

IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, PODER CONSTITUINTE E OS LIMITES MATERIAIS DE REVISÃO OU CLÁUSULAS PÉTREAS

Sergio Manuel Fialho Lourinho

Mestrando em Direito do Estado - UFPR

Especialista em Direito Ambiental - Universidade de Lisboa

Bacharel em Direito na área de Ciências Histórico-Jurídicas - Universidade de Lisboa

Pesquisador da CAPES

Professor de Direito – Famec

sfialho@hotmail.com

RESUMO

Partindo de uma definição de conceitos acerca daquilo que foi e é hoje o poder constituinte, abordamos os meios de defesa constitucionais previstos e de que forma estes interagem com um escopo comum de manutenção da identidade constitucional presente num Estado.

Palavras-chave: Poder Constituinte; Teorias da Soberania; Identidade Constitucional.

“Quando um Estado surge de novo ou é restaurado ou sofre uma transformação radical da sua estrutura, aparece dotado de uma Constituição material”¹

1 INTRODUÇÃO

Em oposição às Teorias Teológicas que na Idade Média sustentaram a legitimidade do Poder Divino e Absoluto dos Reis, surgem as novas concepções que vão dar origem à noção de Poder Constituinte. A partir do conceito *rousseauiano* de Soberania Popular, *Sieyès* traça os contornos daquela que permaneceu como doutrina dominante da matéria em questão (Teoria da Soberania Nacional). A metodologia retórica de *Peter Häberle* seguida por GOMES Canotilho² através da estipulação do catálogo de perguntas acerca do Poder Constituinte, afigura-se didaticamente correta para uma prévia abordagem à temática, fazemos seu uso para uma delimitação do que é hoje esse poder e suas vicissitudes. A Contraposição entre Poder Constituinte material e formal serve não apenas para definir o núcleo e corpo de uma Constituição, mas, fundamentalmente para assegurar os seus meios de

¹ In: MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional-Tomo II. 5ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 96.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 65.

defesa. A identidade constitucional encontra-se salvaguardada por estes mecanismos. Em notório conflito com a realidade jurídico-constitucional Portuguesa e Brasileira (ordens jurídicas estudadas para o efeito) encontra-se a temática do Ativismo Judiciário, por via da Constituição material, formal, limites materiais de revisão (cláusulas pétreas), matéria também ela intimamente relacionada com o Poder Constituinte (neste caso, o derivado).

2 O PODER CONSTITUINTE

2.1 TEORIAS DA SOBERANIA

Nas palavras do brilhante Professor Paulo Bonavides: “A teoria do poder constituinte teve para a concepção revolucionária a mesma força que a doutrina da soberania para a implantação das Realezas Absolutas”³.

Em *Sieyès* e o “*pouvoir constituant*” temos o marco histórico que nos oferece a teorização de um poder constituinte no qual a busílis da questão indica a sua separação dos poderes constituídos, a sua titularidade pertence ao povo, sendo exercida por representação. Radicando a essência no conceito de soberania popular de *Rousseau*, com as especificidades próprias da reação contra a Monarquia Absoluta, constituindo-se neste caso na sua gênese, de um poder desconstituente e reconstituente.⁴ Tem como elemento diferenciador a dissociação entre o órgão que exerce o poder constituinte e o órgão que exerce os demais poderes, devendo o primeiro dissolver-se de imediato depois de elaborada a constituição

Encontramos duas concepções de poder constituinte, a doutrina da soberania nacional e a doutrina da soberania popular. A primeira diz respeito à gênese de *Sieyès* e refere-se a um titular do poder conformado na nação; a doutrina da soberania popular radica numa concepção contratualista que remonta a *Rousseau*, *Locke* e *Hobbes*, nesta a legitimidade está baseada no consentimento dos governados.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004. p.142.

⁴ Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 73.

