

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 135

julho/setembro – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Teoria da Constituição

Elementos político-jurídicos, mudança constitucional, constitucionalismo e desenvolvimento jurídico

IRIS ELIETE TEIXEIRA NEVES PINHO TAVARES

1. O conceito schmittiano de constituição – *la constitución como decisión conjunta sobre modo y forma de la unidad política*¹ – tem como fontes duas vertentes principais: a política e a jurídica. A filosofia geral e a do direito conferem a essas vertentes o suporte e a característica da vontade, sem a qual o Direito – ciência humana que é – não se sustém. Sem nos determos nos fundamentos filosóficos, partindo, com Jellinek, da dupla natureza do estado, pretendemos estudar, nesta abordagem:

1) a importância dos elementos políticos, conforme interferiram nas obras dos grandes pensadores, que se dedicaram ao estudo da estrutura e da organização do Estado – campo da Teoria Geral do Estado;

2) os elementos jurídicos que, valorando determinados aspectos e princípios da unidade política, por meio de processos e estruturas especiais (órgãos e processos legislativos), desenvolveram o constitucionalismo moderno, estruturando os regimes de governos atuais;

3) a inter-relação desses dois elementos, mudança constitucional no direito positivo em face da mutação político-social;

4) a evolução jurídica e o constitucionalismo.

2. A estrutura organizacional dos povos – que hoje assume a natureza jurídica de regra de Direito Constitucional, segundo a maneira pela qual se desenvolveu a partir do século XVIII – produziu-se por meio das manifestações sócio-políticas que se contituíram no substrato do qual se originou este ou aquele regime

Iris Eliete Teixeira Neves Pinho Tavares é doutora e mestra em Direito Constitucional, Professora Adjunta da Universidade Federal de Minas Gerais e Professora Adjunta da Universidade Federal de Ouro Preto.

¹ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1934.

político. Por regime político Aristóteles entende “a organização das magistraturas nas cidades, como se distribuem, qual é o elemento soberano e qual o fim da comunidade em cada caso”². Aristóteles analisou os regimes políticos de diversas cidades, em diferentes condições, apontando os fundamentos sócio-políticos da organização dos povos de então – o que é considerado, muitas vezes, como manifestação da aceitação de um direito natural, baseado nos usos e costumes, dando origem às leis.

Vicenzo Guelli³ lembra que dos estudos sobre o conceito de regime político surgiu, ainda que com uma grande variedade de oposições, uma concepção que parece ter atingido o âmago do problema. Viu-se que o “regime político” exprime, na Constituição de um Estado, a interferência entre a esfera política e aquela do Direito Público, ou melhor, o resultado de um processo pelo qual uma concepção política fundamental introduz-se na Constituição de um Estado. Conforme semelhante pensamento, regime político é a “realização de um ideal político fundamental nas instituições jurídicas constitucionais de um Estado”. Nessa base, Aristóteles concebe a cidade como sendo realidade e ideal.

A concepção política é o fruto do ambiente em que se desenvolve a vida de um Estado. Na introdução que faz à *Política*, Julian Marias⁴ afirma que

“todo libro es en hecho humano y concretamente histórico, que plantea un problema por qué y para qué se há escrito en determinada circunstancia, y el hecho que en este momento nos interesa es que Aristóteles, un hombre de Estagira... se dedica pacientemente, en la segunda mitad del siglo IV, a reunir constituciones, y, por otra parte, intenta componer un tratado cuyos materiales y redacciones porvisionales o incompletas son los ocho libros de la *Política*. Tenemos que preguntarnos, ante todo, por las circunstancias concretas, en la vida helénica, en la tradición intelectual y en la mente del propio autor, que hicieran posible y necesario para Aristóteles escribir la *Política*”.

² ARISTÓTELES. *Política*. Traducción por Julian Marias y Maria Araújo. p. 166. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1951.

³ GUELLI, Vicenzo. *O regime político*. Tradução Luiz Luisi. Coimbra : A. Amado, 1951.

⁴ op. cit., p. 5.

Se assim se deu com Aristóteles; os pensadores posteriores também tiveram como base os acontecimentos de seu tempo.

