

projeto de norma em um turno de votação do que em dois turnos; é mais singelo obter a maioria simples para aprovação, a que ajuda o art. 47, do que a maioria de 3/5 exigida para aprovação de Emenda à Constituição.²³ Observe-se que todas as Constituições brasileiras foram rígidas, com exceção da Constituição de 1824, que foi semi-rígida.

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

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

O PODER CONSTITUINTE

Capítulo II

1. *Nogões preliminares*

Ao falar-se em sociedade, fala-se em Direito. O Estado é uma sociedade. É sociedade política, de *finis políticos*. Como é de *finis comerciais* a sociedade comercial, de *finis literários* a sociedade literária; de *finis recreativos* a sociedade recreativa. Todas, porém, *juridicamente* organizadas. É o Direito que as estrutura, que lhes dá forma. O Direito corporificador da sociedade estatal instala-se em documento denominado Constituição. Nela se encontram os preceitos normativos identificados do Estado. Aludindo-se à sociedade, pode-se indagar quem é que tem o *poder* de estruturá-la, dar-lhe corpo, constituir-la.

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

Assim também ocorre com o Estado. Somente se o pode visualizar após a manifestação de vontade daquela les que têm a força, o desejo, o *poder* de constituir-lo.

Esse é o significado do Poder Constituinte (de poder constituir): é a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social. Tais noções implicam a afirmação de que este tema refoge das preocupações do jurista, dado que seu trato envolve questões anteriores ao surgimento do Estado e, portanto, anteriores ao Direito.

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

Para os que sustentam a existência de um Direito Natural, esse poder é condicionado àquela normatividade anterior. Isto porque, anterior ao Direito Positivo, o grupo humano já tem uma ideia sobre como organizar-se, o que passa a ser o fio condutor da regração escrita. Para estes, há uma normatividade que decorre da própria estrutura íntima do homem. Se a normalidade que decorre da própria estrutura íntima do homem, há uma ideia sobre como organizar-se, o que passa a ser o fio condutor da regração escrita. Para estes, há uma ma positiva *illegítima* (porque vulnera direitos próprios ao ser humano).²

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

Entretanto, nada impede a cogitação de um Poder Constituinte em Estado de Constituição costumeira, como é o caso da Inglaterra (formada de costumes e textos escritos). O que há, nestas, é permanente manifestação constituinte, na medida em que os hábitos vão-se sedimentando para

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

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

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

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

2. A titularidade e o exercício do Poder Constituinte

corporificar o costume. Como, de resto, verifica-se permanentemente manifestação constituinte nos termos escritos flexíveis. Trata-se, sempre, de expressão volitiva de grupo humano determinado, a fixar novos moldes estatais. Não se lhes pode negar — aos costumes e aos textos escritos flexíveis — o haverem nascido da manifestação de alguém ou alguns que detêm o poder de constituir o Estado.

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

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

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

"Art. 12. São brasileiros:

I — natos;

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

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

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

II — naturalizados:

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

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

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

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

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

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

I — de Presidente e Vice-Presidente da República;

II — de Presidente da Câmara dos Deputados;

III — de Presidente do Senado Federal;

IV — de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V — da carreira diplomática;

VI — de oficial das Forças Armadas."

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

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

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

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

É consequência da manifestação constituinte a produção de normas constitucionais. Algumas têm caráter originário; outras, por derivação. Daí a distinção entre poder constituinte originário (ou inicial, inaugural) e poder constituinte derivado (ou constituinte, instituído, secundário ou de segundo grau). Quanto a este último, um deles se destina à reforma do texto;

outro se destina a instituir coletividade (o exercido pelos Estados federados).

Tratemos do *poder constituinte originário*.

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

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

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

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

Um caso de limitação da atividade da Assembleia Constituinte pode ser aventado; quando os concedentes do exercício constituinte já delimita-

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

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

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

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

Examinemos, agora, o poder constituinte derivado.

