

CONSTITUIÇÃO

Sumário: 2.1. Constituição em sentido jurídico (racional normativo). 2.2. Constituição em sentido sociológico. 2.2.1. A resposta de Hesse. 2.3. Constituição em sentido político. 2.4. Constituição no sentido formal e ideologia garantista (constitucionalismo). 2.5. Constituição no sentido material. 2.6. Constituições quanto à reforma. 2.6.1. Constituições imutáveis. 2.6.2. Constituições fixas. 2.6.3. Constituições rígidas e flexíveis. 2.6.3.1. Explicação terminológica. 2.6.3.2. Confusão entre rigidez constitucional e estabilidade. 2.6.3.3. Constituições flexíveis e controle de constitucionalidade. 2.6.3.4. Regime jurídico da constituição e mutabilidade. 2.7. Permanência-mudança no direito constitucional. 2.8. Lei em sentido formal e lei em sentido material (Paul Laband). 2.9. Constituição e realidade constitucional. 2.9.1. Matéria constitucional e realidade constitucional: analogias e diferenças. 2.9.2. A mutação constitucional como efeito da não recepção formal de elementos da realidade constitucional. 2.9.3. Estática e dinâmica constitucionais.

Não há um significado único para a palavra “constituição”. Aliás, esta palavra, mesmo quando empregada em relação à organização ou modo de ser do Estado, acepção que nos interessa, admite variadas formulações e leituras. Certamente não é possível estabelecer um conceito de constituição que não seja polêmico. Apesar disso, para uma adequada investigação teórica da temática da mutação constitucional, parece-nos imprescindível o conhecimento preliminar de algumas distintas concepções sobre a constituição, que aqui serão abordadas de forma bastante sucinta.

Não é necessário, neste trabalho, abordar todos as noções e elaborações doutrinárias acerca da constituição. Possivelmente, ficarão de fora muitas formulações teóricas significativas para o direito constitucional. Reconhecendo que toda limitação tem um certo grau de arbitrariedade, porque sempre se está a correr o risco de excluir aspectos e/ou elementos para uns mais, para outros menos relevantes, cumpre-nos observar a exigência de toda pesquisa acadêmica no sentido de limitar o tema investigado, em busca de uma análise que traga resultados mais proveitosos. Neste sentido, serão descritas apenas algumas concepções e classificações que parecem, a nosso ver, mais diretamente ligadas ao tema da mutação constitucional. O conhecimento de diferentes maneiras de ver a constituição tornará mais claras algumas divergências terminológicas e de tratamento doutrinário em relação ao problema da mutação constitucional.

Neste capítulo, algumas linhas serão dedicadas à classificação das constituições segundo o regime jurídico de reforma (rigidez e flexibilidade), incorporada à teoria constitucional.

Parece-nos indispensável também cuidar dos sentidos formal e material da Constituição, bem como da relação entre Constituição e realidade constitucional, da tensão permanência-mudança no direito constitucional, estática e dinâmica constitucionais.

2.1

Constituição em sentido jurídico¹ (racional normativo)

Na concepção jurídica, a Constituição pode ser definida como uma superlei escrita, que tende a limitar o poder mediante sua divisão, para garantir uma esfera de autonomia de liberdade.² Esse conceito forma-se historicamente em finais do século XVIII, na esteira dos movimentos constitucionalistas. Tais movimentos, de cunho liberal, defendem um programa de organização estatal, no qual estejam assegurados conteúdos específicos – declaração de direitos individuais e estrutura equilibrada dos poderes do Estado. A Constituição aqui se apresenta essencialmente como norma jurídica, como lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica do país.³ “Este concepto responde al intento de someter el poder al Derecho, de reglamentar el poder en su estructura, ejercicio y en su extensión por el orden jurídico para limitarlo”.⁴

Segundo García-Pelayo, esse conceito, racional e normativo, “concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas”.⁵ Assim, a Constituição consiste basicamente numa escolha ordenada e coerente de

¹ Essa denominação é seguida por José Afonso da SILVA: *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 29-31.

² Luis Sanchez AGESTA, *Principios de Teoría Política*, p. 330-331.

³ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 29.

⁴ Luis Sanchez AGESTA, *Principios de Teoría Política*, p. 334.

⁵ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 34.

princípios fundamentais, baseados na razão, que asseguram ao indivíduo uma posição justa, ficando o poder organizado subordinado à Constituição.⁶

É característico do conceito racional apenas considerar como constituição aquela expressa juridicamente e de forma escrita, que estabelece uma ordem objetiva e permanente. Acredita-se que só o Direito escrito oferece garantias de racionalidade e segurança em face da arbitrariedade da administração. O costume aqui é associado à irracionalidade. É inerente ao conceito racional a distinção entre poder constituinte e poder constituído. Se a finalidade principal da constituição é assegurar os direitos individuais, parece necessário garantir que os poderes constituídos não possam modificar eles próprios o esquema constitucional, cabendo tão-somente ao poder constituinte decidir sobre a constituição.⁷

A concepção jurídica foi desenvolvida e refinada no pensamento de Kelsen. Ele concebe a constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. No primeiro sentido, a constituição significa norma fundamental hipotética. É bastante conhecida a concepção escalonada do ordenamento jurídico na teoria de Kelsen. Existe a necessidade teórica de uma Norma Fundamental (Grundnorm), hipotética, no topo da pirâmide jurídica, que assegure a unidade do sistema no seu movimento de criação. A função desta regra é precisamente instituir um primeiro órgão de criação do direito, e neste sentido forma a Constituição no significado teórico ou ideal da palavra, a que chamou “Constituição hipotética”. Ela funciona como fundamento lógico transcendental de validade da constituição jurídico-positiva. No segundo sentido, mais lato e material, dirá Kelsen, “a Constituição é um sistema de normas que regula a criação de outras normas. Num sentido mais restrito, só nela se compreendem as regras sobre a criação das normas jurídicas dos graus superiores, especialmente das leis. Neste sentido, a Constituição é somente, por assim dizer, a forma de criação do direito; é um simples quadro, que só adquire um conteúdo positivo por intermédio das leis, que vierem a ser elaboradas de acordo com as suas prescrições”.⁸ A Constituição “é o conjunto das normas que regulam a situação

⁶ Giuseppe de VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 136.

⁷ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 39-40.

⁸ Hans KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, p. 99-100.

dos órgãos superiores do Estado e as relações entre o poder público e os indivíduos que lhe estão submetidos”.⁹

José Afonso da Silva apresenta uma síntese da concepção kelseniana de constituição jurídico-positiva, que “equivale à norma suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais. Conceito que bem revela a preocupação normativa da teoria pura do Direito”.¹⁰ Erich Kaufmann¹¹ diz que o formalismo normológico de Kelsen consiste numa fuga à realidade, fuga para ver-se livre da acabrunhante e esmagadora variedade infinita que se acha contida na realidade. Em que pese o mérito de Kelsen, pensador que conseguiu elevar a ciência jurídica ao mais alto grau de rigor lógico, seu formalismo excessivo “não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica...”.¹²

2.2

Constituição em sentido sociológico

O conceito sociológico de constituição, segundo García-Pelayo, baseia-se nas seguintes afirmações: “a) la constitución es primordialmente una forma de ser, y no de deber ser; b) la constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX – y no solamente para Marx – se identifica con situaciones y relaciones económicas; c) la constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia ‘legalidad’, rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse el

⁹ Hans KELSEN, *Teoria Geral do Estado*, p. 101.

¹⁰ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 31.

¹¹ Erich KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 26. Apud Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 173-174.

