PODER CONSTITUINTE: UMA CATEGORIA AINDA VÁLIDA EM NOSSOS DIAS?

CONSTITUENT POWER: STILL A VALID CATEGORY IN OUR DAYS?

Hugo César Araújo De Gusmão

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Através da abertura da Constituição para o exercício do Poder Constituinte Originário, e do fenômeno da integração internacional, como fatores da evidente diluição da distinção entre o ato de criação e de reforma do texto constitucional, busca-se situar o questionamento acerca da validade contemporânea da categoria "Poder Constituinte" para o Direito Constitucional. Para tanto, são utilizados os conceitos de paradigma, ciência normal e anomalia, no sentido de estabelecer um marco teórico para a análise, que se centraliza em duas experiências constitucionais distintas, a brasileira e a espanhola, como campos de estudo a partir dos quais procura-se estabelecer uma indagação com validade aplicável a outros fenômenos semelhantes.
Palavras-chave: Constituição. Poder constituinte. Reforma constitucional. Integração internacional.

Abstract: By analyzing the aperture of the constitution to the exercise of the Constituent Power, and the phenomenon of international integration, as factors of clear dissolution of the difference between the creation and the reformation of the constitutional content, we aim to establish a question on the contemporaneous validity of the category "Constituent Power" to the Constitutional Law. In this perspective, we make use of the concepts of paradigm, normal science and anomaly, in order to establish a theoretical landmark in our analysis, which is centered in two different constitutional experiences, the Brazilian, and Spanish ones, as fields of study from which we try to create a question applicable to other similar phenomenon.
Key Words: Constitution. Constituent power. Constitutional change. International integration.

1. Introdução

Este trabalho tem como objeto a categoria "Poder Constituinte" e sua validade científica contemporânea. Almejamos, com esse estudo, estabelecer um questionamento relativo ao cabimento desta categoria como elemento teórico que viabiliza a leitura dos fenômenos que se passam num plano constitucional nos nossos dias. O ponto de chegada, portanto, não será o desenvolvimento de nenhuma afirmação teórica conclusiva no sentido de abalar a força vinculante que esta categoria ainda mantém no âmbito do Direito Constitucional, senão o correto estabelecimento da questão sugerida.

Utilizaremos, como marco teórico da nossa argumentação, os conceitos desenvolvidos por Thomas Kuhn, de ciência normal, paradigma e anomalia. Também faremos uso, como ponto de partida, e com caráter instrumental, do conceito de Constituição desenvolvido por Konrad Hesse.

Para tornar factível nosso objetivo, desenvolveremos uma análise panorâmica da Teoria do Poder Constituinte, atribuindo-lhe o caráter de paradigma do Direito Constitucional, com especial referência à distinção entre o Poder Constituinte Ori-

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba, Mestre em Ciências da Sociedade, doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca – Espanha.

ginário e a competência reformadora da Constituição, como cerne desse paradigma. Em seguida, partindo do específico para o genérico, tentaremos caracterizar anomalias nesse paradigma. Para tanto, selecionaremos dois fenômenos distintos, de caráter ou implicações constitucionais, comuns a dois ordenamentos jurídicos também distintos. O primeiro fenômeno refere-se à abertura do procedimento de revisão constitucional para a manifestação do Poder Constituinte Originário. Neste âmbito, utilizaremos como dados empíricos os fenômenos constitucionais espanhol e brasileiro. Aquele, por permitir uma revisão total da Constituição, este, por apresentar uma Constituição decorrente de tal abertura. O segundo fenômeno diz respeito ao processo de integração internacional. A análise pertinente a este último far-se-á desde um ordenamento como o brasileiro, cuja Constituição se abre para a dimensão internacional, mesmo sem um contexto que a force nesse sentido, e desde outro, como o espanhol, cuja Constituição se vê premida por um processo de integração vertiginoso que, no momento em que escrevemos esse texto, se encontra em fase (questionável) de franca constitucionalização. O trabalho divide-se, assim, em três partes: uma digressão acerca das categorias epistemológicas que manusearemos ao longo da argumentação, a exposição do paradigma, e a sugestão das anomalias que anunciam sua crise. Na primeira delas, pertinente à exposição das noções fundamentais que constituem a espinha dorsal da nossa argumentação desenvolveremos uma breve exposição do arcabouço conceitual constante do pensamento de Thomas Kuhn, cuja transposição faremos para este trabalho. Em seguida, faremos uma delimitação histórico-conceitual sucinta da Teoria do Poder Constituinte como paradigma do Direito Constitucional. Na terceira parte, analisaremos os fenômenos constitucionais que caracterizaremos como anomalias. Após esta etapa, explicitaremos os problemas decorrentes dos fenômenos contemporâneos salientados para a estabilidade teórica da categoria "Poder Constituinte", propondo, ao fim, o que nos parece o questionamento mais correto relativo ao tema.

