempre existirá a cada nascimento de um novo texto constitucional – que o próprio povo terá que se adaptar.

No tocante ao que já se mencionou sobre as diversas constituições estrangeiras que, por sua vez, estabelecem a possibilidade de revisão, inclusive dos limites materiais, pelo poder revisor, necessário se fazer um breve relato tomando-se como base às observações a despeito do tema feitas por Jose Carlos Francisco (1998) em sua dissertação de mestrado, tema que será disposto na seção que segue.

6.2 Direito constitucional estrangeiro e a superação dos limites materiais

Aqui se pretende fazer um breve relato, conforme se denota de Francisco (1998), de algumas constituições estrangeiras que acabaram por ser modificadas, inclusive no tocante ao núcleo tido por “imodificável”, por meio de reformas, da dupla revisão e do poder revisor no geral, ou seja, sem que fosse necessária a manifestação do poder constituinte originário para que acontecessem as mudanças.

Importante se faz, nesse sentido, a observação de Jorge Miranda (1996) que entende que não há a necessidade da ruptura do texto constitucional para que aconteçam as mudanças do núcleo imodificável, mas que estas, por sua vez, possam ser feitas por meio de uma transição constitucional e não necessariamente pelas revoluções.

6.2.1 A existência da dupla revisão na Constituinte Portuguesa de 1976.

A Constituição Portuguesa é uma das constituições com maior número de limitações materiais, entretanto, várias de suas alterações materiais foram modificadas por meio de revisões, visto que o texto Constitucional Português prevê revisões quinquenais.

Dessa forma, sobre a última revisão concluída com a Lei Constitucional nº 1/97, Jose Carlos Francisco (1998, pg. 145) faz a seguinte observação:

(...) o amplo rol de limitações inicialmente estabelecido (lembre-se, na esteira da Revolução dos Cravos) sofreu o efeito das aceleradas mutações ideológicas e institucionais dos nossos tempos, o que foi refletido nas discussões parlamentares e acadêmicas travadas a esse pretexto.

Cumprе ressaltar que foram várias as reformas feitas sob a teoria da dupla revisão, inclusive com modificação de princípios ditos “pétreos”, da Constituinte Portuguesa de 1976, tal como ocorreu no art. 288º da revisão de 1987-1989 - em que foram retiradas as disposições a despeito das participações populares de base no exercício do poder local, bem como as disposições sobre a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos e sobre a planificação democrática da economia, que correspondiam às alíneas *f*, *g* e *j* e, de outro lado, incluíram-se duas novas – hoje correspondentes às alíneas *f* e *g* – que mencionam a “coexistência do setor público, privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”, esta, por sua vez, sobre “a existência dos planos econômicos no âmbito de uma economia mista”.(FERREIRA FILHO, 1999)

6.2.2 A Constituição Argentina e sua forma de revisão.

A Constituição Argentina, elaborada em 1853³¹ e que vigora até os dias atuais, prevê expressamente a revisão total ou parcial da Constituição em seu art.30, conforme se observa claramente do texto do referido artigo³². (FRANCISCO, 1998) Assim, importante

³¹ Cumprе esclarecer que a Constituição Argentina foi elaborada em 1853, porém sofreu diversas revisões, quais sejam: a revisão de 1860, 1866, 1858,1898, 1957 e a última revisão que ocorreu em 1994.

³² Dessa forma é o que se denota do art.30, *in verbis*: “La Constitucion puede reformarse no todo o em cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino una convención convocada al afecto”.

se faz à citação da primeira parte do art.30 da Constituinte Argentina que, muito acertadamente, dirá: “A Constituição pode ser reformada no todo ou em parte. A necessidade da reforma deve ser declarada pelo Congresso, com pelo menos um terço dos votos de seus membros (...)”³³.

Dessa maneira, prossegue Francisco (1998) parafraseando o entendimento de Helio Juan Zarin que, por sua vez, estabelece, o fato de que tanto o Estado quanto os preceitos constitucionais não podem permanecer imutáveis sem adaptar-se a realidade social, entretanto, que sigam, para que isso aconteça, uma avaliação sensata e, que, sobretudo, expresse a verdadeira vontade soberana do povo.³⁴

6.2.3 A Constituição Espanhola e a revisão constitucional.

Interessante lembrar que a Constituição Espanhola de 1978 surgiu sem rompimento com o sistema anterior até então vigente, o que poderia se denominar uma transição constitucional, é o que assevera Ferreira Filho (1999).