¹² José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 31.

deber ser; d) en fin, si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la historia sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia”.¹³

A principal figura do século XIX a representar esta concepção sociológica da constituição é Ferdinand Lassalle. Na sua famosa conferência acerca da “Essência da Constituição” (em 16 de abril de 1862), Lassalle assinalou a diferença entre a Constituição real ou verdadeira, que é a Constituição na sua essência - a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação -, e a Constituição escrita ou formal - a folha de papel.¹⁴ A Constituição de um país é o reflexo das relações de poder nele dominantes: o poder militar (Forças Armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (banqueiros, grande indústria, grande capital) e, em menor medida, o poder intelectual (consciência coletiva e cultura geral). Todas essas forças ativas da sociedade são fragmentos do poder, dotados de capacidade decisória e influência suficientes para se projetarem das relações reais para a folha de papel - Constituição escrita. Os fatores reais do poder compõem o substrato fático da Constituição, das leis e das demais instituições da sociedade, que expressam, por conseguinte, a correlação de forças resultantes da combinação dos fatores reais de poder. Esses são os fatores que fazem a verdadeira Constituição (a essência), a Constituição real do país. O documento que chamamos de Constituição (a jurídica), nada mais é do que uma folha de papel. Lassalle exemplifica que a Constituição escrita e reverenciada não passa de um pedaço de papel, imaginando a hipótese de um incêndio que consumisse todas as Constituições e leis de um país, destruísse todos os arquivos do Estado, todas as bibliotecas públicas e particulares, de tal forma que não sobrasse sequer um exemplar das leis do país, o que traria a necessidade de fazer outra Constituição e outras leis para governá-lo.¹⁵ Lassalle indaga se, diante dessas circunstâncias, o legislador seria livre para criar novas leis, mudando a realidade a partir de um novo Direito. A resposta é negativa, pois a Constituição é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.¹⁶ A Constituição escrita será boa quando corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do

¹³ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 46-47.

¹⁴ Ferdinand LASSALLE, *A Essência da Constituição*, p. 37.

¹⁵ Ferdinand LASSALLE, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶ Ferdinand LASSALLE, *op. cit.*, p. 37.

poder que regem o país.¹⁷ De nada serve o que se escreve numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder.¹⁸

“Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito - instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.”¹⁹

Nesse antagonismo entre a Constituição escrita e a Constituição real, Lassalle dirá que a primeira sucumbirá necessariamente diante da realidade. Por isso, Hesse²⁰ afirma que a idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.

Para Lassalle, as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”.²¹

Há quem diga que essa concepção, defendida por Lassalle, acabou por deslocar a Constituição de sua posição de supremacia e inverteu as regras que o constitucionalismo clássico construiu. Ou seja, não é a Constituição que controla e institucionaliza o poder, submetendo-o às regras preestabelecidas, mas é o poder, através de seus fragmentos (fatores reais do poder), que determina a Constituição e faz as suas normas.²²

¹⁷ Ferdinand LASSALLE, op. cit., p. 59.

¹⁸ Ferdinand LASSALLE, op. cit., p. 64.

¹⁹ Ferdinand LASSALLE, op. cit., p. 37.

²⁰ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 11.

²¹ Ferdinand LASSALLE, op. cit., p. 67.

²² Raul Machado HORTA, *Permanência e mudança na Constituição, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1, p. 213.

2.2.1.

A resposta de Hesse

Konrad Hesse, sem negar a influência dos fatores reais de poder, rejeita, todavia, a concepção lassaliana. Sente-se incomodado com a idéia de que o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função - indigna de qualquer ciência - diz o autor, de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adotasse, em definitivo, a tese de que a Constituição real é o que importa, admitindo a Constituição real como decisiva, isso a descaracterizaria como ciência normativa, convertida para uma simples ciência do ser. Assim, não haveria como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.²³

Hesse²⁴ adverte que a separação radical entre norma e realidade, no plano constitucional, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) é um equívoco. Diz o professor alemão:

“Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro”.

Inocêncio Mártires Coelho,²⁵ baseado nos ensinamentos de Hesse, comenta que, se recusarmos à Constituição esse caráter deontológico e essa força normativa, reduzindo-a a um simples reflexo dos chamados fatores reais de poder, estaremos, conseqüentemente, retirando-lhe a dimensão reformadora que indiscutivelmente possui, enquanto instrumento de transformação social.

A idéia central é de que a Constituição real e a Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação, elas se condicionam mutuamente, mas não

²³ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 11.

²⁴ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 14.

²⁵ Inocêncio Mártires COELHO, Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição, *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, p. 54.

dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Portanto, Hesse impugna a concepção de Lassalle, pois este entendia haver uma subordinação completa da Constituição jurídica (folha de papel) à realidade fática. A norma constitucional, para Hesse, tem uma pretensão de eficácia (Geltungsanspruch), que obviamente está ligada às condições históricas (naturais, técnicas, econômicas e sociais) de sua realização, numa relação de interdependência. A pretensão de eficácia de uma norma constitucional, no entanto, não se confunde com as condições de sua realização, associa-se a essas condições como elemento autônomo. Em outras palavras, a pretensão de eficácia constitucional imprime ordem e conformação à realidade política e social.²⁶

A Constituição impõe uma ordem jurídica, baseada na razão, estabelecendo comandos que transformam a realidade, mas cuja eficácia está limitada pelas tendências dominantes do seu tempo.²⁷ Entretanto, a normatividade da Constituição se converterá em força ativa a partir do momento em que os principais responsáveis pelo seu cumprimento estejam com disposição e vontade orientadas para a concretização dos seus comandos:

“Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).”²⁸

²⁶ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 15.

²⁷ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 18.

²⁸ Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, p. 19.

Hesse condiciona o êxito de qualquer programa normativo à existência de uma vontade de Constituição.²⁹ Onde não houver essa vontade de Constituição, a sua normatividade jamais terá força de criar e manter a normalidade. Portanto, é preciso recuperar a crença no valor intrínseco da Constituição, mantendo-se fiel a suas normas, como condição para sua eficácia e realização.

2.3

Constituição em sentido político

Carl Schmitt classifica os sentidos da Constituição do Estado (unidade política de um povo) em quatro grupos: absoluto, relativo, positivo e ideal.

Constituição em sentido absoluto pode significar a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente. Neste sentido, a todo Estado corresponde uma certa unidade política e ordenação social, princípios de unidade e ordenação e uma instância decisória em casos críticos de conflitos de interesses ou de poderes. O Estado não tem uma Constituição segundo a qual se forma e funciona a vontade estatal, o Estado é Constituição, ou seja, uma situação presente de ser, um status de unidade e ordenação, sua vida concreta, sua alma e sua existência individual. É também forma de governo, forma especial de domínio, forma das formas, princípio do vir a ser dinâmico da unidade política, formação e ereção da unidade, força e energia subjacente e operante na base. Num sentido absoluto, a Constituição também pode significar uma regulação legal fundamental, um sistema de normas supremas e últimas, norma das normas, é algo normativo, dever ser.³⁰

Em sentido relativo, a Constituição é definida a partir de características externas e acessórias; portanto, formais. É a lei constitucional em particular. Uma pluralidade de leis constitucionais é igualada pela forma. Tudo o que está numa Constituição é igual, isto é, igualmente relativo. Todas as prescrições particulares são ao mesmo tempo fundamentais só por constarem formalmente da

²⁹ Inocêncio Mártires COELHO, op. cit., p. 59.

³⁰ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 29-36.

Constituição, e não porque sejam autênticas decisões fundamentais. Inclui-se nesse sentido relativo a Constituição formal, a escrita, a rígida.³¹

O sentido positivo de Constituição só é possível, segundo Carl Schmitt, a partir da distinção entre Constituição e Lei constitucional. “Não é admissível dissolver primeiro a Constituição numa pluralidade de leis constitucionais concretas e depois determinar a lei constitucional por algumas características externas ou acaso pelo procedimento de sua reforma”.³² A Constituição em sentido positivo surge mediante um ato do poder constituinte. Este ato constitui a forma e o modo da unidade política, cuja existência é anterior. Portanto, a unidade política não surge porque se tenha dado uma Constituição. A Constituição em sentido positivo contém apenas a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. Tal Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma e se dá a si mesma.³³

“La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución se establece por sí misma sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente”.³⁴

Toda lei, inclusive a lei constitucional, fundamenta-se na Constituição, mas sua validade depende, em última instância, de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. Carl Schmitt coloca o político acima do jurídico.

“Toda unidad política existente tiene su valor y su ‘razón de existencia’, no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su

³¹ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 37-44.

³² Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 45.

³³ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 46.