2. Prolegômenos

O nascimento da ciência moderna representa uma ruptura com uma visão de mundo pautada numa postura contemplativa do ser humano em relação ao universo. O caráter experimental, introduzido por Galileu e universalizado desde então, denota essa nova postura. A partir do momento em que nasce a ciência experimental, o homem adquire uma postura ativa, provocando a natureza em busca de respostas às suas indagações. O avanço vertiginoso que, em seis séculos, fez com que a sociedade moderna não se parecesse com nenhuma outra anteriormente existente no planeta tem o determinante influxo desse desenvolvimento científico, que parece nos dizer que nada do que fora feito antes de Galileu efetivamente era Ciência.

É esse desenvolvimento científico o que constitui a preocupação central de Thomas Kuhn na clássica obra *The Structures of Scientific Revolutions*. Neste ensaio, Kuhn analisa a ciência sob uma perspectiva não acumulativa, sugerindo que seu avanço se dá impulsionado por rupturas que denomina revoluções científicas.

Para compreender seu raciocínio é imprescindível a apreensão do conceito nuclear de paradigma. A formação do paradigma é o desfecho de um processo através do qual se logra a unidade teórica num determinado campo do conhecimento. Quando um conjunto de explicações para determinados problemas pertinentes

a um ramo do conhecimento, pautadas em fundamentos metodológicos diversos, alcançam uma unidade em torno de uma teoria unificadora, tem-se a formação de um paradigma (Kuhn, 1973).

Aquilo que conceitua como Ciência Normal tem profunda relação com a noção acima exposta de paradigma, já que este não fecha em definitivo as possibilidades de expansão teórico-explicativas. Na verdade, a ciência normal —compreendida como a "(...) pesquisa firmemente baseada em uma ou mais conquistas científicas, conquistas reconhecidas por uma determinada comunidade científica por um período como suficiente para a fundação de uma prática duradoura" (Kuhn, 1973: p. 10) — desenvolve-se exatamente no rastro deixado pela unidade forjada pelo paradigma. Essa unidade, por seu turno, permite o surgimento de lacunas denominadas enigmas (*puzzles*) (Kuhn, 1973). Enquanto vige o paradigma à resolução de enigmas se dedica a comunidade científica. A relação, no entanto, é dialética. Tais enigmas, embora não se caracterizem propriamente por revelarem novidades para um determinado ramo do saber, apresentam certa rigidez no que concerne à sua apreensão teórica, e, enquanto uma determinada comunidade científica trata exclusivamente de solucioná-los, a ciência normal não sofre abalos, e o paradigma permanece intacto (Kuhn, 1973).

Muito embora esta seja a situação ao longo da maior parte do tempo no âmbito da pesquisa científica, fatalmente revelam-se certas imprecisões, que são desconsideradas inicialmente, mas cuja repetição, através de descobertas, ou através de uma lenta acumulação de incorreções ou inadequação entre a realidade e as leituras teóricas que dela são feitas, as revelam como anomalias (Kuhn, 1973). Tais anomalias, acumulando-se, acabam por colocar em risco a estabilidade do paradigma. Esta situação de ruptura assemelha-se ao contexto pré-paradigmático, porém, eventualmente sucumbe em favor do surgimento de uma nova teoria unificadora, e, por conseguinte, da formação de um novo paradigma. Neste momento a ciência normal sofre uma fissura e se fragmenta, provocando o que Kuhn denomina revolução científica.

