

## A CONSTITUIÇÃO\*

Luiz Navarro de Britto

A organização do Estado, como de qualquer outro grupo político, é a sua própria Constituição.

Este termo, aliás, é frequentemente utilizado fora da Ciência Política. A expressão "constituição da família", por exemplo, depois de usada por BODIN e divulgada por LE PLAY já se tornou lugar comum na Sociologia. Da mesma maneira, é corrente dizer-se hoje constituição de sociedades comerciais ou constituição de uma empresa, para identificar toda uma série de relações heterogêneas aí processadas (1).

Em Ciência Política, no entanto, Constituição é a organização política dos grupos humanos (2), desde a sua forma mais embrionária até aquela mais sistemática e objetiva. Neste sentido, há uma Constituição do partido político como do grupo de pressão ou da comunidade internacional. Pode-se até mesmo dizer, como Marcel Prélot, que existe uma Constituição do In-

---

\* Artigo originalmente publicado in: Arquivos de Informação Legislativa. . Brasília, Senado Federal, 2 (6): 17-30, jun 1965.

- (1) Ver Marcel **Prélot** - Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, • Précis Dalloz, Paris 1957 - ps. 26 e 27.
- (2) Para G. Bardeau esta seria a definição da "constituição natural", distinta da "concepção institucional e jurídica" (Traité de Science Politique - L.G.D. et J. - Paris 1950, tomo III, fls. 24 e 25).

ferno e do Universo.

De referência ao Estado, o termo "Constituição", tanto quanto a idéia que ele precisa são muito velhos. Aristóteles, sob o título de "Politeiai" fez a resenha de 158 Constituições gregas e barbaras, das quais infelizmente apenas nos restam alguns fragmentos. Em Roma, os decretos dos imperadores eram denominados "Constitutiones". E a Idade Media, não somente ditou "cartas", como a redigida em 1215 na abadia de Pontgny ("Magna Carta" inglesa), como também conheceu o vocábulo Constituição, que designava na linguagem eclesiástica algumas regras monásticas (3).

Mas, é a partir do século XVIII que um movimento de idéias, chamado "constitucionalismo", ressalta a necessidade, imperiosa de uma organização racional dos governos em textos escritos em Constituições. O objetivo político desta reivindicação era limitar o arbítrio do poder monárquico, regulando o seu funcionamento e corrigindo a obscuridade, incerteza e imperfeição das regras costumeiras.

Duas idéias-forças, portanto, enformavam o conceito de Constituição. De um lado, a idéia de organização do poder político: é neste sentido, por exemplo - escreve MAURICE DUVERGER - que Turgot adverte a Luiz XIV: "Sire, votre royaume n'a

---

(3) Segundo Giovanni Sartori, na evolução da terminologia legal inglesa, houve época em que a "palavra latina **Constitutio** significa exatamente o oposto daquilo que é agora compreendido por constituição". Aliás, ele também considera que somente a partir de Bolingbroke a palavra é utilizada com a conceituação atual. ("Constitutionalism: a preliminar discussion" in A.P.S.R., vol LVI, 1962, p.853 e 859).

point de Constitution" (4). De outro lado alia-se a ideia de Constituição a um texto escrito, instrumento do próprio "contrato social" e, por isso mesmo, superior a todas as Leis. Estes dois propósitos - organização e texto escrito - fariam da Constituição um meio de educação política do povo e garantia dos direitos e liberdades individuais resguardados pelo princípio da separação dos poderes. A expressão mais legítima e pioneira deste entendimento foi transcrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

De fato, aí esta radicada, a concepção valorativa do "constitucionalismo", como porta-voz do regime liberal e cujas raízes se encontram no "regime constitutionnel", de Montesquieu, sob a influência deste conceito, os juristas - estudiosos do Direito Constitucional - até a 2ª guerra mundial somente se ocupam de governos e instituições liberais. As ditaduras eram muito pouco estudadas, o que, de resto, correspondia à hostilidade histórica destes regimes para com as Constituições escritas (5).

Hoje, porém, pretende-se utilizar o termo Constitui

---

(4) Ver Maurice Duverger - Droit Constitutionnel et Institutions Politiques - Presses Universitaires de France - Paris 1958, p.2.

(5) Ver Maurice Duverger - op. cit. p. 3.

ção numa acepção neutra, igual a organização política não importando o conteúdo ou características ideais validas para determinado momento ou para certa corrente de idéias. Com este mesmo propósito, consideram-se como seus sinônimos, as denominações "Lei Maior", "Lei Fundamental", "Carta Magna", "Carta", "Lei Constitucional", "Lei Básica", etc, ainda que alguns técnicos desejem condicionar os seus respectivos empregos, a valores e elementos circunstanciais.

## I - NOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO

Em teoria pura, pode-se separar e distinguir dois conceitos de Constituição: o primeiro, comportando a articulação de todos os fatores que ordenam e precisam as relações de poder; o segundo muito mais restrito, precisando apenas as normas jurídicas relativas à estruturação e funcionamento dos órgãos políticos. Em outras palavras, um conceito sociológico e outro normativo, aos quais nos reportaremos individualmente e sucessivamente (6). A coincidência ou superposição destes dois conceitos define a Constituição.

A - Conceito Sociológico de Constituição Em todo grupo político prevalece um conjunto de for

---

(6) Posada distingue os conceitos, histórico, político e jurídico de Constituição; Schmith diferencia os conceitos absoluto, relativo e ideal de Constituição; Heller configura os conceitos da Constituição política como realidade social, da Constituição jurídica destacada e da Constituição escrita; Sanchez Agesta determina os conceitos normativista, decisionista, e de ordem concreta de Constituição; e, mais recentemente, Garcia. Pelayo ordena, os conceitos racional normativo, histórico e sociológico de "Constituição" (in Cláudio Pacheco - Tratado das Constituições Brasileiras - Lv. Freitas Bastos, 1958 - fs. 36).

ças e fatores reais que estruturam a sua organização. Quais são estes "fatores reais e efetivos"?

I. Em abril de 1862, Fernando Lassale pronunciou, em Berlim, uma conferencia intitulada "O que é uma Constituição". Para melhor identificar os "fatores reais do poder" ou esta "força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições", o conferencista imaginou um incêndio total ocorrido na Prússia e que teria devorado todos os arquivos, depósitos, biblioteca, livrarias, etc., inclusive a tipografia concessionária encarregada da impressão da "Coleção Legislativa". De um momento para o outro, o Estado viu-se despojado de todas as suas leis, destruídas pelo fogo, e diante da necessidade imperiosa de redigir leis novas. Sendo assim, pergunta LASSALE, poderia o legislador ou legisladores elaborá-las ao seu inteiro arbítrio?

Para responder a esta pergunta, Lassale ainda figura algumas hipóteses. Por exemplo, diz ele, se o legislador quisesse derrubar a coroa, certamente o Rei lhe lembraria que embora as leis estivessem destruídas, a "realidade" era que o exercito lhe permanecia fiel, como os comandantes dos arsenais, os canhões e as baionetas. Ora, acrescenta o conferencista, como vêem, "um rei a quem obedecem c Exército e os canhões... é um fragmento da Constituição".

Mas - continua ele - se, ao contrário, legisladores, monarca e a nobreza resolvessem fazer voltar toda a organização econômica, do pois aos moldes de Idade Média? Então, a produção mecânica não resistiria uma só jornada. Os grandes empre-

sários, comerciantes e industriais despediriam seus trabalhadores que, insuflados pela fome e pelo dinheiro de seus ex-patrões se revoltariam. Vejam, escreve LASSALE, como e porque "os grandes industriais, em geral, são também um fragmento da Constituição" (7).

