DEFESA, GUARDA E RIGIDEZ DAS CONSTITUIÇÕES

THE DEFENSE, GUARD AND RIGIDITY OF CONSTITUTIONS

Pontes de Miranda

*SUMÁRIO

Capítulo III — Técnica da rigidez constitucional — 1. Rigidez na elaboração e na incidência — 2. Rigidez na posteridade ; Capítulo IV — Técnica da posteridade constitucional — 1. Os poderes e a posteridade constitucional — 2. A sorte da lei inconstitucional — 3. Natureza da sentença sobre lei inconstitucional — 4. Exemplificações — 5. Precisão de conceitos — 6. Atos dos poderes públicos — 7. Conclusões ; Capítulo V — Técnica de reforma e emenda da Constituição — 1. Mutabilidade das Constituições — 2. Poder Constituinte e Poder Reformador — 3. Mutações da Constituição — 4. Procedimento para a reforma.

CAPÍTULO III
TÉCNICA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Dentro do Estado, três fatos são capitais : *a*) o *poder estatal*, quer dizer o poder de estruturar, no mais largo sentido, o Estado, poder que se diz, de ordinário, *poder constituinte*, porém que é *prius* em relação a êsse ; *b*) a Constituição, que êsse poder suscitou através do *poder constituinte* ; *c*) a diferença entre a

* A primeira parte, dêste estudo encontra-se às págs. 1-12 do vol. IV desta Revista.

mutabilidade (ou imutabilidade teórica) dos preceitos dessa Constituição e a mutabilidade dos preceitos das leis não-constitucionais, chamadas leis ordinárias. Diz-se *rigidez constitucional* a menor mutabilidade ou a imutabilidade teórica da Constituição. Por exemplo : a revisão constitucional só se permite por dois terços dos membros do Poder Legislativo, que então é *poder constituinte* permanente, eventual ; a revisão só se pode fazer iniciando-se numa legislatura, que aponta as alterações desejadas, e levando-se a outra, que as note.

A rigidez constitucional, nos tempos modernos, foi, em parte, invenção técnica dos Estados Unidos da América. A mesma rigidez, porém, não técnico-jurídica, e sim psicológica, baseada na cultura e convicções do povo, tem a Grã-Bretanha. Rigidez ideológica é a que ocorre na Rússia soviética.

A *técnica da rigidez constitucional* faz parte da técnica da defesa da Constituição, porque aquela não exaure essa, se bem que também a rigidez defenda a Constituição.

Na Assembléia Constituinte francesa de 1789, não se descobriu a rigidez técnica da Constituição. Ainda se pensava em *respeito*, algo de prestígio moral, e se confundia rigidez constitucional com vedação de interpretar : *"...ceux qui seront chargés de maintenir leur exécution soient obligés de s'attacher rigoureusement à la lettre, et ne se permettent jamais de les interpréter"*, escrevia Mounier *(Nouvelles Observations*, 200). Ora, a técnica lançou mão de enunciado contrário : deu ao Poder Judiciário o interpretar a Constituição e fêz inferiores a essa própria interpretação as leis ordinárias. Em todo o caso, mais adiante (270-272) cogitou de tornar *mais difícil* a revisão ou emenda, aludindo à necessidade de ser aprovada em dois períodos legislativos diferentes.

1. Rigidez na elaboração e na incidência

A técnica da rigidez ou se refere à *elaboração* da Constituição ou das regras constitucionais, ou se refere à sua *posteridade*. Quer dizer : concerne ao *fazer-se*, ou à regra ou Constituição *já feita*. A técnica da elaboração constitucional abrange a técnica da atividade do *poder constituinte* e a técnica da atividade do poder *reformador* ou *revisor*, dois conceitos que adiante teremos de precisar. De modo que há, em verdade, três técnicas ordenadas no tempo, em vez de duas : *a*) a técnica da atividade do poder constituinte ; *b*) a técnica da posteridade das regras constitucionais (ineficácia, não-incidência, ou não-aplicação das outras regras que as violem), que é técnica da infringência ; *c*) a técnica da reforma ou

revisão da Constituição ou das regras constitucionais. Estão, assim, marcadas as três espécies de *técnica da rigidez*. Mas a primeira é criadora, em vez de ser técnica da rigidez mesma : existe técnica da elaboração sem técnica da rigidez, porque Constituições não-rígidas são também Constituições.

A rigidez absoluta supõe que os homens não mudem. O legislador constituinte crê, então, que tudo fêz, e de um só jacto. Não admite reforma, nem retoques. A Constituição espanhola de 1876 cria-se eterna, imutável. Em vez disso, a adoção de regras de revisão explìcitamente permite que se dê aos futuros legisladores a possibilidade de mudar os textos sem ofensa à Constituição, obedecendo a ela quanto ao processo de os mudar.

A *rigidez* das regras constitucionais ou é conseguida por *fato extrajurídico* (rigidez de mentalidade primitiva ou paleopsíquica, rigidez psicológica, rigidez ideológica ou unipartidária, qual a conferida pelo dogmatismo católico ou pelo marxista) ; ou por *fato jurídico* (técnico). Vulgarmente, quando se fala de Constituição rígida (expressão elíptica), só se entende a Constituição tècnicamente rígida.

Se tomamos como *tese* a monocracia, que, de regra, era absolutista, e até certo ponto as oligocracias, e como *antítese* a livre legislação pelo povo (Constituição não-rígida, Parlamento onipotente), temos de considerar a Constituição rígida como a *síntese*. Através dessa evolução observam-se a formação e a transformação do Estado nacional, ao mesmo tempo que se prossegue nas técnicas da liberdade, da igualdade e da democratização. Essas três técnicas dizem respeito às relações interindividuais, bem como entre o indivíduo e o poder público : posição (=liberdade), tratamento (=igualdade) e colaboração dos indivíduos (=democracia).

A técnica da defesa da Constituição é diferente : toca às relações entre os poderes e a regra constitucional, ou às relações entre regras. É, portanto, nomológica (técnica da lei como lei ou norma).

Certa resistência a mudanças, certo *apêgo* a alguns princípios ou leis funciona como elemento estabilizador, de tal maneira que êsses princípios ou essas leis parecem ser superiores aos demais princípios ou leis. Tudo isso pode passar-se, todavia, sòmente no plano dos fatos puros, e não no plano do direito. Daí a importância da psicologia social no tocante à Constituição de cada povo, se aquêle elemento estabilizador não é, de si mesmo, de ordem jurídica. Nem sempre houve Constituições tècnicamente rígidas, mas sempre houve fatores que enrijeceram as Constituições. Não é o caso da Grã-Bretanha o único, pôsto que seja o mais notável.

O elemento estabilizador, de ordem jurídica, depende de descoberta pelo legislador constitucional e da técnica jurídica para fazê-lo funcionar. Então, o texto prescinde do elemento estabilizador extrajurídico.