¹³⁸ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

2.2 O QUE É O PODER CONSTITUINTE?

Tomando como ponto de partida a Teoria Clássica de *Sieyès*, considerando um poder inicial, revestido de uma autenticidade autônoma que visa conformar um determinado Estado segundo uma idéia de direito genuinamente formulada por si, no qual o manto de não sujeição a qualquer outro poder é sua característica primordial, entendemos a especificidade própria de uma formulação que se encontra contraposta àquilo que esta pretende criar – o poder constituído, numa óptica similar ao criador no seu íntimo relacionamento com a criatura por si criada. Alcançamos o conceito de poder constituinte derivado, ou, com maior precisão terminológica – poder constituído. O primeiro diz respeito à gênese, à fundação original, é uno e único, após exercido como que se esgota, não podendo mais subsistir (ao menos dizendo respeito àquela idéia de direito e demais especificidades próprias advenientes da sua infungibilidade); o segundo, constituindo-se a partir do primeiro, permanecerá partilhando a genética que lhe proporciona um *plus* superior, no entanto com esse não se identifica pelo sentido da sua essência. O poder constituído atua dentro dos termos delimitados pelo poder constituinte, a este obedece e manifesta-se através dos mecanismos de revisão constitucional, pela sua natureza infra-constituinte está adstrito a limitações que funcionam numa lógica de garantia e defesa da constituição (da idéia de direito por esta conformada e vigente num dado Estado).

Acerca da natureza jurídica de ambos os poderes é por demais interessante o debate pelo cariz jurídico ou político do poder constituinte, já que sobre o constituído não sobressaem dúvidas acerca da sua juridicidade. Já a vertente política do surgimento do fenômeno constituinte, a faticidade típica pela qual se manifesta, sempre em oposição a uma ordem jurídica posta e pré-existente, revela sobretudo na doutrina positivista uma pretensão à negação da natureza jurídica do mesmo. Encontramos em contraposição na melhor doutrina portuguesa pelo Professor Castanheira Neves:

... o que impede já hoje e em geral que se confunda juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõe-se com forte maioria de razão perante a legalidade emergente do processo revolucionário⁵

⁵ CASTANHEIRA NEVES. A revolução e o direito, in *Digesta*, vol. 1º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995. p. 222. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Op. Cit.

A doutrina brasileira, pela *autoritas* do Professor Paulo Bonavides, explica a diferenciação que deve ser feita acerca da delimitação jurídica e política do poder constituinte, desta forma, o constitucionalista brasileiro ensina que importam tanto o aspecto fático do poder na esteira de *Carl Schmitt* ou *Donoso Cortes* que expurgam a carga axiológica do conceito, não relevando a sua juridicidade e colocando-o num plano eminentemente político, como o aspecto valorativo do mesmo que o fundamenta numa forma de legitimidade, aquela legitimidade que deu origem à concepção de poder constituinte por *Sieyès*.

Cumprindo ainda destacar dois conceitos que pela sua natureza se encontram interligados: o poder constituinte material que, precede o poder constituinte formal. O primeiro, forma e imprime uma idéia de direito, resulta numa auto-criação axiológica que carece do segundo para materializá-lo, objetivando-o. Duas realidades indissociáveis vivem em constante tensão, agindo numa concatenação ordenada. A idéia de direito necessita do formalismo para sua decretação, que por sua vez não vive sem a materialidade que lhe fornece o sustento axiovalorativo onde vai buscar a sua força normativa, nas palavras do Professor Jorge Miranda: “A idéia de direito precede a regra de direito, o valor comanda a norma”⁶.

2.3 TITULARIDADE DO PODER

Partindo da idade média e das teorias hierocráticas e anti-hierocráticas, encontramos a mediação tomista do *pactus subjectionis* na qual o poder provém de Deus para os Homens que, sabendo da sua incapacidade para assumi-lo, remetem-no ao Rei. O contratualismo virá posteriormente, no entanto, é óbvio o contributo de *S. Tomás de Aquino* para sua origem. Dentro das teorias apelidadas de democráticas, que colocam o Povo na titularidade, encontramos a da Soberania Nacional e Soberania Popular, constituindo a primeira um dos princípios fundamentais de organização dos poderes em França⁷, com a sua máxima de que a soberania pertence à Nação e dela emanam todos os poderes, a segunda vem estribada em *Rousseau* e o conceito de soberania popular, por fim temos uma teoria do Estado Nação que inverte a lógica da Soberania Nacional, não sendo o Povo constituinte do Estado, mas a este cabe e pertence o Povo, numa existência autônoma e personificante.