Todos estes fragmentos identificam os vários fatores reais do poder, cuja coexistência é a própria Constituição, no seu sentido estritamente sociológico. E são estas forças que, sem artifícios ou através de eufemismos, se cristalizam em normas e instituições jurídicas. Se se quer, por exemplo, que capitalistas desfrutem de maior poder que os operários e camponeses - o exemplo ainda é de LASSALE - utilizam-se leis como a eleitoral prussiana de 1849 que, dividindo a nação em três classes, segundo a quantia de impostos pagos, deu à mais rica e que correspondia apenas a 17,5% dos eleitores, igual soma de poderes que às duas outras classes, muitíssimo mais numerosas (8). No Brasil, critério equivalente foi utilizado pela Constituição do Império, em termos mais radicais. Distinguindo, censitariamente, os brasileiros em cidadãos ativos e passivos, a Lei Maior de 1824 providenciou para que 52 anos mais tarde o eleitorado do país ainda não alcançasse 0,3% de nossa população.

II. Isto não quer dizer, contudo, que a  
Constituição

---

(7) Ver Fernando Lassale, "Que es una Constitución?" - Tradução Espanhola da Ediciones Siglo Veinte - Buenos Aires 1946, ps. 52 e 68.

(8) Ver Fernando Lassale, op. cit. ps. 62 a 64.

enquanto norma seja mera transcrição dos fatores reais do poder, como acredita LASSALE. Esta questão, aliás, tem o sabor das contendas bizantinas. De um lado, costuma-se apontar pensadores como STAMMLER e HANS KELSEN que defenderiam a tese do Direito como determinante da sociedade. Do outro lado, figuraria KARL MARX como patrono do ponto de vista contrário, isto é, de que as condições econômicas determinam o Direito. Parece, entretanto, que nenhum deles deve ser considerado prisioneiro dessas estreitas guaritas. Em verdade, STAMMLER e KELSEN não negaram a historicidade ou o influxo social atuante sobre as Leis (9). Da mesma forma, MARX e ENGELS não contestaram a reação do Direito sobre o domínio econômico (10). FRIEDRICH ENGELS, em carta de 1890 a Conrad Schmidt, chega mesmo a afirmar que "Num Estado moderno, é preciso não somente que o direito cor responda à situação econômica geral e seja sua expressão, mais ainda que ele seja uma expressão sistemática que não se desmintam a si mesmo por suas contradições internas e para consegui-lo reflete com vez menos fielmente as relações econômicas"(11).

De fato, os textos jurídicos exprimem as forças reais e efetivas do poder ao mesmo tempo que atuam sobre elas. A vida de algumas instituições influi e pode até mesmo reformu-

---

(9) Ver Nelson Nogueira Saldanha. "A Sociedade e a Constituição" in Revista Brasileira de Estudos Políticos, janeiro 1959. ps. 220 a 255 e W. P. Albino de Souza, Do Econômico nas Constituições Vigentes, Edições de R.B.E.P. 1961, vol. 1, p. 38.

(10) Ver G. Pleklânov, Les Questions Fondamentales du Marxismo - Editions Sociales - Paris 1947, ps. 57 a 60.

(11) Cif. Jean Fréville, Trechos de Marx, Engels, Lenine e Stalin sobre literatura e arte - Editorial Calvino Ltda., Rio 1945, p. 44.

lar o contexto sócio-político. Se na maioria das vezes elas emergem de concessões, a sua dinâmica pode surpreender e inovar. Ou ainda, casos existem em que elas aparecem como uma extravagância intelectual e, no entanto, depois de implantadas, despertam relações e atividades inéditas que estimulam ou extirpam agentes da realidade. Isto é tanto mais verdadeiro quando as sociedades políticas contemporâneas, comprometidas com a fidelidade democrática, quase nunca ousam negar, formalmente, certos cânones e prerrogativas. De sorte que algumas das normas constantes dos textos constitucionais refletem muito menos uma realidade fática do que ideais, "princípios éticos de direito", cultuados pela consciência jurídica da época. Aliás, se assim não fosse, se houvesse "perfeita coincidência entre o que sucede e o que deve suceder no mundo político - aduz NELSON SAMPAIO -, a constituição como norma seria dispensável" (12).

III. Não se esqueça, por outro lado, que através de "toda uma série de prescrições, as constituições modernas desenham os contornos, não da ordem social existente, mas do que deve ser a estrutura da sociedade do porvir". O seu papel, continua. BORDEAU, "é precisamente o de indicar objetivos, muito mais do que consagrar um estado de fato'" (13).

---

(12) Nelson Sampaio, O Poder da Reforma. Constitucional - 2ª edição da Imprensa. Oficial, Bahia 1961, p. 10.

(13) Traité, op. cit. vol III, p. 108.

Aí, segundo MICHEL MOUSKHELY e ZIGMUNT JEDRIKA (14), reside uma das diferenças do significado político das Constituições nas democracias socialistas e no Ocidente. Neste, a Lei Maior além de um símbolo encarnando e legitimidade democrática, também é um programa de realizações futuras e um instrumento de controle das atividades governamentais. Nas democracias socialistas, ao contrário, a constituição não legitime a ditadura do proletariado ou do partido comunista; conforme as lições do materialismo dialético-histórico, este papel lhes é acorda do por uma destinação emanada das próprias leis históricas. A Constituição também não é um programa, porque ela não define a ação do governo que é fixada por decisão oficial do Partido. E, querido estes Leis Maiores se referem a "Liberdades, Direitos e Deveres Fundamentais do Homem e Cidadão", - como, por exemplo, o Capítulo III da Constituição Iugoslava (1962), o Capítulo III da Constituição da República popular de Jaina (1954) ou o Capítulo X da Constituição da U.R.S.S. de 1936 - eles o fazem como a um inventário de obras realizadas. "A Constituição, escreveu STALIN, é o registro e a consolidação legislativa das conquistas já obtidas e asseguradas" (15). Finalmente, a constituição não é um instrumento de controle, porque se o governo emana de todos os trabalhadores, não há porque se premunir o povo contra as atividades do poder.

Mas, estes últimos conceitos não são ratificados por

---

(14) Le Gouvernement de l'U.R.S.S. - Presses Universitaires de France - Paris 1961, ps. 155 a 164.

(15) Relatório ao VIII Congresso dos Soviets, in Linares Quintana. Derecho Constitucional Soviético - Editorial Claridad, Buenos Aires 1946, p. 162.

todos os marxistas. Para JOVAN DJORKJEVIC, por exemplo, eles são exclusivamente de certas escolas, tendências ou grupos" que, ingenuamente, acreditaram numa espécie de harmonia quase automática e num absoluto espontâneo ímpeto vital da sociedade que está organizando uma produção planejada na base da propriedade capitalista nacionalizada dos meios de produção. Tais conceitos baseavam-se em certas circunstâncias históricas» em elementos subjetivos ou num processo abstrato ou contemplativo para a construção de uma sociedade socialista" (16).

Como quer que seja, entendem todos que no contexto e doutrina política das democracias socialistas, as constituições escritas atestam um estado de fato (17) e a solidez na "legalidade socialista".

#### B - Conceito Normativo de Constituição

Neste sentido, chama-se constituição ao conjunto de regras que estruturam os órgãos supremos do Estado, como de todo e qualquer grupo político. É "o estatuto do poder". Uma dificuldade, entretanto, se esboça no momento de identificar estas regras, obrigando juristas e politistas a utilizarem de dois velhos e clássicos critérios: o material e o formal.

I. A Constituição do ponto de vista material seria um acervo de preceitos normativos, considerados os mais impor

---

(16) "Constitucionalismo e socialismo", in Revista de Direito Publico e Ciência Política, Rio 1963, vol. VI, p. 63.