Se descemos ao passado, vemos que a rigidez sócio-psicológica — principalmente religiosa — atuava profundamente para frenar todo o sistema jurídico. Pode-se dizer que os povos primitivos conferiam essa rigidez a quase todo o seu direito, sendo então sem alcance, por isso mesmo, qualquer distinção entre direito constitucional e direito não-constitucional. A diferenciação posterior tendeu, e tende, a reduzir o todo constitucional a princípios *fundamentais* e a proceder, como veremos, a nova diferenciação dentre êsses princípios, tornando alguns dêles "teòricamente inalteráveis".

No estado presente da investigação científica, sabemos que :

1) Se o enunciado legal é de origem religiosa, porém essa influência religiosa passou, perde êle a rigidez sócio-psicológica. Se a religião ainda domina e o faz rígido, ainda que o sistema jurídico estatal não o tenha por tècnicamente rígido, êle resiste às mudanças, pela rigidez sócio-psicológica, tal como acontece no Brasil com o casamento indissolúvel, ainda sob Constituição que o não impusesse. Por onde se vê a extrajuridicidade da rigidez de certas regras.
2) Não é a rigidez de procedência religiosa a única rigidez extrajurídica. Procedemos, desde 1925, à discriminação científica dos valores de estabilidade quanto aos principais processos sociais de adaptação. Se o religioso é o mais frenante, não é o único. Frena, também, o processo moral. Frena o próprio processo artístico, de que são exemplos permanências de regras legais ou de conceitos jurídicos sòmente por sua beleza estilística. Para além da religião (rigidez sócio-psicológica), estão as tendências psicológicas humanas e as infra-humanas, desde a convicção ética ou científica do povo às reações animais, que, com o auxílio das religiões e das regras jurídicas, retêm, em sua estabilidade transformante, sacudida pelas crises cíclicas, o processo econômico.
3) Sendo instável o processo político (*Introdução à Sociologia Geral*), êle, por si, não pode conferir estabilidade às regras jurídicas. A estabilidade, que elas têm, ou são criação político-metafísica ou criação jurídica. A estabilidade oriunda de educação ou do caráter do povo não entra naquela ou nessa classe, é psicológica.

2. Rigidez na posteridade

Uma coisa é a resistência contra as outras leis anteriores e contemporâneas, outra, a resistência quanto à mudança. Ambas são, porém, relativas ao que se passa, depois de feita a regra constitucional.

CAPÍTULO IV
TÉCNICA DA POSTERIDADE CONSTITUCIONAL

Chamamos *posteridade constitucional* a tôda a vida da Constituição, ou das regras constitucionais, *desde* que se promulgou, a Constituição. Não importa qual tenha sido o poder constituinte, — monocrático, oligocrático, ou democrático. A Constituição democrática também pode ser não-rígida ; e a monocrática ou a oligocrática, rígida. Uma vez que se abstrai da procedência, a técnica da posteridade constitucional é a mesma.

1. Os poderes e a posteridade constitucional

A posteridade constitucional é encarável ou pelo lado da atividade do Poder Legislativo, ou pelo lado da atividade do Poder Executivo, ou pelo lado da atividade do Poder Judiciário. Tudo se resolve em se saber *como* e por que *órgãos* reage a Constituição, ou a regra constitucional, diante do ato de outro poder que a viole. (Não se confundam *violação* e *mudança*. A reação à violação funda-se na suposição de que o órgão violador não nega, nem tenta alterar a regra constitucional ; apenas a *infringe*. A tentativa de mudança é, pois, muito diferente da infração, ainda quando se disfarce em interpretação do texto constitucional cogente, como se fosse dispositivo, ou do texto constitucional cogente ou dispositivo como interpretativo, ou em interpretação errada).

Quando o ato do Poder Legislativo, contrário à regra ou parte da regra da Constituição, prevalece, a técnica da posteridade identifica-se com a técnica da mudança ou reforma : a Constituição não é rígida. Basta, por exemplo, que se exija, para a mudança, que se dê o nome ou o número de ordem das leis constitucionais (como ocorreu no Brasil desde 1937), para se romper a identificação entre a técnica da posteridade e a técnica da reforma, ainda que o foco legislativo seja o mesmo para as regras constitucionais e para as regras ordinárias.

A reação a respeito de atos do Poder Executivo incompatíveis com a Constituição ou é nenhuma e então não há distinção entre ato legislativo (constitucional) e ato executivo, ou o ato executivo cede (ineficácia, não-aplicação, não-incidência).

A reação a respeito de atos do Poder Judiciário incompatíveis com a Constituição ou é nenhuma (*e.g.*, o Poder Judiciário é supremo intérprete da Constituição e os seus julgados se impõem, uma vez proferidos, como *assentos*), ou é nenhuma mas só *in casu*, ou é positiva, por existir órgão judicial especial ou extrajudicial que aprecie os atos do Poder Judiciário contrários à Constituição.

2. A sorte da lei inconstitucional

Um dos problemas de mais relêvo prático e mais elegante que se possa encontrar, hoje, em direito constitucional é o da concepção da natureza da sentença sôbre anticonstitucionalidade da lei no tocante à sua eficácia. Supomos nos leitores o conhecimento da classificação das sentenças em cinco espécies (declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), largamente exposta em nossos *Comentários* ao Código de Processo Civil. Costuma-se dizer, sem grande meditação, que a sentença que diz ser contra a Constituição alguma lei é *declarativa*. Porém isso, pelo uso de um nome, pre-elidiria questão séria.

Sôbre a função da Justiça na apreciação da inconstitucionalidade das leis, tem-se dito : *a*) que é instituição acima da federação e das unidades políticas, e tal foi a tese de H. Kelsen ; *b*) que é instituição especìficamente federal.

Não há dúvida que o instituto independe de ser federal, ou não, o Estado. Mas isso longe está de criar terceira ordem jurídica estatal. Por outro lado, o "pacto federal", ou a "divisão em Estados-membros", que foi, na realidade, o que aconteceu com o Brasil em 1889, apenas acrescenta à apreciação da inconstitucionalidade das leis novas questões, que, por estarem separados os hoje Estados-membros, não poderiam ocorrer, ou que não no poderiam por não haver entre os hoje Estados-membros qualquer discordância.

3. Natureza da sentença sôbre lei inconstitucional

A sentença ou parte da sentença sôbre inconstitucionalidade da lei não é, *em si*, sentença declarativa, a despeito da ambígua (se não equívoca) expressão

"declaração de inconstitucionalidade". Quem tenha lentes lógicas para ver rente aos fatos, desde logo distingue o que haveria de contradição nos conceitos : "declaração de existência (ou inexistência) da lei" e "inconstitucionalidade" (isto é, dessa *qualidade* da lei), se inconstitucionalidade e inexistência não se equivalessem. Se a sentença de inconstitucionalidade, quer proferida em ação, quer em exceção, ou em *per saltum*, é de natureza declarativa, ou constitutiva, depende do conceito de lei incompatível com a Constituição no sistema jurídico *de que se trata*.

As soluções técnicas possíveis são as ligadas aos conceitos possíveis. Antes, porém, de mostrá-las, esbocemos algumas considerações prévias.

I. A verificação da compatibilidade com a Constituição é *questão prejudicial*, cuja natureza independe da natureza da ação proposta, que pode ser declarativa, constitutiva, condenatória, executiva, ou mandamental ; porém isso não obsta a que se a conceba como *causa prejudicial* ou *ação autônoma* e sem finalidade concreta.