⁶ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 91.

⁷ Como tal, vem elencada no Artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas Constituições de França como é o exemplo da Constituição de 1791 nos artigos 1º e 2º do seu preâmbulo.

¹⁴⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

Numa abordagem da atual temática, para o Professor Gomes Canotilho: “O problema do titular do poder constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática...”⁸ refere-se claro está, ao Povo, como único efetivo titular do deste poder, podendo, naturalmente exercê-lo de modo indireto, por via de seus representantes, como, aliás, sucede na grande maioria das modernas democracias.

2.4 PROCEDIMENTO E FORMA DE EXERCÍCIO

O Professor Castelhana Javier Pérez Royo⁹ indica-nos as cinco fases típicas de um processo constituinte democrático, iniciando pela afirmação inequívoca de um novo princípio de legitimidade que vai surgir face a um poder que se ilegítima por via de circunstancialismos próprios e específicos, a existência de liberdade que possibilite que a titularidade deste novo poder seja exercida de modo democrático, a formação de uma assembléia constituinte, nos termos de uma lei eleitoral que garanta a isenção do processo de sufrágio para que a participação do titular do poder constituinte seja possibilitada, a constituição da referida assembléia nos termos expostos e a regularidade dos seus trabalhos guiada por princípios livres e democráticos, acompanhados de discussão pública e contraditório e por fim, a ratificação da constituição por via de referendo.

Nem todos os processos constituintes que constituíram as inúmeras constituições democráticas por esse mundo fora seguiram *strictu sensu* estes passos, na realidade, talvez nenhuma tenha seguido a par e passo todo este procedimentalismo, ele está elaborado doutrinariamente e indica-nos apenas uma teoria ideal a ser perfilhada.

Dentro do modelo seguido existem hipóteses que podem sofrer mutações mediante a escolha num momento ainda pré-constituinte. Essa decisão que antecede o efetivo poder é composta pela decisão política e escolhe o procedimento a adotar no decorrer da decisão em si constituinte.

O procedimento constituinte poderá ser:¹⁰

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 75.

⁹ ROYO, Javier Pérez. Curso de Derecho Constitucional. 9ª Ed., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2003. p. 124 e ss.

¹⁰ De referir também o procedimento constituinte monárquico, pelo qual o Rei outorga a Lei Fundamental aos seus súbditos após aceitar inserir-se num quadro institucional constitucionalista. Denominam-se constituições pactuadas pois resultam de um compromisso entre o monarca e a assembléia representativa (exemplo, a Constituição portuguesa de 1838), de ressaltar que existem outras formas de elaboração e aprovação do

A- **Representativo** – Tomado por representantes eleitos pelo povo, neste caso poderá assumir a forma de:

- a. **Assembléia Constituinte Soberana**- Composta pelos representantes do povo que elaboram e aprovam a Constituição, o papel do povo esgota-se na sua eleição¹¹.
- b. **Assembléia Constituinte não Soberana**- Nesta, os representantes apenas elaboram a Constituição, carecendo esta de referendo popular para sua ratificação.
- c. **Assembléia Constituinte e Convenções do Povo**- Diz respeito à prática seguida nos EUA aquando da aprovação da Constituição de 1787, neste modelo a ratificação por referendo é substituída pela ratificação em convenções.

B- **Direto** – Neste caso, temos a hipótese da aprovação da Constituição por via de referendo¹², o que distingue da Assembléia Constituinte não Soberana é que neste caso o procedimento tende a ser exercido sem mediação de representantes e o povo assume um papel mais ativo na elaboração e discussão do projeto, ao contrário do processo de Assembléia no qual o povo apenas ratifica um texto já formulado, fazendo lembrar os plebiscitos napoleônicos.¹³

Dois fenômenos típicos dão origem ao surgimento do poder constituinte, Revolução e Transição Constitucional.