É possível sugerir a transposição desta exposição epistemológica para o âmbito da nossa argumentação? Acreditamos que sim pelas seguintes razões: nossa análise destina-se a propor um questionamento pertinente à crise de uma categoria central do Direito Constitucional. Talvez não haja na dogmática constitucional um ponto nevrálgico tão sensível e determinante para a eficácia de todo o rol de garantias proporcionado pela Constituição como a doutrina do Poder Constituinte. Partindo do seu conteúdo se estabelece a força vinculante da Constituição, que irradia seus efeitos por todos os demais ramos do direito, e condiciona nossa própria visão de mundo como juristas. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que seria exagerado tratar de uma revolução científica no âmbito do Direito moderno. Salientamos, no entanto, que não é nossa intenção sugerir a existência de um contexto que conduza ao que Kuhn chamaria de revolução científica, muito embora isso não nos pareça absurdo quando tratamos de crise de significado de categorias no âmbito do Direito Constitucional, um ramo dogmático para o qual converge, e do qual partem todos os demais ramos dogmáticos da Ciência Jurídica. Não vamos responder à sugestão de ocorrência de um contexto de revolução científica no âmbito do Direito, sequer no que concerne ao Direito Constitucional, porém, é nossa intenção transpor os conceitos acima expostos para a análise do tema sugerido para estudo neste trabalho, e expor o assunto sob a forma de paradigma, e anomalia, para, ao fim, situarmos nosso questionamento.

3. O Paradigma

O surgimento da primeira Constituição escrita, e por conseguinte, da primeira manifestação concreta do Poder Constituinte têm uma data precisa. O processo que dá ensejo a esses dois fenômenos políticos, no entanto, não é passível de ser datado com exatidão. Isso porque esse processo se confunde com o gradativo ocaso do absolutismo monárquico, a ascensão econômica, e subseqüente tomada de poder pela burguesia.

Essa modificação estrutural no âmbito do poder político provocará uma redefinição na dicotomia público/privado, gerando o que Hannah Arendt (1993) denomina esfera do social, onde passa a ocorrer a troca de patrimônio e o exercício do trabalho social. É nessa esfera onde vive o "burguês". É essa esfera que ele deseja criar, e que ele irá proteger. Para isso, erige um ordenamento jurídico, criado à sua imagem e semelhança, voltado para o esvaziamento da esfera pública, e a preservação da esfera do social. Ambos os objetivos são garantidos por um sistema jurídico pautado na idéia de limitação do poder em face do indivíduo, tanto no âmbito do Direito Privado, como no âmbito do Direito Público. Especificamente no que concerne a este último, esta limitação se manifesta através da enunciação de direitos inalienáveis — representando obstáculos negativos contra a ação estatal — e da formulação de Constituições, que retiram do âmbito da vontade e do humor de um rei, a estrutura e os limites do Estado, plasmando-os num documento escrito que formalmente exibe as fronteiras da ação estatal.

Uma outra preocupação fundamental, além da pertinente à limitação do poder político, era a do concreto estabelecimento de um novo governo. Porque, sobretudo a Constituição americana de 1787, representou o ponto culminante através do qual o povo constituiu um governo, e não o contrário, esta era uma questão central daquele processo. Daí a afirmação de Arendt (1988), de que, paradoxalmente, o que se almejava nas colossais rupturas de fins do século XVIII não era tanto a quebra do Antigo Regime, quanto o estabelecimento de uma nova ordem estável. Nesta tensão se localiza o fenômeno do Poder Constituinte, e sua primordial teorização. Na tensão que procura equilibrar a descontinuidade e a estabilidade políticas (Arendt, 1988).

As primeiras manifestações do que compreendemos hoje como Poder Constituinte Originário, e o advento das primeiras Constituições se encontram inseridos, portanto, neste processo de ruptura, confundido com a idéia de fundação da liberdade pública através da instauração de um governo republicano. A ânsia por liberdade pública — que consiste em "(...) participación en los asuntos públicos, o en la admisión en la esfera pública" (Arendt, 1988: p. 33) — como lema comum em ambos os movimentos pode esclarecer a preferência generalizada por uma forma republicana de governo, opção dos revolucionários na França e na América, já que, conforme destaca Arendt (1988), a forma monárquica não era incompatível com a libertação, senão com a liberdade. De ambos os eventos resulta a fundação de uma república moldada por um documento escrito, denominado Constituição, conseqüência comum entre ambos, e fato de grande relevância para o desenvolvimento político ocidental.

Os contextos sociais e políticos experimentados nestas duas tradições constitucionais, com a honrosa exceção da Inglaterra, submeteram as idéias centrais de ambos os momentos fundacionais — assim como a noção de supremacia constitucional e peculiar natureza do fenômeno que lhe dá ensejo — aos mais diversos condicionamentos. Não obstante, o período em que vivemos hodiernamente, denominado por

Giddens (1990) "Modernidade Radicalizada", ou "Alta Modernidade", se traduz politicamente na fórmula do Estado Constitucional. Um ordenamento político pautado por uma dimensão jurídica limitadora do poder e garantidora de direitos, compreendidos como fundamentais e universais, decorrente da manifestação da vontade popular. Assim é que assevera Canotilho (2002: p. 92): "Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado — e existem vários conceitos e várias justificações — só se concebe hoje como Estado constitucional. (...) O Estado constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático".