Pergunta-se ao juiz ou se o texto da lei *existe como lei*, ou se o texto de lei *existe mas é nulo*, ou se o texto de lei *existe mas é*, no caso, *ineficaz*.

Por onde se vê que a verificação da compatibilidade, ainda concebida como ação autônoma e sem finalidade concreta — isto é, ação para que se "diga" inconstitucional a lei, ainda se não tem o autor caso concreto para apontar (*actio popularis*) —, não implica declaratividade ou constitutividade da sentença de acolhimento. A eficácia da sentença poderia ser constitutiva *erga omnes*, ou de coisa julgada material, sendo parte as pessoas sujeitas à lei nacional, legitimadas no proponente da ação popular, ou ser eficaz contra a eficácia da lei, aspecto que será objeto das nossas pesquisas e onde, veremos, está a solução científica do delicadíssimo problema técnico.

Já aí se nota que : 1) sendo a questão concernente à *existência* da lei, a declarativiade se impõe, e a verdadeira formulação lógica, da questão, na prejudicial, seria : "Existe, *entre* o autor ou excipiente ou suscitador·do *per saltum* e o Estado, relação jurídica tal que o tenha de subordinar à *incidência* daquele texto?" ; se, em vez disso : 2) a questão recai na *nulidade* da lei, seja *ipso iure,* seja dependente de suscitamento, não há questão de inexistência (não-incidência), mas de desconstituição ou desincidência ; se, em vez de 1) e de 2) : 3) a questão versa sôbre a aplicação *in casu* (eficácia individualizada), não há questão de existência, nem de Constituição negativa, e sim de decretação de ineficácia.

São lugares comuns de doutrina constitucional americana e brasileira que não se julga "nula" a lei inconstitucional ; apenas, na aplicação judicial,

não se atende a ela. Uma vez que ela infringe a Constituição, e não há poder constitucional *acima* dos outros, o Poder Judiciário *deixa* de aplicá-la, porque seria negar aplicação à lei acima dela, que é a Constituição, Êsses lugares comuns não são, todavia, princípios *a priori*. São proposições tautológicas nos sistemas jurídicos em que há independência dos poderes, verificação da inconstitucionalidade das leis e não expansão *erga omnes* da sentença que diz inconstitucional a lei. Abstenhamo-nos, por agora, de classificar tal sentença, própria dos sistemas jurídicos em que há aquêles lugares comuns.

II. A verificação da inconstitucionalidade, para ser concebida como conteúdo de ação declarativa da inexistência da lei, exige : que haja poder *acima* do Poder Legislativo, que lhe aprecie os atos como *inexistentes*, o que é mais do que os apreciar como eivados de *nulidade* (existem, porém são nulos) ; que nunca se dê incidência do texto inconstitucional, de modo que as próprias sentenças que os aplicaram fiquem na mesma condição que o texto inconstitucional, feito por um dos poderes (o Poder Judiciário estaria no mesmo plano) ; que a declaratividade se refira à relação entre o autor ou réu e o Estado *quanto ao texto inconstitucional* (não bastaria a declaratividade concernente ao *decisum* de sentença declarativa em que a inconstitucionalidade foi questão prejudicial, pois essa poderia ser de outra natureza, *e.g.*, questão prejudicial constitutiva em ação declarativa).

Para ser concebida como sentença de Constituição negativa a de verificação de inconstitucionalidade que acolheu o pedido, é preciso que se tenha tal sentença como desconstitutiva do ato estatal, — que seja para êle como a sentença que acolhe o pedido de nulidade ou de anulação do casamento é para o ato privado do casamento. A eficácia de tal sentença seria *erga omnes*, como é *erga omnes* a sentença que acolhe pedido de nulidade ou anulação do casamento.

Se, em vez do que se disse acima, a sentença não nega a existência da lei, nem lhe decreta a nulidade, mas apenas *a* deixa de aplicar *in casu*, então há declaratividade da ineficácia, expressões elípticas que estão por "declaração de não-existência de relação de subordinação do autor à regra legal examinada, no caso exposto". A eficácia de tal resolução judicial, em questão prejudicial, ou em causa prejudicial, ou em ação autônoma, é *inter partes*, porque é a eficácia da coisa julgada material.

III. Se concebêssemos princípio constitucional como êsse : "A lei inconstitucional não é lei ; as sentenças que a aplicarem são inexistentes ; a ação ou

a exceção, ou o *per saltum* é declarativo", teríamos que tôda apreciação de inconstitucionalidade seria procura de *enunciado de existência* (existe ou não existe lei), e que não se precisaria de ação rescisória para se impugnar qualquer sentença, trânsita formalmente em julgado, que houvesse aplicado o texto inconstitucional, nem estaria a declaratória prescrita nos cinco anos que se marcam à ação rescisória. É fácil notar que êsse princípio não é o do direito brasileiro, ainda desde 1891, quando adotamos a apreciação judicial da constitucionalidade das leis.

A partir de 1919, nos Estados Unidos da América, alguns Estados-membros admitiram *declaratory judgment* para a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou de outro ato estatal. Para resumir, podemos dizer que se mantinha a atitude hostil, exigindo-se a *violação* da relação jurídica de direito material, ou se buscava solução intermédia, que era a de ser preciso existir a questão, o litígio efetivo (dizia-se), para que a justiça se pronunciasse, ainda que não se tratasse de *violação* (assim, noutros têrmos, interpretava o julgado no *Muskat Case*, 219 U.S. 346, Charles Evans Hughes), ou se permitia a ação autônoma (declarativa?) da inconstitucionalidade, sem litígio comum efetivo entre partes particulares. Note-se, desde logo, que o poder ser intentada ação autônoma não bastaria para se entender declarativa a ação ; mas juízes e juristas baralhavam os conceitos.

No caso *Nashwille v. Wallace*, 52 Sup. Ct. Rep. 343, sem haver o litígio efetivo, isto é, sem ter sido cobrado o impôsto ou a multa, a Suprema Côrte dos Estados Unidos da América admitiu ação, dita "declaratória". Mas a lei de 30 de agôsto de 1935 emendou a lei federal sôbre julgamentos declaratórios, no tocante a taxas e impostos federais. Tem-se dito que é contraditório admitir-se a sentença declaratória quanto às leis e atos estaduais e municipais, e não se permitir no tocante a leis e atos federais. Mas há realmente declarativide dêsses julgamentos? É necessàriamente declaratória a decisão que se profere em processo no qual não se alega violação de lei ou de contrato, em suma — ofensa à relação jurídica de direito material? Não são os que pensam afirmativamente vítimas de velhas e erradas idéias sôbre classificação das sentenças? Não há confusão em chamar declaratório todo julgamento que não é proferido sôbre violação de contrato, ou inadimplemento de obrigação oriunda de declaração unilateral de vontade, ou de lei? O simples fato de se admitir a ação de inconstitucionalidade das leis, *antes* de dano causado ou ameaça de dano pela aplicação delas, torna declaratório o futuro julgado de acolhimento? *Aí é que está a questão*, e não foi posta nesses têrmos, ao que saibamos, até hoje.