Historicamente relacionada com a questão do direito de resistência contra o arbítrio e tirania dos governantes, sendo inclusivamente admitida pela doutrina canônica, vai sendo encarada como uma fonte legitimadora na medida em que visa substituir uma ordem, a qual já não se sustenta, por outra que floresce imbuída de uma nova força que lhe confere legitimação. É hoje reconhecidamente um fenômeno constituinte, fato gerador de direito, um direito que surge por oposição a um outro que já não se quer, e é desta forma suplantado por uma nova ordem que congrega novos vetores axiológicos que irrompem o meio social, econômico e político, trazendo uma nova idéia almejada pelo titular coletivo deste poder que agora é constituinte. O elemento fático da revolução consubstanciado na violência que

constitucionalismo monárquico, no entanto existe nele sempre a conjugação dos princípios monárquico e democrático.

¹¹ *Verbi gratia*, a Constituição da Republica Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988.

¹² A origem doutrinal do referendo constitucional remonta a Rousseau, que alegava que a soberania não era objeto de delegação e toda a lei que não fosse ratificada pelo povo não era lei.

¹³ Assumindo uma construção distinta sub-dividindo os tipos de atos constituintes em: 1. Atos constituintes unilaterais singulares; 2. Atos constituintes unilaterais plurais; 3. Atos constituintes bilaterais V. MIRANDA, Jorge. Op. Cit. p. 110 e segs.

¹⁴² Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

eventualmente pode ter lugar e que se opõe ao direito (constituído) que vigora na ordem jurídica, surge como *ultima ratio* e vem *de per se* carregado de legitimidade e é dessa forma que se suplanta o direito, através de um novo direito.

O processo revolucionário assenta numa oposição fática entre o velho constitucionalismo e o que a ele irá suceder, temos sempre um fenómeno sucessório que abrange a constituição material e formal. A transição constitucional, pelo contrário resulta de uma espécie de acordo, é uma realidade que se firma de forma dinâmica, vai sucedendo de forma contínua. O poder constituinte originário surge ainda com o direito constituído em vigor e a sua manifestação é feita de mútuo acordo. Uma das formas mais comuns deste ato constituinte dá-se aquando do exercício do poder constituinte derivado, por via do mecanismo da revisão constitucional, uma vez sendo excedidos os limites da mesma. Assim, verifica-se o surgimento espontâneo de um poder que excede o anterior e que não é mais do que o poder constituinte originário.

Ainda sobre a problemática do poder de criação constitucional, é interessante a teorização do esquema lógico de Alf Ross apud Edvaldo Brito¹⁴ acerca do poder constituinte *versus* poder constituído:

Uma regra de competência (A) constitui uma autoridade (B)

A1 é autoridade suprema do sistema

A1 constitui B2 e, conseqüentemente, constitui A2

A2 constitui B3 e, conseqüentemente, constitui A3

E assim sucessivamente, vão-se constituindo as autoridades, desta forma, A1, como autoridade suprema teve origem numa norma pressuposta e nela busca sua legitimidade tal como o poder constituinte que irrompe numa revolução. No plano da lógica, uma norma que busca a sua competência numa superior não se dota a si mesma das condições para a sua própria criação ou alteração, da mesma forma que o poder de reforma da constituição está adstrito ao poder que o conformou.¹⁵

2.5 LIMITES MATERIAIS

¹⁴ BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1993.

¹⁵ Este pensamento está próximo da formulação *Kelseana* da norma fundamental hipotética.

É consensual na doutrina, a existência e estabelecimento de limites ao poder constituinte originário material e formal.

Perfilhamos a orientação do eminente Professor Jorge Miranda que oferece uma concepção tripartida dos limites materiais:

1. **Limites transcendentos** – Provenientes de imperativos de direito natural e de valores éticos, impõem-se à própria vontade do Povo.

2. **Limites imanentes** – Dizem respeito à identidade do Estado e sua configuração obsta a que, por exemplo, um Estado soberano e no qual essa soberania se manifeste no ideário genético do mesmo, se anexe a um outro Estado e venha a perder a sua soberania. São limites atinentes ao poder constituinte formal no seu relacionamento com o poder constituinte material.

3. **Limites heterônomos** – Resultam da inserção do Estado numa comunidade internacional global (no mundo) e da existência de princípios de direito internacional que tendo carácter geral (*jus cogens*) ou especial (obrigações assumidas por tratados internacionais), também podem revestir a forma de uma heteronímia interna (limites recíprocos constantes de um Estado federado).