(17) Ver Derek J.R. Scott, Russian Political Institutions - George Allen & Unwin Ltda., Londres 1958, ps. 81 a 89.

tantes para a organização do Estado. Assim, pode-se reconhecer hoje como constitucionais, as normas relativas à forma do Estado, ao mecanismo de governo, seus órgãos e competências, bem como os objetivos dos governantes e direitos dos governados. Em outras palavras, são as regras que dispõem sobre o modo de designação, estrutura e funcionamento do poder. Escritas ou costumeiras, o que importa no reconhecimento destas regras como normas constitucionais é o seu conteúdo, o seu objeto.

Mas, indaga GEORGES VEDEL, onde começam ou terminam estes preceitos reais importantes? (18) A qualificação em "mais importantes" impõe não somente juízos variáveis no tempo-espaço, como também uma mensuração dificilmente realizável na prática. Daí partir-se por considerar, como elementos de identificação das normas constitucionais, determinados requisitos externos. É a conceituação formal de Constituição.

II. Do ponto de vista formal, então, a Constituição é um texto escrito, elaborado por órgão especial e segundo um "processo mais ou menos solene". As normas assim nascidas e previstas neste documento, ainda que estranhas à organização propriamente dita do poder, são classificadas de constitucionais. Ressalte-se, como exemplos, a lei francesa, de 1926 sobre a Caixa de Amortização, a emenda suíça de 1893 relativa a matança de gado, a prática constante nos Estados-membros norte-americanos de legislação constitucional **sobre** certos tipos de **indústrias**, bem como as disposições da Constituição brasileira

---

(18) Manuel Elémentaire de Droit Constitutionnel - Librairie du Recueil Sirey, Paris 1949, p. 112.

de 1946 sobre secularização de cemitérios, propriedades de marcas e industrias, instituição de júri, etc. Ao realizar estes enxertos, geralmente considerados alheios ao conteúdo lógico de uma Constituição, o legislador pretende proteger certos preceitos que considera de vital importância. Eles refletem aquilo que GEORGES BURDEAU denomina "a idéia de direito inspiradora da atividade estatal" (19).

Este conceito formal, de seu turno, permite distinguir as constituições em costumeiras e escritas:

a) As Constituições costumeiras cristalizam-se na consecução de "fatos repetidos, duradouros, constantes e claros" (20). Elas são, portanto, formadas pelos usos e costumes. Até o século XVIII, todos os Estados assim se organizavam politicamente. As exceções em geral lembradas e que encarnam precedentes históricos das constituições escritas, são muito poucas: no século XIII, a "Magna Carta" de 1215 e a "Confirmatio Cartarum" de 1227, no século XVI, a Ordenação sobre o domínio de Moulins de 1565 e o Ato de União das Províncias Unidas de 1579; no século XVII, o Pacto dos peregrinos do Mayflower de 1620, as "Fundamental Orders of Connecticut" de 1629, o "Agreement of the People" de 1648, o Instrumento do Governo de 1654, a Declaração das liberdades galicanas de 1682, a Declaração de Direitos de 1683 e o Ato de Estabelecimento de 1701.

---

(19) Ver Georges Burdeau - Manuel de Droit Constitutionnel - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris 1947, p. 45.

(20) Ver Marcel Prélot - op. cit. p. 183.

O Grão-ducado de Macklemburg ato 1919 assim como a Hungria até 1944 possuírem Constituições costumeiras (21). Nos dias atuais, entretanto, o modelo apontado pelos estudiosos é sempre o da Inglaterra. O arcabouço das instituições políticas britânicas repousa até hoje, em usos e costumes - "customs or conventions", escreve WHEARE (22). Entre outras, pode-se citar como práticas constitucionais consuetudinárias, a escolha do primeiro-ministro entre os membros do partido majoritário no Parlamento, sua permanência enquanto dispuser da confiança da Câmara dos Comuns, a regra negativa de que o Rei não deve recusar sanção aos projetos aprovados pelo Parlamento, etc. Algumas vezes estas regras são sancionadas por decisões judiciais como a que declara que "o rei não pode fazer mal" (common law).

Mas, isto não quer dizer que a Constituição inglesa não possua textos escritos. Além dos citados há pouco anteriores ao século XVIII, costume-se ainda mencionar os Atos de União com a Escócia (1707) e Irlanda (1801), as Leis de Reforma de 1832, 1867 e 1884, as Leis sobre o Parlamento de 1911 e 1949 etc. Estes documentos escritos, cujo número é cada vez maior são chamados "statute of law". Cabe ao intérprete e analista do sistema avaliar quando estes textos, votados pelo Parlamento, configurem ou não regras constitucionais, uma vez que em nada se distinguem, formalmente, de outras quaisquer

---

(21) Ver Nelson Sampaio - op. cit. p. 20.

(22) Modern Constitutions - Oxford University Press - 1955, p. 2.

leis (23). Isto equivale, em outros termos, a proclamar a validade do conceito material da Constituição.

A despeito, porém, destas dificuldades de ordem prática, as constituições costumeiras mereceram a apologia de vários escritores, como Joseph De Maistre que criticava o propósito de "fazerem uma constituição como o ourives faz um relógio" (24). Segundo eles, a constituição inglesa demonstrava o exemplo ideal de solidez orgânica, somente alcançada pela experiência de várias gerações que se sucederam na história.

Este é um velho convencimento, cujas raízes se encontram em Licurgo, que além de renunciar às Leis escritas, proibiu-as em uma das suas "rhétraí" (25). Também na Idade Média, por se considerar a lei "como um conjunto de tradições arraigadas" na consciência popular, acreditava-se desnecessário o "seu estudo e codificação" (26).

Mas, a partir do século XVIII, a **constituição** escrita

---

(23) Escreve Giovanni Sertori que "quando alguém lê os constitucionalistas britânicos, é seguidamente **lembrado** do que é dito num trecho do livro de Stirling. O SEGREDO DE HEGEL: **nunca um segredo** foi tão bem **guardado**". E, mais adiante: "parecem fazer questão particular de não serem úteis" (art. cit. ps. 853 e 854).

(24) Georges Burdeau - op. cit. p. 38,

(25) Ver Plutarque, Vie de Lycurge, in Jean Imbert, Gerard Sautel et Marguerite Sautel - Histoire des Institutions et des faits sociaux, Presses Universitaires de France, Paris, 1957, tomo I, p. 62.

(26) Raymond Gettell - Historia de las ideas políticas – Editorial Labor S.A. 1930 - vol. I, 189 e 190.

se impõe, como uma norma de conveniência política e uma técnica.

b) Do advento das constituições escritas se origina o conceito formal de Constituição. Em geral elas aparecem em um só documento e por este motivo são também chamadas de "constituições codificadas". Isto se distingue daquelas, como a francesa de 1875, onde três leis distintas perfaziam a Constituição da III República, ainda reformada pelas Leis de 1789, 1884, 1926 e 1940. Outras vezes, ao texto único inicial são posteriormente acrescentadas leis aditivas ou Emendas, como nas Constituições de Weimar, Suécia, Finlândia ou Espanha. Atente-se, aliás, para a distinção feita no particular pelos técnicos, entre os textos constitucionais que se incorporam na Lei Maior e aqueles que são anexados à Constituição originária. Entre nós, exemplo da segunda hipótese é o Ato Adicional à Constituição de 1824. Ao contrário, durante o Estado Novo, 21 "leis" constitucionais foram incorporadas ao Texto de 1937. Por sua vez, de 46 até março de 64 foram aprovadas 6 Emendas constitucionais: as de n. 1, 5 e 6 substituíram determinados textos em vigor, enquanto as de número 2, 3 e 4, anexaram-se à Constituição. Mais tarde, "mantidas a Constituição de 1946 ... e respectivas Emendas" pelos Atos Institucionais n. 1 e 2, foram ainda incorporadas as Emendas 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 19 e anexadas as de números 13, 15 e 18, bem assim o Ato Institucional n. 3 (27).

