

# **Aspectos Constitucionais da Reeleição**

Edvaldo Brito

---

*Professor de Direito Constitucional do Centro de  
Pós-graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal da Bahia  
Professor da Faculdade de Direito da Universidade  
Mackenzie (São Paulo)*

## ***O sistema jurídico: noção e classificação. O sistema jurídico brasileiro***

Toda a afirmação do homem é uma mensagem que ele *emite* para outrem, o *receptor* ou destinatário, na perspectiva de comunicar o seu pensamento. Por isso, deve esse *emissor* cuidar, sempre, para evitar que seja *patológica* a sua *comunicação* com o *receptor*.

Um estudo sobre os padrões, patologias e paradoxos da interação humana está em um livro escrito por três pesquisadores do Instituto de Pesquisa Mental de Palo Alto, Califórnia<sup>1</sup>, no qual demonstram que, no contexto comunicacional, são reduzidas, a três, as reações possíveis: 1ª) – “rejeição” de comunicação, 2ª) – aceitação de comunicação e 3ª) – *desqualificação* de comunicação. Essas situações configuram-se quando, respectivamente, o destinatário expressa desinteresse pela mensagem ou a aceita ou se comunica de modo a invalidar essa sua própria comunicação e a do outro.

Essas reações comportam desdobramentos que implicam na estrutura dos níveis de comunicação, identificando-se distúrbios ou no nível de conteúdo ou no de relação, através de três comportamentos: ou a *rejeição* do eu do emissor, ou a *confirmação* desse eu, ou a sua *desconfirmação*.

A comunicação desenvolve-se quando há *confirmação*, isto é, quando os indivíduos aceitam-se, porque “a base da vida do homem com o homem é dupla e é una: o desejo de todos os homens de serem confirmados pelo que são, mesmo pelo que podem vir a ser, pelos demais homens; e a capacidade inata do homem de confirmar os seus semelhantes dessa maneira”. Em razão disto é que os outros dois comportamentos são *formas patológicas* de comunicação.

Afirmo<sup>2</sup>, na companhia ilustre de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*<sup>3</sup>, que no repertório jurídico não pode haver a *desconfirmação*, conseqüentemente, o *cometimento* tem de integrar o discurso jurídico para dar a *sanção* a *comportamentos patológicos* do destinatário da norma, isto porque a *efetividade* da norma, que consiste na sua estabilidade, está no *relato* que lhe incumbe e que deve ser capaz de ser recebido pelo destinatário<sup>4</sup> de modo a que não ocorra *desconfirmação* e, em havendo, esta, ocorra, então, a *sanção*.

(1) - cf. Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson. Pragmática da comunicação humana. trad. de Álvaro Cabral, São Paulo: Cultra, 1993

(2) - cf. Eraldo Brito. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Editor, 1993

(3) - cf. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1986, ps. 113 e sags e introdução ao estudo do direito, São Paulo: Atlas, p. 171

(4) - *destinatário* é o receptor da norma jurídica tida como pensamento da conduta humana na sua interdependência intersubjetiva. Assim, o juiz é o receptor do legislador; a comunidade pretensora é receptor do legislador e do juiz; o legislador é receptor da comunidade pretensora, do doutrinador e do juiz. Sobre essa teoria, cf. Miguel Reale. O direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica), 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, ps. 173 e sags; Celso Lafer. Prefácio ao livro Poder e legitimidade; autor: José Eduardo Faria. São Paulo: ed. Perspectiva, 1978, ps. 10/11.

Todo esse aparato compõe, enfim, o que a semiótica denomina de *linguagem* e, ao estudo do respectivo conteúdo, chama-se *teoria da linguagem*.

Não se confundem, obviamente, *língua* e *linguagem* porque se relacionam como conteúdo e continente. A *língua* é um dos *símbolos* da *linguagem*, como o são, por exemplo, as vestes talares dos magistrados, a solenidade com que se processam as leis, o *poder constituinte* e a sua produção, que é a *Constituição jurídica*, a *competência para emendá-la* e para *revisá-la* (*competência para reforma do texto constitucional*).

A *língua*, porém, é o *símbolo* que fornece a maior quantidade de elementos da *linguagem*. A *língua* ou *idioma* é o conjunto dos *signos* ou palavras ou expressões que, forrado por convenções espontâneas, é cristalizado em regras (gramática) com o propósito de operar-se a comunicação entre os membros de uma comunidade.

Há *objetos do conhecimento* que se expressam, somente, como *linguagem*. É, exemplo, o *direito*. Nessas hipóteses, cumpre cuidar para evitar o malogro da comunicação que, na lição de John Parry<sup>5</sup>, é efeito das ciladas das ambigüidades da *linguagem*.

A *Semiótica* e a *Lógica* são anclares da Ciência do Direito "stricto sensu", ou seja a Ciência Jurídica, cuidando para prevenir este malogro no campo jurídico. Há, por isso, uma *Semiótica Jurídica* e uma *Lógica Jurídica*. Radbruch<sup>6</sup> designa por "*ciências do direito*" as diferentes ciências que podem ter o *direito* por objeto, reservando a expressão "*ciência jurídica*" para designar aquela entre essas ciências que trata do *direito* com os métodos especificamente chamados jurídicos. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>7</sup> fala de *zetética* e de *dogmática*, para exprimir situações em que, respectivamente, o jurista pesquisa elementos de *conceitos*, buscando-os em *instituições*, para, com eles, doutrinar na formulação dos elementos de um determinado *instituto* ou de uma *categoria*.

*Poder constituinte* e *competência reformuladora* não são conceitos de direito positivo, assim, tiveram de ser construídos lógico-lingüisticamente.

(5) - cf. Psicologia da comunicação humana, trad. de Octávio Mendes Calado, 2ª ed. São Paulo: Cultrix, p. 65

(6) - cf. Gustav Radbruch, Filosofia do direito, trad. de L. Cabral de Menezes, 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Succesor, 1979, p. 277

(7) - id. Introdução ao estudo do direito, ob. cit. nota de rodapé 3, ps. 45/52

Todo o exposto autoriza a conclusão de que há várias ciências que têm o *direito* como o seu *objeto de conhecimento*, tratando-o, pois, pelos seus diferentes ângulos e servindo como ancilares da *ciência jurídica* ou ciência do direito "*stricto sensu*".

Destaquem-se, entre tantas (história do direito, sociologia do direito, sociologia jurídica, antropologia jurídica, etc.), a *semiótica jurídica*<sup>8</sup> e a *lógica jurídica*. É que o direito exterioriza-se como um *discurso*, seja através da *norma* expedida ou pela fonte legislativa, ou pela fonte jurisdicional; seja pela manifestação doutrinária.

Sendo um *discurso*, a *norma* é uma mensagem e, assim, enquadra-se no campo da *comunicação humana*, que é plena de ambigüidades. Ora, a *semiótica* revela os meandros dessa *comunicação* e a *lógica* disciplina-a enquanto a trata como *pensamento* que deve ser emitido com o maior rigor para evitar as *patologias*.

### **A semiótica jurídica**

A *Semiótica* vê nessa *comunicação a linguagem*, sobretudo, pela sua ótica de *língua*, que, por definição, é um *signo* ou um *conjunto de signos*, através do que o homem faz as suas afirmações; embora, no caso jurídico, essa *linguagem* não se resume ao elemento *língua*, porque engloba vários outros elementos, inclusive os dos exemplos supra falados: vestes talares dos magistrados, processo de elaboração legislativa, etc., os quais são frutos de uma espontânea convenção que se realiza tacitamente entre os membros de um mesmo grupo<sup>9</sup>. Esses *signos* são sensíveis, habitualmente auditivos ou visuais, destinados, principalmente, a significar nossos pensamentos e a expressar nossos estados emocionais<sup>10</sup>. Essa *linguagem* tem caráter convencional que provém sempre de um acordo, em regra, tácito e espontâneo e as suas expressões possuem diversas funções que podem ser distribuídas em três categorias de relações: *semântica*, *sintática* e *pragmática*.

(8) - sobre as obras referentes à *Semiótica Jurídica*, v. Edivaldo Brito Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, in. Ação declaratória de constitucionalidade: court, nos Garcia da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 42

(9) - cf. Ricardo Gutierrez et alii. Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: EUDFBA, 1985, p. 18

(10) - cf. Georges Kolnowski. Introducción a la lógica jurídica, trad. de Juan Casabon, supervisión de Juan Vermañel Buenos Aires: EUDEBA, 1973 p. 37

A *semântica* consiste em que cada *signo*, palavra ou expressão guarda uma relação com um objeto do qual fornece o significado, à medida em que o caracteriza. Contudo, um mesmo *signo* serve, às vezes, para designar mais de um objeto. Ex. "banco" (assento e instituição financeira). Por isso, o pensamento tende a desanuviar-se mediante a função que nele desempenha a relação *sintática* que consiste na ligação entre os *signos* para que um contribua com a clareza do conteúdo semântico do outro em um certo *contexto* de suas utilizações. Ainda assim, a simples ligação de um *signo* a outro, em certos *contextos*, não é bastante para evitar as *patologias* da *comunicação*. No exemplo supra, se a palavra "banco" associar-se à palavra "quebrou", nem por isso dissipa-se a ambigüidade; há de perguntar-se: fala-se de assento que se partiu ou de instituição financeira que faliu?. Daí que a relação *pragmática* tem, no particular, função fulminante. Nela se encontra a vinculação entre o *signo* e o sujeito que o utiliza. Assim, a expressão "banco quebrou", emitida por pessoa do mundo financeiro, torna-se uma mensagem clara, no sentido de que se fala de instituição financeira que faliu...

Na *pragmática* desdobram-se as funções de *comunicação* e de *expressão* porque as expressões permitem aos homens *comunicar* conteúdos cognoscitivos e *expressar* estados emocionais. Kalinowski lembra, por isso, que a *linguagem* do *direito* cumpre função de *comunicação* e a do jurista, a de *expressão*.

Esta constatação implica em uma outra, a de que há uma *linguagem objeto* e uma *linguagem* com que se fala do objeto, ou seja a *meta-linguagem*.

A *norma* saída da fonte legislativa, no nosso sistema jurídico, que é do tipo *continental europeu*, constitui a *linguagem objeto*. A *norma* saída da fonte jurisdicional e aquela que é fruto da produção doutrinária constituem a *meta-linguagem*.

A *linguagem objeto*, por ter de ser decodificada, necessariamente, pela *meta-linguagem*, não se exige rigor quanto ao conteúdo semântico técnico, próprio da *linguagem técnica* e da *linguagem científica*. Obviamente, ao contrário, a *meta-linguagem* tem de ser, invariavelmente, um fruto técnico-

científico. A *linguagem técnica* é artificial e consiste em um conjunto de signos com um conteúdo semântico restrito, porque é típico do setor do conhecimento em que são utilizados. A *linguagem científica* é, também, artificial, na medida em que utiliza a linguagem técnica adotando critérios que dão rigor à comunicação sobre os fenômenos descritos; esses critérios são verdadeiros axiomas, dado que as expressões com que o homem comunica conteúdos cognoscitivos já não estão carregadas de imprecisão significativa e são fruto de experimentação ou de experiência comprovadas pelo trato específico do investigador.

No campo jurídico, Carlos Santiago Nino, sustentado em Leszek Nowak, procura explicar essas linguagens (a objeto e a com que se fala do objeto), ao identificar dois tipos de legisladores: o "de carne e osso" e o "racional". O traço característico deste último é a interpretação dos textos legais otimizando a lei: ou seja, reconstrói, a partir das prescrições legais as melhores normas possíveis do ponto de vista da exigência da doutrina moral e política dominantes. Os juristas utilizam um modelo de legislador que pouco tem que ver com os legisladores "de carne e osso", isto é, legisladores que sancionam as leis. O modelo de legislador "racional" de que se revestem os juristas é singular, perdurável, único, consciente, finalista, onisciente, onipotente, justo, coerente, onicompreensivo, econômico, operativo, preciso, em suma, tem quase todas as propriedades dos deuses teológicos, talvez com a única diferença relevante de que sua tarefa esgota-se com a legislação. É uma das espécies de legislador "racional". Já o legislador "de carne e osso", diz Nino, é um corpo colegiado formado por uma pluralidade de pessoas, a maioria das vezes com opiniões discrepantes; quase nunca é a mesma gente a que discute e elabora o primeiro artigo e o último de um código; vota por ordem do líder político de seu setor, sem saber de que se trata, outras, somente concorre ao recinto de sessões para votar; nem sempre persegue um propósito definido ao votar a lei; não conhece todas as circunstâncias fáticas abrangidas pelas normas gerais que dita, sejam aquelas que ocorrem no momento da votação, sejam as que virão no futuro; não legisla para um caso concreto, por isso, não é sempre justo, circunstância que sempre envolve o mister do legislador "racional" que aplica a norma de modo a adequá-la aos padrões valorativos vigentes à época da aplicação<sup>11</sup>.