Gautier Vignal⁵, in *Machiavel*, justifica *O Príncipe* e as demais obras do florentino pelo estudo da situação da Itália no seu tempo, situando, no tempo e no espaço, a obra do mestre que

“n’aurait pas acquis une célébrité plus grande que certains autres écrivains de son temps, si, dans un jour de dépit, il n’avait eu l’idée, pour attirer à lui l’attention des médiocres Médicis, Julien de Nemours ou Laurent d’Urbain, de réunir dans un petit livre les dures maximes du gouvernement de son temps” (p. 10).

Foi preciso evocar o que se passou durante o período de perturbações na Península Itálica durante a sua vida: era o período mais crítico do Renascimento. Tudo era criação e movimento em que se assiste à formação dos grandes Estados modernos, ao estabelecimento de um novo equilíbrio europeu e às conseqüências em todos os domínios; a descoberta da América e da nova rota das Índias cuja repercussão econômico-política subverte a ordem mundial. Esse desenvolvimento dá origem a grandes mudanças na cultura e nas artes, com o advento da imprensa. Esse meio sócio-político-econômico-cultural foi o solo fecundo em que germinou o gênio que, ao reproduzi-lo, justificou a repercussão que alcançou como pensador político. *O Príncipe* não é uma análise da estrutura de um Estado, mas a de um ideal de governante: o homem forte, o homem de Estado.

Entre os clássicos da teoria da constituição com base na conjuntura sócio-política situa-se Bodin, cuja obra principal, *Os Seis Livros da República*, foi precedida de um ensaio – *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* – que desenvolve um processo de conhecimento facilitado da história para a abordagem do assunto principal⁶.

Bodin é considerado por Gala⁷ “um homem do seu tempo”. Sua enorme erudição, demonstrada em *Os Seis Livros da República* e seu

⁵ VIGNAL, Gautier. *Machiavel*. Paris : Payot, 1929.

⁶ Cfr. PRÉLOT, Marcel. *Histoire des idées politiques*. Paris : Dalloz, 1970.

⁷ GALA, Pedro Bravo. *Os Seis Livros da República*. ant. do pens. político. Inst. de Est. Pol. de Facultad de Derecho Central de Venezuela, v. 7. 1966.

conhecimento detalhado dos regimes de governo de sua época permitiram-lhe a tarefa de diagnosticar as necessidades de seu tempo, convulsionado por crises políticas, econômicas, sociais e religiosas. Mereceu destaque, particularmente, a crise da autoridade real, que fazia esforços para desativar as forças centrífugas do poder feudal. Consolidava-se na França a afirmação do caráter da monarquia francesa e do poder em torno do rei, apesar da indeterminação da unidade nacional. Desse contexto⁸ Bodin extrai a República – uma reação à crise que fizera naufragar a autoridade. Na busca da restauração do equilíbrio entre o direito e o poder (a lei é o instrumento de que o príncipe se vale para realizar a justiça), de que é dotado o soberano – e só o soberano – destaca ele esse poder excluyente dos demais cuja vontade de ação manifesta-se por meio de leis, e que se chama soberania.

É numa combinação de fatores – e não num único fator (religião, poder do soberano, vontade do soberano) que Charles Louis de Secondat, Barão de la Brède et de Montesquieu, procurou buscar o espírito das leis. Nas relações que se estabelecem entre as leis e os diversos aspectos da sociedade é que se forma o espírito geral dessa sociedade, o conjunto destes mesmos fatores⁹. “Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses”¹⁰. Da análise da Constituição da Inglaterra (cap. IV), Montesquieu extrai a idéia cuja divulgação o fez famoso – a da separação de poderes – a qual serve de base para o sistema de garantias de direitos, no jogo de *checks and balances* do constitucionalismo moderno. Os capítulos VII a X são dedicados ao estudo dos regimes grego e romano, nos quais o autor já encontra a divisão de poderes. Para Prélot¹¹ as duas fontes do espírito das leis foram o tradicio-

nalismo aristocrático, do qual ele tira uma parte de suas concepções e o constitucionalismo britânico, como discípulo direto de Locke.

Jean-Jacques Rousseau, já num período em que as idéias liberais estavam em pleno desenvolvimento, exprimiu com maestria, na sua teoria da vontade geral, a idéia de que a forma pela qual determinada sociedade organiza-se e orienta-se parte da própria vivência dessa sociedade. Cada um dos indivíduos – a idéia é liberal – único ente competente para se autogovernar, ao mesmo tempo *sujet* e *citoyen*, transforma a sua na vontade geral. A vontade é a única fonte legítima para legislar.