---

(27) Esta multiplicidade de textos está carecendo de uma "Consolidação constitucional".

Esclareça-se, desde logo, que este ou estes documentos que enformam a Constituição escrita de um país não prevêm toda a sua organização política. De sorte que outras leis (28) ou mesmo algumas práticas costumeiras complementaram a constituição no seu sentido material. Este é o motivo pelo qual o Prof. MARCEL PRÉLOT chama de "semi-costurneiro" o sistema da III República francesa e de "subsidiariamente costumeiro" (29) o da Lei Maior norte-americana onde, entre outros preceitos constitucionais, não está rezado no texto escrito o controle da constitucionalidade das Leis, exercido pela Corte Suprema.

Algumas vezes ocorre o contrário, isto é, a Lei Magna discrimina, dentro de seu próprio texto as regras que devam ser ou não consideradas como constitucionais, Foi o que fez a Constituição brasileira do Império, no seu art. 178, declarando apenas constitucionais as normas relativas "aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e dos direitos políticos e individuais dos cidadãos".

De qualquer modo, porém, todas as constituições escritas do mundo moderno dispõem em seus textos de 2 partes facilmente reconhecíveis: uma denominada de orgânica e que se ocupa da estrutura e funcionamento dos órgãos dirigentes: a outra, chamada de dogmática, que proclama, os direitos e garantias reconhecidos aos indivíduos.

---

(28) Leis ordinárias bem como as chamadas em alguns países de "leis orgânicas", isto é, as que regulam o exercício de órgãos e instituições previstas no texto constitucional. O art. 30 do Ato Institucional n.2 previu "atos complementares".

(29) Marcel Prélot - op, cit. p. 182.

Como aparecem, quais os processos de elaboração e reforma das Constituições, eis o objeto da segunda parte deste estudo.

## II. ELABORAÇÃO E REFORMA DAS CONSTITUIÇÕES

As constituições costumeiras se formam e se modificam pelo mesmo processo de repetição dos usos e costumes. Por isso elas também são chamadas de "constituições históricas". Nas constituições escritas, ao contrário, aos dois momentos, de elaboração e reforma constitucionais, correspondem processos diferentes que tentarei estudar em separado.

### A - O Estabelecimento das Constituições

Historicamente, assinala WHEARE, foi a necessidade ou o desejo de "começar de novo", de instaurar uma nova ordem esteiada em novos princípios que sempre conduziu homens e governos a elaborarem uma Constituição (30), Isto ocorreu desde as primeiras Constituições escritas norte-americanas (31) ate a de 1787. O mesmo acontece na França de 1789, na Áustria ou Hungria de 1918 como na Rússia de 1917 e Tchecoslováquia de 1960. As circunstâncias da rutura com o passado podem, naturalmente, variar. As guerras, por exemplo, provocarem uma descontinuidade governamental que estimulou o aparecimento da Constituição de Weimar ou das francesas de 1875 e 1946.

---

(30) Além dos "Antecedentes históricos" já mencionados, as Constituições das ex-colônias inglesas a partir de 1776, bem como a. cr. Confederação de 1781.

(31) K. C. Wheare - op. cit. p. 9.

A independência do Brasil deu-lhe a Constituição de 24. A queda do Império e as reivindicações federalistas forjaram a nossa Lei Magna de 1891, assim como da revolução de 30 e levante de 32 resulta a Lei Fundamental de 34. Por sua vez, a inauguração e termo da ditadura Vargas inspiraram o surgimento das Cartas de 37 e 46, secundadas pelo Ato Institucional n. 1 que jurisformizou os "ideais da revolução de 31 de março".

Portanto, as condições históricas e o "móvel" imediato não são os mesmos. Mas, em todos os casos, é sempre um imperativo de renovação que inspira, a feitura dos textos constitucionais.

A elaboração constitucional propriamente-dita se processa através do exercício de um poder denominado constituinte e, historicamente, segundo várias formas:

I. O poder constituinte é um dos atributos da soberania. Ele se identifica em períodos de crise, desde revoluções a golpes de Estado, e transforma a estrutura do Direito para criar uma ordem política e social. Cabe-lhe, assim, estabelecer a primeira Constituição de um Estado ou uma nova Constituição. No primeiro caso, trata-se da fundação de uma comunidade política autônoma ou da agregação, sob um mesmo governo, de comunidades políticas pre-existentes. No segundo, reformulam-se as instituições para resguardar ou substituir um compromisso de forças.

As duas hipóteses correspondem à criação de um Estado ou à reconstituição da vida política de um país, emergindo

de uma "mudança". A Constituição brasileira de 1824 se situaria na primeira hipótese; as de 1891, 1934, 1937 e 1946 e Atos Institucionais respondem pela última.

O poder constituinte, portanto, funda o Estado e o governo ou os reestrutura, em toda a sua plenitude. Ele "substitui a nação", escrevera o abade Sieyès. Daí concluir-se que não existem barreiras que restrinjam o seu exercício. Além de originário, ele é um poder absoluto.

Certos politistas e juristas argüem, entretanto, que aquele ou aqueles que elaboram uma constituição se encontram, necessariamente, limitados no desempenho de suas tarefas. O Prof. NELSON SAMPAIO, por exemplo, lembra as limitações oriundas das normas de direito internacional - inclusive a Declaração de Direitos de 1948 - e da condição de dependência dos Estados semi-soberanos (vassalos ou protegidos) ou dos Estados-membros de uma federação, onde "a faculdade constituinte se contém nos lincos traçados pela constituição federal" (32).

O Prof. MAURICE DUVERGER entende que o poder constituinte é limitado pela "organização anterior dos poderes públicos" e pelas "exigências do direito **ideal**". Ainda mais - acrescenta - pelo princípio de legitimidade "que é o fundamento mesmo do seu próprio poder constituinte". Uma Assembléia representativa que proclamasse a legitimidade monárquica estaria des-

---

(32) Ver op. cit. ps. 36 e 49 a 51.

truindo a fonte originária de suas atribuições (33).

LEON DUGUIT, de seu turno, sustentou na França a anterioridade e superioridade da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Como "regra de direito superior", ela se impõe aos constituintes e esta supremacia "lhe assegura uma duração a que não afetam as mudanças de regime" (34). Esta tese, assinala CARL FRIEDRICH, pretendeu "assegurar uma sanção constitucional para os interesses daqueles que se opunham a uma ordem socialista de governo" (35).

Ora, de fato, todas estas afirmativas se esgotam no campo teórico. Dir-se-iam conselhos passíveis da negligência consciente do legislador. Os únicos limites realmente intransponíveis ao poder constituinte são de ordem material e resultam da "relação fática e instável de dominação" (36), de que o próprio poder constituinte é um reflexo. Este pressuposto justifica inclusive a auto-limitação do constituinte, inevitável a partir do desencadeamento do processo de institucionalização. E não são raras as vezes em que "preceitos constitucionais continuaram em vigor, a despeito da revogação revolucionária

de uma Constituição. Citam-se, como exemplos clássicos, os que sobreviveram, na França, à abrogação da Constituição do

---

(33) Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique - Presses Universitaires de France, Paris, 1948, p. 192-3.