(11) -cf. Consideraciones sobre a dogmática jurídica, México. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974 pgs. 65 e segs.

Nesta linha de raciocínio dá-se razão a *Kelsen*<sup>12</sup> ao falar do *legislador negativo*, no sentido de que o juiz quando anula uma lei elaborada pelo legislador “de carne e osso” (*legislador positivo*) opera uma função legislativa, “um ato – por assim dizer – de legislação negativa”.

### *A lógica jurídica*

A *Lógica*, então, passa a ter função porque lhe incumbe fornecer os princípios com os quais se disciplina o *pensamento*, que é o meio de *comunicação* entre os homens mediante a *mensagem* que cada qual *emite*. Essa função desenvolve-se por intermédio de *princípios* cuja observação impõe-se. Além de outros, citem-se: a) – um objeto somente pode ser idêntico a si mesmo e não ao seu contrário (*princípio da identidade*); b) – assim, o contrário do que é verdadeiro é falso, porque o mesmo objeto não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser (*princípio da contradição ou de não contradição*).

Falar-se, portanto, de *sistema*; de *sistema jurídico*; de *Constituição jurídica* como lei preeminente do *sistema jurídico*; de *reforma* do texto da *Constituição jurídica*, seja pela via de *revisão*, seja pela via da *emenda*; é falar de *signos*, palavras, expressões que estão inseridos em um *contexto de linguagem técnico-científica* que não dispensa o apoio dos conhecimentos da *Semiótica* e da *Lógica*, para apurar a *pragmática da comunicação normativa jurídico-constitucional*. É o que se fará a seguir, estudando o tema à luz desses conhecimentos lógico-lingüísticos.

### *A noção e a classificação de sistema*

Esse apoio da *Semiótica* e da *Lógica* já se faz presente quando se tende a identificar que conteúdo semântico atribui-se, no tempo e no espaço da especialização (relação *pragmática*), à palavra *sistema* e à expressão *sistema jurídico*, capitaneado pela *Constituição*.

A palavra *sistema* pressupõe um *conjunto* de partes ou elementos *integrados* e *coordenados*, entre si. Por isso, é um conjunto ordenado, lógico e racional. E, porque é assim, todo sistema traduz-se num conjunto de *princípios* e de *normas* os quais estabelecem um corpo de doutrina.

(12) - Cf. *Teoria geral do direito e do estado*, trad. de Luis Carlos Borges; revisão técnica de Pêicles Prado, São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 261.

A palavra fornece, então, o sentido de *coordenação* entre os elementos que compõem o fenômeno por ela definido. Esta coordenação garante o funcionamento das partes como uma estrutura organizada.

Logo, *sistema jurídico* é expressão que terá de significar um conjunto harmônico e conjugado de *princípios* e de *normas jurídicas* sobre, respectivamente, a *conduta humana na sua interferência intersubjetiva* e os métodos que põem em execução esses *princípios* e *normas*.

Se se trata, pois, de um *sistema jurídico*, as suas partes têm de estar organizadas como um todo, de modo que, pelos seus efeitos, possam corrigir e equilibrar umas às outras.

Se se trata, pois, de um *sistema jurídico*, os entes, representativos aos quais incumbe pôr em execução os métodos, através dos quais se realizam esses *princípios* e *normas* devem estar harmoniosamente estruturados para oferecer os resultados almejados pela finalidade a que se destinam, tal como se propõe a convenção tácita, antes falada e elaborada para o bem-estar social; resultados orientados e submetidos ao controle necessário a produzirem o rendimento deles esperado para a eficácia do processo, em um *Estado Democrático de Direito* no qual há o primado dos princípios da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, dos quais se ocuparão as linhas seguintes.

O melhor *sistema* será sempre aquele que mantiver o equilíbrio dos *fatores* que lhe são condicionantes: psicológico, político, moral, religioso e econômico. Por isso, cada comunidade elabora a sua convenção à medida em que a convivência vai processando-se, mas, sempre, monitorada pelos *valores humanos superiores* ou fundamentais: *igualdade, liberdade, pluralismo*. Esses valores são o conteúdo da *cidadania* com o que se vive com dignidade humana. Todas as Constituições do mundo, elaboradas na terceira fase do direito constitucional (Alemanha, Itália, França, Portugal, Espanha, Brasil), sintetizam os elementos de identificação da organização política que se debuxa através do *direito*, em sua norma máxima<sup>13</sup>.

Com efeito, o direito constitucional evoluiu em três fases: a *primeira* é aquela em que as normas do direito constitucional positivo tinham, apenas,

---

(13) - cf. Gregorio Peces-Barba. Los valores superiores. 1ª reimpressão, Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 11



a natureza dos direitos políticos e civis; a *segunda* é a que se inaugura com o final da Primeira Guerra Mundial, quando se acrescentaram as normas veiculadoras dos direitos de conteúdo econômico e social; a *terceira*, após a derrocada das célebres ditaduras do mundo (nazismo, fascismo, salazarismo, franquismo, peronismo, getulismo), caracterizada por normas de outorga de prerrogativas da *cidadania*.

Esta *fase da cidadania* sucede à *do súdito*. O povo brasileiro, em 1889, banii a fase de súdito, legitimando a *república* através da Constituição de 1891 e, recentemente, em 1993, com o *plebiscito* quando teve a oportunidade de recusar o retorno à *monarquia*, a que lhe querem condenar, *inconstitucionalmente*, agora, com a proposta de emenda constitucional para permitir a *reeleição* com o fim das *inelegibilidades*, tal como ficará demonstrado neste estudo.

O *sistema jurídico* dos povos que adquiriram a *cidadania* é integrado pelos princípios nascidos das instituições sociais que resultam das práticas democráticas da vida coletiva. A *reeleição*, nessas circunstâncias, ofende essas instituições que são fruto da evolução.

*Santi Romano*<sup>14</sup> chama a atenção para essa circunstância, ao falar de uma interpretação evolutiva do direito positivo: "se de vida e de evolução se quer falar, inclusive daqueles seus elementos que são as normas jurídicas, não há que olvidar que se trata de uma vida e uma evolução que as afetam, as tocam e as animam e na medida em que nelas se manifestam a vida e a evolução da instituição: somente esta, em seu conjunto, e não cindida em suas partes essenciais, tem uma vitalidade e uma idoneidade para evoluir".

Essa evolução resulta, também, das práticas que permeiam experiências de povos que têm história similar, então, o *direito comparado* é instrumento de investigação desse processo institucional que atina para o sucesso ou para o infortúnio de institutos jurídicos (regimes jurídicos das práticas sociais de outros povos). O *direito comparado*, por isso, não implica em copiarem-se institutos jurídicos sem que se faça *redução sociológica*, ainda quando tenham bom resultado alhures, porque nem sempre "*o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil*", mensagem equivocada que ficou célebre, entre nós.

(14) - cf. Fragmentos de um dicionário jurídico, trad. de Santiago Santi Malendo e Marino Ayeta Redín, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América 1964, ps. 210/1

Logo, lembre-se que mesmo os sistemas jurídicos de uma mesma raiz têm-se diversificado quando adotado, nos seus postulados, em comunidades diversas. É o exemplo do *sistema continental europeu* e o *sistema do casuísmo fundamental* (o anglo/norte-americano).

É possível, nestes termos, encontrar distribuídos entre os povos, pelo menos, quatro sistemas de relevância mundial: 1) anglo/norte-americano: *casuísmo fundamental*; 2) – chinês; 3) islâmico; 4) – romântico (*continental europeu*)<sup>15</sup>.

O Brasil insere-se nesse último tipo (*continental europeu*) porque foi colonizado por um país europeu que absorveu o dito sistema. Contudo, o seu *direito público*, por influência, inclusive, da doutrina de *Ruy Barbosa*, buscou no sistema anglo/norte-americano muitos dos seus postulados, os quais não podem ser desprezados, mas, devem ser, hoje, apreciados de acordo com o tratamento que a *convenção tácita*, de que se fala supra, vem-lhe dispensando na sua evolução. O tema da *reeleição* é um exemplo, pois, modificou-se, nos Estados Unidos da América, para ser restringido.

Gize-se, por necessário, que o próprio povo americano adaptou o sistema que herdou do seu colonizador, a partir da elaboração de uma Constituição escrita, a primeira do mundo (1787), ao contrário do povo matriz, cuja Constituição é assistemática difundida em vários documentos escritos: a Magna Charta Libertatum (1215), a Petição de Direitos ("Petition of Rights", 1628), a lei do "Habeas Corpus", 1679, a Declaração de Direitos ("Bill of Rights", 1689), etc.

Têm em comum, porém, o culto às instituições políticas democráticas, entre elas a idéia de preeminência da Constituição, que não conspurcam com qualquer casuísmo, fazendo prevalecerem a **segurança jurídica** e a **certeza do direito**.

O *sistema jurídico* incorpora, pois, todos os elementos, até aqui, descritos e mais os que o serão adiante. Torne-se relevante, a esta altura, que esse sistema é caracterizado por uma *linguagem* integrada por critérios que se expressam em *normas-princípios* e *normas-regras*.

---

(15) - cf. Mario G. Losano, Os grandes sistemas jurídicos, trad. de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão; revisão e índice remissivo de Wanda Ramos. Lisboa: Editorial Presença Ltda., São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 225

Isto porque o *direito* sendo um *objeto cultural* a interpretação dessa *linguagem* impõe rigor que se obtém através da sua sistematização feita com arrimo na *Semiótica* e na *Lógica Jurídica*. O *direito* é *objeto* porque consiste em algo que se apresenta ao homem, na *percepção exterior*, de modo fixo e estável, independentemente dos seus pontos de vista, dos seus desejos ou das suas opiniões. Por isso, quando o *objeto* é submetido ao *conhecimento do sujeito* (o homem), trava-se entre os dois (*sujeito* e *objeto*) uma relação a que se denomina "*teoria do conhecimento*".

Ainda que essa *percepção* ocorra independentemente do subjetivismo, não raro o homem é levado a imprimir a tudo que *conhece* a nota do "bias", expressão com que os norte-americanos designam a *parcialidade* do investigador.

É o advogado a expressão da *parcialidade* porque o melhor dos causídicos tem de ter essa tônica. Já o juiz, ao contrário, por não ser *parte*, nem defendê-la, há de ser sempre *imparcial*, louvando-se nas *ciências* que têm o *Direito* como *objeto* de sua investigação.

Esta a razão de os advogados sempre se apoiarem nos pareceres jurídicos e os juizes neles se louvarem, para formarem o seu livre convencimento em matéria do *conhecimento* especial do técnico cuja função é tornar incontroversos fatos ambíguos.

Se ao advogado, por defender, sempre, *causa*, é natural a *parcialidade*; ao parecerista, a conduta exigida é a de quem cuida com *rigor* do fato que lhe é submetido, evitando introduzir na opinião que veicula a sua "bias". É aqui que se afirmam as *linguagens científica* e *técnica*, as quais se impõem, sobretudo, quando o *objeto* investigado é *cultural*.

Husserl<sup>16</sup> em sua célebre "*A idéia da fenomenologia*" (parágrafo 24) adverte para as fundamentações arbitrárias da "*teoria do conhecimento*" e lembra que, nos nossos dias, aumentam as reações contra estes preconceitos funestos, porque na esfera natural da investigação, uma ciência pode servir à outra de modelo metódico.

---

(16) - cf. Edmund Husserl, *A idéia da fenomenologia*, trad. de Artur Morão, Lisboa: Edições 70. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 47

O procedimento correto para trabalhar essa interdisciplinariedade é cuidar de um quadro no qual se apresentam as supremas regiões ônticas e, assim, o ilustre autor distingue os *objetos do conhecimento humano* em quatro campos ônticos: *ideal, natural, cultural e metafísico*.

*Cossio*<sup>17</sup>, estudando a idéia, resume essas ontologias regionais esclarecendo que os *objetos ideais* são irrealis: não têm existência; não estão na experiência e são neutros ao valor. Os *naturais* são reais: têm existência; estão na experiência e são, também, neutros ao valor. Os *metafísicos* são reais: têm existência; não estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente. Os *culturais* são reais: têm *existência*; estão na *experiência* e são *valiosos* positiva ou negativamente.

Essa *valoração* é onde está o sentido de um *objeto cultural*. Ela pode referir-se tanto ao *valor* da coisa como aos *valores* da conduta que são *valores* da pessoa. Esta circunstância exige *neutralidade axiológica* do investigador, porque ao analisar tal *objeto*, afinal, está analisando seus próprios *valores*, os da pessoa.

Nesse quadro é errado estudar *objeto cultural* por um único dos seus ângulos, como o fez o *logicismo* em que se envolveu a escola denominada de *positivismo lógico*, considerando-se, sobretudo, a lição de *Klug*<sup>18</sup>, segundo a qual é inadmissível o alheamento da vida e o caráter abstrato de um sistema jurídico *calculizado*, salvo se a *calculização* adotar na fixação dos *axiomas* uma aproximação tal com a vida que se alcance uma clareza maior sobre os supostos jurídicos.