Se a sentença defere o pedido por ser ilegal ou inconstitucional a exigência de questionário oficial para fins de taxa ou impôsto, como ocorrera no caso Dyson *versus* Attorney General (1911), ou por ser inconstitucional a exigência de certa licença, como no caso Erwin *versus* Bruckner (156, Tennessee, 278, 300, S.W. 565), tal sentença é necessàriamente *declarativa?* Afirmá-lo revela que se tomam como declarativide (qualidade ou classe de eficácia) a autonomia do processo e a não-condenatoriedade da sentença. Se tôdas as sentenças de cognição, não-condenatórias, fossem necessàriamente declarativas, seria verdadeira a resposta afirmativa. Porém nem tôdas as sentenças não-condenatórias são declarativas ; podem ser, por exemplo, constitutivas. Portanto, o fato de se ter acolhido o pedido de julgamento da inconstitucionalidade, antes e independentemente de qualquer ato estatal de constrangimento, de modo nenhum basta para se dizer declarativa a sentença. Os juízes não têm o poder de fazer declarativa a sentença constitutiva, ou *vice-versa ;* e a razão é muito simples : a classe da sentença de acolhimento *depende* da *classe* de pretensão à tutela jurídica. Não é a lei sôbre julgamentos declarativos, seja qual fôr a sua fonte, que pode mudar em declarativo o que é constitutivo, ou *vice-versa*. Tal transmutação, tal desclassificação, sòmente resulta de nova concepção da pretensão, fazendo pretensão à constitutividade o que era pretensão à declaração, ou pretensão à declaração o que era pretensão à constitutividade.

4. Exemplificações

Tomemos como base de estudo a ação da lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, pr. (dita *ação de nulidade de ato da Administração*), fundada "na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União". Sòmente compete ao ofendido ou seus sucessores (lei n.º 221, art. 13, 1.º). Ação constitutiva negativa, com elemento condenatório que pode, em certos casos, passar à frente e torná-la, por isso mesmo, condenatória. Porém, quando é constitutiva negativa, não apanha o *ato da lei*, apanha apenas o *ato da Administração*. A apreciação da inconstitucionalidade da lei, nos casos da ação fundada no art. 13, pr., da lei n.º 221, é *sempre* questão prejudicial, de modo que não confere à ação tôda, à ação autônoma que ela é, a natureza da prejudicial. Se buscarmos as fontes lógicas de tal ação contra entidades públicas, vamos encontrá-las em exceção ao *solve et repete*. Não foi, nem é mais do que isso. Quando alguma lei só admite a ação do devedor paga

antes a dúvida, ou concede o executivo sem defesa, ou sem ampla defesa, deixando margem a futura ação, no caso de perda e pagamento, a defesa ou a ação do devedor supõe que se peça repetição do soluto, e não declaração de não-dívida. *Pospõe-se* à solução a ação. A lei n.º 221 teve a função de inverter a ordem de tais fatos : o autor postula *antes* de ter solvido. Não houve qualquer mudança de natureza da ação. Pela mesma razão, quando se admite outra ação antes de haver o conflito efetivo, nem por isso se transforma, sempre, em ação declarativa a ação que antes cabia.

Quando, nos Estados Unidos da América, a lei de 30 de agôsto de 1935 excluiu dos *declaratory judgments* as questões relativas a taxas ou impostos federais, claro que apenas restaurou a prática do *solve et repete*, com que o Estado se armou de excepcional *potraimento* das ações contra êle, quando credor.

No caso Baumann *versus* Baumann (250, N.Y., 382, 165, N.E. 19), a autora pediu a declaração de não se ter vàlidamente divorciado no México o seu marido. A formulação, assim, é embaraçante. Dá a parecer que se propôs ação constitutiva negativa para se anular a sentença mexicana de divórcio ; porém isso seria impossível, por faltar à justiça do Estado de Nova York qualquer competência, no plano do direito das gentes, para ações de impugnação de sentenças estrangeiras. Pode-se impugnar a eficácia do julgado de outro Estado, não o julgado mesmo. O que a autora podia pedir era a declaração da existência do seu casamento, *a despeito* da sentença estrangeira de divórcio. Entre nós, dar-se-ia o mesmo. Enquanto não se homologasse a sentença estrangeira, teríamos de considerar *existente* o casamento da autora e do réu. A concepção de tal ação como ação constitutiva negativa, ou como ação mandamental negativa, iria contra a discriminação supra-estatal das competências. A ação tinha de ser declarativa ; por onde se vê que os legisladores do direito processual não têm arbítrio puro para mudarem em declarativas quaisquer ações, nem tornar constitutivas, condenatórias, mandamentais, ou executivas, as declarativas. A natureza das coisas (aí, a natureza da pretensão) determina a única ou as possíveis concepções segundo a pretensão de que se trata.

No caso Multnomah Country Fair Association *versus* Langley District Attorney, o autor pediu a declaração de legalidade das corridas de cavalo, tal como as conduzira, sendo réu o Procurador do Distrito. Nota-se, aí, a inversão : o acusado vem a juízo para afastar, de antemão, as conseqüências da ação de condenação. O elemento, raro porém não inexplicável, de ser réu o Procurador do Distrito, não tira à ação declarativa a sua natureza. O julgado, entre autor e réu, sòmente poderia ter eficácia da coisa julgada material, portanto, *inter partes*.

5. Precisão de conceitos

Tem-se pretendido que é declaratório o julgamento sempre que o pedido foi feito em abstrato ; *e.g.*, se a classe A de comerciantes está sujeita ao pagamento de certa taxa, ou se qualquer emissão de bilhetes de banco é válida infringindo a lei B. No primeiro caso, a ação é declarativa e sòmente tem eficácia quanto ao autor (um dos comerciantes da classe A), e não para tôda a classe, salvo se, conforme o direito positivo, fôsse parte a classe tôda, o que não é a regra ; no segundo caso, disfarça-se em ação declarativa a ação constitutiva, ou a condenatória constitutiva, difícil de ser admitida por faltar a determinação do sujeito ativo e do objeto. Ter-se-ia, fora exceção adotada em lei, de conceber a ação como proposta pelo interessado em que nenhuma emissão fôsse feita, com o objeto de *anular* as emissões feitas e *declarar* a relação jurídica entre o emissor (ou a entidade autorizante) e o autor, *se há tal relação*.

Muito se discutiu, no século passado, quanto à Constituição dos Estados Unidos da América, e nesse século, quanto àquelas e as Constituições republicanas do Brasil e os países de verificação judicial da constitucionalidade das leis, se a lei inconstitucional é *nula*, ou *não*. Não se apurou, contudo, como fôra de mister, o *conceito de inconstitucionalidade*, de modo a afastar-se tôda equivocidade ou ambigüidade.

Tècnicamente, a inconstitucionalidade ou importa *inexistência*, ou *invalidade* ou *ineficácia*. Ao direito positivo cabe escolher a conceituação ; uma vez escolhida, tem-se a solução *in iure condito*, com as suas conseqüências. Portanto, tôda investigação científica — e honesta — em tal matéria tem de partir, porém desgraçadamente não partiu, nem no Brasil, nem alhures, da pergunta: "Qual o conceito que se adotou ?"