Ocorreu que as Cortes estabeleceram a Oitava Lei Fundamental que, por sua vez, possuía caráter provisório até que, após as eleições, reuniram-se novamente – com função ao mesmo tempo legislativa quanto de constituinte – por fim, elaboraram a constituição até hoje em vigor que foi tanto ratificada pelo povo, através de *referendum*, quanto sancionada pelo rei no ano de 1978. (FERREIRA FILHO, 1999).

6.2.4 A Constituição Francesa de 1958 e a revisão total

A Constituição Francesa de 1958 surge como “revisão total” do texto Constitucional de 1946, visto que não houve uma ruptura do sistema constitucional vigente e, dentro das normas previstas no sistema anterior – Constituinte de 1946 – foram revogadas as disposições do art.90 – referente ao processo de emenda da Constituição –

³³ O que há aqui é uma limitação formal, visto que existe a possibilidade de uma proposta de reforma total, limitando-se apenas no tocante ao percentual favorável que essencialmente deve existir no Congresso para que seja viável. Tradução livre do espanhol pela autora.

³⁴ Helio Juan Zarin apud Francisco (1998, pg. 147) dirá que: “El Estado como el derecho están sujetos a los procesos históricos que viven los pueblos, y las constituciones no pueden permanecer inmutables sin adaptarse a la realidad social donde deben aplicarse. Por eso es indiscutible la conveniencia de que la misma Constitución prevea las posibilidades futuras de su reforma, siguiendo para ello el procedimiento que asegure un examen reflexivo, sensato, que exprese verdaderamente la voluntad popular.”

estabelecendo uma nova forma de revisão e, assim, nasce um novo texto Constitucional. Dessa forma observa Ferreira Filho (1999, pg. 35): “Em 1958, a França no plano jurídico, fez economia de uma revolução. É inegável que pressões políticas e até militares ocorreram no processo. Nunca, entretanto, se chegou à violação insofismável da Constituição de 1946.”

Dentre as alterações da Constituição de 1946 – para a nova ordem que surgia em 1958 – significativa é a que diz respeito à substituição do Parlamentarismo para um sistema misto (presidencial-parlamentar) na França. Na realidade, não houve uma ruptura do sistema, menos ainda, pode-se chamar de revolução, entretanto, o que houve foi uma modificação do procedimento previsto para própria alteração do texto Constitucional, ou seja, primeiro aconteceu uma modificação no processo das emendas constitucionais e, posteriormente, efetuou-se a modificação material propriamente dita. Pode-se considerar que a Constituinte Brasileira de 1988 passou por processo parecido.

6.3 Da (in) alterabilidade das “cláusulas pétreas”.

As ditas cláusulas “pétreas” ou imodificáveis, *a contrario sensu*, são tidas por muitos autores importantes como passíveis de modificação e, até mesmo de serem abolidas, tal como Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, v.IV, pg. 540), Burdeau (*Trité de Scnce politique*, v.III, pg. 247 e s.), Vedel (*Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, pg.117) e, ainda, Jorge Miranda com sua tese da dupla revisão. (FERREIRA FILHO 1999).

Há que se destacar que os autores que defendem a modificabilidade da Constituição baseiam-se no fato de que é melhor que aconteça a mudança do núcleo “imodificável” do que seja feita uma revolução. Destarte, as matérias constantes na Constituição só poderiam ser modificadas pela forma prevista na própria Constituição e, já as tidas por cláusulas pétreas seriam protegidas duplamente, ou seja, para serem alteradas primeiro se revogaria a cláusula pétrea e, só posteriormente, seriam modificadas as matérias que dispunham essas cláusulas. (FERREIRA FILHO, 1999).

Destarte, Miranda (1996) dirá que o poder constituinte originário não é, de forma alguma, superior ao poder de revisão, levando-se e consideração que ambos são a expressão da soberania de um Estado democrático representativo em que os representantes eleitos devem expressar a vontade soberana do povo.

Ademais, acentua que as normas constitucionais que estão dentro de uma mesma constituição formal não possuem diferença, sejam elas inseridas, *a priori*, por força do poder constituinte originário ou, *a posteriori*, por meio de revisão ou emendas. Assim, prossegue Miranda (1996, pg. 193) concluindo que:

O poder constituinte de certo momento não é superior ao poder constituinte de momento posterior. Pelo contrário, deve aplica-se a regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subseqüentes. Nem seria concebível uma auto-limitação da vontade nacional, pois, como proclamou o art.28º da Constituição francesa de 1793, um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição e nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis.