Todo o exposto autoriza que se reitere a conclusão de que há várias ciências que têm o *direito* como o seu *objeto de conhecimento*, tratando-o, pois, pelos seus diferentes ângulos e servindo como ancilares da *ciência jurídica* ou ciência do direito "*stricto sensu*".

Já se destacaram, por isso, a *semiótica jurídica* e a *lógica jurídica*, bem assim, a circunstância de que o *direito* exterioriza-se como um *discurso*, seja através da *norma expedida* ou pela fonte legislativa, ou pela fonte jurisdicional; seja pela manifestação doutrinária.

(17) - cf. "La teoría agnológica del derecho y el concepto jurídico de libertad". Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot. ps. 54 e segs.

(18) - cf. Ulrich Klug. *Lógica Jurídica*, trad. de J. C. Garduña. Bogotá, ed. Temis, 1990 p. 250

Já se destacou, também, por isso, que a *norma* é um *discurso*, razão pela qual ela é uma *mensagem* e, assim enquadra-se no campo da *comunicação humana*, que é plena de ambigüidades. Ora, a *semiótica* revela os meandros dessa *comunicação* e a *lógica* disciplina-a enquanto a trata como *pensamento* que deve ser emitido com o maior rigor para evitar as *patologias*, dissipando-se, ao máximo, as ambigüidades.

Aquí está o motivo de sistematização do estudo desse *objeto*, na sua exteriorização através das *formas de manifestação do direito positivo*: as *normas* submetidas, no seu *conjunto*, a uma classificação hierárquica. Esse *conjunto de normas* impõe o exame de sua própria estrutura porque inspira-o a concepção de *Kelsen*<sup>19</sup> sobre o funcionamento de um ordenamento coercitivo, sob a forma de pirâmide, a partir da *norma fundamental hipotética* que delega, na *primeira Constituição histórica*, a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as normas estatuidoras de atos de coação.

A Constituição jurídica, por essa forma, ocupa o ápice da pirâmide e dela derivam-se todas as outras normas do sistema e nela todas se fundamentam.

A *norma fundamental hipotética* há de ser o conjunto de *valores superiores* referido linhas atrás. Esta *norma* prevalece enquanto há uniformidade entre ela e esses *valores*. Por isso, na p. 103 do meu livro "*Limites da Revisão Constitucional*", citado na nota de rodapé nº 2, lembro o magistério de *Bielsa*, segundo o qual há costumes puros e leis viciosas; há sociedade rica e desenvolvida regida por instituições decrépitas que não podem satisfazer as suas necessidades atuais e, aí, ela se levanta e pede seus títulos ao poder formal e, como esses títulos estão escritos por outras gerações, essa sociedade atual erige-se em tribunal e estabelece que esses títulos foram válidos enquanto caminharam unidas, com eles, as aspirações sociais, mas, diante do divórcio, os vínculos estão dissolvidos. Então, sucumbe o poder formal decrépito e um outro, inteligente, sucede-o e declara, no momento de sua ascensão, que a borrasca passou fazendo-se o centro das forças vitais da sociedade, procede, sem trégua, nem descanso, a sua organização. Esse poder inteligente e forte é *legítimo*. Para as enfermidades desse tipo, possíveis em todos os povos, *Bielsa* prescreve três remédios: a ditadura, a *reforma* e a conquista.

{19} cf. Hans Kelsen. Teoria pura do direito, 3ª ed. trad. de Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1974, pp. 79, 82, 110, 267 e segs.

A reforma, por ser a menos traumática, é a recomendada e há de consistir, sempre, na execução das funções necessárias à promoção das transformações sociais decorrentes da *evolução* ou da *revolução* que resultem da dinâmica da vida humana subordinada à permanente criatividade da inteligência.

O sistema jurídico do *casuismo fundamental* promove essa reforma, institucionalmente, pela *evolução*, mediante o exercício da *função jurisdicional*. É a Suprema Corte, nos Estados Unidos, ou o Parlamento, na Inglaterra, a que incumbe dizer o que é *constitucional*, sob a ótica da *Constituição real* ou *material* cujo conteúdo está nos valores superiores; e, assim, faz a permanente adaptação da *Constituição jurídica* a essa *evolução*.

O sistema jurídico *continental europeu*, institucionalmente mais solene, confia-a ao exercício da *função de governo* ou ao exercício da *função administrativa* coadjuvadas pelo exercício da *função legislativa*. Esta prática não propicia estabilidade porque, no exercício dessas funções, os órgãos confundem-se como *parte e julgador*.

A Alemanha, que participa desse último sistema, é exceção a ser citada, porque inseriu na sua Constituição (a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 8.5.49) esses valores superiores, sob a denominação de *direitos fundamentais* (art. 1º) e estabeleceu que eles vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a título de direitos diretamente aplicáveis; estabeleceu, outrossim, que a Corte Federal Constitucional decidirá sobre o que, mediante esses valores, corresponde a um *direito suprapositivo* que obriga, também, o *legislador constituinte*<sup>20</sup>.

Diante desse quadro, o *direito comparado*<sup>21</sup> consagra, como *institutos jurídicos*, integrantes de um sistema, as espécies de critérios: a) – *normas-*

(20) - cf. Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Alameda Editora, 1977, p. 3

(21) - cf. sobre o tema, além de Bachof; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5ª ed., totalmente refundida e aumentada, Coimbra: Liv. Almedina, 1991; Eros Roberto Grau, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1988; José Alonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 7ª ed. ver e ampli., São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1991; Rolando E. Pina, *Claúsulas constitucionales operativas y programáticas*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1973; Guido Alpa, *I principi generali*, Milão: Giuffrè, 1983; Massimo Caroli, *Il limite del principi fondamentale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1992; Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid: Editorial Civitas, 1984; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 2ª ed. trad. de María Gustavo, Barcelona: Ed. Ariel, 1989; Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastian: Servicio Editorial Universidad del País Vasco; Argitarapen Zerbitzua: Euskal Herriko Unibertsitatea

*princípios*, ou, simplesmente, *princípios* e b) *normas-regras*, ou, simplesmente, *normas* ou *preceitos*.

### **Noção de "princípio" e de "princípio constitucional"**

Afirmou-se supra que o direito é um objeto cultural. Logo, é preche de *valores* que o informam desde os *signos* empregados para compor a mensagem emitida pela fonte normativa, apreendendo conduta humana para explicitar padrão de comportamento, até a própria *recepção* da mensagem pelo seu *destinatário*, também, pronto para absorvê-la na linha dos *valores* que cada indivíduo preserva ao lado daqueles forjados em âmbito social. Essa *recepção*, as mais das vezes, ocorre em um momento diverso, no tempo, daquele em que atuou o *emissor*.

Logo, é recomendável guardar-se, na análise das situações jurídicas, *neutralidade axiológica* e, para tanto, há de trabalhar-se no campo do direito, com conceitos lógico-jurídicos porque esses têm uma esfera de validade muito mais abrangente do que os conceitos jurídico-positivos os quais têm essa validade determinada, em sentido histórico, quanto ao espaço e quanto ao tempo.

Tal metodologia envolve um estudo interdisciplinar do direito: "a interdisciplinariedade é o princípio da máxima exploração das potencialidades de cada ciência, da compreensão e exploração de seus limites, mas acima de tudo, é o princípio da diversidade e da criatividade" (Norberto J. Etges). Afinal, a fragmentação do conhecimento, apenas, tem utilidade didática ou, quando muito, pedagógica, à luz de uma teoria dos tipos de racionalidade. Não é em vão que o direito submete-se a metodologia variada: antropologia jurídica, sociologia jurídica, história do direito, semiótica jurídica, lógica jurídica, etc. Cada qual dessas áreas do conhecimento tem o direito como seu objeto o que significa apreciá-lo por métodos diferentes, inconfundíveis com o da ciência do direito "stricto sensu". Contudo, inexistem incompatibilidades, razão porque se poderá, nessa interdisciplinariedade, *fazer epistemologia jurídica*.

O método da interdisciplinariedade é o recomendável quando se estudam temas como o dos "*princípios*". De logo, verifica-se que não há univocidade, quanto a esse *signo*. Portanto, para encontrar, sob a forma mais

veraz, o conteúdo semântico do *signo* "princípio", na ciência do direito "stricto sensu", necessária é a epistemologia, mediante conhecimentos colhidos na área da *semiótica* e da *lógica*.

Na *semiótica*, há de descobrirem-se as *relações* oriundas da utilização desse *signo* no discurso jurídico. Na *lógica*, há de buscar-se arrimo para disciplinar o pensamento cada vez que o *signo* for utilizado, nessas *relações*, as quais já foram analisadas supra em sinopse de teoria da linguagem (*relações semântica, sintática e pragmática*).

Ora, se não há univocidade, no campo jurídico, sobre o conteúdo *semântico* de "princípio", porque ele pode referir-se a mais de um objeto, então, ele sempre há de ser estudado sob a ótica das *relações sintática e pragmática*, cuidando-se de observar os princípios lógicos da *identidade* (um ser é igual a si mesmo) e da *não-contradição* (um ser, ao mesmo tempo, não é igual a si e igual a outro ser).

Conseqüentemente, há de construir-se o conteúdo semântico do *signo* "princípio", para o efeito, aqui, pretendido: é um *critério* elaborado pela *pragmática* (comportamental) da comunicação jurídica e utilizado como base para o discurso *deontico*. Por isso, o "princípio" tanto pode apresentar-se como norma jurídica em um determinado sistema, como pode constituir pautas de valores adotados pelo sistema para inspirar normas jurídicas. São exemplos de tais pautas, a que nega proteção jurisdicional a quem invoca sua própria torpeza; a que proscreeve a interpretação analógica das leis penais; a que estabelece a presunção de legitimidade dos atos do poder público, etc.

É nessa perspectiva que se pode falar de "princípio" *constitucional* porque, apresentado, ou não, como norma de direito positivo, dentro da Constituição escrita, ele representa, sempre, um *critério* fruto da *pragmática* da comunicação jurídica. Os *princípios federalivo e republicano*, por exemplo, exprimem, no *Estado Democrático de Direito*, as *relações* entre a *sociedade civil* e a *sociedade política*, através dos mecanismos de representação política e de exercício difuso dos poderes daí decorrentes.

Portanto, *critérios*, como este, dispensam normatização no sistema. Há, porém, normas às quais se quer emprestar a natureza de "princípio",



mas que não o têm. Por conseguinte, deve-se identificar em cada campo do direito, a situação que constitui "*princípio*", porque essa categoria jurídica é preeminente no *sistema jurídico*. No caso da *República* e a *Federação*, por serem *princípios constitucionais*, impõe-se a sua posição hierárquica de *pressuposto*, cada vez que se tenha de interpretar as normas que disciplinam as relações de *poder* que, sempre, há de ser exercido por meio de *representantes* eleitos pelo povo ou exercido, também, *diretamente*, pelo próprio povo: respectivamente, República Democrática *Representativa* ou República Democrática *Participativa*; sempre há de ser um *poder* descentralizado territorialmente (*Federação*).

### ***O sistema jurídico brasileiro***

O sistema jurídico brasileiro é, como já afirmado acima, integrante do sistema continental europeu. Assim, participa de suas características, dos seus postulados, porém, adaptado, como convém, à realidade nacional.

No sistema jurídico positivo brasileiro, também, a Constituição é o fundamento de validade de todas as outras normas.

A Constituição de 1988 atribui à curul do poder judiciário a função de *guardá-la* (art. 102), assegurando, assim, a sua rigidez.

Por via de consequência, não é privilégio do Congresso Nacional dizer o que é *realmente constitucional*, nem ele está imune do controle de constitucionalidade sempre que os seus atos atentem contra a Constituição, mesmo os atos do processo legislativo, ainda quando estejam sob fase procedimental.

Ademais, a *Constituição jurídica* brasileira já inibe o Congresso Nacional ao dispor que o *direito constitucional positivo*, que ela própria expressa, não contém todo o direito constitucional como *fonte de direitos subjetivos públicos* e de *interesses legítimos* (art. 5º, § 2º).

O exercício da *competência reformadora* do texto constitucional ou o exercício do *poder legislativo*, pelo Congresso Nacional, condiciona-se a esse discurso do § 2º do art. 5º da Constituição.

Conseqüentemente, tanto esses *direitos subjetivos*, quanto esses *interesses legítimos* podem ter, também, como fonte:

- a) – o *regime constitucional adotado pela Constituição*;
- b) – os *princípios adotados pela Constituição*;
- c) – os *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

Dai a necessidade, agora, de, após definir o regime constitucional, situar as *atribuições do Congresso Nacional* perante o sistema jurídico brasileiro, plasmado pela Constituição de 1988 seja, no que se refere aos *limites constitucionais* dessas suas atribuições, seja no que se refere à *natureza jurídica* dessas mesmas atribuições. Começa-se, pois, o exame desses dois temas, a partir da análise do regime constitucional adotado pela Constituição de 1988.