Apesar de todas as antinomias que se costumam apontar na teoria da vontade geral, como o faz, com agudeza, La Bigne de Villeneuve em *Traité Général de l'État*¹², nela se encontram condensados, num mesmo princípio, o fundamento político e o fundamento jurídico da Constituição de um Estado. Sem se aprofundar nos aspectos da estrutura do Estado, argumentando em favor de um “Estado ideal”, transportou Rousseau a soberania, pela qual se exprime a vontade legislativa, para o povo, elemento dinâmico e mutante, a quem as leis são dirigidas e de quem devem emanar. Rousseau é considerado o “divisor de águas”, que separa a concepção mais primitiva do Estado, na qual a vontade do príncipe prevalece, da concepção moderna, na qual prevalece a vontade do povo, fazendo passar definitivamente para o povo a capacidade de se autogovernar – a legitimação para o mando.

3. *Stricto sensu* poder-se-ia fazer referência a fundamentos jurídicos do Estado, quando se pretendesse designar o Estado democrático moderno, resultado da ação volitiva dos sujeitos, tal como o vimos nascer depois da teoria do pacto social. Mas a Teoria Geral do Estado demonstra que a associação humana para o fim de bem viver, à qual se referia Aristóteles, enquanto conjunto de indivíduos cujas vontades se subordinam à de outrem, existiu desde sempre e não se necessita voltar aqui ao brocardo *ubi societas, ibi jus*.

Visto que os filósofos do direito consideram como uma das fontes dele a tradição, talvez coubesse chamar de *tradicional* a fundamentação “jurídica” da teoria do poder na antigüi-

⁸ No prefácio, Bodin, oferecendo um conceito de “cidadania”, se autodetermina um “cidadão” e expõe que aquele era um momento em que o navio da república estava castigado pela tormenta e que se fazia necessário que os passageiros dessem uma ajuda; a forma pela qual ele, passageiro, poderia ajudar era fazendo o que sabia fazer, isto é, discorrer sobre o tema – e o fazia na língua francesa (e não em latim, como era hábito), para que seus compatriotas pudessem entender e participar.

⁹ TAVARES, Iris Eliete P. *Das funções do poder legislativo*. Dissertação (Doutorado) – UFMG, 1994.

¹⁰ MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris : Garnier Frères, 1922. Liv. 1, cap. 1.

¹¹ PRÉLOT, op. cit., p. 386.

¹² LA BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel de. *Traité Général de l'État*. Paris : Recueil Sirey 1929. p. 31.

dade teocrática. O caráter de norma, com seu aspecto de coerção, e, portanto, de sujeição da vontade de uns à vontade de outros, está presente. Aquele de quem a ordem emana, ou seja, o grupo dirigente, esforça-se por justificar a sua ação graças à ajuda de, pelo menos, algumas forças intelectuais e morais. Como ensina Gaetano Mosca¹³, estas forças visam frequentemente conquistar o poder, para realizar, na prática, o tipo de organização política que preconizam. “Quanto ao conjunto de doutrinas e de crenças que dão fundamento moral ao poder dos dirigentes, constitui o que muitos, em nossos dias, chamam, na Itália de “fórmula política” (p. 7). Para Mosca, a fundamentação moral, religiosa ou intelectual que embasa a estrutura do governo – que chamaríamos de “jurídico-tradicional” –, é uma fórmula política. Daí se infere a dificuldade de se lidar, no campo da Teoria do Estado, com conceitos exclusivamente jurídicos ou eminentemente metajurídicos. Os grandes nomes do direito já apontam as dificuldades semânticas com as quais se depara o cientista do direito, na conceituação objetiva de seus elementos. Fazemo-lo por questão de ordem metodológica. Na conjuntura de determinada sociedade, da valoração de princípios filosófico-políticos, emanarão, pelas vias formais, em Direito Constitucional, as normas jurídicas.

Nos primeiros agregados humanos, sem uma verdadeira organização política, a chefia assentava-se sobre pessoas cujas qualidades físicas de maior habilidade na caça ou destreza na guerra faziam-nas liderar. Era costume esse mesmo chefe distribuir a justiça, só, ou aconselhado pelo grupo de anciãos. O laço comum era o de sangue e o dever de obediência determinado pela força do chefe, mediador da divindade particular.