(34) Ver G. Burdeau - *Traité*, op. cit. p. 126. Sobre o Valor Jurídico das Declarações e Preâmbulos, ver também G. Burdeau - *Les Libertés Publiques*, 2ª edição. Paris 1961, ps. 53 e 54; Alcino Pinto Falcão - *Constituição anotada*, Rio 1956, ps. 14 e 15.

(35) "The Constitution as a Political Force" in H. Eckstein e D. E. Aptes - *Comparative politics* - N. York 1964, p. 136,

(36) Herman Heller - *Teoria del Estado* - Fondo de Cultura Econômica - 3ª edição, 1955, p. 298.

Ano VIII e da de **1848**, conservando valor jurídico e obrigatório" (37). No Brasil, os Atos Institucionais de 1964 e 1965 **mantiveram** "a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas emendas com as modificações" por eles introduzidas.

Mas, originário ou não, o poder constituinte se reveste de diferentes formas no curso da história.

II. É muito velha a idéia de que o povo comanda as instituições políticas. S esta mesma crença ou aforismo tem levado todas as Constituições modernas a se dizerem emanadas do povo. Cabe entretanto ao intérprete aferir, em cada caso, até onde o "documento econômico" encontrado por CHARLES BEARD, corresponderia, de fato à vontade apenas de um grupo de proprietários, ratificada, por 1/6 da população adulta masculina norte-americana (38). Ou ainda, até que ponto as constituições socialistas, nutridas no marxismo, ou a Lei Maior **Irlandesa**, fortemente influenciada pela "Rerum Novarum" e "Quadragesimo Anno" (39) projetaram "a vontade soberana do povo".

Contudo, alijados o **grau** e natureza da legitimidade na conquista e uso do poder, é possível resumir-se em duas, as

---

(37) Orlando Gomes - "As Revoluções no Plano Jurídico" in **Carta Mensal** do CNC - SESC, n. 122, 1965, p. 8.

(38) Ver An Economic Interpretation of the Constitution of the United States - Macmilian Co. - New York 1943.

(39) Ver K. C. Wheare, op. cit. p. 102.

formas pelas quais as Constituições tem sido elaboradas; autocráticas e democráticas:

a) Chamamos de origem autocrática, as Constituições redigidas e outorgadas pela vontade exclusiva dos governantes. Surgem, em geral, como obras de um rei, ditador e cortesãos ou de um "conselho revolucionário". Mas, pode também nascer de uma Assembleia ordinária que, exorbitando dos seus poderes, desconheceu a participação dos governados ao criar a nova Constituição.

Historicamente, elas coincidem, sobretudo, com as lutas travadas pelos liberais contra o absolutismo no século XIX, ou ainda com a instabilidade política dos países subdesenvolvidos no século XX. Entre numerosos casos, citem-se o da Constituição francesa de 1814 e brasileira de 1824. Outros exemplos nacionais são a Constituição de 1937 e o Ato Institucional n.º 1 editado pelo "Comando Supremo da Revolução" em 1964.

Algumas vezes, porém, as condições históricas forjam uma relação de forças entre governante e representações populares, de onde resulta uma espécie de "pacto" ordenando concessões mútuas. Dir-se-ia uma concorrência entre titulares do poder constituinte (40). A Europa do século passado conheceu vários modelos, de que a Carta Magna inglesa do século XIII pode ser apontada como o precedente mais longínquo. Estas constituições aparecem, em regra, depois de revoluções - como em 1830

---

(40) Carl Schmitt lembra ainda a Federação originária de unidades independentes.

na França - que anunciam a próxima vitória da legitimidade democrática. Em 1848, a intransigência de Frederico Guilherme IV da Prússia em desconhecer este fato redundou em insucesso. Mui to raros, entretanto, são os casos de constituições elaboradas por uma comissão mista e aceitas pelas duas partes - Monarca e Assembléia - como aconteceu em 1819 com a carta de Wurtemberg (41).

Qualquer destas hipóteses não deve ser confundida com a das Constituições elaboradas por constituintes e promulgadas por outros órgãos (governo provisório), tal como ocorreu com as Leis Fundamentais francesa de 1946 e italiana de 1948.

b) Nos processos democráticos, o povo ou o corpo eleitoral é o titular do poder constituinte, exercido sob três modalidades diferentes:

1) quando o "povo" faz, ele mesmo, a sua constituição. Seria o caso de uma democracia direta, realizada hoje aproximadamente nos cantões suíços de Glaris, Appenzell e Unterwalden ou ainda em certas comunas anglo-saxônicas. Mas, de fato, este processo comporta necessariamente a participação de uma autoridade ou de um grupo que elabore o projeto de Constituição, o que desfigura a pureza da forma concebida intelectualmente. Por isso considero que os modelos históricos equivalem, na prática, a um poder constituinte democrático semidire-

---

(41) Ver Maurice Duverger - Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, op. cit. p. 267.

to.

Exemplos de Constituições votadas pelos "Landsgemeinden" são as de Uri, em 1888, Alto Unterwalden em 1902, Baixo Unterwalden em 1913, Glaris em 1887, Appenzell Rhodes Interior em 1872 e Appenzell Rhodes Exterior em 1908.

2) quando representantes eleitos redigem uma proposta de Constituição que deve, a seguir, ser submetida ao pronunciamento popular, diz-se que este processo é de democracia semidireta. A participação popular chama-se de referendunm constituinte. Os casos mais conhecidos são: os de New Hampshire em 1777, 1780 e 1784; Massachusetts em 1778 e 1780; França em 1793, 1795, 1946 (maio e outubro) e 1958; Suíça em 1848; Irlanda em 1937 e Estados-membros alemães depois da segunda grande-guerra.

Algumas vezes, porém, este processo tem sido desvirtuado por ditadores, que convocam o povo para legitimar "democraticamente" o governo que detêm pela força. Assim o FE Napoleão I depois de elaborada a Constituição do Ano VIII e, em 1851, Luis Napoleão Bonaparte repetiu esta técnica para que o eleitorado francês lhe delegasse poderes constituintes, Entre nós, a Constituição de 1937 também previa a possibilidade de legitimar o Governo Vargas, no seu art. 187, nunca aplicado e finalmente supresso pela Lei constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945 (42). A este pronunciamento popular, visando

---

(42) Sobre o Plebiscito brasileiro de 1963, ver L. Navarro de Britto - "O Plebiscito" in Jornal da Bahia de 18-7-62, p. 2.

entronizar um homem no poder, os politistas costumara chamar de "plebiscito".

3) quando a elaboração e aprovação da Constituição são realizadas por uma Assembléia de mandatários eleitos, fala-se em processo de democracia representativa. A tarefa criadora constringe-se na atividade exclusiva da "Assembléia Constituinte" ou "Convenção". Os primeiros exemplos datam da independência das colônias norte-americanas, imitados pela França de **1791**. No Brasil, este foi o modo de estabelecimento das Constituições de 1891, 1934 e 1946.

Ora, a natureza destas formas - autocráticas ou democráticas - coincide mais ou menos com o próprio conteúdo das Constituições. Em outras palavras, a técnica de gestação se ajusta aos princípios políticos. Às vezes, porém, constatase o oposto. A Constituição brasileira de 1824, malgrado a sua origem autocrática, não esconde o espírito liberal de que se acha imbuída.