O Ocidente parece acomodar-se politicamente a essa idéia central, na medida em que a interpenetração político-econômica se radicaliza. Neste contexto, o fenômeno denominado "Constituição" adquire relevância maiúscula. Isso porque se torna exatamente o elemento que concretiza essa tarefa limitadora, e de certa forma, confere forma e conteúdo à noção de Estado Constitucional.

Dado seu caráter carregado em termos axiológicos, os fenômenos constitucionais podem ser analisados sob várias perspectivas. Naquela que adotamos nesse trabalho, cabe inicialmente abstrair do contexto sócio-político volatilizado que deu ensejo ao surgimento de tais fenômenos, para tentar refletir sobre eles sob uma ótica puramente conceitual. Assim, a definição de Constituição que vai pautar nossa análise, e da qual partimos para submeter a uma avaliação precisa a categoria "Poder Constituinte", é a oferecida por Konrad Hesse. Destacando como pressupostos do seu conceito de Constituição, a relação dialética entre unidade política e ordem jurídica — à qual responde aquela —, ao tempo em que salienta que na possibilidade e garantia de um processo político livre, na criação, estabilização e limitação do poder, estriba-se sua qualidade, sem olvidar os efeitos estabilizador e racionalizador de sua expressão por escrito, o autor afirma: "La Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales de debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. (...) Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto". (Hesse, 1992: p. 16).

Estabelecido desta forma, interessa-nos analisar agora o fenômeno que antecede e cria a Constituição. Assim é que nos deparamos com a categoria do Poder Constituinte. E se cabe uma pergunta, a esta altura de nossa argumentação, é a seguinte: o que exatamente se quer dizer quando se fala de Poder Constituinte?

A formulação elementar da pergunta pode conduzir, erroneamente, à compreensão de que a resposta guarda uma singeleza semelhante. Poder Constituinte é um fenômeno jurídico-político cuja manifestação resulta na criação da Constituição. O caráter bi-dimensional não deve passar despercebido. É uma categoria de máxima relevância para o direito e para a teoria política, e pode ser analisada sob ambas as perspectivas. Para o Direito Constitucional, sua relevância reside no fato de que dele se deduz a espinhal dorsal do constitucionalismo contemporâneo. Elementos tão comuns ao âmbito deste ramo dogmático do Direito, como o princípio de supremacia da Constituição, e a rigidez constitucional, que rege a reforma da Constituição, têm nesta categoria a sua condição de validade. Para usar uma terminologia "kantiana", o Poder Constituinte é uma verdadeira ca-

tegoria a priori do Direito Constitucional. Neste sentido, a definição de Böckenförde (2000: p. 163) é suficientemente ampla para destacar esse caráter germinativo do Poder Constituinte: "(...) el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede. Pero, cuando se manifiesta, influye sobre él y opera dentro de él según la forma que le corresponda actuar."

Enquanto categoria do Direito Constitucional, o Poder Constituinte se bifurca, abarcando, teoricamente, a criação e a reforma da Constituição. No que concerne ao primeiro fenômeno, tratamos de um Poder Constituinte Originário. Já em relação ao segundo, estamos diante de um Poder Constituinte Derivado. Por desencadear a ruptura da antiga ordem constitucional, estabelecendo o ordenamento sob novo fundamento de validade, o Poder Constituinte é compreendido como inicial e ilimitado juridicamente[1]. Por outro lado, o Poder Constituinte Derivado, manifestando-se conforme parâmetros advindos da vontade constituinte originária, se apresenta sob limitações expressamente estabelecidas.

Tendo sido criada no momento das rupturas revolucionárias do final do Século XVIII, a Teoria do Poder Constituinte assimila com perfeição a transição de poder político que se desloca da figura do Rei, para uma entidade despersonalizada, e traduz essa assimilação no dilema acerca da titularidade, que preocupava teóricos de antanho, como Rousseau (1969) e Sieyés (1973), e que, hodiernamente, apesar de se encontrar pacificada em termos formais, ainda é objeto de deliberação de constitucionalistas respeitáveis. Não obstante, hoje a opção clara é pela atribuição da titularidade do Poder Constituinte ao povo. Böckenförde (2000: p. 163, 165), chega inclusive a vincular a própria idéia de Poder Constituinte a essa concepção plural acerca da titularidade, ao salientar: "(...) el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. (...) El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo." Para delimitar, com maior precisão, este titular, a lição de Canotilho (2002: p. 65, 66), em consonância com a essência da argumentação de autor alemão, é bastante válida: "(...) hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo na actualidade, se entende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes."