³⁴ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 46.

existencia misma. Lo que existe como magnitud política, es, jurídicamente considerado, digno de existir”.³⁵

O verdadeiro conceito de Constituição, para Carl Schmitt, é esse no sentido positivo. Na realidade, trata-se de um conceito decisionista de Constituição material. As leis constitucionais são expressões normativas que pressupõem uma decisão criadora. Em Schmitt, “é o poder político como vontade quem está formando o Direito. Frente à posição kelseniana, que tende a estabilizar uma ordem normativa vigente, este conceito schmittiano impulsiona a ação de um poder revolucionário que está acima do Direito”.³⁶ Schmitt acentua que só é possível distinguir Constituição e lei constitucional “porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica”.³⁷

Cabe mencionar que a distinção schmittiana entre Constituição e lei constitucional tem aplicação prática, especialmente em relação à mudança constitucional. Isto porque as leis constitucionais podem sofrer alterações e ser substituídas por outras, mas a Constituição, enquanto decisão fundamental da unidade política, não pode ser alterada. Da mesma forma, durante o estado de exceção a Constituição é intangível, ao passo que as leis constitucionais podem ser suspensas.³⁸

Em sentido ideal, a Constituição identifica-se com um determinado conteúdo político e social, em que se propõe, como ideal, um certo programa de organização estatal, a partir de um ponto de vista que se considera legítimo. Essa concepção é muito comum em momentos de acirrada disputa política, adotando-se apenas um determinado modelo de constituição como autêntico.³⁹

³⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 46.

³⁶ Luis Sánchez AGESTA, *Principios de Teoría Política*, p. 336.

³⁷ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 47.

³⁸ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 49-50.

³⁹ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 58-62.

2.4

Constituição no sentido formal e ideologia garantista (constitucionalismo)

A constituição formal ou escrita está originariamente ligada à ideologia liberal, defendida nas revoluções burguesas deflagradas na América do Norte e na Europa, entre finais do século XVIII e a metade do século XIX. A constituição foi concebida como uma Carta solene, com um conteúdo específico, que visava garantir os valores da burguesia.

Denomina-se constitucionalismo o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir de meados do século XVII se dedicaram a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia.⁴⁰

Lembra-nos Vergottini⁴¹ que o processo de elaboração de muitos conceitos fundamentais para o constitucionalismo moderno se deu no século XVII, na Inglaterra, onde se discutiram conceitos e instituições como soberania popular, limitações constitucionais, separação de poderes, função do bicameralismo, além da tradicional posição das liberdades individuais em face do poder.

“La Idea de la forma escrita se consolido durante la Revolución francesa y se mantuvo cuando la Restauración preferirá abandonar el vocablo ‘Constitución’ evocador de la ideología revolucionaria, a favor del término Carta (Francia, 1814) o de Estatuto (España, 1834; Piamonte, 1848). Algo semejante ocurre cuando el documento escrito no tiene pretensiones de plenitud porque sólo regula algunas instituciones constitucionales (Leyes constitucionales francesas de 1875, Leyes fundamentales de Israel de 1958) o se considera, cuando se elaboró como solución constitucional transitoria (Ley fundamental de Bonn de 1949 a la espera de la reunificación alemana, artículo 146)”.⁴²

O movimento constitucionalista defendia, pois, uma aceção ideal de constituição, pois baseada numa ideologia liberal, que se opunha ao absolutismo e tinha como bandeira de luta a limitação do poder monárquico e a adoção de uma constituição escrita. Os adeptos do constitucionalismo passaram a monopolizar a expressão constituição, que só seria adequada aos ordenamentos jurídicos que

⁴⁰ Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, p. 85.

⁴¹ *Derecho Constitucional Comparado*, p. 135.

⁴² Giuseppe de VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 135.

incorporassem o seu programa. Regime constitucional passou a ser sinônimo de governo baseado na divisão de poderes e no reconhecimento de uma esfera inviolável de liberdades individuais.⁴³ Os constituintes franceses de 1789 inseriram esse conceito de Constituição ideal na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“Art. 16. Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.⁴⁴

A separação de poderes pode ser vista, neste contexto, como um princípio necessário para prevenir a opressão; pois, “le pouvoir arrête le pouvoir”.

Mas esse conceito liberal-democrático de constituição tendia a ser absoluto na medida em que eventuais ordenamentos que se deram Constituições com inspirações e conteúdos diversos foram considerados “não constitucionais”.⁴⁵ Portanto, existem cartas políticas que não apresentam tais elementos ou características, ou seja, não há nelas divisão de poderes nem declaração de direitos.⁴⁶ Tal constatação pode ser feita ainda que nos limitemos a analisar as constituições europeias do século XIX, período em que se difundiu fortemente o constitucionalismo.

Em suma, na perspectiva formal, a Constituição é definida por aspectos formais ou externos. Leva-se em consideração, assim, que as normas façam parte de um documento solene chamado Constituição e que tenham sido estabelecidas por um órgão competente para tanto, ao qual se dá o nome de poder constituinte. Com o fenômeno das Constituições escritas, o critério formal passou a prevalecer, facilitando sobretudo a tarefa de quem queira identificar as normas constitucionais de um dado ordenamento jurídico. Destarte, basta compulsar a Constituição do país para encontrar suas normas constitucionais.

⁴³ Nelson de Sousa SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 20-1.

⁴⁴ “*Déclaration des droits de l’homme, article XVI: Toute Société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.

⁴⁵ Giuseppe de VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 134.

⁴⁶ Luis Sanchez AGESTA (*Principios de Teoría Política*, p. 335) cita o exemplo da Constituição francesa de 1799, na qual não existe divisão de poderes nem declaração de direitos. O autor ressalta, ainda, que a Constituição inglesa é consuetudinária, e portanto também não exibe o caráter legal e escrito que compõe o conceito de constituição formal, assim como um grande número de constituições, como a espanhola de 1876, não possui nenhum dispositivo de salvaguarda de seu conteúdo em face do legislador ordinário.

A concepção de Constituição como garantia das liberdades fundamentais tinha sua razão de ser no modelo de Estado liberal, primeiro em sua versão oligárquico-censitária e, depois, na versão democrática. Contudo, outras ideologias foram ganhando terreno, até que o modelo liberal foi contestado e freqüentemente superado pelo surgimento do Estado dos soviets e do Estado autoritário fascista e, a seguir, por modelos ecléticos adotados pelos Estados de recente independência.⁴⁷

À falta de uma concepção uniforme de Constituição e diante da insuficiência já tantas vezes reconhecida do critério formal para a identificação dos seus princípios essenciais, surge para o jurista a necessidade de investigar além do texto, de pesquisar os elementos e instituições que compõem a matéria constitucional.

2.5

Constituição no sentido material

É necessário investigar os ordenamentos constitucionais positivos para conhecer o conteúdo de uma Constituição. Para isso, deve-se levar em conta não só a parte formalizada em um texto solene (Constituição formal), mas também a que compreende a chamada Constituição substancial. Constituição formal e Constituição substancial não estão necessariamente em contraste. Além do texto da Constituição formal, o conteúdo deve ser perquirido em outros textos escritos, bem como nos costumes constitucionais, no que se deduz de convenções constitucionais ou de modificações tácitas da Constituição (a chamada Constituição real ou vivente etc.).⁴⁸

Na perspectiva material ou substancial, entende-se que a Constituição compreende um determinado conteúdo que a define como tal, ou seja, abrange um conjunto de normas essencialmente constitucionais, indispensáveis para a organização do Estado: estrutura do Estado, organização de seus órgãos e os

⁴⁷ Giuseppe de VERGOTTINI, Constituição: In: BOBBIO, Norberto et alli. (org.), *Dicionário de Política*, vol. 1, p. 258.

⁴⁸ Giuseppe de VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, p. 132-133.

direitos fundamentais. Neste passo, é oportuno mencionar a clássica distinção de Carl Schmitt⁴⁹ entre Constituição e leis constitucionais. Para ele, Constituição propriamente dita só existe no sentido material (decisões políticas fundamentais: estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.), os demais dispositivos inseridos no documento que denominamos Constituição entram no conceito de leis constitucionais.