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

Este é denominado de *poder reformador*.⁸

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

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

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

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

8. Celso R. Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 22.

9. Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, p. 168.

secundária (leis, decretos, sentenças judiciais). No caso da edição de lei, por exemplo, também há derivação indireta da soberania popular. Nem por isso se aludirá a um "Poder Constituinte Originário". Parece-nos mais conveniente reservar a expressão "Poder Constituinte" para o caso de emanada direta da soberania popular. O mais é fixação de *competências*: a *reformadora* (capaz de modificar a Constituição); a *ordinária* (capaz de editar a normatividade infraconstitucional). É apropriado, assim, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como *competência reformadora*. Sendo tal competência derivada da atividade constituinte originária, esta lhe impõe limitações.

4. Os limites da competência de reforma constitucional

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

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

O Congresso Nacional é o exercente dessa competência. Localizamos, na Constituição, três limitações condicionadoras: a) procedimental; b) material; e c) circunstancial.

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

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

Obedecido o procedimento, há condicionantes relativas ao conteúdo, a matéria.

Estas vedações são explícitas e implícitas.

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

São *implícitas* as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que

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

Cuidemos, agora, das condições circunstanciais.

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

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

37

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

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

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

6. *Recepção, repristinação e desconstitucionalização*

A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infra-constitucional.¹¹

A Constituição nova *recebe* a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela for compatível.¹²

É o fenômeno da *recepção*, que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem.

Explica-se: com o advento de nova Constituição, a ordem normativa anterior, comum, perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte. Da mesma forma, aquela legislação, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribuiu a atos regentes de certas matérias. Assim, leis anteriores tidas por *ordinárias* podem passar a *complementares*; *decretos-leis* podem passar a ter a natureza de *leis ordinárias*; *decretos* podem obter característica de *leis ordinárias*.¹³

Se isto ocorre com a legislação imediatamente anterior, pergunta-se: a Constituição nova recebe, também, a legislação nascida sob o império de Constituições revogadas pela que a antecedeu e que, em face desta, perderam sua eficácia? A nova Constituição restaura, automaticamente, a legislação aludida? A resposta é negativa.

11. Sobre os efeitos da Constituição sobre o direito anterior, consultar artigo elaborado por Fernanda Dias Menezes de Almeida e Anna Cândida da Cunha Ferraz, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, junho de 1989, pp. 45-56.

12. Se houver normas incompatíveis com a nova ordem constitucional, manifesta-se o fenômeno da perda de eficácia. A este respeito, cristalina é a lição extraída do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 36-5, publicado na RT 675/244: "Não cabe ação direta de inconstitucionalidade para questionar lei promulgada na vigência do regime constitucional preterito. Com efeito, leis anteriores à Constituição não podem ser incompatíveis em relação a ela, que só mais tarde veio a ter existência. Se entre ambas houver incompatibilidade, ocorrerá revogação segundo as normas de Direito Intertemporal onde a lei posterior revoga a anterior no que com ela for incompatível".

13. O Dec. 24.643, de 1934, é o Código de Águas. Foi produzido ao tempo em que os decretos do Poder Executivo tinham força de lei. Foi recebido por todas as ordens constitucionais posteriores. Hoje a disciplina dessa matéria é fornecida pela lei; daí sua natureza legal.

A legislação infraconstitucional que perdeu sua eficácia diante de um texto constitucional não se restaura pelo surgimento de nova Constituição. Essa restauração de eficácia é categorizável como *repristinação*, inadmitida em nome do princípio da segurança e da estabilidade das relações sociais. O permanente fluxo e refluxo de legislação geraria dificuldades insuperáveis ao aplicador da lei, circunstância não desejada pelo constituinte.

Uma hipótese de repristinação é possível, lembra Celso Bastos: a de sua previsão expressa.¹⁴

Outra preocupação é a que se refere à possibilidade de recepção pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias, de disposições da Constituição anterior. É a chamada *teoria da desconstitucionalização*.

No particular, ficamos com Celso Bastos, para quem "a tese da *desconstitucionalização* não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para se verem rebaixadas à categoria de leis ordinárias sem disposições nesse sentido na nova Constituição".¹⁵

14. *Curso de Direito Constitucional*, p. 28.
15. *Ibidem*.