Em verdade, o que cabe ressaltar, para a finalidade desse estudo, e que de certa forma já assinalamos, a esta altura de nossa argumentação, é exatamente a diferença básica que existe entre criação e reforma da Constituição. Sendo verdade, dado o dinamismo da realidade, que a renovação da força normativa de uma Constituição ocorre a cada minuto — à semelhança do *devenir dinámico* a que se refere Schmitt (1982) em uma dos significados que atribui ao conceito absoluto de Constituição, ou mesmo conforme a *voluntad de Constitución* a que se refere Hesse (1992), à qual subscreve Böckenförde (2000), com outras palavras —, de modo que normatividade e factidade nunca devem estar radicalmente dissociadas para não por em risco a força vinculante da Constituição, abrindo as portas à mutação constitucional[2], é também verdade que a própria Constituição, em regra, traz, nas suas próprias disposições,

as considerações acerca da sua reforma, de modo a compatibilizar tanto a garantia como a adaptação do texto às exigências de caráter os mais diversos possíveis.

É esse o calcanhar de Aquiles da ordem constitucional. Aqui já não cabe vacilar no momento de balizar com clareza solar as distinções entre o poder de criar e a competência de reformar a Constituição. O próprio Böckenförde (2000) salienta a importância desta distinção, como fator que serve à canalização da magnitude política do Poder Constituinte, logrando-se, com esta distinção o reforço da validade normativa da Constituição, o reconhecimento da necessidade de existência de um poder supremo, e a restrição da incidência do Poder Constituinte.

Por não ser a única maneira de operar câmbios na Constituição, cabe estabelecer o conceito de reforma constitucional. Karl Löwenstein (1964: p. 165) afirma que "(...) el concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución. (...) La Reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido."

Pedro de Vega (1985: p. 21, 22), por seu turno, situa a reforma constitucional no cerne do dilema decorrente do conflito entre soberania popular e soberania da Constituição, destacando sua relevância para o Estado Constitucional: "Como solución a este patético dilema y, en definitiva, como punto de confluencia y lugar de encuentro de toda la problemática que suscita el antagonismo entre los supuestos políticos y jurídicos en que descansa el Estado constitucional, aparece la técnica de la reforma constitucional, de la que innecesario resulta ponderar su significación e importancia. (...) Lo que con ella se pretende salvar es tanto el principio político democrático como el principio jurídico de supremacía constitucional, configurando un poder especial entre el poder constituyente originario y el poder constituido ordinario (...)."

Evidentemente, já não se trata, aqui, de um processo incondicionado ou ilimitado. Os parâmetros nos quais se opera a reforma constitucional são, em regra, bem demarcados pela própria Constituição. À diferença desta, que não encontra seu fundamento de validade numa norma jurídica superior, senão na própria vontade que anima o Constituinte Originário, as normas constitucionais derivadas do procedimento de reforma têm, na própria Constituição, o seu fundamento de validade. Este procedimento — que congrega funções que vão desde a adequação entre a realidade jurídica e a política, até a de desempenhar o papel de instituição básica de garantia (De Vega, 1985) — como veremos em seguida, diante de dois casos concretos, segue os ditames estabelecidos no próprio texto, tendo nestas amarras processuais, circunstanciais ou materiais, a principal característica que o diferencia do exercício do poder constituinte. Numa metáfora que teremos a liberdade de utilizar, o Poder Constituinte é um fenômeno dionisíaco, enquanto a reforma constitucional é um fenômeno apolínico. As dimensões do poder constituinte são, predominantemente a política, nas causas, e jurídica nas conseqüências, enquanto, no âmbito da reforma constitucional, são, predominantemente jurídicas, tanto nas causas como nas conseqüências.

Assim nos diz, em uníssono, a mais respeitada doutrina acerca do tema, com pouquíssimas notas dissonantes. Ilustraremos nossa análise, em seguida, com dois exemplos distintos de procedimentos de

reforma constitucional. O primeiro deles constante da Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, e o segundo, constante da Constituição espanhola, promulgada em 1978. Tais exemplos servirão para trazer a um plano empírico nossas ilações anteriores, além de representarem pontos de partida para a construção de um questionamento de tudo o que foi afirmado até o momento nesse trabalho.