As diferenças entre as ações e as sentenças de acolhimento, tratando-se de atos administrativos inconstitucionais, e as ações e as sentenças de acolhimento, tratando-se de leis inconstitucionais, está, dir-se-á, em que, naquelas ações e naquelas sentenças, se pode apreciar o *ato*, portanto todo o fato produzido pelo Poder Executivo, exaurindo-o, mas, nessas ações e nessas sentenças, apenas se examina a *eficácia* da lei (inconstitucional) *in casu*. Não são considerações *de iure condendo*, e até pensamos que essa concepção está virtualmente superada·pelos fatos e as tendências do nosso tempo ; são considerações *de iure condito*, principalmente de direito americano e brasileiro. Dentro, porém, de tais sistemas jurídicos, tem-se de atender a que o ato do Poder Executivo, que se pode submeter ao exame judicial (*e.g.*, contrato de·emprêsas de telefones) pode ser considerado nulo *ipso iure* ou ser anulado,

o que dá à ação e à sentença de acolhimento a natureza de ação constitutiva negativa. Em todo caso, se o ato é legiforme, como o regulamento, escapa a essa desconstituição por sentença. A sua sorte é semelhante à sorte da lei; e o Poder Judiciário só lhe aprecia a eficácia, só o deixa de aplicar, por ter de aplicar a lei ou a Constituição que êle infringiria. Por onde se vê que os atos próprios do Poder Legislativo apresentam homogeneidade que longe estão de ter os atos do Poder Executivo, dadas certas funções legiferantes e judicantes que lhe ficaram na transição dos governo absolutos para os governos liberais-democráticos.

Tôda questão prejudicial e tôda ação (causa) que tem como conteúdo a apreciação de inconstitucionalidade das leis é questão ou ação concernente à eficácia, porque não declara inexistente a lei examinada, nem a anula, nem lhe proclama a nulidade *ipso iure*, apenas não a aplica.

As questões prejudiciais e as ações que têm como conteúdo a apreciação da inconstitucionalidade ou legalidade de atos do Poder Executivo ou de atos executivos dos outros Poderes, apreciáveis judicialmente, *podem* ser constitutivas negativas (*e.g.*, ações de nulidade de negócios jurídicos contratuais do Poder Executivo), ou mandamentais (*e.g.*, mandados com alegação de inconstitucionalidade de regulamentos), ou declarativas (*e.g.*, ações declaratórias contra a Fazenda Pública).

6. Atos dos poderes públicos

Questão que se tem de resolver antes de se classificar a ação, a questão prejudicial, ou o *per saltum* de inconstitucionalidade, é a de ser declarativa ou mandamental a ação ou questão concernente à eficácia dos atos estatais (leis, sentenças, atos administrativos). Algo de comum existe nas apreciações de inconstitucionalidade, nas *ações de modificação* (Código de Processo Civil, art. 289, II) e nas exceções de coisa julgada (não nas ações rescisórias com fundamento na ofensa à coisa julgada, conforme o Código de Processo Civil, art. 798, I, *b*, em que a apreciação da eficácia da sentença é questão prejudicial da resolução constitutiva negativa).

O problema está em se saber se a discriminação da eficácia da lei quanto à incidência, a discriminação da eficácia da sentença quanto à lei aplicada e a discriminação da eficácia da sentença em relação à sentença posterior, que há de respeitar aquela, são conteúdo de ações declarativas ou de ações mandamentais. Se tôdas são declarativas, as ações declarativas abrangem as

declarativas da existência ou inexistência de relações jurídicas e as declarativas da existência ou inexistência da eficácia de atos estatais. Ocorre, porém, que a exceção de coisa julgada apresenta certo elemento mandamental, embora *antes* do segundo julgado, que vai crescer de ponto nas *ações de modificação*. Tal elemento, pelo menos nas exceções de coisa julgada e nas apreciações de inconstitucionalidade (Código de Processo Civil, art. 861), ainda em prejulgados e no *per saltum* (Constituição de 1934, art. ...), não chega a ser o predominante ; portanto. não basta para os classificar. Quanto às ações de modificação, o assunto complica-se um pouco mais.

A respeito da nulidade de negócios jurídicos em que foi parte o Poder Executivo ou outro Poder, cumpre distinguir : *a*) a nulidade do negócio jurídico devida à infração de *lei*, constitucional ou não, casos em que não há apreciação de constitucionalidade do ato estatal em si ; *b*) a infração da Constituição pelo ato mesmo (*e.g.*, falta de atribuição por parte do Poder Executivo) ; *c*) a nulidade, resultante, em segundo grau, da inconstitucionalidade de lei ou outro ato estatal, que serviu de norma ou base ao negócio jurídico (questão prejudicial de inconstitucionalidade). Nos casos *a*) e *b*), não há prejudicialidade : a infração da lei é o que se discute na causa ; nos casos *c*), a questão prejudicial versa sôbre a eficácia da lei ou do ato estatal, e o elemento constitutivo negativo, que há em *a*) e *b*), desaparece, pelo menos do primeiro plano.

Assim, a solução do problema de se saber *qual* a natureza das ações, das questões prejudiciais e do *per saltum* de inconstitucionalidade exige conclusões precisas sôbre a existência ou inexistência de ações declarativas da eficácia dos atos estatais, em vez de simples ações declarativas da existência ou inexistência de relações jurídicas, ou da autenticidade ou falsidade de documentos. Não se trata de declaração da *existência* da lei, o que, nos sistemas jurídicos como o nosso, não seria questão de inconstitucionalidade. Mas de declaração da eficácia ou da ineficácia. (Observe-se que, se algum sistema jurídico admitisse que a lei inconstitucional *não existisse*, tôda questão de inconstitucionalidade seria questão de inexistência da lei, segundo foi dito antes (cp, I, 1).

Passemos a exemplo de legislação constitucional positiva.

A Constituição austríaca de 1920, §§ 139, 2, 140, 3, adotou o julgamento constitutivo negativo : *a*) *da inconstitucionalidade dos regulamentos*, quando estatuiu que a autoridade competente é obrigada a publicar, imediatamente, a sentença, e que a anulação produz efeitos a datar do dia da publicação ; *b*) *da inconstitucionalidade das leis*, quando deu a mesma incumbência ao chanceler federal ou ao presidente do País (unidade política interna). A fôrça da decisão é, portanto, *in casu* (provàvelmente no *pretérito*), com a conseqüência de se não aplicar por nula, e *ex nunc*, quanto à lei em si mesma.

Desde 1932 que temos criticado a solução austríaca da eficácia constitutiva negativa *ex nunc* : *a anulação entra em vigor*, diz o § 139, 2, *a datar do dia da publicação*. "A parte que pusemos em letra grifa é desaconselhada", escrevíamos (*Os Fundamentos*, 120) ; "ou era ilegal (o regulamento)", e nesse caso sempre o foi ; ou não no era ; a anulação a partir da publicação não se compreende.