3 MEIOS DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição como lei superior, fundadora e que estatui o complexo axiológico e organizacional de um Estado, executada nos termos de um poder constituinte analisado que foi nos termos expostos, consagra-se como seu elemento fundamental. Nela residem as normas, os conceitos, as regras, os princípios que ordenam o direito consagrado para uma determinada Nação. Desta forma, por imperativos não só de segurança jurídica mas sobretudo de manutenção da identidade constitucional esta carece de meios de defesa que estão de per si regulados no próprio texto, muito embora não necessitassem de estar por fazerem parte do seu núcleo interno, a constituição material.

Encontramos na doutrina constitucionalista o elenco desses meios de defesa que discriminamos doravante:

1. **Defesa da identidade constitucional** – Caberá ao elenco dos limites materiais de revisão constitucional ou clausulas pétreas que constam do corpo da constituição formal, na Constituição da República Portuguesa no artigo 288º e na Constituição Federal Brasileira no

¹⁴⁴ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

Artigo 60º §4º, também os limites temporais, circunstanciais e demais matérias regulatórias do mecanismo de revisão constitucional (emenda constitucional) se encontram reguladas na Lei Fundamental Portuguesa e Brasileira, respectivamente nos artigos 284º e seguintes e no Artigo 60º.

2. **Defesa política da Constituição** – Por via da ação do poder legislativo pelo Parlamento (em Portugal) ou Congresso Nacional (no Brasil) e direito de petição.

3. **Defesa extraordinária da Constituição** – Estado de Exceção Constitucional: Estado de Sítio ou Estado de Emergência (em Portugal) constante no artigo 19º CRP e Estado de Defesa ou Estado de Sítio (no Brasil) constante nos artigos 136º e seguintes da CF.

4. **Repressão criminal dos atentados à Constituição** – Através do Direito Penal Político.

5. **Defesa da força normativa da Constituição** – Fiscalização da constitucionalidade (em Portugal) constante nos artigos 277º e seguintes CRP e Ação de inconstitucionalidade (no Brasil) prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, artigo 102º inciso I, alínea a) CF.

Também o **Princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania** se configura com caráter garantístico muito embora não seja considerado um meio típico de defesa da constituição, até pela sua já consagração através de outros meios de defesa no constitucionalismo Português e Brasileiro como limite material à revisão constitucional (emenda constitucional) através, respectivamente, do artigo 288º alínea j) CRP e Artigo 60º §4º inciso III CF.

4 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

A identidade constitucional surge com o processo constituinte, emanada da idéia de direito que se pretende para o Estado. Uma vez formada e no seio de uma Constituição rígida, esta é preposta a assim permanecer durante a sua vigência. Imperativos de segurança jurídica assim o exigem¹⁶. Rosenfeld avança o exemplo da França e dos EUA acerca das mutações que sofreram nas suas identidades constitucionais, se é certo que o constitucionalismo Norte Americano efetivamente surtiu diferenças qualitativas, nomeadamente no pós-guerra civil na

¹⁶ José Afonso da Silva, identifica a rigidez constitucional com um Princípio de supremacia da Constituição, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p.44.

aprovação da 13^a., 14^a. e 15^a. emendas à Constituição, já na França estamos perante o irromper de um novo constitucionalismo formal e material. A questão que se coloca é se face a essas alterações estruturais verificadas na Constituição Norte Americana, podemos assumir que estamos perante a mesma constituição material. Face ao exposto anteriormente, parecemos consubstanciar um exemplo típico de transição, no qual, no seio da constituição formal, surge uma nova idéia de direito que vêm despoletar o poder constituinte originário.