4. A Anomalia

4.1. O Procedimento de Reforma Constitucional no Brasil e na Espanha

4.1.1. Uma Herança Comum?

Antes de adentrarmos na análise dos procedimentos de reforma constantes de ambos os sistemas, cabem algumas considerações preliminares, que servirão a argumentações posteriores.

Brasil e Espanha têm tradições constitucionais relativamente distintas, muito embora suas Constituições estejam bem inseridas na etapa mais recente do constitucionalismo contemporâneo. São evidentes as diferenças pertinentes à forma de Estado e de Governo, e ao regime de governo. O Brasil é uma República Federativa, enquanto a Espanha é uma Monarquia Constitucional Parlamentar, adotando, como divisão espacial do poder, a fórmula do Estado Autonômico. Para além das diferenças, no entanto, cabe uma semelhança que transcende o ponto de vista puramente jurídico-dogmático. Na verdade, se há distinções e similaridades mais relevantes, elas certamente não se encontram no texto constitucional, e sim na tessitura do contexto que compunha e cercava a realidade brasileira e espanhola quando dos respectivos exercícios do Poder Constituinte Originário, em ambos os casos. A grande semelhança reside no fato de que, tanto o Brasil quanto a Espanha, ao promulgarem suas Constituições, encerravam um longo interlúdio autoritário. No caso espanhol, o momento fundacional representado pela Constituição foi ponto culminante de uma delicada transição do "franquismo" para uma organização política democrática (Perez-Royo, 1994). Processo este que não se concluía apenas com a nova Carta Magna, como ficou provado com o fracassado golpe de Estado em 1981, mas que, com ela, dava um passo determinado no sentido de uma abertura definitiva. No Brasil, da mesma maneira, a Constituição, promulgada em 1988, representava o encerramento formal de duas décadas de governos militares autoritários, e o ponto final de uma transição iniciada dez anos antes, com uma abertura gradual e a subseqüente mobilização social que reivindicava a plenitude dos direitos políticos. Como documentos fundacionais, portanto, as Constituições espanhola e brasileira representaram a coroação de uma transição. Dada a intensidade das correntes políticas em franca oposição num debate que sucedia um amplo período autoritário, o exercício do Poder Constituinte, em ambos os casos, representou predominantemente um compromisso pela abertura e pela democracia, e uma composição de forças antagônicas, numa fórmula que viabilizava o exercício das liberdades e a limitação do poder do Estado. A grande diferença, no entanto, de uma Constituição para a outra, reside também em fatores extrajurídicos, que, todavia, são externos, e não internos. Diz respeito ao contexto internacional que cercava o Brasil e a Espanha. Se no primeiro caso, não há o que se destacar de forma significativa, no segundo, a realidade da integração européia representava um elemento extremamente atrativo para um país que se abria para seus pressupostos de integração. Nesse contexto, enquanto a realidade que pautava o

exercício do Poder Constituinte, no Brasil, assimilou o insulamento, no caso espanhol, ao contrário, o debate constituinte assimilou a aglutinação.

Feitas estas considerações, e sem perder de vista que a inferências posteriores retornarão inevitavelmente a este ponto, passemos à análise concreta dos procedimentos de reforma consagrados em ambas as Constituições.

4.1.2. A Reforma Constitucional no Brasil

A Constituição Federal brasileira prevê, no seu artigo 59, I, como tipo normativo que encabeça o processo legislativo, a emenda constitucional. Inicialmente pode causar estranheza o fato de emendas constitucionais, que são, essencialmente normas que compõem a Constituição, figurarem no que esta denomina "processo legislativo". Vale frisar, no entanto, que há uma razão de ordem lógica para que assim o faça. As emendas constitucionais têm como seu fundamento de validade a própria Constituição, e embora sejam incorporadas ao texto como normas constitucionais hierarquicamente equivalentes às normas originárias, são passíveis de controle de constitucionalidade em relação a estas, e ao contrário destas, podem ser declaradas inconstitucionais (BRASIL, STF. ADI 466, Relator: Ministro Celso de Mello, 1991).

Sendo a emenda constitucional o tipo normativo que expressa a alteração da Constituição, cabe destacar que o texto constitucional promulgado em 1988 consagrou, a rigor, três vias — que não eram reciprocamente exclusivas — para sua modificação. A primeira, de caráter genérico, regulamentada no artigo 60. As demais, sujeitando-se à transitoriedade dos seus exercícios. Assim, a segunda via, estabelecida pelo art. 2°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, previa a realização de um plebiscito para a escolha da forma (República ou Monarquia) e do regime (Presidencialismo ou Parlamentarismo) de governo, em setembro 1993. A terceira, e última, também regulamentada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no seu artigo 3°, e também representando uma exceção à regra, determinava a realização de uma revisão constitucional, sujeita a um procedimento próprio, após cinco anos, contados da promulgação da Constituição.