Nos impérios orientais e nas civilizações mesopotâmicas, do poder personalizado emanaram as determinações e a centralização administrativa¹⁴.

A antiguidade clássica greco-romana, como aparece nas abordagens de Heródoto¹⁵, discutiu as formas políticas de governo; mas ainda o elemento que justificava, para um grupo, a capa-

cidade de mando, e, portanto, de legiferar, era teocrático, a que se somava a força bélica. As próprias eleições ou escolhas de mandatários faziam-se sob as condições impostas pelos oráculos.

A época medieval, depois da profunda ruptura realizada pelo cristianismo no mundo teocrático e belicoso, ao somar ao sentido de força bruta a idéia de justiça, retoma, a partir de certo ponto, o direito natural como princípio jurídico.... “le point ou l’on admit qu’une loi morale s’imposait au Roi, qu’il n’était que le premier serviteur de cette loi morale et que sa fonction consiste à la faire régner”¹⁶. A idéia medieval é a de uma unidade natural, o universo, de origem divina.

“Nesse todo primário distingue-se um todo secundário, a Humanidade, que a Idade Média chama de Cristandade (p. 116). Impera a lei natural e ela fornece a base jurídica ao Estado, e o poder temporal passa pela Igreja.”

“Tous sont d’accord sur l’existence d’un Droit Naturel émanant d’un principe transcendant à toute puissance terrestre. La loi naturel est antérieure à l’État et c’est elle qui lui fournit sa base juridique” (p. 123).

Dessa concepção surge a Teoria do Direito Divino dos Reis, a qual fundamenta, juridicamente, o poder dos reis por determinação divina. “En resumen”, escreve Figs,¹⁷

“parece que la realeza siempre ha sido considerada como protegida por la autoridad divina; que, en todo tiempo, el Cristianismo se ha revelado como una influencia favorable a esa opinión; que la monarquía, en Inglaterra, que empezó por ser eletiva dentro de una sola familia, se convirtió, en el siglo XIV, en puramente hereditaria”...

Usualmente se taxa de “absurda”¹⁸ a teoria do direito divino dos reis. Mas outras teorias

¹⁶ LA BIGNE DE VILLENEUVE, op. cit., p. 111.

¹⁷ FIGGS, John Neville. *El Derecho Divino de los Reyes*. Mexico : Fondo de Cultura Economica, 1896. Edição espanhola, 1942.

¹⁸ Na Introdução ao Direito Divino dos Reis, Figs faz observações interessantes a respeito dessa teoria: “nunca ha habido una doctrina contra la que mejor se haja escrito que la del Derecho Divino de los Reyes... que la doctrina es absurda se juzga del punto de vista del pensamiento politico moderno, pero el punto de vista moderno no es el único, y el

¹³ MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas*. Tradução Marco Aurélio de M. Matos. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987.

¹⁴ Ibidem, p. 19.

¹⁵ HERÓDOTO. *História*. Tradução J. Brito Broca. Tecno-print.

da época também são absurdas. E são mais importantes as causas do predomínio da doutrina que as razões contra sua validade (p. 15).

Ainda é Figs quem afirma que o verdadeiro significado da Teoria do Direito Divino dos Reis como base jurídica do Estado significou a liberação das sociedades do jugo eclesiástico, foi uma arma anticlerical e uma fase transitória entre a política medieval e a moderna, tendo sido necessária para a reforma¹⁹.

O período histórico que se segue vê o nascimento da soberania do Estado, assim como o da base jurídica do Estado moderno

Bodin destacara da figura do soberano o poder, colocando-o, sob o nome de soberania, no Estado. A tônica passa a ser o deslocamento do poder de mando das mãos do soberano para outras mãos: com Locke, as do governo (Locke distingue entre comunidade política ou Estado e governo; enquanto aquela é uma entidade convencionalizada pelos homens que a todos abarca, é este o conjunto de órgãos que ele cria para sua administração e direção)²⁰; com Rousseau, às mãos do povo; com Siéyès, às da Nação. O fundamento jurídico da constituição de um Estado fica alterado. A preocupação é eminentemente jurídica: a legitimação dos detentores do poder (que, das mãos de um, passou para as mãos de muitos) para garantir a eficácia das leis que deles emana. Serão examinadas então as maneiras pelas quais esse poder se estrutura, se organiza e funciona – instala-se o constitucionalismo.