Mas, nenhuma Constituição é imutável ou "eterna", como prefere HANS KELSEN (43). Somente a crença da origem divina das leis justificaria entendimento desta natureza. A sanção contra este delito viria, dos deuses. Assim rezou o código de Hamurabi escrito sobre pedra, e Licurgo pôde acreditar na perenidade de sua Constituição apenas com a sua ausência de Esparta. Ainda na Grécia, a "graphé paranomon" ateniense levava à

---

(43) Teoria Generale del Estado - Trad. espanhola de L. L. Macamba, Madri, **1934, p. 332.**

morte os que propusessem revogação de uma Lei, sem antes obterem imunidade ("adéia"). Também proclamou a imutabilidade das "Leis fundamentais" bem como o "Instrument of Government" do protetorado de Cronwell.(44) ou o art. 67 do Ato Adicional de 1815 (França). Uma vez, porém, reconhecido o princípio da soberania popular, não há como se imaginar Constituições eternas. "Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras", escreveram os constituintes franceses de 1793. "Deve-se pois conceber a Constituição em evolução, uma constituição viva, como queria STERNBERGER" (45). Portanto, o simples aparecimento de uma Constituição já prenuncia a sua reforma.

#### B - A revisão Constitucional

As Constituições - não é demais que se repita. - refletem sempre a dominação e o compromisso de opiniões e interesses atuantes em uma sociedade. Interesses políticos, sociais e econômicos compõem um "paralelogramo de forças" (Wheare) que opere decisivamente na sua adoção. Produto de seu tempo, a sua duração "é a recompensa ao realismo e à prudência dos constituintes" (46). Quando se estabelece uma desarmonia entre ela e o processo político que pretende regular, a sua reforma é ine-

---

(44) Ver A. Esmein - "les Constitutions du Protetorat de Cronwell" - Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, tome XII, Paris 1899, ps. 193 a 208.

(45) In C.J. Friedrich - La democracia como forma politica y como forma de vida - Editorial Tecnos, S.A. - Madri, 1961, p. 14.

(46) G. Burdeau, Traité op. cit. p. 43.

vitável (47).

Esta reforma não se resume ao procedimento formal, geralmente previsto nos próprios textos escritos. As instituições inglesas, ressalta BURDEAU, se transformam sem que "os ingleses admitam a existência de um poder constituinte, oficialmente qualificado e eventualmente capaz de estabelecer uma regra nova" (48). No caso das Cartas rígidas, pondera SILVANO TOSI, a modificação tácita é "produto da interpretação evolutiva do texto" (49). A verdade é que a simples presença de determinados fatores precede reformas, embora não se alterem as normas positivas existentes. Guerras, crises econômicas, desenvolvimento industrial, expansão da rede de comunicações, etc. tem provocado, de modo geral, uma centralização de poderes - mais objetivada nas Federações e que sempre favorece o poder executivo - independentemente de mudanças dos preceitos constitucionais. Há pouco, por exemplo, o recrudescimento da crise cubana no governo Kennedy levou o Congresso norte-americano, na sua quase totalidade, a transferir previamente para o Executivo poderes absolutos de decisão sobre a matéria. No Brasil, desde 1946, presencia-se a uma reforma crescente na política de intervenção da União no domínio econômico, sem que o art. 146 da

---

(47) "Um poder incompatível com a sociedade que rege será frágil e inoperante; uma sociedade que se sente governada por um poder alheio a ela, será indócil e rebelde" (Cândido Mota Filho - O Conteúdo das Constituições - Rio, 1950, p. 21).

(48) Op. cit. ps. 35 e 36.

(49) Observe-se que, no particular, S. Tosi defende a tese de que esta modificação deve ser legítima e à Corte constitucional cabe decidir na legitimidade ou da "fraude à constituição". Ver *Modificazioni tacite della costituzione* - Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1959, ps. 5, 34 e 44.

Lei Maior tenha sido modificado.

O partido político é outro fator decisivo na vida das Constituições. O seu número e estrutura, alterando a composição parlamentar, sempre provocam reformas profundas no mecanismo de governo ainda que isto não importe em mudança formal na Constituição. Deve-se ao bipartidarismo operacional, a eleição de fato direta do Primeiro Ministro inglês, bem como do Presidente da República nos Estados Unidos, onde dispositivo constitucional continua a ordená-la em dois graus (50).

Outras vezes é a interpretação procedida pelos Tribunais quem realiza as reformas, embora se conserve ileso o texto da Constituição. O mais célebre dos exemplos conhecidos é a decisão da Corte Suprema norte-americana, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, quando o juiz Marshall instaurou o controle judicial da constitucionalidade de Leis.

De seu turno, o direito parlamentar tem sido também apontado como "revisor" tácito das Constituições. Na Itália, por exemplo, considera-se que o art. 15 do Regimento da Câmara, ao estabelecer a "presunção de unanimidade", modificou o art. 64 da Lei Maior (51).

---

(50) Este é um dos exemplos utilizados por C. F. Strong para considerar a classificação das constituições em escritas e costumeiras "illusory", uma "false distinction" "States and Constitutions" in Michael Curtis, *The Nature of Politics* - N. York, ps. 370-1).

(51) Silvano Tosi - op. cit. p. 78.

Finalmente, pode-se rever o texto da Constituição por intermédio de processo regular, previamente estabelecido . Neste caso, exerce-se formalmente o "poder de revisão" cuja autoridade decorre da própria Carta em vigor, que reza a extensão de suas atribuições bem como o processamento de seu exercício. Em lugar de um poder constituinte originário e "quase-absoluto", trata-se de poder "derivado" ou "instituído". O primeiro é um poder extra-estatal, enquanto o poder de reforma o poder constituído, de objeto e uso, em geral, limitados.

I. Não existe constituição imutável, insistimos. Mas, os constituintes, orgulhosos de sua obra ou fiéis a certos princípios e instituições, frequentemente procuram subtrai-los as mudanças. Esta tendência se justificaria também pela "necessidade - segundo HANS KELSEN - de uma continuidade da evolução jurídica. Contudo, nela pode traduzir-se o propósito de fortalecer o poderio de um determinado grupo, que se encontra protegido pela Constituição" (52). Daí as limitações ao "poder reformador", no tempo, quanto ao seu objeto e extensão:

a) Algumas Constituições, como a de Israel ou da Alemanha Ocidental, foram implantadas em caráter provisório; ou como a norte-americana e francesas da III e IV Republicas(53), ao serem aprovadas, já tinham as suas reformas previstas. O mesmo não ocorre com muitas outras, onde apenas se estabelece um limite no tempo, dentro do qual a sua revisão é impossível. Es-

---

(52) Op. cit. p. 330.

(53) Claude Pontier - La. Reforme de la Constitution - Recueil Sirey, Paris 1955, p. 5.

te prezo, justificam os legisladores, visa evitar reformas imperfeitas e ocasionais, entes que a nova constituição possa se consolidar.

Na Constituição francesa de 1791, o projeto de reforma devia ser submetido a três legislaturas consecutivas, o que importava em 5 anos de processamento. Seu exemplo foi seguida pelas Constituições de 1793 e 1795 que não souberam aproveitar a lição da experiência histórica.

Em outras Leis Miores prevê-se uma "fase inicial probatória". Antes que ela se esgote não se deve cogitar de qualquer mudança. Assim fizeram a nossa Constituição do Império (4 anos), os Constituições vigentes no Ceará, e Piauí (5 anos), Constituição grega atual (10 anos), a equatoriana de 1927 (4 anos) e paraguaia de 1870 (5 anos).