Vale dizer que Jorge Miranda defende a possibilidade da transição constitucional durante o processo de revisão, ou seja, a elaboração de uma nova Constituição por meios formais de revisão. Enquanto Paolo Biscaretti di Ruffia será favorável à alteração dos limites materiais da constituição, entretanto, acreditando que a mesma ordem constitucional pode continuar existindo, mesmo que seus limites materiais tenham sido modificados³⁵.

Vanossi (1975) assevera que tanto a excessiva rigidez quanto eternidade objetiva das cláusulas pétreas vêm a servir extremo oposto de sua finalidade original, visto que não evitam as reformas e, sim, favorecem as revoluções – pois, a sociedade está em constante processo e de alguma forma – ainda que revolucionária - e até armada - deverá conseguir que as leis sejam adaptadas ao que o povo necessita. Ainda, comenta que as limitações materiais são relativas – podendo ser alteradas por meio de derrogação da norma constitucional que prevê tal proibição, para depois disso se alterar a norma que não se considera mais imodificável ou pétrea – e defende, ao lado de Miranda, o processo da dupla revisão como forma de superação do núcleo imodificável da Constituição.

Importante observar a opinião de Horta apud Francisco (1998) que, por sua vez, é favorável à tese da dupla revisão da maneira que ocorre, por exemplo, na Constituinte Portuguesa, assim dizendo: “a ampla irreformabilidade constitucional consagra a ortodoxia do regime político, visando subtrair ao constituinte de revisão o exercício de

³⁵ Assim, dirá Di Ruffia (1984, pg. 137) : “(...) basta, portanto, recordar que essa diferenciação não pretende contrapor às Constituições por sua natureza imodificáveis (o que seria um absurdo num texto fundamental destinado a regular a vida de uma sociedade humana em contínua evolução) outras eminentemente mutáveis, mas sim distinguir aquelas Constituições escritas cujo conteúdo pode ser modificado apenas por normas mediante procedimentos complexos e solenes do que aqueles das leis ordinárias (...)”.

atividade modificadora dos princípios que identificam as decisões políticas fundamentais”. Entretanto, adverte que não seria recomendável em casos que fosse verificada fraude a Constituição.

Luciano Amaro apud Francisco (1998) também faz comentário significativo no tocante a (in) alterabilidade de algumas disposições - cláusulas pétreas – da Constituinte brasileira de 1988 e assevera que é de difícil conciliação essa imutabilidade frente a um Estado que se diz democrático, visto que não há um argumento capaz de convencer e fazer aceitar o fato das gerações futuras serem menos capazes que gerações presentes para dispor sobre sua Lei Magna. Assim, dispõe:

Em suma, quero crer que a Constituição deve ter uma estabilidade que não a deixe sujeita a reformas banais, o processo Constitucional há de ser sério, há de ser exigente, mas confesso que me incomoda muito aceitar a idéia de que algumas matérias simplesmente não possam em nenhuma hipótese ser objeto de debate no Congresso Nacional, com vistas a eventual reforma.

A despeito da Constituinte Brasileira de 1988 o que se conclui é que foi ampliado o rol das ditas “cláusulas pétreas”, visto que na Constituinte anterior somente se proibia a abolição da Federação e da República. Entretanto, de suma importância faz-se lembrar que a Constituição de 1988 não resultou do poder constituinte originário e, sim, de uma reforma constitucional³⁶. Sobre o assunto Ferreira Filho (1999, pg. 182) faz importante conclusão para o estudo do presente trabalho ao dizer: “as ‘cláusulas pétreas’ em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece o poder derivado pode mudar”.

Destarte, há que se lembrar, ainda, o fato do art.2º do ADCT – Ato das Disposições transitórias – prevê a revisão em sentido *strictu*³⁷ da Constituição de 1988 que, por sua vez, admitiu inclusive, por meio do plebiscito, a proposta monarquista. Daí já se conclui que as cláusulas pétreas não são tão intocáveis assim.