John Elster traz-nos o conceito de *bootstrapping operation*, que consiste basicamente numa intermediação entre pretensões atuais e futuras, sempre com um objetivo de não vinculação das gerações vindouras, de modo a que a identidade formada hoje possa ser acolhida amanhã, para tal, deve-se conformar numa flexibilidade que tem como reverso da medalha, para além de uma situação de insegurança jurídica, o fato de se formar uma identidade constitucional que poderá não representar nem a geração atual nem as vindouras. É certo que estamos perante um paradoxo, mas, mais do que um paradoxo da democracia como sustém John Elster, estamos perante um paradoxo intergeracional: “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores.”¹⁷

A questão da vinculação das gerações vindouras é mais do que um problema jurídico, um problema eminentemente político e filosófico¹⁸. Antes de mais é necessário enquadrar o surgimento do constitucionalismo em face de um absolutismo político onde a limitação do poder do soberano e os direitos dos súbditos careciam de afirmação. A afirmação do Princípio da Soberania Popular e Democracia trouxeram consigo o reflorescer de paradoxos¹⁹. Temos com o paradoxo da democracia na análise de Karl Popper a sua extensão ao paradoxo da soberania, do mesmo modo, a revisão da constituição encadeia-se no mesmo modelo lógico.

Uma idéia de direito não se modifica ao sabor do vento, a lei constitucional não se coaduna com a constante vaga legiferante que assola o direito administrativo, ou tributário, por outra via, também pela sua especificidade de magna carta necessita de ter uma densidade suficiente para abrigar toda uma carga axiológica que vai enformar todo um panorama não só jurídico, mas social, econômico cultural e político que representa o Estado. O fenômeno

¹⁷ ELSTER, John. Ulysses and the sirens, p.93. Apud, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Op., Cit., p.1431.

¹⁸ Hanna Harendt questiona se o preço a pagar pelo ato de fundação política é a liberdade, devendo permanecer esta um privilégio dos fundadores.

¹⁹ Remonta a Platão a crítica da democracia nos termos em que a vontade do povo pode originar a saída do modelo democrático. O Homem pode exercer a sua liberdade desafiando os princípios da mesma o que não é mais do que o paradoxo da democracia na versão da Antiguidade Clássica.

¹⁴⁶ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

constituinte não resultou rígido por mero acaso, mas por imperativos categóricos que assim o exigem.

Adrew Arato, citado por Rosenfeld, aborda a identidade constitucional dos países de leste, nos quais se deu, a nosso ver, também um fenômeno de transição constitucional, o autor pressagia o insucesso da democracia em virtude de um processo atípico e que resultou numa transição constitucional também ela atípica, onde não se consegue identificar uma identidade, apenas uma titularidade do poder e uma idéia de direito que não se identifica com o anterior, mas também não se postulou num desejado como tal.

5 ATIVISMO JUDICIÁRIO E LIMITES MATERIAIS DE REVISÃO

Por fim, obtemos o contributo de Aharon Barak, Dominique Rousseau e Carlos Nino, tendo em comum a defesa de algo que se encontra nos antípodas do constitucionalismo Português e Brasileiro, um aumento do protagonismo, das funções, das prerrogativas do juiz no seio do equilibrado e regular sistema de organização de poderes.

Para além de ser discutível o fato de por essa via se obter uma maior democraticidade, um maior respeito pelas minorias e uma real efetivação das diferenças que formam uma identidade constitucional, estamos perante uma metodologia que se coloca de forma adversa face à realidade dos nossos constitucionalismos.

O constitucionalismo encontra como seu mecanismo de defesa, conforme supracitado, a defesa da identidade constitucional, que se efetiva através do elenco de limites materiais de revisão ou cláusulas pétreas, e uma das matérias englobadas diz respeito justamente à separação de poderes:

Como ensina José Afonso da Silva acerca da cláusula pétrea que garante o Princípio da separação de poderes: "... atribuir a qualquer dos poderes atribuições que a constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de poderes." ²⁰

O princípio da separação de poderes²¹ é mais do que um princípio fundamental da ordem jus-constitucional Portuguesa e Brasileira. Da análise da origem do poder constituinte

²⁰ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 59.

²¹ Não obstante encontrarmos já em Aristóteles uma idéia de divisão de poderes, remonta a *Montesquieu* uma divisão tripartida dos poderes entre legislativo, executivo e judiciário. Na esteira de *Locke*, o autor advoga a teoria do poder limitado desde "*O ensaio sobre o Poder Civil*", distancia-se do seu "*mestre*" e, na monumental obra "*O espírito das leis*" perfaz a sua teorização que vem a fundamentar o moderno Estado democrático liberal até aos nossos tempos. A necessidade de enfraquecer o poder absoluto poderia ser

que conformou estes constitucionalismos, bem como das diversas doutrinas que remontam à gênese do pensamento sobre a temática, encontramos a regra pela qual o sistema que nos rege funciona.