Na Inglaterra, por exemplo, não se conhece a Constituição no sentido formal, uma vez que lá as normas constitucionais não se distinguem das outras pela forma, pela origem nem pelo processo de reforma. Ali o estudioso do Direito Constitucional terá de defrontar-se com realidade mais complexa, pesquisar entre os costumes, precedentes e atos do Parlamento, a matéria que se conecte diretamente com as linhas mestras da estrutura do Estado britânico.⁵⁰ Isso explica a diferença no tratamento doutrinário do direito constitucional histórico: mais empírico na Inglaterra, mais teórico na Europa continental.⁵¹

Tendo em vista os dois aspectos pelos quais se vislumbra a Constituição, dependendo do critério adotado, teremos a Constituição material ou a Constituição formal. Daí dizer Paulo Bonavides⁵² que a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito tão-somente ao conteúdo das determinações mais importantes, para serem designadas rigorosamente como matéria constitucional. Por outro lado, a Constituição, em seu aspecto formal, confunde-se com a forma escrita, e passa a ser vista como o documento que enfeixa as normas superiores, independente do seu conteúdo. Vê-se, deste modo, que se buscou o aperfeiçoamento do conceito de Constituição formal, acrescentando-se outro elemento distintivo da mesma, qual seja, o da rigidez.

Enfim, a distinção entre normas substancialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais pode ser encontrada no mesmo sistema jurídico. Um exemplo clássico é a nossa Constituição do Império (1824):

“Art. 178 - É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e individuais dos

⁴⁹ *Teoría de la Constitución*, p. 45 e s.

⁵⁰ Nelson de Sousa SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 22-3.

⁵¹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 159.

⁵² Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 81.

cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

Conviviam dentro da mesma Constituição normas materialmente constitucionais e normas (apenas formalmente) constitucionais. Para alterar-se norma materialmente constitucional seguia-se um procedimento rígido, para os demais preceitos o sistema seria flexível. Esse regime eclético, que combina rigidez e flexibilidade, foi chamado de misto.⁵³

A doutrina da Constituição em sentido material realça o papel das forças políticas na fixação dos princípios organizativos e funcionais basilares para a vida de um ordenamento. Isto reforça uma idéia dinâmica de constituição, à medida que se desenvolve o jogo das forças políticas e sociais, vivas e atuantes dentro do ordenamento estatal. A doutrina da Constituição material demonstra, aliás,

“que o princípio normativo que origina e justifica um ordenamento, isto é, a Constituição por excelência, consiste na força normativa da vontade política, com aplicação realista do princípio de efetividade (princípio que, se bem que com perspectiva diversa, é também usado, em última instância, pela própria doutrina normativista, ao procurar encontrar, voltando atrás, uma justificação última para as normas gradualmente dispostas em um sistema). A Constituição material tem, portanto, condições de se apresentar como a real fonte de validade do sistema (e, conseqüentemente, também da Constituição formal), de lhe garantir a unidade como fundamento de avaliação interpretativa das normas existentes e de preencher suas lacunas, de permitir identificar os limites da continuidade e mudança do Estado, sendo ela o parâmetro de referência”.⁵⁴

2.6

Constituições quanto à reforma

Quanto ao processo de reforma, as Constituições podem ser classificadas em: imutáveis, fixas, rígidas e flexíveis.⁵⁵

⁵³ Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *A teoria das constituições rígidas*, p. 55.

⁵⁴ Giuseppe de VERGOTTINI, Constituição: In: BOBBIO, Norberto et alli. (org.), *Dicionário de Política*, vol. 1, p. 260.

⁵⁵ Adotamos, no caso, a classificação proposta por Nelson de Sousa Sampaio, em obra que, entre nós, tornou-se um clássico na temática da reforma constitucional: *O poder de reforma constitucional*, p. 47-70.

2.6.1

Constituições imutáveis

As Constituições imutáveis são aquelas que ostentam a pretensão de serem eternas, porque não podem ser revogadas nem reformadas legitimamente por nenhum poder. Conforme ensina Nelson de Sousa Sampaio:

“assentam sobre a crença de que só existe uma única manifestação da atividade constituinte. Esta ter-se-ia exaurido numa só expressão, ou atingido sua forma definitiva e imutável, de modo que não seria concebível, nem legítima, nenhuma recorrência do poder constituinte”.⁵⁶

O Código de Hamurabi talvez seja o exemplo mais interessante de normas inalteráveis, garantidas por sanções divinas e gravadas no seu código de pedra:

“Nos dias que hão de vir, e para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre meu obelisco. Ele não alterará o direito do Estado, por mim formulado, ou as leis do País, por mim promulgadas, nem danificará minhas esculturas”.⁵⁷

As constituições imutáveis estão associadas em geral com a vontade divina, de modo que sua alteração pode ensejar inclusive um severo castigo de ordem sobrenatural.

Algumas constituições, por falta de previsão a propósito de sua reformabilidade, acabaram gerando interpretações de que não seriam reformáveis (portanto, estariam na categoria das imutáveis). Outra interpretação possível, na ausência de um poder reformador, é que a constituição pode ser revisada tal qual a lei ordinária, o que a enquadraria na classe das flexíveis.

Esse tipo de Constituição foi por nós mencionado por simples interesse histórico; pois, com a secularização do direito, e firmado o princípio da soberania popular, é difícil imaginarmos que uma Constituição, surgida num momento

⁵⁶ Nelson de Sousa SAMPAIO, op. cit., p. 47.

⁵⁷ Nelson de Sousa SAMPAIO, op.cit., p. 48.

histórico determinado, possa querer lograr a intangibilidade eterna, afastando o direito das gerações futuras de se auto-regularem.

2.6.2

Constituições fixas

As Constituições fixas são aquelas que só podem ser modificadas por manifestação do poder constituinte originário.⁵⁸ Em geral, não apresentam a disciplina do processo revisor, como as primeiras constituições modernas. Os exemplos mais lembrados são as Constituições originais de alguns Estados norte-americanos e também a Constituição francesa do Ano VIII (1799), obra de Sieyès.⁵⁹ Essa espécie também só apresenta interesse histórico, pois, hoje em dia, as constituições prevêm um órgão especial de reforma, o que as caracteriza como rígidas.

2.6.3

Constituições rígidas e flexíveis

Parafraseando Oswaldo A. Bandeira de Mello,⁶⁰ as Constituições escritas, em um corpo único, nacionais e limitativas das competências, só apareceram, de forma duradoura, com o advento das idéias que, no século XVIII, influíram nas revoluções americana e francesa, espalhando-se depois, por imitação desses países, pelas Américas e Europa.

Deve-se a James Bryce a origem da clássica distinção entre constituições rígidas e flexíveis, classificação que se incorporou à Teoria da Constituição. Bryce fez um estudo comparativo,⁶¹ publicado em 1901, no qual acentuou a diferença fundamental entre as constituições antigas e as modernas. As sociedades

⁵⁸ Nelson de Sousa SAMPAIO, op. cit., p. 39.

⁵⁹ Nelson de Sousa SAMPAIO, op. cit., p. 55.

⁶⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 35.

⁶¹ BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

antigas adotaram constituições do tipo flexível, que se ligam à primeira forma de organização política de tais sociedades. Os Estados modernos possuem constituições do tipo rígido, onde as leis principais e fundamentais, denominadas Constituição, estão num patamar hierarquicamente superior às leis ordinárias ou comuns e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária.⁶²

Bryce encontrou os melhores exemplos de constituições flexíveis em sociedades de temperamento conservador, “... que respeitavam o antigo, estimavam os precedentes e gostavam de fazer as coisas à maneira como seus antepassados as fizeram”. São as nações de caráter conservador as que possuem, geralmente, as condições que possibilitam o nascimento e o desenvolvimento de uma Constituição flexível.⁶³ Constituem terreno propício às constituições flexíveis as comunidades rurais – “onde quase todos os homens são cidadãos e possuem meios econômicos suficientes e quase iguais, não existem os motivos habituais para levar a efeito mudanças políticas”⁶⁴ -; e as sociedades aristocráticas – devido ao nível educacional mais elevado de seus membros, o que é mister para manejar os precedentes e conhecer bem os costumes; mas também em virtude da liberdade que se permite aos altos funcionários, cujas ações não estão totalmente reguladas, os poderes são amplos e legalmente indefinidos, propiciando aos governantes atuar com bastante independência, impor sua vontade e levar a cabo seus desígnios, sem que se sintam constrangidos pelo temor de transgredir a lei.⁶⁵

A partir da laicização do direito e da consolidação da soberania popular, percebe-se uma evolução do pensamento político. Na antiguidade e no medievo, por influência de instituições religiosas na sociedade política, prevalecia a explicação mítica de que a ordem do Estado espelhava a vontade de Deus. Essa visão de mundo é abandonada na modernidade. As constituições rígidas aparecem num momento histórico de maior progresso da civilização, marcando uma etapa relativamente avançada de desenvolvimento político. Surgem no momento em que se faz a distinção das leis fundamentais do Estado.