Cumpridas as duas últimas modalidades em 1993, com a realização do plebiscito que confirmou as decisões políticas plasmadas no texto constitucional cinco anos antes, e da revisão constitucional, da qual resultaram seis emendas, denominadas emendas constitucionais de revisão, e que obedecem a uma numeração distinta das demais, sobrou como único rito permanente, aquele regulamentado no artigo 60, da Constituição.

Este dispositivo constitucional estabelece limitações de ordem processual (CFB, Art. 60, I, II, III, §§ 2°, 3° e 5°), circunstancial (CFB, Art. 60, § 1°) e material (CFB, Art. 60, § 4°, I, II, III e IV). As primeiras são perceptíveis na regulamentação das variadas etapas pelas quais passa uma proposta de emenda: iniciativa, discussão, votação, quorum e promulgação. Em termos puramente formais, é por esse tipo de limitação que se concretiza o elemento técnico da rigidez constitucional. Ademais, como forma de garantir a Constituição contra abalos na normalidade democrática, o Constituinte foi mais além, e preservou de mudanças formais, o texto constitucional durante a vigência das três circunstâncias que denotam essa anormalidade: a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio. Finalmente, assomam como último tipo de limitação, as de ordem

material, conhecidas, na doutrina brasileira, como "cláusulas pétreas". São âmbitos normativos que, pela sua relevância para a ordem política, permanecem fora do escopo do legislador para modificações que sobrevenham com caráter restritivo. Não são os dispositivos expostos nos incisos do parágrafo 4° do Art. 60, cláusulas pétreas de per si. Estabelecem, ao contrário, uma referência a assuntos delineados noutros artigos da mesma Constituição. Assim é que, a forma federativa de Estado, além de encontrar amparo principiológico no Art. 1°, se encontra regulamenta desde o Art. 18, até o Art. 36, os direitos e garantias individuais, por seu turno, são previsto nos 77 incisos do artigo 5°, etc. Estes artigos específicos são as concretas limitações materiais, posto que sua exclusão, ou restrição em alguma medida, afrontará o disposto no Art. 60, da Constituição. Noutras palavras, o artigo 60, § 4°, I a IV, expõe o rol de temas que não podem sofrer restrição por ocasião de emendas constitucionais.

Ao singularizar-se no sistema constitucional brasileiro, após 1993, o procedimento previsto no Art. 60 transformou-se na única maneira de operar modificações no texto da Constituição. Além disso, passou a figurar como autêntica cláusula pétrea implícita, dado o elenco de limitações materiais que impõe, e também os procedimentos que opõe à tramitação de uma proposta de emenda constitucional.

Recentemente, por ocasião da Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, foi introduzida uma modificação de relevo no que tange a este tema. Acrescenta-se o § 3°, ao artigo 5° da Constituição Federal brasileira, com a seguinte redação: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988). Esse dispositivo acrescenta uma nova incógnita ao problema. Na verdade, sua introdução atende a uma antiga reivindicação doutrinária, conforme a qual a Constituição, já no seu texto originário, estabelecera uma cláusula de abertura, nos termos do Art. 5°, § 2°: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e do princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988).

Percebe-se que o que quis o Constituinte foi afirmar o caráter exemplificativo, e não exaustivo, dos direitos e garantias expressos na Constituição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, rejeitou de forma veemente o que hoje se encontra inserido, por via de emenda, no texto constitucional brasileiro. É bem verdade, por outro lado, que ao impor os procedimentos do Art. 60, como decantação do tratado ou convenção a que faz referência, o legislador assimilou parte das oposições, de modo a arrefecer a incompatibilidade entre este dispositivo da Emenda Constitucional n° 45 e o que já dispunha a Constituição. Teremos oportunidade, *a posteriori*, para sugerir alguns problemas que assomam deste cambio.

4.1.3. A Reforma Constitucional na Espanha

A Constituição espanhola prevê uma complexa sistemática de modificação do seu texto. O tema encontra-se disposto no seu Título X. A regulamentação sobrevém, num primeiro momento pelas disposições contidas do Art. 166 ao 169. De imediato, no entanto, é feita referência ao apartados

1 e 2, do artigo 87, através do qual se pode chegar ao rol dos órgãos que dispõem do poder de iniciativa de reforma constitucional, cabível ao Governo, à Câmara dos Deputados e ao Senado[3].