A constituição como *Magna Carta* assume um papel preponderante que passa pelo ditar dessas mesmas regras. Os princípios constantes são vários, uns valerão mais do que outros, de acordo com a mesma estatuição encontramos meios de defesa da revisão do texto como algo de mais fundamental existente no seio do ordenamento e que, sem o qual, este perderia parte da sua essência. O respeito por este princípio que nos é tão caro e que dispõe que o equilíbrio do sistema está assente numa divisão entre a trilogia clássica dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Desta forma, a aceitarmos as orientações doutrinárias como as supra referidas, estaríamos a ir contra a lei das leis que nos rege respectivamente desde há trinta e três e vinte e um anos.

É na concepção de *Sieyès* que remonta toda a tradição jus-constitucional da Europa Continental e da grande maioria dos países Sul-Americanos, a mesma que se contrapõe ao modelo Norte-Americano e introduz a existência de limites materiais à revisão constitucional por imperativos de sua formulação a partir da oposição entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Os *founding fathers*, estribados nas teses *lockeanas*, desenvolveram um constitucionalismo assente numa soberania popular que veio a legitimar o modelo seguido. Trata-se de duas realidades distintas com base em formulações histórico-jurídicas também elas diferentes. Tentarmos aplicar doutrinas Norte-Americanas construídas no seio de um direito material que não é aquele pelo qual nos guiamos, obstará a que se obtenha o mesmo resultado, todavia, é um exercício acadêmico bastante interessante, a confrontação de modelos opostos na tentativa de adequação das possibilidades jurídicas que os mesmos permitem.

5.1 LIMITES MATERIAIS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

A doutrina assume três teorizações acerca dos limites materiais de revisão²² que vão desde a relevância absoluta até à sua irrelevância jurídica:

efetuada por transferência, como advogou mais tardiamente *Rousseau* ou por partilha na concepção de *Montesquieu*, desta forma, seguindo um modelo de transferência horizontal.

²² Interessante a perspectiva de Eduardo Correia Baptista, que fundamenta a questão dos limites materiais pelo Costume internacional. Parece seguir uma tese da irrelevância jurídica dos limites materiais mitigada pela força jurídica do direito costumeiro que será o único óbice ao poder constituinte originário e derivado, que o autor considera qualitativamente similares. Esta teorização vai buscar apoio ao fator político-estatal

¹⁴⁸ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

1. **Relevância absoluta dos limites materiais** – Os limites materiais são produto do poder constituinte manifestado aquando da feitura da Constituição pelo que, o poder constituído não se pode arrogar da sua supressão, porque alterá-los seria alterar a constituição material, ou seja, o despoletar de um novo processo constituinte.

2. **Irrelevância jurídica dos limites materiais** – Não existe juridicidade por não existir diferença qualitativa entre o poder constituinte e constituído, teoria da não vinculação das gerações vindouras. O problema apenas se coloca no plano político e não jurídico.²³

3. **Relevância relativa dos limites materiais** – Tese da dupla revisão, o procedimento seria o seguinte, numa primeira revisão alterar-se-ia a norma relativa ao limite material, desta forma, numa segunda revisão este já não constaria do catálogo pétreo, pelo que, poderia ser modificado.²⁴

A admitirmos a existência de limitações materiais, será necessário o elenco das mesmas. A doutrina perfilha três tipos de limitações: temporais, circunstanciais e por fim materiais que podem ser explícitas ou implícitas. As primeiras dizem respeito ao tempo que medeia entre as revisões constitucionais ordinárias, sendo no entanto possíveis revisões extraordinárias, nas quais a o quórum de aprovação necessário quer para a assembléia assumir esses poderes quer para a aprovação das mesmas será qualificado²⁵. As limitações circunstanciais constam da Constituição da República Portuguesa no seu artigo 289º e na Constituição Federal do Brasil no artigo 60º § 1º indicando a não possibilidade de emendar o texto constitucional na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (texto português refere que não pode ser praticado nenhum ato de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou estado de emergência). Por último, as limitações materiais que a doutrina subdivide em implícitas e explícitas²⁶, o texto constitucional estabelece o elenco formal²⁷ no entanto, alguma não careceria de estar por assim positivadas, pois

adveniente das vicissitudes da revisão constitucional da constituição da república portuguesa efetuada em 1989.