A Constituição rígida implica maior dificuldade para sua modificação em relação às demais normas jurídicas. Essa rigidez emana do princípio da

⁶² James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 13.

⁶³ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 29.

⁶⁴ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 29.

⁶⁵ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 43-44.

supremacia da Constituição. O sempre lembrado Oswaldo A. Bandeira de Mello⁶⁶ resume muito bem as características desse sistema:

“Portanto, no sistema das Constituições rígidas, a Constituição é a autoridade mais alta, e derivante de um poder superior à legislatura, o qual é o único poder competente para alterá-la. O poder legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro destas normas. Além do governo, as Constituições rígidas limitam ainda o povo organizado politicamente, isto é, o corpo eleitoral, influenciado pelas agitações momentâneas.

(...)

Restringe a atividade dos representantes, não os autorizando a tocar nas disposições constitucionais e subordinando-os a elas. Restringe-se a si própria, exigindo, para as revisões das Constituições, formalidades especiais e maiorias tão amplas que impossibilitem exprimir situações efêmeras, sem assento nos princípios da moralidade nacional e nas conquistas sociais da humanidade”.

Além de a Constituição rígida ostentar a condição de documento superior e permanente, ela se impõe ao legislador que, necessariamente, tem de observá-la, porquanto os atos legislativos devem se conformar com ela.

A Constituição rígida é sempre escrita, mas nem toda constituição escrita é rígida. A Constituição flexível pode ser escrita, mas, de regra, sublinha Celso Bastos,⁶⁷ é costumeira.

A Constituição flexível, por seu turno, não exige forma especial de revisão, o que a coloca em pé de igualdade com as demais normas jurídicas. A seu respeito, Oswaldo A. Bandeira de Mello⁶⁸ subministra a lição que se transcreve:

“Assim, nenhuma distinção faz entre lei constitucional e lei ordinária, quer quanto à formação, quer quanto à validade das mesmas. Os órgãos para a legislação ordinária estabelecem, por idênticos processos, aquela que tem caráter constitucional. O parlamento pode tudo fazer, exceto transformar o homem em mulher, como diz o adágio popular, consagrando a frase jocosa de um jurista.”

Os estudos acerca do poder reformador terão ensejo no que toca às Constituições rígidas, pois são sempre escritas e obedecem a um procedimento

⁶⁶ Op. cit., p. 48.

⁶⁷ Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 29.

⁶⁸ Op. cit., p. 51-2.

especial para modificação, mais dificultoso se comparado ao procedimento simples de alteração das leis ordinárias.

2.6.3.1

Explicação terminológica

Bryce utiliza expressões “metafóricas”, como ele próprio assinala, para designar cada um dos tipos de constituição:

“... Las del primer tipo [flexíveis] pueden ser llamadas cambiantes, y estáticas las del segundo [rígidas]. Quiérese decir que las primeras, durante el curso de legislación ordinaria, cambian de modo constante e imperceptible, sin conocer el reposo, mientras que las del tipo más moderno permanecen fijas y estables en sus sitios. Pueden también describirse las primeras como fluidas, y las segundas, como sólidas o cristalizadas.

Cuando queremos cambiar⁶⁹ la composición de un líquido, lo vertemos en algún otro líquido o disolvemos un sólido en él y agitamos la mezcla. Pero si deseamos alterar la composición de un sólido, debemos primero disolverlo o fundirlo, y después, una vez que lo tengamos en estado líquido o gaseoso, tenemos que mezclar o extraer de él la otra sustancia, según el caso.

La analogía entre dos procesos y aquellos por los que una Constitución del tipo más antiguo y otra del más moderno cambian respectivamente, pueden justificar esos nombres.

Pero existe otra metáfora más sencilla que, aunque no perfecta, parece preferible. Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas. Por estos dos nombres las designaremos para los fines de nuestra investigación”.⁷⁰

⁶⁹ “Cambio mecánico, no necesariamente químico” assinala Bryce, em nota de pé de página (op. cit., p. 13 nota 3).

⁷⁰ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 13-14.

2.6.3.2

Confusão entre rigidez constitucional e estabilidade

É importante afastar a falsa impressão de que no sistema de Constituição flexível se alteram as normas constitucionais com maior frequência, pois a mera facilidade formal não garante a mudança.⁷¹ Há que se destacar a força das tradições e da cultura, além da solidez das instituições políticas. Na Inglaterra as normas constitucionais têm invejável longevidade. Segundo Bryce,⁷² é um mérito e uma marca distintiva das constituições flexíveis a sua elasticidade, que lhe permite adaptar-se a diferentes circunstâncias, sem que se rompa sua estrutura.⁷³ Em outras palavras: a constituição dobra mas não quebra. O valor da elasticidade residiria precisamente em proporcionar os meios necessários para evitar ou reduzir ao mínimo as revoluções.⁷⁴ No entanto, essa característica pode ser problemática, de modo que, em determinadas circunstâncias, “a elasticidade das constituições pode provocar uma crise e converter-se num perigo ao impelir o povo em direção à mudança fácil”.⁷⁵

Se por um lado essa adaptabilidade constitui uma vantagem das constituições flexíveis, por outro, a insegurança constitui um defeito. Em contrapartida, a estabilidade de que em tese gozam as constituições rígidas, é compensada pela desvantagem de sua menor capacidade para modificar-se em face de necessidades imperativas da situação econômica, social e política.⁷⁶

Nelson de Souza Sampaio⁷⁷ ressalta que a distinção entre constituições rígidas e flexíveis cinge-se ao campo jurídico, haja vista que, no plano sociológico ou da realidade, pode-se dar o fato de uma Constituição qualificada de flexível ser de mais difícil ou mais lenta reforma do que outra classificada, juridicamente, como rígida. Por conseguinte, não é pelo estudo das dificuldades jurídicas de sua alteração que se pode prever a estabilidade das Constituições. Daí Bryce ter

⁷¹ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 26 e s.

⁷² James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 31.

⁷³ A propósito dessa elasticidade, Bryce trabalha basicamente com exemplos históricos das Constituições de Roma e da Inglaterra, mostrando a capacidade de adaptação constitucional à realidade cambiante (op. cit., p. 32 e s.).

⁷⁴ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 36.

⁷⁵ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 39.

⁷⁶ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 99.

⁷⁷ Nelson de Sousa SAMPAIO, op. cit., p. 62.

afirmado que a estabilidade de qualquer Constituição depende menos de sua forma que das forças sociais e econômicas que lhe dão sustentáculo; e que a Constituição se mantém inalterável quando se apóia no equilíbrio destas forças e com ele esteja condizente.⁷⁸

2.6.3.3

Constituições flexíveis e controle de constitucionalidade

As leis integrantes de um ordenamento jurídico de constituição flexível também se sujeitam ao controle de constitucionalidade, o que nos faz relativizar o princípio da supremacia constitucional como fundante da rigidez constitucional. Se a flexibilidade constitucional não admite a distinção formal entre lei constitucional e lei ordinária, isto não implica a inexistência de diferença material entre ambas. Assinala Jorge Miranda:⁷⁹

“Perante uma Constituição flexível, não se posterga, nem é mais diluída a incidência material das suas normas sobre as leis, as quais lhes ficam logicamente subordinadas. Não obstante criadas e revogadas de qualquer forma e ser, porventura, comunicável o objecto, são inconfundíveis as funções. Há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e os actos jurídico-públicos; e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica (ou sob outro aspecto, o acto jurídico) superior; pode haver inconstitucionalidade em Constituição flexível.