7. Conclusões

Em conclusão :

A. Nos sistemas jurídicos em que o Poder Judiciário não declara a inexistência da lei inconstitucional, nem decreta a sua nulidade (sentença que seria constitutiva negativa), e apenas deixa de aplicá-la (ineficácia), é êrro falar-se de ação declaratória da inexistência da lei, ou da ação de nulidade da lei (*aliter*, quanto aos atos administrativos, a ação da lei n.º 221).

B. Nos sistemas jurídicos, de que acima falamos, os juízes sentenciam sôbre a inaplicabilidade da lei. A eficácia, separada da incidência, é que é apreciada.

A *melhor* solução técnica é a da nulidade, a que corresponda sentença constitutiva negativa, com eficácia *ex tunc*. (De passagem observemos que a afirmação de W. Kisch de que sòmente se podem considerar sentenças constitutivas as de eficácia *ex nunc* foi posta de lado pela ciência. Confusão entre a natureza das sentenças — declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas — e o *tempo* de início da sua eficácia). Assim : mantém-se o respeito dos atos dos outros Poderes, enquanto tais atos não são *julgados* ; atende-se a que a inconstitucionalidade é caso de anulação e não seria lógico o mesmo ato, inconstitucional *ex hypothesi*, ser tido como eficaz até a publicação do julgamento e ineficaz depois, tanto mais quanto, no caso em exame, apanha a época em que se formou a relação de direito, *res in iudicium deducta*.

Por que não é melhor a solução técnica da inexistência. a que corresponda a sentença declarativa? Tal solução implica a superposição de Poder (Côrte constitucional) que tenha mais do que a função de verificar a constituciona1idade das leis, decretos ou regulamentos, e de decretar a anulação, isto é, que *declare* não ser lei, ou decreto, ou regulamento o ato do outro Poder. Seria a construir-se tal técnica ; não seria a melhor, deixaria *de lado* o *princípio de melhor suposição*, isto é, o princípio segundo o qual a lei e o regulamento, como os demais atos estatais, se supõem acordes com a Constituição e só o exame

pelo órgão competente pode desconstituí-los ou negar-lhes eficácia. Em vez disso, a necessidade de ação constitutiva negativa, ou de questão prejudicial com tal eficácia, atende a outro princípio, que é o *princípio da criatividade do ato estatal* : o ato é criado, *ainda que*, por ser nulo, possa ser desconstituído.

Admitindo-se que a lei inconstitucional não incidiu, *nem teve qualquer atuação* (conceito mais largo que o de incidência, e abrangente dêsse), vai-se contra aquêle *princípio de melhor-suposição*, porque a negação de qualquer *atuação* é negação dêsse princípio.

Conceptualmente, *a*) a lei inconstitucional *não incide*, mas *b*) é *ato estatal*, criado, embora com a *eiva* de inconstitucionalidade, *c*) a lei perde eficácia, pela resolução jurídica constitutiva negativa, *in casu*, e 1) deixa de ser *ato estatal* pela resolução judicial com eficácia *erga omnes*, *a*) desde a publicação da resolução (solução austríaca), *b*) ou *ex tunc*, isto é, desde sua própria publicação (solução mais científica), ou 2) de mero precedente (solução americana). Teremos ensejo de mostrar que a solução 1) *b*) traz em si o problema das sentenças proferidas e trânsitas em julgado *entre* o início do vigor da lei inconstitucional e a publicação da resolução judicial constitutiva negativa. A solução tem de conciliar o tratamento da coisa julgada formal das resoluções judiciais anteriores (*princípio da preclusão*) e a eficácia *ex tunc* da sentença constitutiva negativa.

C. *De iure condendo*, a concepção dos sistemas jurídicos em que não se declara a inexistência, nem se decreta a nulidade da lei, também é criticável ; revela mesmo certo distanciamento em relação a *ideal* de técnica jurídica da plenitude lógica ou construção inteiriça dos ordenamentos jurídicos.

Estatuindo-se que *apenas se não aplique* a lei inconstitucional, *admite-se* que ela tenha *incidido*. Exemplo : a Constituição veda o imposto *a* ; a lei adotou-o. *Em verdade*, ao fazer a lei, o Poder Legislativo exorbitou, e o seu ato, sendo contra a Constituição, não é lei. Os sistemas jurídicos que estamos a criticar reputam-no lei "inconstitucional" quando, em boa lógica, a "lei inconstitucional" *não seria* lei. Ora, ou *a*) a lei inconstitucional não incidiu, porque incidira a Constituição, ou *b*) se deu a revogação da Constituição pela lei, o que é absurdo, ou *c*) houve duas incidências de leis ordinárias, e caímos na mais grave das contradições *in adiecto*.

Bastariam essas considerações para se assentar que a técnica constitucional tem de ser aperfeiçoada até se evitar o absurdo e a contradição, causa de antinomias que aparecem na doutrina e são peculiares aos sistemas jurídicos do tipo "sòmente se deixa de aplicar a lei inconstitucional".

Seriam de bom êxito as seguintes regras constitucionais :

Os tribunais e juízes têm de conhecer da inconstitucionalidade das leis, a pedido dos interessados ou de ofício. Aos membros do Ministério Público cabe o dever de argüi-la ou de defender o texto atacado.

A resolução judicial do Supremo Tribunal Federal afirmativa sôbre a inconstitucionalidade das leis tem de ser publicada pelos jornais em que o texto apreciado foi oficialmente publicado, ou em que teria de ser publicada a lei que a revogasse, no mesmo lugar em que se inserem as leis. Daí em diante não mais é preciso levantar-se a questão da inconstitucionalidade.

As sentenças proferidas antes de ser publicada a resolução judicial afirmativa da inconstitucionalidade são rescindíveis por violação de direito em tese, no prazo de cinco anos.

CAPÍTULO V
TÉCNICA DE REFORMA E EMENDA DA CONSTITUIÇÃO

Alguns legisladores acreditavam em que fôssem eternas as leis que haviam ouvido em revelação *(e.g.*, os "Dez Mandamentos"), ou eles mesmos haviam feito. Ainda há os que pensam existir e poderem ser descobertas regras eternas. Se atendemos a que êsse adjetivo *eternas* se refere à existência do homem, e não à da vida, e a que a vida mesma pode acabar, já vemos quão relativo é o seu conteúdo. Em todo caso, uma vez que há algo de *imutável* no homem, é possível que algumas regras sejam — enquanto existam homens — as melhores *para êles*. O mal da escola do direito natural não foi o de pesquisar êsse algo, o que teria sido trabalho de altíssimo valor ; mas o de postular, falsamente, que muitas normas seriam *universais* e *perenes*.

1. Mutabilidade das Constituições

A·regra é que as leis mudem e possam mudar. Os legisladores que diziam eternas as Constituições que redigiram, cedo mostraram terem sido vítimas de intemperante otimismo. Tôdas elas caíram.

Pimenta Bueno, no seu *Direito Público Brasileiro* (1857), dizia (485 s.) : "As melhores e mais perfeitas leis são obras dos homens, e por isso mesmo serão imperfeitas como seus autores. Embora sejam as mais apropriadas às circunstâncias da sociedade, ao tempo em que são decretadas, essas circunstâncias mudam ; a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém

importantes, nas idéias, costumes e necessidades sociais, revoluções que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais". Viu bem a diferença entre o *cerne imutável* e as outras *regras constitucionais.* Viu também que o não se cogitar da reforma ou revisão constitucional sòmente deixaria "o recurso fatal das revoluções".