### ***O regime constitucional de 1988***

O regime constitucional de 1988, no plano da organização da *sociedade política*, consiste: a) – na forma do exercício dos chamados *interesses legítimos*, a que está subordinada e b) – no *sistema de governo presidencialista*.

Logo, em nada a sociedade política pode deliberar em sentido contrário ao Estado democrático de direito instituído pela Constituição, com uma *forma de governo republicano, democrático participativo*; em nada pode deliberar que atinja a *separação de poderes*, incluída a *rotatividade* do exercício dos poderes legislativo e executivo, nos termos estabelecidos pelo *poder constituinte*.

A Constituição adota um *regime republicano, federativo, pluralista, de participação popular* (cf. *preâmbulo: parte dogmática*: arts. 1º, 2º, 14; incisos XXXIII e LXXIII do art. 5º; § 4º do art. 27; inciso XIII do art. 29; § 3º do art. 31; inciso II do § 2º do art. 58; § 2º do art. 61; § 2º do art. 74; *ato das disposições constitucionais transitórias*: art. 2º).

Conseqüentemente, o Congresso Nacional exerce suas atribuições sob os *limites constitucionais*, como titular de *competência*. Em contraposição ao poder constituinte que é *potência*.

A Constituição jurídica brasileira de 1988 regrou, também, o exercício da *competência* para a *reforma* do seu texto em dois distintos regimes: o da *emenda* e o da *revisão*. Nas suas disposições transitórias, traz norma-regra sobre a sua *revisão*. Torna-se, assim imprescindível examinar essa norma quanto à sua natureza; à sua ligação com as norma-princípios do preâmbulo ou da parte dogmática; quanto à sua extensão. Este exame, no plano das *relações sintáticas* conduzem não só à distinção entre situações jurídicas de *emenda* e de *revisão* nesse texto de 1988, mas também, aos que devem ser observados para essas ambas situações, dado que, tanto a norma-regra da *emenda*, quanto a da *revisão* são normas de *competência* não de *potência*. Outrossim, esse exame há de estar associado à identificação do tipo de Constituição Jurídica, conforme a classificação assente, na *pragmática*, porque o conteúdo semântico de *reforma do texto*, na perspectiva dessa *pragmática* constitucional, revela-se em função do tipo de Constituição, relativamente à extensão.

### ***Classificação da Constituição Jurídica***

A classificação da Constituição jurídica é objeto da Teoria da Constituição e se relaciona com o tema da *reforma* do seu texto porque esta se condiciona pelo tipo de Constituição.

Analisada sob o *aspecto jurídico*, a Constituição pode ser classificada nos seguintes tipos: *escrita* (se o texto é sistematizado) e *costumeira* (se são esparsos os textos que a compõem). Esta forma *escrita* serve de base para caracterizar a Constituição jurídica, quanto à sua *reforma*, em *rígida* (se o processo de mudança é especial e específico) e *flexível* (se esse processo for idêntico àquele com que se elaboram e se alteram as leis infra-constitucionais).

Analisada sob o *aspecto sociológico*, encontra-se a essência das forças reais de poder que legitimam a Constituição jurídica. Aqui, é possível classificá-la em razão da *origem*, isto é, da fonte histórica: se é *pactuada* democraticamente, como a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, toda a

sua eficácia e aplicabilidade estão condicionadas por uma “*legitimação de aspirações sociais*” que informaram a sua *elaboração*.

Por conseguinte, é necessário tipificar a Constituição jurídica brasileira para identificar os *limites* para as *alterações* do seu texto mediante *processos formais*. É uma *Constituição pactuada*, quanto a origem e rígida quando ao seu processo de *reforma*.

### **O processo constituinte**

O estudo da *elaboração* da Constituição jurídica abrange: a *legitimidade* do poder que a promove, as *atribuições* que lhe são inerentes: o *procedimento* a adotar para cumprir essas atribuições.

O exame da classificação da Constituição jurídica, quanto à sua *origem*, é auxiliar desse estudo, sinalizando para a natureza do *poder constituinte* e para a do impropriamente chamado “poder de reforma”. Aqui se distinguem *potência* e *competência*, para identificar o processo constituinte como *potência* e a atividade de reforma como *competência*.

### **Poder constituinte**

É antigo o debate sobre a caracterização do *poder constituinte*, a ponto de ser classificado como a) – *fundacional ou originário* e b) *derivado*, que são adjectivações, em parte, retóricas.

Rigorosamente, por ser *potência*, o *poder constituinte* é, somente, o denominado *fundacional* ou *originário*, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua *eficácia atual*. *Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado*. Há, sim, órgãos com *competência* para promover modificações na Constituição jurídica, observados os limites dessas atribuições outorgadas pelo *poder constituinte*.

### **Natureza do poder constituinte**

A primeira questão, por conseguinte, a resolver, envolve as afirmações que definem o *poder constituinte* ora como *mero fato*, ora como *poder jurídico*.

Seria *mero fato* porque o *poder constituinte* operaria no mundo pré-jurídico; *fato* porque estaria no campo político-social; *fato*, porque não poderia ser poder jurídico, uma vez que, operando, como dito nos linhas anteriores, não estaria no meio do Direito, desde quando ele precederia a formação do Direito.

Este entendimento não é correto porque, admitida convenção institucional, nos termos em que este trabalho vem mencionando, o *poder constituinte* tem de estar no meio jurídico, sob pena de carência de *legitimidade* das regras que estabelece e que seriam, assim, até passíveis da censura daqueles a quem incumbe encontrá-las compatíveis com os *valores fundamentais* antes referidos, se elas não estiverem conforme estes valores.

A afirmativa de que se trata de *mero fato* é fruto do equívoco resultante da confusão entre esse *poder* e suas fontes... Mesmo estas, para quem adota concepção institucional do Direito, sob a inspiração da pragmática não operam no plano pré-jurídico. O seu mundo é o da Teoria da Constituição a qual formula *axiomas* a partir de comportamentos aceitos como verdades históricas, acolhidas em termos de proposições normativas ou como *princípios* não positivados, mas com eficácia jurídica.

*Poder constituinte* não é uma questão de semântica, no sentido de que variará a sua caracterização em razão das diferentes convicções filosófico-políticas. Ao contrário, este signo tem conteúdo semântico cunhado pela *linguagem técnica* elaborada pela Teoria da Constituição.

*Poder constituinte*, envolvendo sua titularidade, seus limites ocasiões de ocorrência; natureza das normas jurídicas componentes da lei constitucional, bem assim a sua eficácia, aplicabilidade, interpretação, validade no sistema jurídico; são exemplos de "conceitos" e de "categorias" do quadro jurídico na sua concepção institucional. *Poder constituinte*, em conclusão, não é um *mero fato*; é um *poder jurídico*. É uma *potência*, porque é um poder jurídico com atribuições originárias.

### ***Oportunidade de exercício do poder constituinte***

A identificação do *poder constituinte* como um poder jurídico é objeto da Teoria da Constituição que o dogmatiza a partir de abstrações que cons-

troem os elementos dessa "categoria" os quais são: os "conceitos" soberania, pluralismo, sociedade civil, cidadania. A Constituição *jurídica* de 1988 menciona-os, mas não positiva os seus conteúdos semânticos, dado que eles são de natureza lógico-jurídica e não jurídico-positiva. Estes "conceitos" portanto, não estão elaborados na própria Constituição *jurídica*, ainda que se possam encaixar no *direito constitucional*, a partir dessas formulações da Teoria da Constituição, desde quando esse direito constitucional não se esgota nas regras que estão positivadas na Constituição jurídica como o exemplifica o § 2º do art. 5º dessa nossa de 1988.

Se, como é verdadeiro, a "categoria" *poder constituinte* compõe-se de "conceitos", como *soberania, pluralismo, sociedade civil, cidadania*, ele pode ser entendido como uma *eficácia atual*, isto é, como produto da atuação das forças reais de poder expressas pelos núcleos de decisão constituídos pelo grupos sociais que, integrantes da sociedade civil, participam da formação da vontade coletiva e, efetivamente, institucionalizam-na criando uma ordem jurídica nova.

Esta concepção poderá sugerir uma noção de conteúdo emotivo tisnado pela ideologia da legitimidade do *poder constituinte*, somente enquanto expressão popular. Não é, porém, o que se pretende com os *signos* componentes da dita concepção.

Entender *poder constituinte* como uma *eficácia atual* é concebê-lo no plano lógico como "força histórica efetiva, apta a realizar os fins a que se propõe..., a plena consumação do fato, a plena consumação do seu objeto que é a *criação* de uma "ordem nova". Tomada essa noção, completamente desprovida de conteúdo emotivo, admite-se que o *titular* do *poder constituinte* é quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza da *ordem nova*. Essa decisão expressa o permanente estado de natureza dessas forças com *atividade diferida* aptas a serem exercidas sempre que motivada. Essas forças são titulares do *poder constituinte*, na medida em que consumam a *ordem nova*. Entender assim importa em fazer um corte abstrato, num procedimento metodológico sobre a realidade social, sem vínculos histórico-culturais, sem ideologias que se contraponham, sem consciência de valores novos; enfim, com reflexos *institucionais*. É, desta forma, a lição de *Lourival Vilanova*<sup>22</sup> quando, para circunstância similar, a da revolução, traça procedimento metodológico.

(22) - cf. Teoria jurídica da revolução. In: As tendências atuais do direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 454

O *poder constituinte*, na concepção aqui exposta, é, abstratamente, considerado como um fato jurídico capaz de destruir os fundamentos da Constituição *jurídica*, implantando *outra* como versão da Constituição (*essência*).

Esse fato retrata o dinamismo das forças reais de poder; fato responsável pelas mudanças, tanto as *formais*, quanto as não-formais, da Constituição (*essência*) refletidas na *jurídica*.

O *poder constituinte*, portanto, na concepção exposta neste trabalho, é sempre aquele que a doutrina identifica com o signo "*originário*". Não há *poder constituinte constituído* (derivado), sob pena de ambigüidade insuperável. Esse mesmo "*originário*", é o próprio *fundacional*, quando se manifestou pela vez primeira em uma sociedade para *criar a nova ordem*, a exemplo da estruturação do poder político e dos seus efeitos sobre uma determinada *sociedade civil* que vivia como colônia, ou que se emancipou, politicamente, por qualquer outra causa.

O *poder constituinte*, enfim, na concepção deste trabalho, é *potência*.

Esta é uma lição que se colhe nos fundamentos do *poder constituinte*, em *Sieyès* (século XVIII) ou em *Lassalle* (século XIX).

*Carl Schmitt*<sup>20</sup>, ao definir *poder constituinte*, integra esse elemento (*força real de poder*) ao defini-la como sendo 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. Ao destriçar essa sinopse, esta alta personalidade da ciência jurídico-política, distingue entre *força* e *autoridade*, embora ambas sejam eficazes e vivas, uma junto com a outra, no Estado. Lembra ele que contraposição clássica, entre as duas, encontra-se já no direito político de Roma: o Senado tinha *auctoritas*, o povo, *potestas* e *imperium*. Arrimado em *Mommsen* e em *Victor Ehrenberg*, o defensor da *teoria decisionista* informa que *auctoritas* é uma palavra sem definição rigorosa, designando algo ético-social numa posição de mistura entre *força* política e *prestígio social*. O papa, por exemplo, tinha *auctoritas* em relação ao Imperador que tinha *potestas*. Essa distinção – afirma ele, com razão – é de interesse para esclarecimento de questões atuais, dentre elas incluímos a

(23) - cf. Teoría de la constitución, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, ps. 86/87

*natureza do poder constituinte* que se revela aqui, novamente, ao ser examinada a sua *oportunidade de ocorrência*. Esse *poder*, portanto, é uma *força real, força do povo*, que tem *eficácia atual* porque se encontra *diferida* no tempo sempre a pique de atuar quando motivada por circunstâncias específicas. É *força do povo*, porque, ele há de atuar em qualquer das fases de ocorrência, ainda que o *fato fundamental* caracterize-se, por algum momento, sem essa atuação. Ora, *potência* é um tipo específico do poder, de *potestade*; vem do latim *potestas*.

Tomada, pois, a *teoria da linguagem*, observa-se que, na relação *pragmática* (isto é, a forma de utilização dos *signos* pelo *sujeito*) a ciência jurídico-política sempre emprestou ao titular do *poder constituinte* atribuição com natureza de *potência*, porque é atribuição desprovida de condicionamentos, chegando *Carrió*<sup>24</sup> a comparar o conceito com o de Deus na filosofia de *Spinoza*: algo absolutamente livre. Então, na linguagem técnica o "*conceito*" *poder constituinte* tem o conteúdo semântico (*relação semântica*) de *prerrogativa originária, sem outorga feita por nenhum antecedente*. Portanto, não há postura filosófico-política que tenha discrepado disto, ainda quando se discuta quem é o titular dessa *prerrogativa*. Reitere-se, pois: *poder constituinte* é *potência*<sup>25</sup>.