Algumas vezes, porém, a interdição depende de circunstâncias excepcionais como a ocupação do território por forças estrangeiras (francesa de 46), durante período de regência (belga, japonesa de 1889, romena de 1866, egípcia de 1930), estado de sítio (brasileiras de 34 e 46), ou intervenção federal (Bahia, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e Minas Gerais). Certas constituições, por seu turno, decidem das próprias reformas em intervalos periódicos, como o fizeram a indiana de 1816 (12 anos), a portuguesa atual (10 anos) e as Constituições de vários estados membros norte-americanos (6,7, 10). Ainda, outras, como a polonesa de 1921, além da revisão periódica obrigatória (25 anos), permitem o exercício do poder reformador em qualquer o-

portunidade.

b) Os limites, quanto ao objeto da reforma, dizem respeito ao regime político, forma de Estado ou de governo. Todas as Leis Maiores do Brasil, exceto a de 37, proclamaram irreformáveis o princípio federativo e a República. Também as constituições portuguesa de 1911, peruana de 1933, francesas de 1075, 1946 e 1958, como a italiana, de 1947 consagraram a imutabilidade da forma republicana. Mas Baviera e em Baden preferiu-se resguardar "os princípios democráticos", enquanto o art.

112 da Carta norueguesa vede. "transformar o espírito da Constituição".

Mas, ao lado destas limitações expresse, entendem alguns autores que se impõem também ao poder reformador "limitações implícitas, ou as que decorram de estrutura, constitucional e da natureza do poder constituinte". A questão foi há bem pouco aventada no Brasil, não somente quando do exame da Emenda Parlamentarista, como da discussão da Emenda n. 35/62 (54).

Ora, discute-se muito o valor destas disposições proibitivas. Uns afirmam que, juridicamente, elas se impõem ao poder de reforma, "porque ele tem seu poder da Constituição, As sim como é juridicamente impossível a criação irregular de normas, escreve KELSEN, assim também é juridicamente impossível a

---

(54) Ver a entrevista do Prof. Francisco Campos a "O Globo" de 4-5-63, ps. 8 e 9. Em trabalho da mesma época, o Prof. Nelson Sampaio reafirma, a sua convicção em 4 espécies de limites implícitos: 1) direitos fundamentais; 2) normas sobre o titular do poder constituinte; 3) normas relativas ao titular do poder reformador; normas referentes ao processo da própria revisão constitucional (Uma Emenda, op. cit.p. 18).

reforma de uma constituição ou preceito constitucional declara do irreformável"(55). Outros, por sua vez, assinalaram a nulidade destas regras impeditivas "pois o poder constituinte do um dia não pode, a nenhum título, limitar o poder constituinte do futuro" (56). O Prof. VEDEL, de seu lado, acredita que é suficiente primeiro ab-rogar o artigo que consagra a proibição e, em seguida, através de uma segunda reforma, instituir a fórmula política outrora impossível (57). Por isso, as Constituições de Roerichland-Pfalz (1947) e Wurtemberg-Baden vedam Também, expressamente, a substituição dos "requisitos processuais da reforma" e a Carta de Hesse declara que o art. 150 "não pode ser objeto de reforma constitucional". Mas, argumenta NELSON SAMPAIO, dispositivos desta natureza incorrem em redundância; "se isso não estivesse sempre subentendido, todas essas proibições antepostas ao poder reformador seriam vãs, porque ele as poderia ladear sempre, embora fazendo um caminho mais longo" (58). Além disso, conclui PONTES DE MIRANDA, "alterar preceito que postula a inalterabilidade de outro é alterar esse outro ; porque tornar possível o que era impossível orça por alterar"(59).

Do ponto de vista político, entretanto, o valor destas regras somente pode ser testado pela atualidade das condições sócio-políticas que as ditaram. Se o momento é outro e ou-

---

(55) Op. cit. p.332.

(56) G. Burdeau, Manuel, op. cit. p. 59. Parece diferente a sua opinião in *Traité de Science Politique* , op. cit. pp. 254-255.

(57) Op. cit. p. 117.

(58) Op. cit. p. 86.

(59) In Nelson Sampaio - Uma Emenda Sobre o Processo de Reforma da Constituição - CIPOL, Bahia, 1962, p. 14.

tra a realidade estrutural, então a resistência jurídica pouco significa, a não ser um imperativo de recurso à revolução (60).

c) Quanto à extensão do poder revisor, várias constituições distinguem, em seus textos, a reforma total da reforma parcial, também chamada de Emenda. "Reforma, salienta FRANCISCO CAMPOS, dá a idéia de amplitude e de generalidade. Reforma abrange o toco...". Ao contrário, "Emenda já é uma expressão de conotações mais limitadas e mais modestas. Emenda só pode ser parcial, dela não poderá resultar a alteração de todo"(61). A Constituição da França, de 1848, a cubana de 1940, a suíça atual, bem assim as do Ceará, Maranhão e Piauí prevêm as duas variedades de revisão. Nossa Carta de 34 também discriminou os dois modos, embora "tomando por base a importância dos dispositivos visados" (62).

Prevista a "reforma total" ou no silêncio dos textos, pergunte-se ainda, se, utilizando do poder de reforma, podem os legisladores criar uma nova Lei Maior. Nestes casos, parece, subsistiria apenas um respeito aparente ao formalismo constitucional.

De fato, configura-se aquilo que os autores franceses chamam de "fraude à la constitution" (63). Todavia, políti-

---

(60) Ver M. Duverger, op. cit. p. 220.

(61) Entreviste citada, p, 8.

(52) Ver Nelson Sampaio - O Poder da Reforma, op. cit. ps. 79 e 80.

(63) Ver p. 21 deste trabalho, sobre a origem autocrática das constituições.

camente, motivos de natureza as mais diversas podem conduzir a esta "revolução constitucional" dissimulada. Muito recente para que esteja esquecido é o exemplo francês da Quinta República, quando, da "reforma do medo de reforma", da Constituição de 1946 (art. 90) nos termos da Lei Constitucional de 3 de junho do mesmo ano, resultou a Carta Magna de 1958. Aliás, lembra JACQUES BEORGEL, já em 18 de outubro de 1957, contavam-se 13 proposições no Parlamento francês sugerindo a modificação do artigo 90 (64).

Estes são os obstáculos materiais e temporais frequentemente opostos a revisão das constituições. Outros limites são também consagrados, na medida em que o processamento de toda reforma obedece em geral, a requisitos especiais. É precisamente atentando para este fato que as, constituições têm sido classificadas em rígidas e flexíveis.

II. A obra clássica de JAMES BRYCE divulgou esta classificação das constituições, em rígidas e flexíveis, depois de sugerir e alijar outros qualificativos como "estáticas" e "dinâmicas", "fluidas" e "sólidas ou cristalizadas" (65).

Rígidas são todas as constituições que não podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário. Sua existência importa, necessariamente, em "duas classes de leis, que se

---

(64) Critiques et réforme des Constitutions de la République - Paris, 1959, tome I, p. 22. Ver também, Claude Pontier - op. cit. ps. 42 a 45.

(65) Constituciones flexibles y Constituioiones rigidas - Instituto de Estudos Políticos, Madri, 1952, ps. 25 e 26.

distinguem pela superioridade o força que umas têm sobre as outras" (66). Esta hierarquia de normas, por outro lado, também determina uma hierarquia orgânica entre a autoridade legislativa que fez a constituição (poder constituinte originário), aquela que pode reformá-la (poder constituinte derivado) e ainda a que exerce a função legisferante comum, nos limites estabelecidos pelo texto constitucional (poder Legislativo ordinário). Enfim, a hierarquia legislativa e orgânica nas constituições rígidas requer um órgão controlador - político ou judicial - da constitucionalidade das Leis.

Ao contrário, chamam-se flexíveis, as Constituições que, não prevendo nenhum mecanismo especial para a sua revisão, podem ser alteradas por uma lei ordinária (no sentido formal).