Sobre a Constituinte de 1988 Ferreira Filho acentua que:

³⁶ O que na realidade aconteceu foi que a Emenda 26/85 alterou por completo o processo de reforma da constituição vigente. Assim, o Congresso Nacional a época tornou-se detentor do poder constituinte, por processo de maioria absoluta e não de maioria qualificada, ou seja, mais simplificado, acabou por suprimir as cláusulas pétreas da Constituinte então vigente – Constituição de 1967 – na Emenda 1/69, art.47, §1º. Aqui resta claro o processo da dupla revisão para o surgimento da Constituição de 1988. (Ferreira Filho, 1999).

³⁷ Aqui ao se falar em revisão em sentido *strictu* o que se quer dizer é sobre a prevista no art. 3º do ADCT que por sua vez, previa a revisão da Constituição de 1988, como de fato aconteceu e, conforme previsto, por meio de plebiscito o povo decidiu sobre o sistema de governo – optando pelo presidencialismo.

(...) a experiência brasileira mostra ser possível a uma Emenda afastar a aplicabilidade de “cláusulas pétreas”, como a uma Constituição, obra de uma “reforma constituinte” estabelecer diversas, sem, todavia, restaurar uma delas, anteriormente afastada.

De qualquer modo as matérias protegidas por “cláusulas pétreas” não podem ser abolidas – porque só o abolir é que estas impedem – salvo por um processo em duas etapas, a primeira de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto visado. Isso já não é pouco.

Do exposto o que se tem – diante da Constituição de 1988 – é a possibilidade de modificação das ditas “cláusulas pétreas” desde que não sejam abolidas do texto constitucional, entretanto, poderiam até ser abolidas se por meio um processo de dupla revisão, ou seja, primeiro ocorre à supressão da cláusula pétrea e, depois, na segunda etapa, ocorre a alteração do preceito que, *a priori*, era protegido pela cláusula de (in)alterabilidade.

Ademais, ainda que as cláusulas de limitação, contidas na Constituição de 1988, fossem emanadas do poder originário não existe argumento que justifique sua inalterabilidade, visto que não há relevância nenhuma em considerar o constituinte originário com qualidade “superior” ao constituinte instituído se este, por sua vez, representa a vontade soberana do povo, ademais não há como se aceitar – frente as constantes mutações vividas pela sociedade atual – que as gerações futuras fiquem engessadas pelas gerações passadas. Sobretudo, se mesmo quando o próprio constituinte originário foi o autor do texto constitucional não há como se considerar a imutabilidade da Constituição, menos ainda será quando o próprio texto constitucional resultou de um poder constituinte instituído – caso da Constituição de 1988.

7 CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente trabalho foi comprovar a possibilidade de modificação das ditas “cláusulas pétreas” – núcleo “imodificável” do art. 60, § 4º, da Constituição Brasileira de 1988 – levando-se em consideração, principalmente, o fato de que o mencionado artigo veda expressamente a abolição das matérias que ele protege - isso não significa que estas cláusulas não possam ser alteradas ou adaptadas as novas realidades que surgirem no decorrer da história.

Ademais, o que se procurou demonstrar é que o detentor do poder constituinte originário não poderá engessar as gerações que lhe são posteriores – limitando o constituinte futuro ao que lhe foi previsto anteriormente – visto que não será maior detentor de poder do que o constituinte está por vir e, além do mais, as sociedades estão em mutações constantes e precisam adaptar seus textos constitucionais a suas novas necessidades.

Importante se fez observar, *a priori*, sobre a origem do poder político – ressaltando-se que o povo é soberanamente o detentor do poder do Estado – e sobre a diferenciação entre poder e autoridade, em que autoridade é dirigir e mandar, de ser escutado e obedecido, distinguindo-se do poder, este por sua vez, seria a força para obrigar alguém a obedecer à autoridade que lhe é conferida.

Assim, sobretudo a autoridade deve ser forte e, para isso, não basta que seja legal, ou seja, para que um governo tenha validade, ou seja legítimo não basta que ele exista e esteja positivado, mas sim que tenha razão de ser no consentimento dos povos sujeitos ao seu mando. Há a necessidade que haja um “Consensus” e este, por sua vez, será um pacto entre os membros da sociedade, quanto às bases que devem presidir uma ordem política que vise, sobretudo, o bem comum e sobre as quais há de se fazer da melhor forma.