Linhas atrás está revelada a simpatia deste trabalho pela trilha daqueles que caminham na distinção entre *potência* e *competência*, o que faz chegar ao "*jogo de lógica*" a que alude a "*auto-referência*" de *All Ross* nos seus estudos que remontam a 1929<sup>26</sup>. Pois bem: uma fonte normativa é *potência* quando representa uma autoridade suprema cujas atribuições não derivam de nenhuma outra autoridade. Ao contrário, é *competência*, quando derivam.

Por ser *potência*, o *poder constituinte* tem atribuições diferentes daquelas que tem o ente que exerce *competência*, *v.g.*, o legislador que *emenda* e o que *revisa* a Constituição jurídica. O seu procedimento, também, não é previamente estipulado. Os seus titulares são indicados pelas circunstâncias (*fato fundamental*) dentro das quais as *forças reais de poder* mani-

(24) - cf. Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p. 44

(25) - cf. Jorge Vanossi, Uma visão atualizada do poder constituinte. in. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. I, 1993, p. 15

(26) - cf. Sobre el derecho y la justicia. Trad. de Gerardo R. Carrió, Buenos Aires, ELDEBA, 1963, ps. 78 e 321s.e El concepto de validez y otros ensayos. Buenos Aires: Centro Editorial de América Latina, 1969, ps. 49 e seqs



festam as suas condições de plena consecução do seu objeto que é a criação de uma *ordem nova*. Logo, na oportunidade de uma *emenda ou da revisão do texto da Constituição jurídica* não há exercício do poder constituinte. Essas duas formas de alteração revelam funções distintas, entre si; e distintas entre elas e o *poder constituinte*.

***Atribuições do poder constituinte: a outorga do exercício da competência reformadora (emenda e revisão)***

O *poder constituinte* é origem, é causa, por isso, é titular de prerrogativas, ou seja, tem atribuições próprias. É *potência*.

Diversamente, os entes a que incumbe a *emenda* ou a *revisão* da *Constituição jurídica* são titulares de *competência*.

Não custa lembrar que o *direito* é um objeto cultural expresso por prescrições, por si já elaboradas valorativamente; bem assim que se exprime também, por outras prescrições (atos jurisdicionais), que *falam (meta-linguagem)* sobre aquelas em que se expressa e, aí, por mais neutral que tente ser é *lisnada*. Nem por isso, porém, é impossível submetê-lo aos rigores do *método científico*; mediante um tratamento epistemológico como este trabalho está pretendendo, mediante auxílio da *Lógica* e da *Teoria da Linguagem: Semiótica Jurídica*, esta sob o prisma do comportamental do *sujeito cognoscente do objeto (pragmática da comunicação jurídica)*.

Esses rigores metodológicos recomendam o apelo à *Lógica* porque, como já foi dito, é entidade epistemológica, responsável pela disciplina do pensamento. *Klug* diz que a interpretação jurídica louva-se nas leis do pensamento correto que dão uma precisão à Ciência do Direito "*stricto sensu*" porque a construção de teorias científicas somente é possível mediante a lógica por ser esta um instrumento indispensável para o avanço do conhecimento e para o desenvolvimento teórico. Cada vez que esta verdade apresenta-se não se deve descuidar da imunização de referência ao *logicismo*, também, rechaçado neste trabalho; mas, "na verdade, a Ciência do Direito, na medida em que aspire a cientificidade ou, pelo menos, à adequação racional dos seus argumentos está evidentemente adstrita às leis da lógica". Exatamente, é com um "*jogo de lógica*" que *Ross* ajuda a entender a

---

(27) - cf. Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemico e conceito do sistema na ciência do direito*. Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calisto Tanzi, 1989, ps. 31/32

diferença entre *potência* e *competência* ao explicar o sistema de emissão de normas jurídicas.

À semelhança de *Kelsen*, *Alf Ross*, nas obras e páginas citadas, explica que a *competência* para emitir normas não está, geralmente, limitada a uma única autoridade. Parte do direito que é criado mediante leis, consiste em novas normas de *competência* que, por sua vez, constituem novas autoridades, também competentes para estabelecer outras autoridades, surgindo, assim, um complexo sistema de autoridades de diversos níveis, obviamente, ocupando sempre o nível mais baixo aquela cuja *competência* está determinada por normas criadas pela última. Gozam do mesmo *status* autoridades que têm suas *competências* criadas pela mesma autoridade superior.

Assim é uma característica fundamental de uma ordem jurídica a de que a maioria das regras que a constituem seja estabelecida mediante um ato de criação, quer dizer, mediante uma decisão humana, conforme outras regras jurídicas, chamadas *regras de competência*. Uma regra de competência prescreve as condições para que um ato de criação seja válido e, por isso, tenha força normativa. Essas condições classificam-se em três: 1<sup>o</sup> – condições que indicam a pessoa ou as pessoas qualificadas para realizar o ato de criação; 2<sup>o</sup> – aquelas que descrevem o procedimento de criação; 3<sup>o</sup> – aquelas que limitam a matéria objeto da regra que há de ser criada por estas pessoas segundo este procedimento. Conseqüentemente, toda regra de competência (C) constitui uma autoridade (A), o que permite esquematizá-la, assim:

A1 é autoridade suprema do sistema

A1 cria C2 e, portanto, cria A2

A2 cria C3 e, portanto, cria A3

e, sucessivamente, vão-se constituindo as autoridades, ressalvando-se A1 que sendo a autoridade suprema do sistema, teve origem em norma pressuposta que *juridiciza o fato fundamental* fonte das atribuições dessa autoridade. Por isso, no plano da Lógica, é impossível que uma *norma de competência* determine as condições para a sua própria criação, ou que uma proposição possa referir-se a si mesma.

As normas que constituem uma autoridade (no exemplo, A2 e A3) e sua *competência*, são, ao mesmo tempo, as que determinam o procedimento de como pode ser reformado o direito criado pela autoridade "*criadora*" ou "*constituente*" que, dessa forma, estabelece as condições para a validade das normas subordinadas. Conseqüentemente, as *normas constituintes* regulam tanto a emissão, quanto a *reforma* das normas subalternas e, por isso constituem a própria autoridade que irá emití-las. A Constituição *jurídica*, por exemplo, que opera o efeito de norma que institui o processo legislativo, indica em que modalidade pode ser reformada uma lei e, inversamente, as normas, que nela regulam o procedimento especial para a sua *reforma* são, ao mesmo tempo, normas que estabelecem uma *autoridade reformadora* distinta daquela que *emite* as leis conforme o procedimento comum.

O esquema antes transcrito demonstra que uma certa *autoridade* era suprema e que, por isso, as normas que constituem essa autoridade não podem ter sido emitidas por nenhuma outra autoridade, razão porque se tem de conviver com uma ideologia pressuposta, quer dizer, a ideologia de que não existe, na hipótese, norma superior que determine as condições para a emissão e reforma válidas.

O pensamento de *Ross*, portanto, aproxima-se da *norma fundamental hipotética* kelseniana, ao admitir que a Constituição, tal como a lei, não pode expressar as condições de sua própria *reforma*. Contudo, as da lei, estão na Constituição *jurídica* emitidas pela autoridade constituinte, mas, as das Constituições *jurídicas* somente podem estar na *ideologia constituinte superior pressuposta*, portanto, conclui este autor, que não é logicamente parte da *Constituição jurídica* e sim compreende *normas pressupostas* de um plano mais alto. Estas, por sua vez, não podem estabelecer as condições para a sua própria reforma. Se tais condições existissem, elas estariam estabelecidas em um plano mais alto ainda. Porém, de fato não existem. Logo, a norma sobre *reforma* da Constituição *jurídica*, não é direito legislado, senão pressuposto. Reafirme-se: uma lei não pode estabelecer as condições para a sua própria reforma. As regras para isto têm de estar, necessariamente, em um nível que é superior em graus ao nível da lei. Este é o campo do sistema de direito legislado, em sentido amplo, que se baseia, necessariamente, em uma hipótese inicial que constitui a autoridade suprema, não criada por nenhuma outra. Conseqüentemente, qualquer *emenda*, pelo procedimento jurídico estabelecido somente é possível dentro do sistema, cuja identidade

está determinada por essa hipótese inicial. Toda modificação nessa hipótese inicial, isto é, toda transição de um sistema a outro, é um fenômeno extra-sistemático, uma modificação fática, sócio-psicológica na ideologia política dominante e não pode ser descrito como criação jurídica mediante um procedimento.

Tranca, assim, o autor a possibilidade, tanto no plano da Lógica Jurídica como no da ideologia política, de uma norma da Constituição *jurídica* que estabeleça sua *reforma* (seja *emenda*, seja *revisão*), seja alterada nos limites do sistema do direito legislado. Tal somente é possível, no plano da Lógica, se obedecidas as condições ditadas pela *hipótese inicial* pressuposta e no plano da ideologia política, objeto da ciência jurídico-política, pela ocorrência de um *fato fundamental* que é fenômeno extra-sistemático.

Este último (o *fato fundamental*), insere-se na linha das considerações da *pragmática* e aqui se adota por corresponder às *forças reais de poder* aqui defendidas como fonte da Constituição (*essência, real, material*, etc) que, por sua vez, é a fonte da Constituição *jurídica* (*formal, escrita*).

Romper com essas formulações, é renegar a convenção objeto da Ciência do Direito na perspectiva da concepção institucional sobre este objeto cultural acrescentada à sua concepção normativa; é admitir a "*teoria do acho*" divorciada de qualquer rigor metodológico e afastada dos efeitos pragmáticos (comportamentais) da comunicação humana. Afinal, lembre-se que os princípios não positivados e que constituem o sistema jurídico são a melhor prova da convenção.

Essa idéia de *sistema* no Direito tem espaço, novamente, nesta fase da exposição, porque Teran<sup>28</sup> examina-a a propósito dessa estrutura hierarquizada das fontes, para explicar que a subordinação destes elementos opera a partir de uma esfera de maior generalidade para esferas de menor, obedecido o escalonamento que consiste em um processo derivativo, ou seja a delegação de jurisdição ou competência que é uma prerrogativa que o seu titular entrega a outrem, em parte, para que seja exercida em determinada esfera. De referência ao *poder constituinte*, esclarece que ele não baseia seus atos em qualquer Constituição, porque ele tem de ser, como *constituinte, originário*.

(28) - cf. Juan Manuel Teran, *Filosofía del derecho*, 3ª ed. México, Editorial Porrúa, 1967, ps. 146 e seqs

Toda esta construção doutrinária, aqui desfilada, prova que as reflexões dos cientistas do Direito resultam na afirmação de que o *poder constituinte* é um "conceito" em cujos elementos insere-se a circunstância de ser absolutamente livre para criar uma nova ordem jurídica, enfim, de ser uma potência. Daí por que, se essa potência estabeleceu a competência para a reforma (*emenda* ou *revisão*) da Constituição jurídica descreveu as três condições: a) – quem é o outorgado dessa faculdade jurídica ou de um "munus" ou, até, de poder-dever; b) – que conteúdo tem essa outorga; c) – que procedimento deve ser observado pelo outorgado.

Juridicamente, pois, não pode o outorgado alterar suas condições dentro do sistema de direito legislado, sob pena de romper com a "hipótese inicial" e, então, já se encontrará no campo dos fenômenos extra-sistemáticos regado pelas mudanças fáticas.

A conclusão é a de que o outorgado não pode ditar as condições para reforma da outorga recebida, porque essas condições foram dadas pela autoridade suprema do sistema, a qual criou a regra de competência (*emenda* ou da *revisão*), inserida na Constituição jurídica, por isso, Ross demonstra que somente há uma forma possível de impugnar esse raciocínio expresso no esquema anteriormente apresentado: poderia sustentar-se que autoridade suprema A1 pode ser estabelecida em norma emitida por ela mesma, o que equivale a dizer que é possível que uma norma determine, condições para a sua própria emissão, incluindo a maneira pela qual ela pode ser reformada. Uma "reflexibilidade" deste tipo, porém, é uma impossibilidade lógica, tal como o reconhecem os lógicos. Repita-se: *uma proposição não pode referir-se a si mesma.*

Assim, as regras da *emenda* e da *revisão* são regras de competência e se submetem aos limites consubstanciados nos três tipos de condições que dão validade a um ato de criação dessa natureza (C).

A diversidade de natureza entre as funções do poder constituinte daquelas que ele incumbe aos entes competentes para emendar e para revisar a Constituição jurídica, conduz à diversidade de natureza entre esse poder e esses entes e à diversidade das alterações nessa Constituição, demonstrando que, para elaborá-la, originariamente, as funções, sob certo ângulo, são ilimitadas, mas, para alterá-la, há limites, quais sejam os estatuí-

dos pela *autoridade* que cria a *regra de competência* respectiva seja a da *emenda*, seja a da *revisão*.