Frequentemente a noção de Constituição escrita confunde-se com a de Constituição rígida, assim como em geral prevalece a identidade entre constituições costumeiras e flexíveis. Mas, isto nem sempre corresponde à veracidade dos textos ou da vida política. As Constituições romana, inglesa e francesa do Antigo regime, embora costumeiras, guardaram no curso do tempo uma rigidez-padrão invejável. Inversamente, existem exemplos de Constituições escritas que podem ser modificadas pelo legislador ordinário. Entre estas, as mais conhecidas são a francesa, de 1814, o Estatuto Fundamental italiano de 1848, a Constituição soviética de 1918 e a Lei Magna vigente na Nova Zelândia.

---

(66) J. Bryce, op. cit. p. 21.

Alguns juristas assinalarem ainda uma categoria, de Cartas "semi-flexíveis", cujo processo de reforma seria menos difícil que o previsto nas Constituições rígidas sem, no entanto, estabelecerem equívoca às leis ordinárias.

Resta-nos agora descrever quais são estes processos especiais de reforma, que proclamaram a supremacia da constituição, ao mesmo tempo que caracterizam as constituições rígidas.

III. Para Sièyes, o povo não deveria aceitar os entraves de uma regra positiva, sob pena de expor, sem recursos, a perda de sua liberdade (57). Mas, desde as Leis fundamentais norte-americanas (1787) e francesa de 1791, conhecem-se normas preestabelecendo o mecanismo da reforma, constitucional. Variam apenas, no tempo, os titulares da iniciativa, e a estrutura do órgão revisor:

a) A iniciativa, beneficia, em geral, o órgão a quem os constituintes pretendem assegurar a hegemonia no Governo. As Cartas imperiais francesas acordaram esta faculdade ao Executivo; ao contrário, a Constituição brasileira de 46, bem assim a soviética de 1936 ou a francesa de 46 reconheceram este direito às Assembléias. Outras vezes, implanta-se uma sorte de equilíbrio, com a iniciativa deferida a ambos os poderes. Assim fizeram a França de 1875 e 1958, como também os Atos Institucionais n. 1 e 2. Finalmente, em regimes federativos costuma-se consentir na iniciativa das Assembléias dos Estados-membros,

---

(67) Ver M. Prelot, op. cit. liv I, ps. 210 e 211.

e as Constituições suíça, francesa de 75, ou de vários Estados norte-americanos, entre outras, conferem ao eleitorado o uso desta prerrogativa.

b) A estrutura do órgão revisor, ensina MARCEL PRELOT, obedece em princípio à teoria do paralelismo de formas, segundo a qual, "aquele que é competente para exercitar um ato, é também competente para modificá-lo ou destruir" (58). Em outras palavras, o poder constituinte derivado deve ser exercido por um órgão da mesma natureza do que desempenhou o papel de poder constituinte originário.

Afastadas as formas autocráticas, o poder de revisão é modernamente exercitado sob duas modalidades. A primeira, a través de uma Assembléia especial, diferente dos órgãos legislativos ordinários e chamada de "Convenção" ou "Assembléia de Revisão". Este é o sistema norte-americano. A segunda maneira. configura-se na elaboração da reforma pela próprio Congresso ou Parlamento comum. Neste caso, para resguardar a rigidez constitucional, submete-se o processo de revisão a requisitos mais difíceis que os exigidos na simples ab-rogação de uma lei. A Constituição Brasileira de 1891, por exemplo, previu três discussões do projeto em cada Casa do Congresso e aprovação por maioria de dois terços (art. 90). Neste mesmo sentido, o art. 217 da Carta de 45 ordena "duas discussões, pela maioria absoluta... em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas. Este procedimento pode ser acelerado com o voto de

---

(68) Op. liv. cits. p. 212.

dois terços, em duas discussões nas Casas de Congresso (69).

Em certas Constituições, como a francesa de 46, complementa-se ainda o trabalho do Parlamento com a ratificação popular. E as Constituições Norte-Americana (art. 5º) e Suíça (art. 121) regulem também a homologação por parte dos Estados-membros.

### CONCLUSÃO

Em suma., a Constituição é o reflexo de um duelo de forças em determinado momento histórico e uma forma de ordenação valorativa do poder. O seu advento o reformas, ao tempo em que superam a resistência da ordem jurídica, correspondem a mudanças sociais mais ou menos profundas. Por sua vez, todo este processo de dinâmica constitucional conhece diferentes formas e mecanismos, segundo o jogo de forças e atitudes participantes.

Mas, precisamente porque cada constituição exprime o seu "génie propre", os povos também lhe tributam cultos variados. Certo, escreve CARL FRIEDRICH, ela funciona sempre como "the most effective symbol of the unifying forces operativo in

---

(59) Repetindo o Ato Institucional n.1 (art.3), o art. 21 do Ato n.2 consagra tramitação especial para as Emendas Enviadas pelo Presidente da República, que devem ser apreciadas em reunião do Congresso Nacional, no prazo de 30 dias. A vigência deste artigo se esgota em 15 de março de 1967, na forma do art. 32 do Ato.

a community (70). Contudo, também parece verdadeiro que a partir da Segunda Grande Guerra, há muito menor apego emocionei às Constituições. Talvez porque, como na França, Itália e Alemanha, elas resultem de "revoluções negativas", onde ao invés do "entusiasmo positivo pela liberdade, de 1640 e 1789", elas exprimem "a exaustão de uma geração que estava cansada de entusiasmo, cansado de idéias, cansada de mudança" (71). Talvez porque chagaram s incluir em seus textos, "promessas irreais e fascinantes profissões de fé, de um ledo, e numerosos detalhes frívolos de outro" (72). Ou porque, decadente com os valores de filosofia racionalista que a gostou, ela não seria mais que um templo alegórico habitado por sombras" (73). Talvez ainda, tal como acontece com as obras de arte, a sociedade industrial e democrática forje o declínio inevitável da "aura" das Constituições (74).

O que é certo, porém, e que hoje, mesmo no mundo oca-

---

(70) "The constitution as a political force", art. cit. p. 139.

(71) "What tense odd revolutionists are saying primarily is: No. They do not want Fascism and dictatorship. They de not want communism and dictatorship. They do not want liberalism and the anarchy of the free market and its enterprises growing into gigantic monopolies". (Carl J. Friedrich, "The political theory of the new democratic constitutions in H. Eckstein and D. E. Apter - Comparative Politic, N. York 1964, p.141).

(72) Sartori, op. cit. p. 862.

(73) Burdeau, in Jacques Georgel, op. cit. p. 316, nota 7.

(74) "Este valor de culto expresso numa aura, de associações, a arte começou a perdê-lo quando surgiram, em escala industrial, as técnicas de reprodução capazes de colocar cada obra, em cópia, tão junto a cada família, tão sujeita à intimidade e ao uso diário, que o olhar do homem se dispôs, a derrubar, por essa mesma proximidade, o velho complexo de veneração"(J.G. Merquior - Razão do Poema Editora Civilização Brasileira. S.A. 1965, p. 202).

dental, poucas Constituições exibem o atributo "normativo" descrito por LOEWSNSTEIN. Na maioria das vezes, elas disputam a classificação de Cartas "nominais", onde "a realidade e ativação são imperfeitas" ou de Constituições "semânticas", quando representam uma "atitude de salvar a face requerida pela crença universal contemporânea na legitimidade democrática" (75).

Num país como o nosso, poucos conhecem a sua Constituição (75). Nem por isso elas deixam de morrer e renascer.,.

---

(75) Karl Loewenstein - "The value of Constitutions in our revolutionary age" in Michael Curtis, *The Nature of Politics*, N. York, p. 154.

(76) Ver o interessante trabalho de Zélia Brito Pinheiro - "Os universitários baianos e a Constituição" - in *Rev. Brasileira de Estudos Políticos* - n. 3, jan 1958, ps. 233 a 251.