A evolução extremamente rápida da humanidade nos dois últimos séculos dá origem a sucessivas mudanças, que geram novas ideologias, as quais, por sua vez, embasam princípios jurídicos divergentes a orientarem as constituições modernas. O século XIX foi pródigo em pensadores, sobretudo alemães e franceses, que se dispuseram a estabelecer os principais fundamentos jurídicos da estrutura e do funcionamento do Estado. Apareceram as teorias francesa e alemã, que Duguit analisa²¹.

hecho de que la doctrina nos parezca asurda es lo menos interesante acerca de ella, excepto por cuanto a que nos induce a inquirir su verdadero sentido y valor.

¹⁹ Ibidem, p. 197.

²⁰ BURGOA, Ignacio. *El Estado*. Mexico : Porrua, 1970. p. 46.

²¹ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris : Fontemoing, 1928. P.556.

Alguns teóricos franceses acreditam ser o Estado a nação soberana personificada e organizada: os órgãos encarregados de exercer as funções do Estado são indivíduos ou grupos de indivíduos, que “querem” pelo Estado. Para estabelecer a relação entre a coletividade e o órgão que exerce a atividade em nome do Estado, desenvolvem a idéia da representação (com base no mandato civil). O ponto de partida é o reconhecimento da soberania, cujo titular é a nação. Para expressar a vontade soberana dos cidadãos, um grupo de indivíduos – que forma o corpo eleitoral –, por meio de eleições, designa os representantes da nação²².

A essa teoria opõem-se dois fortes argumentos: a teoria supõe duas pessoas, o mandante e o mandatário. Mas no momento em que a nação atribui o mandato, o mandatário ainda não existe: só passa a existir no momento em que é constituído pelo voto e, em conseqüência, o mandante atribui o mandato a si mesmo, porque só existe juridicamente uma vontade, a da pessoa do Estado. O segundo argumento tem ainda raízes em Rousseau: dizer que a soberania é representada, significa dizer que ela foi alienada – passa às mãos do representante. Durante os intervalos das eleições, a vontade da nação fica anulada e a vontade todo-poderosa é a do representante – o que constitui uma alienação inaceitável.

Os teóricos alemães, seguindo Gierke, e alguns franceses preferem aplicar ao Estado a teoria jurídica do órgão. Trata-se de uma construção jurídica, criada por Gierke para pessoas coletivas em geral e aplicada ao Estado por Jellinek. Em determinadas situações, as pessoas coletivas são, realmente, pessoas jurídicas, isto é, são capazes de expressar uma vontade; toda pessoa jurídica deve ter vontade – onde não há vontade, não há direito. Como a vontade real só existe no ser humano, o órgão é um indivíduo (ou grupo de indivíduos) que traduz a vontade da pessoa coletiva – é representante, mas não é mandatário. Implica na existência de uma única pessoa, agindo por seus órgãos.

Adepto dessa teoria, o próprio Duguit aponta-lhe as objeções: os órgãos diretos são criados diretamente pela organização do próprio Estado. Eles são o Estado, que não existe a não ser por eles, mas, para que existam, é preciso existir antes uma vontade da qual eles sejam

²² Cfr. expusemos em O conceito de funções e de órgãos do exercício do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 81, p. 77-89, julho, 1995.

os órgãos. Esta vontade é a coletiva e também só existe por seus órgãos. “É a vontade do Estado que existe pelos órgãos ou os órgãos que existem pela vontade do estado?”²³

Permanece ainda, com relação a essa teoria, a perplexidade de se encontrar o órgão verdadeiramente criador. Partindo de que os órgãos derivam diretamente da constituição, ao criá-los, ela é uma manifestação da vontade do Estado. Os demais órgãos diretos são criados por aquele que tem competência para fazer a constituição. “Mas onde encontrar o órgão verdadeiramente direto e primeiro, o primeiro órgão da criação? Eu só vejo órgãos criados, e o verdadeiro problema do direito público é encontrar o órgão verdadeiramente criador”²⁴. Kelsen admite como fundamento para a criação do primeiro órgão criador a norma fundamental hipotética²⁵.

De toda forma, frente à característica volitiva do Direito, são os indivíduos que formam o Estado ao exprimirem sua vontade, a qual determina o arcabouço jurídico em que se fundam suas relações sociais.