²³ Entre os defensores desta idéia, temos na doutrina portuguesa e, pode-se dizer também brasileira, tendo em consideração a sua extensa carreira como docente no Brasil, o Professor Marcello Caetano.

²⁴ Contra, V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op., Cit., p.1138

²⁵ *Verbi gratia* artigo 284º nº 1 da Constituição da República Portuguesa.

²⁶ Contra a categorização em limites implícitos e explícitos, V. MIRANDA, Jorge. Op. Cit., Pág. 225. O autor oferece também uma outra divisão de limites materiais entre limites transcendentais e imanentes do poder constituinte quanto à soberania, à forma do Estado e à legitimidade democrática e limites de revisão de primeiro grau e de segundo grau, V. MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 228 e ss.

²⁷ Limites materiais na Constituição da República Portuguesa, artigo 288º: “*As leis de revisão constitucional terão que respeitar: a) a independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) Os direitos dos*

encontram-se implícitas na idéia de direito constante na identidade constitucional pelo que, qualquer alteração das mesmas significaria o romper dessa essência caracterizadora da constituição.

A revisão constitucional não configura um meio dispiciendo no cerne do constitucionalismo, encontramos na melhor doutrina de Carl Schmitt o afirmar da sua relevância, bem como os seus contornos jurídicos:

La facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan solo la facultad de practicar, em las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la constitución; na la facultad de dar uma nueva constitución, no tampouco la reformar, ensanchar o substituir por outro el próprio fundamento de esta competência de revisión constitucional²⁸.

6 CONCLUSÃO

O objetivo central deste estudo é traçar as linhas gerais do processo pelo qual se forma uma constituição e enumerar seus mecanismos de controle, bem como verificar a aplicabilidade de doutrinas e teorias críticas estudadas. Conforme supra-referido no presente artigo, uma constituição espelha uma idéia de direito que se quer para um determinado Estado. A partir do momento em que o direito material e formal não corresponde àquilo que o seu titular postulou, verifica-se um fenômeno de transição constitucional, surge um novo poder constituinte que cria uma nova idéia de direito que por sua vez vai impulsionar a criação de uma nova Constituição.

As matérias tratadas e colocadas à prova face à realidade constitucional atual Portuguesa e Brasileira merecem a devida relevância no seio acadêmico e doutrinário, mas, mais do que isso, importa saber se teriam aplicabilidade prática, resposta a que, em nossa opinião, conforme verificamos não é positiva.

trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das comissões sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática; j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; m) A independência dos tribunais; n) A autonomia das autarquias locais; o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.” e na Constituição Federal do Brasil, artigo 60º § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.”

²⁸ SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitucion, Madrid, Alianza Editorial, 1982. p. 145.

¹⁵⁰ Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 137-152, jan./jun. 2011.

A nossa tradição jus-constitucional não se coaduna com determinadas teorizações que, inseridas dentro de um regime jurídico-político determinado, poderão efetivamente resultar numa boa abordagem aos problemas econômicos, sociais e políticos como também o Estado de Direito Democrático Constitucional que é a República Portuguesa e a República Brasileira possuem os seus mecanismos de resolução desses mesmos problemas.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2007.

BAPTISTA, Eduardo Correia. Os limites materiais e a revisão de 1989. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, Volume III**. Lisboa: Coimbra Editora, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição constituinte**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALBERG, Carre. **Teoria general del estado**. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional - tomo II**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Vital. **Constituição e revisão constitucional**. Lisboa: Editorial Caminho, 1980.

ROSENFELD, Michel. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994

ROYO, Javier Pérez. **Curso de derecho constitucional**. 9ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

VANOSSEI. Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional-i teoría constituyente**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975.