***Alterações (emenda e revisão) da Constituição Jurídica. Limites. Necessidade de PLEBISCITO ou de REFERENDO***

Está comprovado, tanto no plano lógico-jurídico, como no comportamental (*pragmático*) da doutrina da Constituição, que a *reforma constitucional* não é *potência*, desde quando opera em nível de *competência*, isto é, em nível de funções recebidas de uma autoridade que a criou, para serem exercidas conforme estipulado no ato de criação.

Conseqüentemente, quando se procede a alterações na Constituição *jurídica* não se está exercitando *potência*, exercita-se *competência*, seja de modo formal, seja, não-formal. O tema será explorado adiante, porque deve ser antecedido pela lembrança de que no plano dessas *alterações*, as Constituições *jurídicas* classificam-se nos seguintes tipos: *imutáveis*, *fixas*, *rígidas* e *flexíveis*.

*Imutáveis* são aquelas que não prevêem nenhum processo de alteração, sob o fundamento de que a vontade constituinte exaure-se com a atividade originária. Em termos de Constituição *jurídica* sistematizada ("*escrita*"), não há exemplo, hoje. A figura é própria dos sistemas consuetudinários (instrumentos esparsos). As *fixas* somente poderiam ser alteradas pelo próprio *poder constituinte*, circunstância que implicava não em alteração, mas em elaboração, propriamente, de uma nova ordem. As *rígidas* são aquelas que estabelecem procedimentos especiais e específicos para sua alteração e, portanto, distintos daqueles que dispõem para o fazimento das normas legais infra-constitucionais. As *flexíveis*, ao contrário, são alteráveis pelo mesmo procedimento observado para essas normas legais.

Pois bem: quando se diz que a Constituição *jurídica* é *rígida*, como o é a brasileira, também, diz-se que as *alterações* dão-se *por modo formal*.

Importante que se distingam as *alterações formais* das *não-formais* por causa dos *limites* atribuídos a ambas e até daqueles existentes entre a *competência do órgão reformador* e a *potência da função constituinte*.

A doutrina nem sempre se preocupou em distinguir esses limites, até porque a *prática constitucional* descurou-se de regular, com precisão, a atividade *reformadora* (a de *emenda* e a de *revisão*) porque não era função de *exercício freqüente*. Nem todas as constituições regram-na. Por isso, não se vinha traçando, com nitidez, a linha divisória entre essa atividade, mera *competência* e aquela função que é uma *potência*. Nelson de Souza Sampaio<sup>29</sup> registra, contudo, que, desde meados do século XVIII, os germes dessa distinção foram anunciados por Vattel na sua obra “Le Droit des Gens” ao diferenciar o *poder de estabelecer as leis fundamentais do Estado* e o “*poder legislativo*” porque este, sendo *integrado por legisladores ordinários*, não poderia alterar a Constituição; a autoridade desses legisladores — dizia ele — não vai tão longe, é que as *leis fundamentais* são *sagradas* para eles, se a nação não lhes deu, de modo muito expresso, poder de mudá-las. A nação estabelece a lei fundamental e, em seguida, confia o “poder legislativo” a certas pessoas, excluindo-a dessa delegação.

Hoje, ao contrário, há preocupação nessa distinção que está firmada pela doutrina e práticas constitucionais, em bases sólidas, conforme aqui se vem descrevendo, tanto que as Constituições *jurídicas*, modernamente, revelam *competência* outorgada pela *autoridade suprema (poder constituinte)* para órgão específico exercer a *atividade reformadora*. A fecunda obra de Nelson Sampaio, atualíssima sobre essa atividade, recorda, também, nessa linha da distinção, o pensamento de John Alexander Jameson, exposto em um livro de 1887, publicado em Chicago, “A Treatise on Constitutional Conventions”, segundo o qual o desrespeito a essa separação configura a *usurpação, pela atividade reformadora, da função constituinte*. Tal ocorre quando uma convenção constitucional é convocada para um modo específico previsto na Constituição *jurídica*, atreve-se a ultrapassar a *esses limites* impostos pelo seu mandato, pelo costume, pelos princípios da prudência política e pratica atos próprios de uma *discriminação revolucionária*; então, cessa de ser uma convenção constitucional e se torna, sob o *aspecto jurídico*, uma convenção revolucionária. Toda ação usurpadora desse tipo gera *inconstitucionalidade* da norma produzida a ser declarada pelo órgão incumbido da *guarda da Constituição jurídica* dentro da baliza da Constituição (*essência*), isto é, dos *valores superiores*<sup>30</sup>.

(29) - cf. O poder de reforma constitucional, 2ª ed. atualizada, Bahia: Ed. da Imprensa Oficial, 1961, ps. 35 a 42.  
(30) - cf. Otto Bachof, ob. cit. e Nelson de Souza Sampaio, ob. cit., ps. 42 e 108 a 114.

A *guarda da Constituição jurídica* é um dos elementos de caracterização de sua *rigidez*, tanto quanto o é a distinção aludida, porque essa lei positiva um *núcleo irreformável* (seja pela forma da *emenda*, seja, da *revisão*) consistente na exclusão do âmbito dessa atividade de um certo número de valores inspirados pelas prerrogativas que alinam com a vida livre do indivíduo e que não podem ser alcançadas pelo poder formal reformador, sob pena de ofensa aos *princípios da segurança jurídica e da certeza do direito*. Vida livre é a atuação que surge do indivíduo mesmo, sem constrictão, mas, harmoniosamente concertada: é a síntese dos conceitos material e formal de liberdade definidos por Foss<sup>1</sup>. Esse núcleo irreformável, a doutrina festeja como o "*cerne imodificável*" (*Pontes de Miranda*), divulgado com o nome de *cláusulas pétreas*.

"O indivíduo tem prerrogativas que lhe são inerentes, portanto, integram o seu patrimônio vital. Elas são imunes a qualquer tipo de compulsão exógena essa é a sua *liberdade material* que conhece, apenas, as restrições que o concerto dos indivíduos admite numa *normação autônoma*: a norma que obriga o indivíduo é criada por ele mesmo (*liberdade formal*). Conseqüentemente, a vida livre é infensa a qualquer normação não consentida.

Ora, elaborada a *Constituição jurídica*, sob certas condições, não é possível a sua *alteração formal*, quanto a esse *núcleo*, nem mesmo pelo procedimento específico deferido para a sua reforma, vez que, de logo, fica preservado e qualquer exceção está deferida, somente, ao próprio indivíduo, no seu conjunto, ou pela forma de consulta (*plebiscito*) ou de homologação (*referendo*) ou de sua iniciativa, de que é exemplo, o "*recall*".

O objeto deste trabalho é a alteração formal da *Constituição jurídica*. Relembre-se que essa alteração especifica-se na *emenda* ou na *revisão* e que a Teoria da *Constituição* revela-as como *espécies da reforma* que, nas constituições rígidas, exige sempre processo especial, tendente a dificultá-la. Certo é que, hoje, se a tendência não é facilitar, a tentativa é nesse sentido, ameaçando o próprio "concelto" *Constituição*. E essa tentativa, até certo ponto, compreende-se face ao mimetismo e a multiplicidade das relações jurídicas no Estado de massas, em que até o contrato perdeu a tipicidade de um ato de vontade expressa com absoluta autonomia e ganhou espaços

(81) - cf. Por que democracia?. trad. de Heberto J. Vainango. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, ps. 104 e 108



como um dos atos jurídicos com os quais até a Administração atua; em que até a Constituição comporta, para boa parte do seu conteúdo, a adjetivação de "econômica" e de "financeira" para enquadrar a nova vida do Estado, a econômica, para além da tradicional vida política. Neste quadro, há de admitir-se norma constitucional de conteúdo diverso daquele que, classicamente, veiculava e, em consequência, há de se admitir a variação da Constituição jurídica.

Contudo, lembre-se, também, que tal circunstância não autoriza qualquer variação. Nessa perspectiva, são históricas as resistências conhecidas à reforma. Afinal, não se pode olvidar que a Argentina, entre 1811 e 1860 fez sete reformas constitucionais, mas somente começou a progredir e a enriquecer, quando abandonou essa idéia pueril de tentar regenerar-se por meio dessas reformas.

### **A soberania popular: o PLEBISCITO**

Indiscutível, pois, que sendo uma realidade a alteração, também o são os seus limites que as novas tendências do Direito Constitucional, surgidas após a II Guerra Mundial, buscam, para o Estado Democrático de Direito, na soberania popular e no direito internacional. Indubitavelmente, a Constituição jurídica, como qualquer outra manifestação do Direito, como estrutura social é legítima na medida em que garante as expectativas sociais contra contingência a que estas estão sujeitas. Por isso, põe-se a questão do destinatário da norma, da participação popular nas decisões do poder formal, do pluralismo, do direito de resistência, da desobediência civil; a ponto Luhmann<sup>22</sup> entender que uma estrutura jurídica é legítima na medida que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões. Essas expectativas sociais, certamente, não são, por exemplo, a restauração da escravização do homem com a extinção do assalariamento em troca do uso de sua força de trabalho; a da extinção dos direitos sociais; a da perpetuidade de uma pessoa no poder, restaurando práticas monárquicas que colocam o homem, na sociedade civil, como súdito.

Uma alteração que sinalizar para esses exemplos, ultrapassará os limites impostos pelas ditas expectativas e ofenderá a soberania do povo,

(32) - cf. Niklas Luhmann: Legitimação pelo procedimento, trad. de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980

não podendo, por isso, ser implementada com sucesso e ensejaria, conforme lição dos doutos, dentre os quais *Celso Ribeiro Bastos*<sup>33</sup>, a declaração de sua inconstitucionalidade perante os tribunais. Enfim, todas as constituições des-cansam sobre o princípio da *soberania popular*<sup>34</sup>.

Por isso, para *alterações*, na Constituição *jurídica*, que contrariem o Estado Democrático de Direito, tal como instituído pelo *poder constituinte*, há que se ouvir o povo (titular desse *poder*), mediante *plebiscito* ou mediante *referendo*, nos termos do parágrafo único do art. 1º, combinado com o art. 14 da Constituição de 1988.

### ***O direito internacional***

Essas novas tendências do Direito Constitucional buscam esses *limites*, não só na soberania popular, mas, também, no *direito internacional*, enquanto *fonte de direito subjetivo*. Hoje não há mais *súditos*, nem mesmo quando monárquica é a forma de governo. Há cidadãos que são titulares de prerrogativas universalmente reconhecidas e asseguradas pelo comprometimento internacional de fazê-las realidades em qualquer parte. Em tais circunstâncias, até o *poder constituinte* tem, como *limite*, submissão ao direito internacional, quanto mais a *competência* do órgão de alteração... São os *limites heterônomos*.

### ***Classificação dos limites à alteração da Constituição jurídica***

Nessa ordem de idéias, pode-se sistematizar os limites, esquematicamente, no que toca à *reforma* (*emenda e revisão*), optando pelo esboço de *Horst Ehmke*, citado por *Nelson Sampaio* (*ob. cit.* p. 89):

#### ***1) Limites imanentes à Constituição jurídica:***

1. materiais
  - 1.1. – explícitos
  - 1.2. – implícitos
2. circunstanciais
3. temporais

(33) - cf. Curso de direito constitucional, 12ª ed. reform. De acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 35

(34) - cf. Georg Jellinek. Teoria general del Estado, trad. de Fernando de Los Rios. Buenos Aires, 1954, p. 396

II) *Limites transcendentés* à ordem constitucional positivada

1. objetivos da sociedade civil
2. os direitos e as garantias fundamentais do homem, preservados pelo direito internacional.

Lembre-se, por oportuno, que os *transcendentés* (dentre eles os direitos e as garantias fundamentais do homem preservados pelo direito internacional) são, também, impostos ao *poder constituinte*.

O exposto conduz a que o *poder constituinte*, ao elaborar a Constituição jurídica, formulou a norma da *reforma* (*emenda* e *revisão*) que é *norma de competência*, sintetizando nesses limites, ora identificados como *imanescentes*, as três condições próprias da competência encontradas nessas categorias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>35</sup> entende que as limitações materiais são as mais importantes de todas, porque vedam a *reforma* da Constituição relativamente a certos pontos considerados fundamentais; são explícitos quando o texto discrimina-os, fazendo-o, em regra "*numerus clausus*" por isso tem sido polemizada a existência de *limites imanescentes materiais implícitos*. A doutrina nacional<sup>36</sup>, a partir dos estudos de Nelson de Souza Sampaio, já citado, tem debatido o tema, com a declarada aceitação. Este trabalho que adota, integralmente, a conclusão do pranteado professor baiano, de saudosa memória, que arrola como fora do alcance da *competência reformadora*, estejam ou não normatizadas, as seguintes *matérias*:

- 1) os direitos fundamentais;
- 2) a titularidade do poder constituinte;
- 3) a titularidade da competência reformadora (*emenda* e *revisão*)
- 4) o processo da reforma (*emenda* e *revisão*)

Pois bem: a *matéria* inclui-se entre as listadas supra, seja porque alinha com a titularidade do *poder constituinte*, a titularidade da *competência reformadora* e o seu processo (*emenda* e *revisão*); seja porque atina com os *direitos fundamentais* ao ofender os *princípios* da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, porque a norma que surgiria da proposta de *emenda*

(35) - cf. Direito constitucional comparado, p. 171

(36) - cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit. ps. 144 e segs.; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional, ob. cit. ps. 59/60; Michel Temer, Elementos de direito constitucional, p. 39; Paulo Bonavies, Direito constitucional, ps. 175 e segs.; Celso Ribeiro Bastos ob. cit. (curso...) ps. 35/36

constitucional teria efeito retroativo, vez que seria aplicada a uma *situação jurídica perfeita* constituída, *anteriormente*, sob um outro *regime jurídico*.