Nos povos aculturados, o processo efetivo de criação da cultura se enlaça com as normas jurídicas, de forma que a designação de um ou dos indivíduos como órgãos só se pode estabelecer de acordo com a ordem jurídica.

Smend²⁶ admite a formação do Estado e o próprio Estado como parte da realidade espiritual. Essa realidade caracteriza-se por um processo de atualização a cada instante: o Estado existe pelo seu processo de contínua renovação, a que Smend dá o nome de integração (p. 107). Os aspectos do Estado são entendidos como momentos do sistema integrador. Por sua própria natureza, a constituição se torna parte do processo de integração, acompanhando a dinâmica da atividade sócio-política.

Jellinek, ao estruturar os fundamentos da Teoria do Estado, afastando-se das correntes extremistas, preferiu analisá-lo através da *zwei-seitentheorie*, a teoria dos dois lados, pela qual ele o enxerga como a estátua de Juno, a deusa

que tinha o rosto voltado para os dois lados: por uma lado, o aspecto político-social, sem o qual não se pode pretender estudar o Estado e, pelo outro, o aspecto jurídico, objeto e interesse maior de nossa ciência²⁷.

4. Se, por um lado, a teoria da integração e o próprio desenvolvimento da sociedade exigem uma mobilidade jurídica, por outro, a teoria da constituição escrita, como aquela desenvolvida por Carl Schmitt, exige certa permanência, para a segurança jurídica. Depois de apresentar diversos tipos de constituições possíveis, Schmitt afirma que

“constitución significa en el presente libro constitución en sentido positivo... que es, primero, un pacto instrumentado (entre Príncipe y Estamentos o Representación popular); después, una ley constitucional escrita. También estas expresiones se explican por la situación política” (p. 45).

De certo modo, a idéia de lei fundamental traz inserido o conceito de algo fundamental, permanente e invariável. “La equívoca palabra “fundamental” recibe aquí el sentido de absolutamente invulnerable”, para a garantia do Direito. Schmitt aponta nove conceitos de lei fundamental acrescentando que, em sentido geral, “chamam-se leis fundamentais as disposições que parecem de singular importância para as pessoas ou grupos influentes em um momento dado”²⁸.

Loëwenstein²⁹ mostra que, do ponto de vista teórico, uma constituição ideal é aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo a qual todos os acontecimentos futuros da comunidade pudessem ser previstos, de tal maneira que não fossem necessárias mudanças das normas conformadoras. Mas

“cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada através de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma y está sometida constantemente al “panta rhei” heraclítico de todo lo viviente” (p. 146).

²³ DUGUIT, op. cit., p. 574.

²⁴ Ibidem, p. 574.

²⁵ o que leva alguns pensadores a considerar que o positivismo kelseniano desagua num princípio de Direito natural, num paradoxo.

²⁶ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

²⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción Fernando de los Rios. Buenos Aires : Albatoz, 1970.

²⁸ SCHMITT, op. cit., p. 47.

²⁹ LOEWENTHEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel, 1965.

Para o Professor Raul Machado Horta³⁰, a constituição se valoriza na medida em que fornecer mudanças na estrutura social sem alteração do processo político. O autor insiste no fato de que toda Constituição, como obra humana, é incompleta, e de que existe ainda uma deficiência maior – que cada Constituição é um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação. Se se modifica o equilíbrio de forças, faz-se mister modificar a Constituição. “Una Constitución es tanto mejor quanto com más facilidad pueden efectuarse cambios sin la modificación de la mecánica del proceso político”. As reformas são imprescindíveis como adaptações da mudança constitucional às condições sociais em constante modificação; mas devem ser efetuadas com cuidado e reserva, sem o que desvalorizam o “sentimento constitucional”, que Loëwenstein descreve como aquela “consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos... integra detentores e destinatários do poder... submetendo o processo político aos interesses da comunidade”.

Uma constituição mutável é uma constituição flexível³¹. Micelli sustém que uma constituição verdadeiramente flexível não seria jurídica³². “Si trata quindi en fondo della maggiore o minore difficoltà della procedura che occorre per modificare la Costituzione”³³.