O Poder Constituinte Originário surgiu com a doutrina do abade de Sieyès – verdadeiro precursor da Revolução Francesa – não se submetendo, pois, a nada, já que está acima de tudo. Entretanto, isso não significa que ele não seja um poder de direito. Há que se destacar que hoje já é pacífico na doutrina o fato de existir um Poder Constituinte Originário e um poder Constituinte Instituído e estes, por sua vez, possuem suas limitações – implícitas ou explícitas. No entanto, quando o bem comum e a vontade do povo se

chocarem com estas limitações o que deve prevalecer são os dois últimos, tendo em vista que o que é melhor para um povo hoje pode não sê-lo amanhã.

As limitações materiais estão presentes no art.60, § 4º, da Constituição Brasileira, entretanto, o que se proíbe é abolir tais matérias – decisões políticas fundamentais – do ordenamento jurídico brasileiro, isto não significa que não possam ser alteradas a fim de que o sistema Constitucional evolua como, por exemplo, o que aconteceu na Alemanha que hoje, ao invés de três poderes como acontece no Brasil, já possui a hexapartição de poderes. Assim, não podem ser tomadas novas decisões políticas fundamentais, suprimindo-se, portanto as contidas no § 4º, sendo permitido a mutação da forma como foram modeladas tais decisões – como o voto que poderia continuar sendo periódico, isto não seria abolido. Entretanto, sua forma poderia ser modificada, aumentando-se, por exemplo a idade mínima para vinte e um anos para votar. Dessa forma, a constituição pode, inclusive, passar por uma “transição constitucional”.

Por fim, há que se ressaltar dos diversos sistemas jurídicos do direito comparado que foram expostos neste trabalho e, contidas nestes, a tese da dupla revisão – em que os limites materiais poderiam ser superados se feito um processo duplo de revisão, primeiro suprimindo as limitações, para só posteriormente, se suprimir as matérias propriamente ditas. Este seria um procedimento, até defensável, em que as cláusulas do art.60, § 4º, da CRFB poderiam ser suprimidas se necessário – foi o que aconteceu quando surgiu a CRFB de 1988 – e o povo “gritasse” por uma mudança constitucional, a fim de que não fosse feita por outros meios, tal qual uma revolução.

Sobretudo, concluiu-se que as “cláusulas pétreas” já não são assim tão pétreas ou, melhor, nunca foram. São modificáveis, até superáveis – conforme acentua o direito comparado – não consistindo em um núcleo “imexível”.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. et al. Revisão Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Inconstitucionalidade de preceito constitucional: poder constituinte originário e derivado - cláusula pétrea - preceito imodificável por emenda. Revista Trimestral de Direito Publico, São Paulo, n. 7, pg. 58-81, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito Constitucional: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUVERGER, Maurice. Manuel de droit constitutionnel et de science politique. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. arts. 1º a 103.

_____. O poder constituinte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 223, p. 53-74, jan./mar. 2001.

FRANCISCO, José Carlos. Mutação Social e limitações às Emendas Constitucionais. 1998. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRANCO, Glauce Mendes. O poder reformador e a Constituição de 1988. Revista de Direito da Defensoria Publica, Rio de Janeiro, v. 3, n. 4, p. 157-70, 1990.

FREITAS, Herculano de. Direito Constitucional. São Paulo: [sine nomine] 1965.

HESSE, Konrad. A força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Permanência e Mudança na Constituição. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, ano 35, n. 74/75, p. 233-263, Jan./Jul. 1992.

JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. São Paulo: Revisão dos Tribunais, 1993.

MARINHO, Josaphat. Limites do poder de revisão constitucional. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, p. 5-13, 1998.

MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

_____. Principles d'une politique humaniste. N. York: [s. n.], 1944.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8. ed. rev. ampl. e atual. com a EC nº 28/00. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTA, Leda Pereira, SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 4ed. atual. pela EC 20/98. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional: como mudam as constituições. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Que'est que le Tiers État?. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Gustavo Justa da Costa e. Os limites da reforma constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Constituições do Brasil: um esboço sumário. Porto Alegre: [s.n.], 2000.

_____. O Consensus no Constitucionalismo Ocidental. 1984. 541 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. Democracia na América. 7 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1969.

TORRES, João Camillo de Oliveira. Harmonia Política. Belo Horizonte:, Itatiaia, 1961

_____. Natureza e Fins da Sociedade Política. Visão crista do Estado. Petrópolis: Vozes, 1968.

_____. O Presidencialismo no Brasil. Rio de Janeiro: Edições Cruzeiro, 1962.

VANOSI. Teoria Constitucional: teoría constituyente. Buenos Aires: Depalma, 1975.