Nestes termos, ainda que pudesse prevalecer *competência* para reformar a Constituição, nessa *matéria*, sem dúvida que a *eficácia* e a *aplicabilidade* da norma daí resultante terão de ser "*ex nunc*".

### **A pragmática normativa constitucional brasileira**

As alterações da Constituição *jurídica* brasileira, no tempo, realizaram-se, *formalmente*, como *emenda* e como *revisão*, conseqüentemente, também, entre nós é respeitada, juridicamente, a diferença entre os dois signos; esta afirmação pode ser demonstrada mediante as três relações que eles e o complexo deles propiciam: *semântica*, *sintática* e *pragmática*.

### **O conteúdo semântico dos signos "emenda" e "revisão" na pragmática normativa constitucional brasileira.**

Semanticamente, na pragmática normativa constitucional, distinguem-se, no Brasil, *emenda* e *revisão* tomando-se por base a importância dos dispositivos a serem alterados; a *extensão* da alteração e o procedimento a ser observado. Obviamente, reafirma Nelson Sampaio, "a *revisão* exigia, como é curial, requisitos mais rigorosos para sua proposta e aprovação do que a *emenda*", por isso, já a comissão constitucional da Assembléia Constituinte brasileira de 1823 "seguiu essa orientação, dispondo nos arts. 267 e segs. um processo muito mais lento e difícil para a reforma do que se considerava *constitucional*, no rigor do termo, ou no seu sentido material, isto é: tudo que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, direitos políticos e individuais". Assim, os dispositivos que veiculassem essa matéria somente poderiam ser alterados por "*assembléia de revista*", depois que três legislaturas consecutivas, pelo voto de dois terços de cada câmara, tivessem aprovado a proposta. Os demais dispositivos poderiam ser alterados pelas legislaturas ordinárias.

Em 1934, a Constituição *jurídica* brasileira foi promulgada consagrando, também, a distinção entre *emenda* e *revisão*, pela via dos *limites materiais*, pela via dos *procedimentos* a serem adotados. *Emenda* era a alteração que *não modificasse matérias* como: a estrutura do Estado, a organi-

zação ou a competência dos poderes da soberania e a própria norma, o art. 178, que prescrevia a distinção entre *emenda* e a *revisão*. Já a *revisão* ocorreria sempre que essa matéria, antes arrolada, tivesse de ser modificada no texto constitucional.

O *procedimento*, também, era distinto para cada qual: a *emenda* poderia ser implementada na mesma legislatura e incorporada, de logo, ao texto; a *revisão* seria *anexada* ao texto e elaborada em três discussões, por duas sessões legislativas, porém, na *legislatura* seguinte.

A *relação sintática* dos signos *emenda* e *revisão* nos textos constitucionais de direito positivo sempre denotou a distinção entre os dois, toda vez que o legislador constituinte deliberou em favor da existência das duas situações jurídicas. Gizem-se os exemplos de 1823/1824 e de 1934. Esse comportamento do legislador evidencia uma *relação pragmática*, ao utilizar os referidos signos para funções distintas de modo intencionalmente deliberado na *esteira da tradição constitucional*.

Em tais circunstâncias, dispensável era ao legislador constituinte de 1988 preocupar-se em declarar qual o conteúdo *semântico* do *signo* utilizado no art. 60 da *parte dogmática* a (*emenda*) e o do prescrito no art. 3º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (*revisão*), até porque as próprias *relações sintáticas* (um *signo* na *parte dogmática* e o outro no ATO) e *pragmática* (um objetivando preservar *cláusulas pétreas*, o outro permitir *modificações adaptativas*, após *consulta popular* sobre mudanças institucionais) já dispensam esse tipo de preocupação com a *semântica*.

O jurista não pode dispensar essas considerações da *teoria dos signos das linguagens*, porque, de outro modo, fica sem justificativa, no plano científico, para comportamentos que necessitam da obtenção do consenso dos governados pelo processo referido por Celso Lafer (ver. ob. cit. supra na nota de rodapé nº 4).

Inclua-se, entre as situações que poderiam comprometer uma justificativa se se ficasse carente dessas considerações lingüísticas, aquela que decorre da natureza do *poder constituinte* de 1988 em face de sua convocação por *emenda* à *Constituição jurídica* de 1967.

Com efeito, a Constituição *jurídica* de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69, disciplinava a *matéria* e o *procedimento* para a sua alteração excluindo, apenas, da *materialidade*, a *extinção* da *Federação* e da *República*. Conseqüentemente, tudo o mais poderia ser objeto de *alteração* e, assim o constituinte de 1988 estaria legitimado para as suas funções, apenas, formalmente. Contudo, certos fenômenos da vida contemporânea, por exemplo, a industrialização, a urbanização crescente, a necessidade da intervenção do Estado na vida privada para garantir o equilíbrio das relações sociais, têm favorecido (ainda que perigosamente, se for indiscriminada) a dissolução do formalismo jurídico e uma transformação rápida do individualismo jurídico para a socialização do Direito. Estas circunstâncias influem na interpretação das normas jurídicas, a ponto de excluí-las das regras usuais para admitir "procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais", por isso, em vez de perquirir-se se é duvidosa a legitimação formal do constituinte pela via da Emenda nº 26/85, que convocou a esse constituinte, melhor é afirmar, dentro da *concepção institucional do direito* que, no plano comportamental, o *poder constituinte* exercido por essa assembléia estava legitimado pelas aspirações sociais dissolutivas de qualquer formalismo jurídico, objetivando implantar o Estado de Direito. Isto quer demonstrar que os signos numa relação *pragmática*, podem servir ao rigor metodológico, porque utilizados, aí, com o conteúdo semântico conformado pelas condições sociais (*fato fundamental*), as quais pugnavam pela proscricção do *autoritarismo* implantado pelo regime inaugurado em 1964.

O exposto autoriza que se *conclua* afirmando que, sob o aspecto funcional (relação *pragmática*), o constituinte de 1988 decidiu adotar os dois signos (*emenda* e *revisão*), como ocorreu de outras vezes, para especificar situações diversas, atribuindo *limites* para ambas as *competências reformadoras*. Conclua-se outrossim, no sentido de que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito que é um modelo que não se compadece com a alteração do seu texto na linha esconsa do *autoritarismo* proscrito por ela e de que é exemplo a *perpetuidade de uma pessoa no poder*.

### **Extensão da reforma da Constituição jurídica de 1988**

A Constituição *jurídica* de 1988 consigna a extensão que pretendeu dar à sua *reforma*, retomando a distinção que a nossa *pragmática* constitucional faz entre *emenda* e *revisão*. Atua, assim, como o próprio veículo da

*ideologia constituinte superior superposta* que, em termos lógicos, é extra-sistêmica e a que este trabalho refere-se linhas atrás.

Esta distinção, a técnica constitucional faz, tanto pela *importância* dos dispositivos visados pela *reforma* (*emenda* os menos importantes, *revisão*, os mais), como, pela *extensão* (*emenda* abrange um campo menor; local. *Revisão*, um maior).

Já *Araújo Castro* invocava *W.F. Willoughby* para distinguir, sob o comando da Constituição *jurídica* brasileira de 1891, *revisão* e *emenda*, afirmando que se verifica a hipótese da *revisão* quando se reconstitui ou recompõe a Constituição no seu conjunto. Verifica-se a hipótese de *emenda*, quando a modificação versa somente sobre algum ou alguns pontos do texto constitucional, os quais não se incluem nos *elementos intangíveis*.

Há tempo, contudo, tanto se tem admitido a distinção como se tem resistido a operar qualquer das duas espécies de *reforma*. *Ruy Barbosa* enfrentou oposição tenaz, especialmente, porque na base estava a solução de questão social mediante a intervenção do Estado. *Castro Nunes* registra programas de reforma apresentados pelas diversas correntes nela interessadas, como precauções à tendência daquela época em que no nosso meio, para alguns, as lutas políticas nem sempre se travavam em torno de princípios. *Campos Sales*, *Rodrigues Alves* e tantas outras figuras da nossa História viam com irreprimível antipatia a *reforma* do texto constitucional. *Francisco Campos*, a propósito da *reforma constitucional de 1926*, enfrentou dificuldades em fazer-lhe a defesa.

A Constituição *jurídica* de 1988, ao retornar a distinção já consagrada nas de 1824 e 1934, deu-lhe os contornos bem nitidamente. Para a *emenda* fixou a abrangência ao excluir do seu alcance um extenso campo material implícita e explicitamente. Ex.: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os *direitos e garantias individuais*. A generalização do conteúdo semântico que os signos assumem na relação sintática como estão empregados no discurso do § 4º do arti. 60, amplia, em muito, a *intangibilidade* dos valores protegidos inseridos na matéria arrolada, porque impede as vias indiretas. "*Abolir a Federação*" é expressão de conteúdo mais preciso do que "*abolir a forma federativa*" expressão tal qual consta do texto; e é por isso que esta redação

tornece um conteúdo *semântico* mais amplo e, assim, impede as tais vias indiretas tendentes a extinguir a “*forma*” federativa. Para a *revisão* estabeleceu um *entlace lógico* entre a providência determinada pelo art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a competência regrada no art. 3º, de tal sorte que *limita* a modificação do conjunto a um aperfeiçoamento decorrente do *pronunciamento popular*.

### ***A reeleição. O pronunciamento popular***

A fase dessa *revisão* exauriu-se e, com ela, o tema da *reeleição*, também.

A *relevância* dessa matéria (*reeleição*) somente comporta decisão em nível de *revisão* porque, se adotada, não tem efeito, apenas, localizado, mas, sim permeia todo o *sistema de governo* que teria de ser adaptado. Para isso e por isso é que, o *poder constituinte* estabeleceu *competência revisora* específica a ser exercida com a *participação popular*.

Assim já ocorreu. Houve o *plebiscito*. O *pronunciamento popular* foi pela manutenção do sistema de governo presidencialista, nos termos plasmados pelo *poder constituinte*, inclusive quanto à *ineligibilidade* de quem está exercendo mandato, para, sucessivamente, exercer o mesmo; e a *competência de revisão* foi assim, *legitimamente*, exercida.

No particular da *reeleição*, o *poder constituinte* decidiu vedá-la; manteve-se, quando da *revisão*, também, a decisão do *poder constituinte*, vedando-a para o período subsequente, quando seria a oportunidade para a *reforma*, nesta extensão que, agora, *ilegitimamente*, pretende-se pela via proibida da *emenda*. A *competência revisional* exerceu-se, expressamente, inclusive, para reduzir o período de mandato de *cinco* para *quatro anos* (cf. a redação dada ao art. 82 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7.6.94).

Agora, para instituir-se essa matéria, pela via da *reforma*, considerando que ela se inclui entre aquelas dos *limites à competência* pela via da *emenda*, somente será possível com o *pronunciamento popular*, seja através do *plebiscito*, seja do *referendo*, tal como demonstrado, juridicamente, quando este trabalho refere-se à *soberania popular*.



Outrossim, acrescente-se que uma *reforma* da Constituição jurídica que, também, tenha como objeto direitos fundamentais adquiridos, somente tem eficácia e aplicabilidade para situações que se constituam, como realização da respectiva "*facti specie*" normativa, a partir da dita *reforma*, sob pena de ofensa aos *princípios* da *segurança jurídica* e da *certeza do direito* dos quais são corolários a *irretroatividade* e a *ultratividade* da norma jurídica, tal como se demonstrará adiante.

### *Natureza jurídica das atribuições do Congresso Nacional*

Verificados, como o foram, os *limites constitucionais* da *competência* do Congresso Nacional em matéria de *reforma* do texto da lei fundamental, verifique-se, doravante, a natureza jurídica de suas atribuições. As atribuições do Congresso Nacional não correspondem a *direito subjetivo público* dos seus membros. *Tem outra natureza jurídica*. Trata-se de uma técnica para fazer efetivo o exercício de um *direito subjetivo*, também, *público*, da titularidade do cidadão, porque outorgado pela Constituição. *Direito subjetivo* esse, que se assegura mediante o exercício de um *interesse legítimo*. Não é, pois um *direito* do sujeito que exerce o mandato (deputado e senador), este sujeito (deputado e senador), é, sim, aquele que exerce o *interesse legítimo*. Fundamentam-no os arts. 1º, 3º e 5º, especialmente, o seu § 2º, todos da Constituição.