Em última análise, a dicotomia rigidez-flexibilidade constitucional vale muito mais no plano histórico e comparativo do que no plano dogmático. Bryce e Dicey sugeriram-na, aliás, como melhor expressão de uma linha divisória nítida entre situações histórico-jurídicas específicas, como contribuição para um conhecimento mais realista dessas situações, das suas origens e das suas condições de subsistência. Por ela apercebemo-nos de que a Constituição, mesmo a Constituição em sentido formal do Estado do século XIX, não contém um quadro de soluções desenraizadas e é susceptível de assumir mais que uma representação”.

⁷⁸ James BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, p. 28.

⁷⁹ Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, p. 126.

2.6.3.4

Regime jurídico da constituição e mutabilidade

A diferença que se percebe entre os dois tipos de Constituição - rígidas e flexíveis - não autoriza a interpretação de que uma seria naturalmente imutável e a outra, mutável. Esta a lição de Biscaretti di Ruffia:

“... esa diferenciación no pretende contraponer a las Constituciones por naturaleza inmodificables (lo cual sería absurdo en un texto fundamental destinado a regular la vida de una sociedad humana en continuo progreso) otras eminentemente mudables, sino que lo que hace es distinguir aquellas Constituciones escritas, cuyo contenido puede cambiarse sólo con normas emanadas mediante procedimientos más complejos y solemnes de aquellas legislativas ordinarias (o sea, con leyes formales constitucionales), de otras, en las cuales el mismo resultado se puede conseguir con los procedimientos legislativos normales (es decir, con leyes formales ordinarias)”.⁸⁰

A mudança é fenômeno inevitável. A distinção de que tratamos, neste tópico, apenas significa que um tipo de Constituição (a rígida) prevê um procedimento especial de alteração, com limites próprios, e a Constituição flexível, para ser caracterizada como tal, é aquela alterada por procedimento legislativo normal ou comum.

2.7

Permanência-mudança no direito constitucional

A doutrina clássica de Constituição, concebida para consolidar um determinado modelo liberal-democrático, colocou ênfase no seu aspecto estático, não obstante a história constitucional tenha revelado, em todos os tempos, a importância dos fatores político-sociais na mudança, no falseamento, na substituição e na violação dos textos constitucionais.

Nos primórdios do constitucionalismo já se tinha consciência da impossibilidade e inconveniência de estabelecer-se Constituições eternas.

⁸⁰ Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, p. 272.

“Declaration des droits de l’homme adoptée para la Convention Nationale de 29 mai 1793 [corrigimos: no original estava 1973]. El Article premier 30 afirmó: Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération n’a pas le droit d’assujétir à ses lois les générations futures”.⁸¹

Segundo Verdú, o reconhecimento da tensão permanência-mudança é tardio na França, pois somente depois da Segunda Guerra Mundial se tem apontado o problema da mudança da realidade constitucional. Para Verdú, isso se deve à equivocada tese de que a realidade constitucional e seu correspondente direito (normas e instituições) se encontram contidos, expressa ou indiretamente, nos textos legais básicos, ignorando-se a incidência do costume e das forças políticas.⁸²

As mutações constitucionais podem ser mais efetivas e em determinadas circunstâncias mais freqüentes que as revisões formais.⁸³

“Las revisiones constitucionales formales enfrentan a las fuerzas políticas a veces de modo drástico y, en el fondo, desvalorizan el texto constitucional en la medida que cada corriente política organizada pretende apropiarse de él. Además, lo que desean es proteger, mediante la rigidez, determinados contenidos organizativos y socioeconómicos. Entonces resulta que aunque defiendan el cambio constitucional recorriendo el iter formalizado, lo hacen para una vez culminado petrificarlo: en definitiva, anteponen la permanencia al cambio e ignoran la perpetua dialéctica permanencia-cambio que caracteriza a toda Constitución vital que dura porque cambia y cambia para durar”.⁸⁴

As mutações constitucionais, à medida que respeitem a letra e o espírito da Constituição, integram-se ao texto constitucional, atualizando-o, silenciosamente e sem rupturas, de acordo com a mutável realidade política. Neste sentido, as mutações se adequam perfeitamente à natureza jurídico-política de toda Constituição política.⁸⁵

Em certo sentido, diz Verdú, “as mutações constitucionais introduzem doses flexíveis na Carta constitucional, em geral formalmente rígidas,

⁸¹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 138 nota 2.

⁸² Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 142.

⁸³ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 145.

⁸⁴ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 145.

⁸⁵ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 145.

convertendo-as em elásticas, como tem sucedido com a Constituição norteamericana”.⁸⁶

O formalismo constitucional normalmente levanta obstáculos ao caminho das mutações constitucionais, podendo provocar resultados violentos: golpes de Estado, revoluções com a conseqüente substituição da Carta fundamental.

2.8

Lei em sentido formal e lei em sentido material (Paul Laband)

Atribui-se a Paul Laband a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material, que, segundo Verdú, transportada para o campo do Direito Constitucional, originou a diferenciação entre Constituição em sentido formal e Constituição em sentido material. “A lei (Gesetz) pode diferenciar-se como fixação consciente de uma norma, como proposição jurídica objetiva ou como ato produzido formalmente segundo as regras estabelecidas pela Constituição”.⁸⁷ Com base em lição de Maurizio Fioravanti,⁸⁸ Verdú nos explica que, na doutrina alemã anterior, o direito constituía o antecedente lógico e histórico do Estado. Isso significa que o Estado só poderia ser pensado como expressão de uma ordem ético-jurídica objetiva. “A lei não era ato de vontade do Estado, senão concreção, em termos institucionais, dos valores históricos consolidados por toda a coletividade. Era seu simples revestimento formal. Em conseqüência, era inconcebível pensar que a lei tivesse um duplo sentido: formal e material”.⁸⁹

“Cuando madura la concepción del derecho como expresión de una voluntad dominadora, producto del Staatsgewalt, la distinción labandiana asume su plenitud: de la noción de ley en cuanto resultado de cierto camino histórico de la colectividad se separa, autónomamente, la noción de ley en cuanto acto autoritario del Estado-persona, emanado según los procedimientos previstos por la Constitución.

Es el elemento formal – continúa FIORAVANTI – el que siempre define a la Gesetz que constituye su osamenta fundamental, mientras su contenido se

⁸⁶ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 145.

⁸⁷ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 146.

⁸⁸ *Giuristi e Costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 306 e ss.

Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 146.

⁸⁹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 146-147.

convierte en algo accidental fruto de una postura variable del Estado frente a los problemas concretos de la colectividad.”⁹⁰

Verdú continua com Fioravanti:

“El componente jurídico de la vida asociada, fuente de sus certezas y de su estabilidad ya no lo suministra los genéricos valores éticos e histórico-políticos, sino la presencia, formalmente definida del Estado-persona. Lo ‘jurídico’ se identifica con el estado no tanto en su veste de intérprete de las fuerzas morales y sociales de la colectividad, cuanto en su dimensión de sujeto jurídicamente definible y calculable”.⁹¹

O formalismo labandiano, através da dicotomia lei em sentido formal - lei em sentido material, conduz ao imobilismo jurídico-político, ao statu quo.⁹² Para entender melhor o desenvolvimento do formalismo na Alemanha, a partir da diferenciação apresentada por Laband, parece útil ressaltar o contexto histórico que favoreceu o aspecto formal do direito. Quando ocorreu a unificação do império alemão, configurou-se um poder político central legiferante segundo a Constituição. “Una ley del Estado no está signada con el crisma de ‘juridicidad’ en cuanto refleja el ordenamiento prevalente en la colectividad sobre el objeto determinado de que se trata, los valores consolidados históricamente a propósito de aquel concreto problema, en definitiva, en cuanto un cierto contenido, sino sólo en la medida que fue emanada conforme a ciertos procedimientos previstos por la Constitución. Se expulsan de ésta todos los significados políticos que tiendan a dar una idea de la Constitución en cuanto reflejo de los principios base sobre los que se funda la vida de cierta colectividad para reducirla a un puro y simple complejo de procedimientos que regulan la actividad estatal”.⁹³

⁹⁰ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 147.

⁹¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 308. Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 147.