Retornando à posição rousseauiana da vontade geral e da teoria da representação, a competência para realizar a reforma constitucional, seja no aspecto formal ou material, é do detentor do poder legislativo. A doutrina distingue o poder originário dos poderes derivados. Faz-se presente, no texto constitucional, que, como mostra Schmitt, cristaliza um *status quo* de determinado período, a delegação pelo poder constituinte originário, de um poder derivado, que permita às legislaturas posteriores

– porta-vozes da vontade geral das épocas seguintes – a introdução, no texto legal, de novas concepções que refaçam o equilíbrio de forças políticas e sociais eventualmente quebrado.

5. A partir da fase que se chamou de constitucionalismo, repousando o poder constituinte na nação, parece claro que, desde Séyès, as mudanças de natureza político-jurídica acarretam mudanças no Direito Constitucional³⁴. Os fatores metajurídicos, extra ou pré-constitucionais adquirem uma posição predominante frente à variável estritamente jurídica – constitucional ou técnica do Estado e de sua constituição. Na literatura italiana, já Constantino Mortati aponta a presença desses fatores nos processos de mudança.

Antonio Porrás Nadales³⁵ esclarece esse aspecto e analisa a forma pela qual se opera a absorção das mudanças pelo Direito Constitucional. Percebe ele, no modelo atual do Estado social, uma dualidade paradoxal:

a) de um lado, são sistemas sociais em permanente processo de transformação, onde a inovação, o desenvolvimento tecnológico, a adaptação à complexidade e, portanto, a *mudança* são uma exigência da própria dinâmica da ordem social ou jurídica da constituição;

b) por outro lado, temos a ordem constitucional e seu sistema de valores consagrado como um elemento necessário de estabilidade, no qual há uma “dimensão social transcendente de lealdade e legitimação – como assinalou Habermas” – capaz de processar e amortizar as mudanças geradas na periferia do sistema.

Apresenta-se-nos, de um lado, a capacidade de adaptação e resposta da ordem jurídica frente à sociedade em processo de mudança e inovação e, por outro, a estabilidade de princípios jurídicos e valores fundamentais inerentes à própria civilização ocidental, com capacidade para operar no sentido de limites implícitos de caráter intemporal frente às perspectivas de mudança na ordem jurídica fundamental.

³⁰ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 74/75, p. 223. jan./jul. 1992.

³¹ MICCELLI, Vincenzo. *Principii di Diritto Costituzionale*. Milano: Soc. Editrice Libraiia, 1910. p. 163.

³² No mesmo sentido, VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Technos, 1974. v. 3, p. 587.

³³ Não nos deteremos nos processos de Reforma, Revisão e Emenda Constitucional a que se refere a Constituição brasileira de 1988 nos seus artigos 60, incisos e parágrafos e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

³⁴ MAIZ, E. *Emmanuel Siéyès: escritos y discursos de la Revolución*. E. Constitucionales, 1990.

³⁵ PORRAS NADALES, Antonio. Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico. *Revista de Estudios Políticos*, n. 87, ene./mar. 1995.

³⁶ TEUBNER, Gunter. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Estabelecido que a tensão entre esses dois³⁶ pólos deve ser resolvida num processo de recepção, pela ordem jurídica, dos fenômenos metajurídicos, situam-se num terreno árido as questões de como devem eles gerar-se num ordenamento jurídico aberto e adaptável ao meio envolvente e, ao mesmo tempo, dotado de capacidade de adaptação sistêmica a esse meio:

a) seriam respostas de caráter técnico – operativo – baseadas na concepção do Direito Constitucional como núcleo metodológico – dedutivo, capaz de obter respostas seguras e pré-determinadas frente aos problemas jurídicos; o que inclui também uma tarefa especializada através da interpretação constitucional por via judicial, sobretudo nos sistemas de *common law*;

b) ou respostas de caráter ideológico e sócio-democrático, nas quais se entenderia que toda a

atuação da esfera público-jurídica frente a qualquer tipo de demanda social geradora de algum processo de mudança deve vir precedida do marco correspondente de participação e debate social, em cujo seio terão lugar a reformulação e a concretização do sistema de valores singular aplicado a cada questão, assegurando assim a fundamentação da ação estratégica das instituições e do direito em camadas comunicativas de legitimação (cfr. Nadales, op. cit., p. 109).

Faz-se necessária a busca de novos critérios de racionalidade adequados ao processo de inter-relação sociedade/Estado, dos quais podem surgir resultados normativos, e que se vai projetar num exercício de responsabilidade coletiva, produzindo a evolução do próprio Direito Constitucional.

Delineia-se uma nova trilha para o Direito Constitucional.