Pode parecer que se deveria dizer que se *reforma* a Constituição quando se lhe alteram, no máximo, todos menos um dos enunciados constitucionais (regras jurídicas constitucionais). Porém, se lhe mudam todos êles, reforma ainda há, e não supressão seguida de outra Constituição.

Observe-se, ainda, que a reforma de todos os preceitos da Constituição, com a mudança da regra sôbre reforma, não equivale à supressão, porque a regra da reforma foi seguida e se assegurou, a despeito da alteração total, a continuidade. *Reforma* e *revisão* são sinônimos. (A distinção entre *reforma* das regras constitucionais e *reforma* da Constituição seria equívoca ; porque Constituição é o conjunto das suas regras, ainda que tôdas venham a ser diferentes — uma vez que se tenha observado a sua regra de reforma ou de revisão —, inclusive se se alterou, de acôrdo com a Constituição, essa mesma regra).

A reforma ou revisão pode ser total, se ao poder reformador (constituinte de segundo grau) é dado, no momento, mudar tôdas as regras jurídicas constitucionais, ou parcial, se só se lhe conferiu mudar alguma regra ou algumas regras. Tem-se chamado à reforma parcial *emenda*.

2. Poder Constituinte e Poder Reformador

Alguns juristas identificam o *poder constituinte* em senso estrito e o *poder de reforma* ou *de emenda da Constituição* (A). Tal confusão é danosa. O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras inconstitucionais. Tudo que êle elabora é *Constituição*, uma vez que o elaborou com êsse propósito. Muito diferente é o que se passa com o *poder revisional* ou *reformador*, ou *emendador*. Êsse está adstrito a regras concernentes à reforma ou à emenda, bem como, quase sempre, a limitações do objeto da reforma ou da emenda. Não se pode, todavia, a pretexto de se repelir essa equiparação, ir ao extremo oposto (B) de considerar *atividade legislativa* simples a atividade do poder reformador ou emendador.

Com a opinião A), W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen* (*Sôbre a revisão das modernas Constituições estatais*), 75. Com a opinião B), Carl Schmidt, *Verfassungslehre*, 98.

Em verdade, trata-se de poder constituinte de segundo grau C). A sua competência foi regulada pela Constituição e, provàvelmente, pela deliberação que serviu de iniciativa da reforma ou da emenda (determinação do tempo e objeto da reforma ou da emenda).

3. Mutações da Constituição

Desde que se estabeleceu a Constituição, pode ocorrer :

a) *Destruição, no tempo, do poder estatal*, que é mais do que destruição do poder constituinte. Por exemplo : se ao povo cabe o poder estatal, como em teoria está assente no direito das gentes contemporâneo e, por plebiscito, êle o entrega à oligarquia (dita aristocracia), conservando a intervenção plebiscitária ; mas, se a oligarquia o despoja do poder de intervenção plebiscitária, dá-se a destruição do poder estatal *popular*, a favor do poder estatal *oligocrata*. Assim, o fechamento da Assembléia Constituinte, sem se tirar ao povo o direito de criar outra Assembléia Constituinte, é destruição do poder constituinte sem destruição do poder estatal. Se e quando os princípios supra-estatais forem precisos e suficientemente rígidos, nenhum caso *a*) poderá ocorrer ; porque será ineficaz, ou nulo, ou inexistente, perante o direito das gentes. O princípio "O poder estatal pertence ao povo" existe no direito das gentes, mas faltam-lhe *guarda* eficiente e *rigidez*. Enquanto não se estabelece essa guarda e essa rigidez, a distinção entre os casos *a*) e os casos *b*) é possível, o que tem escapado aos tratadistas da teoria da Constituição, por não serem rigorosamente científicos, principalmente não serem baseados em lógica contemporânea, os seus estudos.

b) *Destruição, no tempo, do poder constituinte* : a *existentia fluens* da Constituição, que é o poder constituinte em sua projeção do passado para o presente, e do passado e do presente para o futuro, ou cessa, ou se desfaz, desde o passado (*ex tunc*). Não há mais, ou não houve Constituição, porque o poder mesmo, que a ditou, estancou, desde agora, *ou* se diluiu desde o nascedouro, no passado. Donde ser possível a *destruição do poder constituinte*, desde o presente (*ex nunc*), ou desde algum momento anterior ao ato destrutivo (*ex tunc*), não sendo necessário que se opere desde o início da sua atividade legislativa constitucional. Trata-se, portanto, de nomatomia, radical quanto ao órgão do poder estatal, mas, temporalmente, ou radical (*in praeteritum*), ou não-radical (desde certo momento no passado, posterior à incidência, ou desde agora).

c) *Supressão da Constituição*, desde agora, ou no pretérito, sem destruição do poder constituinte, *a fortiori* do poder estatal : *a*) pela adoção de outra Constituição, por ato do próprio poder constituinte ; *b*) pelo golpe de Estado, convocando o poder constituinte que fizera a Constituição. O poder constituinte subsiste. Há, pois, *descontinuidade de Constituição* e *continuidade do poder constituinte*. Tal caso mostra que se pode suprimir a Constituição, portanto agir *inconstitucionalmente*, se bem que se não suprima o poder constituinte (separação entre o *produto* do órgão e o órgão).

d) Reforma ou revisão constitucional da Constituição, isto é, de acôrdo com as regras jurídicas da Constituição mesma quanto à reforma ou revisão, ou com violação delas (reforma ou revisão *inconstitucional* da Constituição).

A reforma ou revisão tem a sua *técnica*, que vai *a*), do simples procedimento para a elaboração das leis ordinárias, de modo que a distinção "lei constitucional — lei ordinária" depende da adjetivação que se deu às regras elaboradas ou da sua atuação intertemporal em relação aos textos constitucionais anteriores, até *z*) à formação de outra Assembléia Constituinte (poderes para total revisão), desde que se não suprimiu a Constituição. Antes de *z*) está *y*), que é o caso da "assembléia nacional", que se reúne para reformar parte da Constituição. Nenhum dos casos de *a*) a *z*) pode ser concebido com o lapso constitucional, isto é, com algum momento de descontinuidade constitucional entre a nova regra constitucional ou a nova Constituição e a Constituição anteriormente vigente.