⁹² Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 147.

⁹³ FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e Costituzione politica nell’ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 348-349. Apud Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 147.

2.9

Constituição e realidade constitucional

Em todo o vasto campo da experiência jurídica, é no direito constitucional que se apresenta com maior clareza o contraste entre a força das leis e a força dos fatos. Os fatos podem confirmar a Constituição “no papel”. Mas não raro o papel e a realidade serão totalmente inconciliáveis. Nem sempre, todavia, será fácil se aperceber de que o texto normativo da Lei Maior não produziu os efeitos desejados pelo constituinte ou não se fez efetivo na realidade que pretendeu normatizar. García-Pelayo tem razão ao afirmar que talvez “... en ninguna esfera jurídica se manifieste tanto como en el Derecho constitucional la verdad de aquella proposición de Bierling de que el Derecho es un deber ser existente (seindes Sollen), y quizá también en ninguna esfera jurídica sea tan grande el abismo como es posible que lo sea en Derecho constitucional, entre la validez y la vigencia⁹⁴ del Derecho, pues en ninguno desempeña tan amplio papel el poder normativo de lo fáctico y de las decisiones extralegales (aunque no necesariamente antilegales)”.⁹⁵ É sem dúvida paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade.⁹⁶

Portanto, estamos convencidos de que é imprescindível o conhecimento da realidade constitucional para uma adequada compreensão, interpretação e aplicação da Constituição.⁹⁷

Felizmente, o Direito Constitucional parece ter evoluído o bastante para agregar elementos da realidade antes desprezados por uma visão excessivamente formalista. Por isso, afigura-se fundamental estudar a tensão Constituição-realidade constitucional, suas relações e influxos. Verdú sintetiza com muita propriedade a importância dessa questão:

⁹⁴ Para evitar confusões, é preciso atentar para a diferença de significados entre o termo “vigencia” dos autores de fala espanhola e a “vigência” na terminologia brasileira. No Brasil, o termo *vigência* é empregado no sentido de *validade técnico-formal*, enquanto que *vigencia* para os juristas de língua espanhola é sinônimo de eficácia. Cf.: Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, p. 105 nota 1.

⁹⁵ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 31.

⁹⁶ José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 16.

⁹⁷ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 73.

“- La dicotomía Constitución-realidad constitucional supone una provechosa renovación del estudio del derecho constitucional, en la medida que corrige las excesivas formalizaciones de la doctrina positivista, de suerte que capta la realidad y proceso políticos normativizados e institucionalizados por el derecho fundamental.

- En ese sentido, la dicotomía Constitución-realidad constitucional tiene alcance epistemológico y didáctico indudable porque el conocimiento científico del derecho constitucional es más completo y profundo, configura y distribuye mejor los problemas, por ejemplo, los elementos de la realidad constitucional (ideologías, partidos, sindicatos...) no son meros datos simplemente complementarios. Están imbricados en el mismo ordenamiento fundamental, sus normas e instituciones los contemplan, regulan y experimentan su influjo.

No cabe duda que su consideración y explicación clarifica el estudio y comprensión del derecho constitucional.

- La interpretación de las normas constitucionales y su concreción en cuanto realización de aquéllas está condicionada por la realidad constitucional.

- Igualmente, la organización y funcionamiento de los órganos e instituciones fundamentales, es incomprensible ignorando la presencia y acción de las fuerzas políticas.

- A mayor abundamiento, la dicotomía Constitución-realidad constitucional, explica, satisfactoriamente, el fenómeno de las mutaciones constitucionales (*Verfassungswandlungen*) en cuanto imposición, y/o modulación de la Constitución cuando el texto escrito fundamental no coincide o se ajusta mal a la realidad constitucional y entonces muda, o cambia de alcance, sin alterarse literalmente y sin afectar a su telos”⁹⁸

Verdú observa que a realidade constitucional não é independente do direito constitucional. Isto significa que ela “não é uma objetividade alheia à Constituição”. Se por muito tempo a realidade constitucional foi ignorada pela maioria, isto se deve, em grande parte, a interesses políticos e econômicos. Ao consolidar-se no poder, a burguesia procurou salvaguardar, por meio de normas e instituições jurídicas, seus interesses capitalistas. Não o fez, todavia, com explícita referência, mas encoberta por formas jurídicas com a finalidade de alcançar equilíbrio e estabilização (direitos e liberdades individuais, separação de poderes, igualdade formal perante a lei). Destarte,

“En la medida que la realidad constitucional contradictoria va influyendo e presionando (partidos, sindicatos, ideas y movimientos socialistas, corrientes de izquierda demoliberales), la burguesía acepta el cambio del Estado liberal de Derecho en Estado social de Derecho. Así se insertan, en las Constituciones, los

⁹⁸ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 74.

derechos económicosociales, los partidos, los sindicatos, la huelga y la planificación. Empero, la doctrina sea por apego a la tradición científica, sea por temor a la pérdida del perfil jurídico de la disciplina invadida por la Sociología y/o la Ciencia política y hasta por convencimiento ideológico, considera que conviene frenar el ascenso de la realidad constitucional al ámbito científico. De este modo mantiene la convicción ingenua pero interesada que impedirá su imposición en la política. El hecho es que ha tardado mucho en admitir la realidad constitucional”.⁹⁹

É um equívoco querer separar como coisas totalmente estanques, Constituição e realidade constitucional. Na verdade, “tanto a Constituição como a realidade constitucional são realidades jurídicas”. São “elementos jurídico-políticos intimamente interrelacionados seja nos momentos de estabilidade, seja em tempos de crise e enfrentamento entre ambos os membros da dicotomia”. Neste último caso, onde ocorre um contraste e uma tensão entre Constituição e realidade constitucional, esta tende a impor outro ordenamento fundamental. Quando essa mudança não acontece ou atrasa, a Constituição torna-se irreal,¹⁰⁰ ou semântica, na terminologia de Loewenstein.¹⁰¹

Segundo Verdú, todo ordenamento constitucional (no sentido tradicional de garantidor da liberdade) descansa numa realidade constitucional, que ele define nos seguintes termos:

“la realidad constitucional consiste en un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad. (...) consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola”.¹⁰²

Da definição acima, Verdú deduz as seguintes características da realidade constitucional: dinâmica, condicionante, potencializadora, moduladora do ordenamento constitucional.¹⁰³

⁹⁹ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 74-75.

¹⁰⁰ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 76.

¹⁰¹ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 218-222.

¹⁰² Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 78.

¹⁰³ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 78.

2.9.1

Matéria constitucional e realidade constitucional: analogias e diferenças

Com a finalidade de tornar ainda mais claro o perfil do que se entende por “realidade constitucional”, Verdú compara-a, didaticamente, com outra categoria incorporada à dogmática constitucional, a denominada “matéria constitucional”, oriunda da dicotomia Constituição formal/Constituição material. Esclarece o jurista espanhol que matéria constitucional é uma categoria doutrinária elaborada de acordo com o que se considera ser conteúdo imprescindível de uma certa ordem constitucional. A realidade constitucional é, por seu turno, uma categoria que advém da ciência política, e que foi incorporada ao direito constitucional. Assemelham-se essas duas figuras por serem elementos ou conteúdos em face das normas jurídicas que as envolvem, estando ambas relacionadas com aspectos ideológicos, institucionais, sócio-econômicos (forma e organização política, direitos individuais e sociais etc.). Diferenciam-se, por outro lado, pelo fato de que a matéria constitucional está contida em grande parte na faceta institucional e no texto da Constituição e das leis orgânicas ou complementares da Constituição; enquanto que a realidade constitucional seria algo mais complexo e abrangente, cujos elementos nem sempre são acolhidos pela Constituição formal, como sindicatos, grupos de pressão, movimentos sociais, ecologistas, igrejas etc.).¹⁰⁴

2.9.2

A mutação constitucional como efeito da não recepção formal de elementos da realidade constitucional

A resistência dos grupos políticos dominantes em admitir, formal e institucionalmente, elementos da realidade constitucional pode trazer, como consequência, a produção do fenômeno da mutação constitucional.

¹⁰⁴ Pablo Lucas VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. IV, p. 78-80.