Além desses *limites constitucionais de suas atribuições*, o Congresso Nacional, também, tem de conformar-se nos termos da *natureza jurídica* dessas *suas atribuições*, tal como ficará demonstrado a seguir.

O congressista é representante do titular desse *direito subjetivo público*, supra referido e, por isso atua no campo do *interesse legítimo*, para assegurar esse *direito subjetivo público* do cidadão.

A matéria conduz ao âmbito das *situações jurídicas subjetivas* que consistem nos *direitos subjetivos*, nos *interesses legítimos*, nos *poderes* e nos *deveres* que a ordem jurídica disciplina relativamente às ações humanas em uma sociedade.

Os italianos aprofundaram o tema, a partir da interpretação do art. 113 de sua Constituição, "*in verbis*":

*"Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.*

*Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinadas categorias de atos.*

*A lei determina quais os órgãos de jurisdição que podem anular os atos da administração pública nos casos e para os efeitos previstos pela própria lei."*

E, nesse aprofundamento, classificam as *situações jurídicas subjetivas* em duas espécies: a) – favoráveis e desfavoráveis e b) – ativas e inativas. As primeiras conforme favoreçam, ou não, o sujeito e as segundas conforme se concretizem num fazer ou numa necessária abstenção do fazer ou no dever de esperar que outro faça<sup>37</sup>.

Incluem-se entre as *favoráveis* os *interesses legítimos* que consiste, na lição de *Santi Romano*<sup>38</sup>, em prerrogativas diretamente protegidas por uma norma que os contempla de modo especial, sem contudo fazer depender, pelo menos prevalentemente, a sua tutela da vontade de seus sujeitos: são interesses que, mesmo sendo particulares, ligam-se aos gerais e são tutelados por reflexo pela própria tutela destes últimos. Conclui o ilustre juspublicista que, com expressão equívoca, alguns – têm sido designados como "*direitos reflexos*", em contraposição aos direitos subjetivos.

O exercício do mandato parlamentar em conformidade com a Constituição, assegurando os *direitos subjetivos públicos*, outorgados ao cidadão consiste, pois, em um *interesse legítimo*.

O exercício do mandato parlamentar nestes termos, garante, pois, um dos elementos constitutivos desse direito que se consubstancia nos princípios da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, na medida em que os parlamentares somente têm *legitimidade*, no exercício de sua *competência*,

(37) - cf. Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Direito constitucional. Instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz, 2ª edição de Ricardo Olliv. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, ps. 126 e seqs.

(38) - cf. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, ps. 152/3

enquanto atuarem nos *limites* caracterizadores desse *interesse legítimo*. Fora desses *limites*, vale a advertência de *Bielsa* já referida.

***Princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.  
Retroatividade e ultratividade de norma jurídica***

A partir da obra clássica de *Flávio Lopez de Oñate*, "La certeza del diritto", publicada em 1942, tem-se produzido uma substancial literatura sobre a *segurança* como pressuposto do direito.

Os totalitarismos exercidos na Europa e na América Latina e, por isso, inimigos da *segurança jurídica* foram os responsáveis por essa literatura que teoriza o princípio, com o propósito de neutralizar esses inimigos. Recentemente, 1992, em Florença, na Itália, reuniram-se vários juristas em congresso, apenas, para repassar o tema que, de tanta importância, teve a participação do presidente da República italiana<sup>32</sup>.

Os dois *princípios*, aliás, estão imbricados de tal sorte que há autores que os consideram único. Mas, *Antonio-Enrique Pérez Luno*<sup>33</sup> consegue, em feliz síntese, distingui-los. Assim, fala: a) – de uma segurança jurídica "*stricto sensu*" que se manifesta como uma exigência *objetiva* de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, através de suas normas e instituições e b) – de uma segurança jurídica de aspecto *subjetivo* que se apresenta como *certeza do direito*, quer dizer, como projeção nas situações pessoais de segurança objetiva. Neste segundo sentido, consiste no reflexo da segurança objetiva na conduta dos sujeitos de direito, destinatários das normas jurídicas os quais têm o direito de conhecê-las de antemão para que possam organizar a sua conduta *presente* e programar *expectativas* para a sua atuação jurídica futura, sob pautas razoáveis de previsibilidade.

O mais destacado *efeito* desses *princípios* é o da *proibida projeção do âmbito temporal da norma a fatos ou condutas anteriores à sua promulgação (retroatividade da norma)*.

Com *efeito*, essa matéria classifica-se em três categorias: *irretroatividade, retroatividade e ultratividade*.

---

(39) - cf. La certeza del diritto - un valore da ritrovare. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1993  
(40) - cf. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991. ps. 21/22

A *irretroatividade* é a regra no direito positivo moderno, inclusive no brasileiro: a norma nova não se aplica a fatos geradores concluídos no passado: art. 5º, XXXVI e art. 150, III, "a" da Constituição.

A *retroatividade* somente se aceita se for *benigna* para todos os destinatários da norma nova, exatamente, porque consiste na sua projeção sobre fatos ou condutas anteriores à sua promulgação.

A *ultratividade* consiste na aplicação residual da norma antiga, já revogada, às situações *pendentes*, quando elas forem concluídas, no passado, ou tenham sido iniciadas sob o domínio dessa norma antiga, mas, em qualquer hipótese, ou essa *pendência* ou os efeitos dessas situações projetem-se para o futuro.

*Portalis*, citado por *Pérez Luna*, (p. 91 da ob. cit.) afirmou em discurso na Câmara Legislativa da França revolucionária que onde se admita a retroatividade das leis, não somente deixará de existir a segurança, mas, também, a sua sombra.

*Benjamin Constant de Rebecque*, também, citado pelo referido autor na *supra* mencionada obra (p. 92), afirmou, em 1828:

"A retroatividade das leis é a maior agressão que a lei pode cometer, supõe romper o contrato social e destruir as condições em cuja virtude a sociedade pode exigir a obediência ao indivíduo, já que o priva das *garantias* que lhe asseguravam como compensação do sacrifício que implica obedecer. A retroatividade priva a lei de seu caráter jurídico; a lei que tem efeitos retroativos não é uma lei".

A Constituição *jurídica* brasileira de 1988 estabelece a proibição de a norma jurídica ter projeção sobre situações jurídicas ocorridas antes de sua vigência. Esse *princípio* que atina com outro por ela, também, estabelecido, o da *moralidade*, ainda quanto se exprima mediante o signo "lei", não há de excluir a própria lei matriz, porque o seu agasalho é a natureza jurídica de *garantia fundamental* (cf. art. 5º, XXXVI, XL, XLI), além de não se poder admitir a *contradição* que representaria a Constituição insculpir um *princípio* de tamanho alcance jurídico e se excluir dele permitindo a sua manipulação

pelo órgão *competente* para a sua *reforma* o qual, então e estranhamente, teria todos os limites, menos este (!)

Ademais, acresça-se, afinal, que sendo a proibição dessa projeção uma *garantia fundamental*, participa, expressamente, do *núcleo irreformável* (art. 60, § 4º, IV). É "*cláusula pétre*a":

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais"

Nestes termos, a proposta de emenda (PEC nº 01-A/95) que pretende suprimir a expressão "***vedada a reeleição para o período subsequente***" constante do art. 82, para o efeito, assim, de excluir a proibição de *reeleição*, se tivesse aplicação ao atual mandatário da Presidência da República, *projetaria para o passado a sua incidência*, abrangendo situação jurídica perfeita. E, aí, estaria impossibilitada de ser aplicada a esse mandatário, seja no sentido de que, *ilegitimamente, revisaria atos do poder constituinte e do órgão de competência revisional*; seja porque tendo, desta forma, a *natureza de função de revisão constitucional e não de emenda*, (como é a sua natureza efetiva) não encontra, como afirmado supra, *legitimidade*; seja porque ofenderia *garantia constitucional* disciplinadora da estrutura social e, por isso, legitimaria qualquer cidadão a buscar a proteção jurisdicional contra os efeitos dessa *emenda* de que resultaria *norma constitucional inconstitucional*<sup>41</sup>; seja porque o Congresso Nacional no exercício de *interesse legítimo* não pode ofender *direito subjetivo público*; seja porque não há qualquer *fato fundamental* que autorize a ruptura da ordem constitucional que plasma o atual sistema jurídico brasileiro, inclusive gerando o proibido efeito sobre situação jurídica perfeita, constituída antes, a que corresponde a investidura do atual mandatário ocorrida sob o regime jurídico da proibição de *reeleição*.

A *ultratividade* da norma pode ser invocada em situação similar, qual seja a da *reeleição* do presidente dos Estados Unidos da América.

Efetivamente, a Constituição norte-americana sempre permitiu *reeleição*. Contudo, tanto foi a *desconfiança* da sociedade, relativamente, a

(41) - cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 939-7-DF (DJU de 18.3.94), acolhendo a lição de Ciro Bachioli ao concluir pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93

essa situação que *Hamilton*<sup>42</sup> teve de justificá-la há mais de 200 anos, embora, concluísse que as vantagens da *reeleição* são, na melhor hipótese, especulativas e duvidosas.

À desconfiança aliou-se a inconstitucionalidade de modificar-se os princípios republicano e federativo, porque, embora *George Washington* e *Thomas Jefferson* adotassem a praxe de dois mandatos, no máximo, ao recusarem um terceiro, a prática demonstrou que seria possível ambicionar-se mais, tal como ocorreu com *Franklin Roosevelt*, fazendo valer a advertência de *Jefferson*, ao negar-se um terceiro mandato: "*se nenhum tipo de término dos serviços do primeiro mandatário for fixado pela Constituição ou suprido pela tradição, este cargo acabará vitalício e a história mostra com que facilidade isso degenera em hereditariedade*".

O exposto levou o Partido Republicano, ao ganhar maioria no Congresso, em 1946, a iniciar o processo de alteração da Constituição para instituir a proibição da *reeleição* da forma ampla constante do texto original e isto resultou na Emenda nº 22, com ressalva de que não se aplicaria a *Harry Truman* que sucedeu a *Franklin Roosevelt*, em 1945.

Apesar disto, o povo norte-americano tem recusado *reeleger* presidentes. Dos 42 presidentes norte-americanos, 16 tentaram obter um segundo mandato. 10 conseguiram e depois da Emenda 22 somente 4: *Dwight Eisenhower* (1956), *Richard Nixon* (1972), *Ronald Reagan* (1984) e *Clinton* (1996). Perderam: *Gerald Ford* (1976), *Jimmy Carter* (1980) e *George Bush* (1992).

Importante, sob o *aspecto jurídico*, é anotar que a Constituição dos Estados Unidos da América quando foi alterada para reduzir a duas vezes a permissão para o exercício do mandato presidencial estabeleceu a norma com efeito "*ex nunc*", a fim de que não irradiasse a sua projeção de âmbito temporal sobre situação já constituída antes dela: "*... esta emenda não se aplicará a qualquer pessoa no desempenho do cargo de Presidente na época em que esta emenda foi proposta pelo Congresso, e não poderá impedir qualquer pessoa, que seja Presidente, ou esteja desempenhando o cargo de Presidente, durante o período dentro do qual esta emenda entrar*

(42) - cf. Alexander Hamilton. O federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, ps. 541 e segs

*em vigor. de ser Presidente ou agir como Presidente durante o resto do período*". Operou, assim, efeitos no campo da *ultratividade*, para respeitar os *princípios da segurança jurídica e da certeza do direito*.

## **A conclusão**

face a todo o exposto, é no sentido de que:

1º – não é possível reformar a Constituição de 1988, pela via da *emenda*, para abolir a *proibição de reeleição* instituída pelo poder *constituente* e *reiterada* pelo *órgão revisor*, isto porque a *abolição* resultaria em *norma constitucional inconstitucional*, na medida em que ofenderia o sistema jurídico, dada a sua característica de *mensagem* operando *efeitos patológicos* da *comunicação normativa*, ao *desconfirmar* o "eu" das fontes normativas citadas nas linhas supra (*poder constituinte e competência revisional*) e que são superiores à *competência de emenda*;

2º – em qualquer hipótese, a *abolição* jamais poderia favorecer o atual mandatário porque, neste caso, a nova norma se projetaria no tempo, de forma proibida, para reger investidura submetida a outro regime jurídico e que já se constitui em situação jurídica perfeita. A *reforma constitucional*, se houvesse, encontraria o atual mandatário sob os efeitos da *ultratividade* do art. 82 da Constituição, na sua redação primitiva, pois, os efeitos de situações jurídicas perfeitas são regidos pela ordem jurídica sob a qual elas se constituíram, ainda que revogada essa ordem, ela ressuscitaria, para esse fim.

Salvador, 25 de novembro de 1996