Por isso mesmo é costume dizer-se que, se houve reforma ou revisão, ainda que nenhuma expressão reste da anterior Constituição, a Constituição é a *mesma,* reformada (a mesa de estilo a que se substituíram, uma a uma, tôdas as peças ou pedaços, continuaria de ser a mesma mesa). A regra de reforma, tendo sido respeitada, assegura a *permanência* da Constituição.

a) Uma das variáveis para a gradação de *a*) a *z*) é o procedimento para a *convocação* da Assembléia reformadora ; *e.g.*, proposição por dois terços das duas Câmaras, ou pelos corpos legislativos de dois terços dos Estados-membros (Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, art. V).

b) Segunda variável é o procedimento para a iniciativa da reforma, que ora se associa ao procedimento para a convocação da assembléia reformadora "deliberante", ora não.

c) Outra variável é a ratificação, quer pela mesma assembleia (noutro momento, ou no mesmo), quer por outro corpo, inclusive o Presidente da República, se pode vetar a reforma, ou o povo, pelo plebiscito ou referendo (Constituição suíça de 29 de maio de 1874, arts. 118, 119, 123).

d) Outra variável é ainda a exigência de *quorum* para a reforma (não se confunda com a exigência de *quorum* para a iniciativa ou para a convocação ; maioria absoluta, dos dois terços, repetição da votação em momentos separados, votação global e parcial, unanimidade dos presentes, etc.).

e) Nos Estados federais, a alteração de parte ou de tôda a Constituição pode dar-se sem reforma do laço federal. Não se modifica, portanto, a estrutura externa do Estado, não se sobe ao plano do direito das gentes, onde, se há um só Estado, não se *vê* o que pertence à ordem jurídica interna. Se a reforma implica a do laço federal, *ou* 1) se marcha para o Estado unitário, *ou* 2) se manteve, no pacto federal, pluralidade de Estados, a que serve a exigência de participação autônoma na reforma, *ou* 3) já se estava em concepção da federação sòmente de técnica constitucional interna. Se 3), então ou o laço federal era cerne inalterável, expressão que adiante estudaremos (regra ou regras teòricamente imutáveis), e no plano dos fatos "mudou", supressa a Constituição, ou era norma constitucional reformável e foi reformada.

f) *Suspensão da Constituição ou de algumas das suas regras*. Ou a suspensão é contrária à Constituição mesma e então há supressão temporária, sem destruição do poder constituinte e, *a fortiori*, do poder estatal ; ou a suspensão é na conformidade de alguma ou algumas regras constitucionais, e então apenas consiste em aplicação da Constituição mesma.

g) *Violação da Constituição* ou, melhor, *das regras jurídicas constitucionais*: — *a*) *In casu*. Aqui, não se nega a Constituição, ou alguma das suas regras, infringe-se. Não há supressão da Constituição, nem de qualquer dos seus textos ; mas apenas infração no caso, ou nos casos determinados. *b*) *A título de interpretação*. Isto é, quando se legisla, ou se julga, ou se executa, como se a Constituição dissesse o que se exigiria para se poder legislar, julgar, ou executar, como se legislou, julgou ou executou. A diferença entre *a*) e *b*) repousa em que, em *a*), não se nega a regra da Constituição, ao passo que, em *b*), a afirmação da existência da regra ou da inexistência da regra importa em negação da Constituição tal como deveria ser interpretada : infringe-se *em geral* ; no fundo, altera-se a Constituição sem se observar o que ela mesma estatuiu para ser alterada.

4. Procedimento para a reforma

O procedimento para a reforma da Constituição pode estar previsto ou regulado, ou não estar previsto nem regulado.

a) É simplesmente previsto quando alguma regra constitucional alude, por exemplo, à lei especial que fixe o *quorum* para a reforma. Nesse caso, não se pode reformar a Constituição, sem que primeiro se legisle sôbre o *quorum* para a reforma.

À regra constitucional é dado referir-se a outras normas que devam ser formuladas, como a fusão das Câmaras para a reforma e as emendas, ou sòmente para aquela, ou a não fusão, ou a iniciativa, a vitabilidade, a dupla ou tripla votação na mesma ou em duas ou três ou mais sessões legislativas, ou com intervalo maior.

b) O procedimento diz-se regulado quando a Constituição mesma estabelece o que é de mister para ser reformada ou emendada. Enquanto, nos casos de procedimento simplesmente previsto, a infração da regra de procedimento é infração da lei e, pois, ilegal a reforma ou emenda, a infração da regra de procedimento inserta na Constituição é infração da constituição mesma. A distinção tem conseqüências práticas quando, por exemplo, a infração da lei pode ser apreciada por todos os tribunais e a infração da regra constitucional sòmente por algum dêles, ou por outro corpo incumbido da guarda da Constituição, ou sujeita a trâmites ou outras exigências especiais à apreciação.

c) Se a Constituição não prevê nem regula o procedimento para a reforma ou emenda, sòmente a formação e funcionamento de outra assembléia idêntica à assembléia constituinte pode assegurar a identidade da Constituição, como todo, através do tempo. Por isso mesmo, sempre que a Constituição é lacunosa a respeito, se há de entender que só se *continua* a projeção temporal do poder constituinte e se *confirma* a identidade da Constituição quando se tem como "previsto e regulado" o procedimento que serviu para a formação e funcionamento da assembléia constituinte. Isso não quer dizer, porém, que, ainda nesses casos, a assembléia reformadora seja "poder constituinte", no sentido estrito.

Do que acima se enunciou resulta : 1) que, tendo sido poder constituinte o monocrata ou a oligocracia (*e.g.*, Constituição brasileira de 1937), se ela não houvesse previsto nem regulado o procedimento para a reforma, o órgão reformador seria o monocrata ou a oligocracia. Uma vez que o previu e regulou, a reforma ou emenda da Constituição por parte do parlamento ou assembléia — ainda que eleita essa, ou aquêle, sob os mais estritos princípios da eleição popular — é apenas mantença do ato monocrata ou da oligocracia. Ou se transfere para o povo o poder constituinte ou se prossegue no respeito do ato monocrático ou oligocrático : o povo continua relegado à segunda plana ; ainda deposto o monocrata, ou eliminada a oligocracia, não foi restituído ao povo o poder estatal.

Ainda na prática, enquanto subsiste a Constituição monocrática ou oligocrática, a monocracia respira, através de outras figuras, ou a oligocracia ligeiramente modificada permanece, mediante compromissos secretos ou mal disfarçados. Foi o que se deu com a sobrevivência dos restauradores do trono português ditos restauradores de Pedro I (continuístas de 1831), a despeito do 7 de setembro de 1822. A Constituição outorgada de 1824 fôra transação entre Portugal e Brasil, contra a Assembléia Constituinte, isto é, contra a entrega do poder estatal ao povo, o que só se deu em 1891 e 1934. A revolução de 1930 e o golpe de 1937 reproduzem 1824 (regressões).

O golpe de 1945 foi a forma disfarçada do continuísmo de 1831, com a diferença de ser, cm 1831, a continuidade *monocrática* e em 1945 a *oligocrática*. No fundo, o mesmo : a luta contra o povo, através de dança de quadrilha tipo imperial em que aos *changez de place* e aos *balancez* não faltaram, sequer, os visos de verdade dos insultos recíprocos combinados e a aparência das discordâncias.

A solução *a*), que apenas prevê procedimento especial para a reforma da Constituição, denuncia imperfeito conhecimento da técnica constitucional por parte do legislador constituinte, porque tal competência para reformar ou emendar não é, de modo algum, idêntica à competência para fazer leis. A solução *b*) já corrige essa deficiência e tem por assunto constitucional o que constitucional é. Bastaria isso (ajustamento entre o *dado* e o *construído*) para se recomendar como solução melhor. Quanto à solução *c*), ressalta-lhe o caráter de *lacuna* da Constituição, com tôdas as dificuldades de interpretação.