Pedro de Vega chama a atenção para duas circunstâncias que não podem ser olvidadas no estudo da mutação constitucional. Em primeiro lugar, a dinamicidade imposta ao ordenamento constitucional pela realidade política e social, rendendo ensejo às transformações e modificações do mesmo, seja através da reforma, seja através da mutação, em ambos os casos como necessidade inexorável de adaptação da realidade jurídico-normativa à realidade histórica. Em segundo lugar, mutação e reforma são, num certo sentido, termos complementares e excludentes. À medida que um ordenamento se veja submetido a reformas contínuas, a mutação deixará de ter sentido. Ao revés, onde se tem receio de recorrer à reforma, proliferam inelutavelmente como substitutivos as mutações constitucionais.¹⁰⁵

2.9.3

Estática e dinâmica constitucionais

A idéia de permanência tem estado estreitamente ligada à idéia de constituição, desde o momento em que a estabilidade passou a considerar-se um atributo da Carta Política. Uma das formas históricas de assegurar a permanência da Constituição consistiu em considerá-la imutável ou, pelo menos, reforçada por especiais garantias de estabilidade.

“O jusnaturalismo¹⁰⁶ racionalista do século XVIII, em virtude de seus próprios supostos filosófico-políticos (imutabilidade e universalidade da razão, contrato social), teve de afirmar também a imutabilidade das normas constitucionais, exigindo, de modo geral, o consensus omnium, o consensus unanimotius nationis”.¹⁰⁷ (traduzimos)

Quando as premissas do conceito racionalista começam a ruir diante da experiência histórica, surge a idéia da superlegalité constitutionnelle, que

¹⁰⁵ Pedro de VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 180-181.

¹⁰⁶ Uma boa síntese do Jusnaturalismo ao longo da história e de suas variadas formulações pode encontrar-se em Guido FASSÒ: Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto et. al., *Diccionario de Política*, p. 655-660.

¹⁰⁷ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 129-130.

substituirá a tese da imutabilidade do conteúdo para assegurar a sua permanência como forma.¹⁰⁸

Tendo em vista que as constituições históricas (flexíveis) tem como nota característica seu caráter dinâmico, como mostrou Bryce, é no marco das constituições rígidas que ganha contornos especiais a questão da permanência do conteúdo normativo (estática). A estática constitucional deve ser compreendida num sentido relativo, conjugando-se a idéia de duração com a de mudança de acordo com os procedimentos previstos na Constituição. Com efeito, na prática as constituições não são alteradas apenas nos limites do processo formal de revisão, mas constantemente o são por caminhos variados, permanecendo inalterado o texto constitucional. García-Pelayo aponta duas características essenciais da constituição, que, a seu ver, explicariam esse fato:

“A) En primero lugar, en el hecho de que la constitución no sea una normatividad abstracta, sino la estructura normativa concreta de un Estado, es decir, de una individualidad histórica que existe en cuanto que perpetuamente se renueva, estructura normativa que forma parte integrante de la existencia del Estado y que emerge de esta existencia. Por consiguiente, la constitución ha de participar de ese devenir, que es esencial a la vida del Estado.

B) En segundo lugar, en una circunstancia fuertemente vinculada a este carácter individual de la constitución y que hemos destacado anteriormente, a saber: la relación condicionadora y condicionante de la constitución con las restantes estructuras del Estado y de la sociedad. Mas si estas estructuras sociales, económicas, políticas, jurídicas, etc., están sujetas a movilidad, es claro que esta movilidad ha de proyectarse también sobre la estructura constitucional”.¹⁰⁹

García-Pelayo chama a atenção para um aspecto primordial para o entendimento das mutações constitucionais, diz ele que “la esencia de una constitución no radica, sin más, en unas palabras, sino en el significado atribuido a las palabras del texto con relación a las situaciones concretas. Por eso, una constitución, escrita o no escrita, no es nunca una obra totalmente acabada, sino una apertura de posibilidades para que los hombres realicen su convivencia. De aquí que, sin variar los textos, se haya pasado de un constitucionalismo monárquico a un régimen parlamentario; de un predominio del legislativo al del

¹⁰⁸ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 130-131.

¹⁰⁹ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 132.

ejecutivo; de un Estado más próximo a la Confederación a un Estado más próximo al unitario...”.¹¹⁰

García-Pelayo menciona os possíveis caminhos por onde a constituição se converte em um processo dinâmico:

a) A língua viva. Toda norma é formulada por meio de palavras. As palavras de uma língua viva quase sempre têm seu conteúdo alterado ao longo do tempo, não sendo, portanto, uma forma com um conteúdo fixo. Os significados das palavras podem alterar-se, seu conteúdo pode aumentar ou reduzir. A vida de uma língua, diz García-Pelayo, “no se manifiesta solamente en la creación de nuevas palabras, sino también en la integración de nuevos pensamientos o en la sustracción de los antiguos a las palabras ya existentes”. Por isso, conclui com muita propriedade o citado jurista espanhol, “es erróneo el criterio de que la forma escrita daría a la constitución una estabilidad y precisión permanentes. Como han reconocido las Iglesias, sólo una lengua muerta (latín, griego, eslavo antiguo) sería el medio adecuado de expresión para normas con un contenido fijo e inmutable. Pero cuando la norma se expresa en lengua viva, sus prescripciones quedan sometidas a los cambios de significación de las palabras, que se convierten así en vía de penetración de nuevos pensamientos, ideas y conceptos, y de la transformación del sentido de la constitución con arreglo a ellos”.¹¹¹

b) A Constituição só pode regular os aspectos fundamentais da vida estatal. A Constituição não deve ter a pretensão de disciplinar de forma detalhada o conteúdo constitucional. Sempre existirão lacunas a serem preenchidas, não sendo possível prever de forma exaustiva todas as situações, todos os possíveis casos e todas as questões de competência que possam surgir. Os problemas que aparecem na vida política de um Estado nem sempre poderão ser solucionados pela reforma constitucional. Daí a necessidade de soluções que complementem a Constituição, sanando suas omissões, mas não raro apresentando uma mudança na mesma.¹¹²

c) Os preceitos constitucionais têm uma intenção determinada que correspondem à realidade do tempo de sua promulgação. Mas ditos preceitos

¹¹⁰ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 132.

¹¹¹ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 133.

¹¹² Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 134.

podem ser utilizados com intenção distinta quando variam as relações de poderes ou quando se apresentam novas finalidades para a ação política, e então a ordenação que produzem ao conectar-se com o resto dos preceitos constitucionais é distinta da estrutura anterior.¹¹³

d) A superlegalidade constitucional, isto é, a superioridade da Constituição formal sobre as leis ordinárias ou sobre os demais modos de produção normativa não significa que modificações sofridas nas instâncias inferiores do ordenamento não afetem a Constituição. O sentido da Constituição pode depender em grande medida de normas jurídicas criadas pelos métodos ordinários. A lei ordinária pode aparecer como complemento da constituição, não só com relação às leis de caráter adjetivo, mas também no caso de leis de caráter substantivo (ex: leis eleitorais). Segundo García-Pelayo, o caso mais patente de modificação da constituição formal por preceitos legislativos tem lugar com as chamadas “leis de defesa do Estado”. Na maioria dos casos, estas leis anulam praticamente as garantias individuais estabelecidas pela constituição.¹¹⁴

As concepções históricas e sociológicas da constituição acentuam o momento dinâmico da Constituição.

García-Pelayo indaga como é possível a unidade da constituição? O que é que em meio as mudanças nos permite reconhecê-la como um mesmo ser? Responde-nos o jurista: o fato de que seja a estrutura na qual se manifesta a unidade jurídico-política de um povo, de maneira que, com tal ou qual conteúdo a Constituição é sempre ordenação dessa unidade.

Nessas considerações de García-Pelayo acerca da dinâmica constitucional, percebemos uma clara influência do pensamento de Hermann Heller, mas sobretudo de Rudolf Smend.

No próximo capítulo, veremos que é principalmente na doutrina desses dois autores alemães que se acham os fundamentos da dinâmica constitucional, onde encontramos uma compreensão singular para o fenômeno da mutação constitucional.

¹¹³ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 134-135.

¹¹⁴ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 135.