Em seguida, são estabelecidos dois procedimentos distintos para a mudança do texto constitucional. Ambos têm caráter puramente formal, ou seja, em termos expressos não é possível, partindo da leitura deste Título X, concluir pela existência de limitações de caráter material ao poder de reforma no sistema constitucional espanhol. O primeiro destes procedimentos encontra-se plasmado no Art. 167[4], estabelecendo um rito que submete o projeto de reforma à aprovação do Congresso dos Deputados e do Senado, com a exigência de um quorum de três quintos, em cada uma. No caso de dissenso, cria-se uma Comissão que intentará a composição, apresentando um texto a ser votado novamente. Não sendo alcançada a aprovação, torna-se esta possível com o voto da maioria absoluta, no Senado, e da maioria de 2/3 no Congresso. Ao final, abre-se ainda a possibilidade de sujeição do projeto de reforma constitucional a um referendum facultativo, em relação ao qual Pedro de Vega (1985: p. 144, 145), salienta dois aspectos: "Primero, que porque el referéndum no es obligatorio, es perfectamente lógico admitir la posibilidad de reformas constitucionales sin ratificación popular. La reforma aparece entonces como una operación llevada a cabo exclusivamente por las Cámaras.(...) En segundo lugar, es igualmente incuestionable que, porque el referéndum no actúa de elemento legitimador, su única función es de garantía. Con él se intenta proteger a las minorías frente a posibles e hipotéticos abusos de las mayorías parlamentarias, que encontrarán en l'appel au peuple el freno más efectivo a cualquier veleidad de convertirse en poder constituyente y soberano."

Por outro lado, o Art. 168[5], da Constituição espanhola prevê um segundo procedimento, ainda mais complexo e dificultoso, que diz respeito à revisão total da Constituição, ou de caráter parcial, que porventura afete ao Título Preliminar, aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, ou à Coroa. Neste caso, o projeto de reforma estará sujeito a uma aprovação inicial de dois terços, em cada Câmara, e subseqüente ratificação desta decisão, interrompidas por uma dissolução de ambas as Casas. A essa etapa, segue o estudo do texto do mesmo, e aprovação final do seu conteúdo por dois terços dos membros de ambas as Casas, para, em seguida, submetê-lo a um referendum, para ratificação. O procedimento do Art. 168 é de uma rigidez ímpar, sendo bastante justificável a observação de Pedro de Vega (1985: p. 148), ao afirmar que "(...) el mecanismo es tan complejo y políticamente tan costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás."

De certa forma, a complexidade de ambos os procedimentos de reforma consagrados na Constituição espanhola, traduzem uma certa resistência à modificação do texto constitucional, por razões que não cabe aqui sugerir. Mais que as causas, os efeitos dessa resistência são passíveis de aferição, quando se percebe que, após 27 anos, só uma alteração foi introduzida na Constituição. Diz respeito ao direito de sufrágio passivo, contido no Art. 13.2. Esta modificação decorreu de uma incompatibilidade entre o Tratado de Maastricht e o texto promulgado em 1978. A reforma foi canalizada pelos artigos 93 e 95, cláusulas de abertura explícitas, que prevêem tanto a cessão do exercício de competências derivadas da Constituição a organizações ou instituições internacionais, como a reforma constitucional enquanto instrumen-

to de assimilação de conteúdo constante de tratados que porventura conflite com a Constituição.

Passaremos, a seguir, às considerações acerca dos problemas que desses dois exemplos concretos, o caso brasileiro, e o caso espanhol, assomam para a categoria "Poder Constituinte" nos nossos dias. Problemas que são suscitados a partir desses dois exemplos como referências empíricas, mas que, em nenhuma hipótese, como demonstraremos, revelam-se adstritos unicamente a eles.

4.2. A Reforma Constitucional como Forma de Exercício do Poder Constituinte Originário

Ambas as tensões a que se sujeita o paradigma que expusemos anteriormente, decorrem de fenômenos que provocam uma indistinção entre o poder de criar a Constituição, e a competência de reformá-la. Se o fio de Ariadne para um correta apreensão do Direito Constitucional assenta-se nesta diferenciação, tais anomalias sugerem um contexto de crise. Considerando os exemplos expostos anteriormente, vamos tratar da primeira delas, que consiste na abertura do procedimento de reforma para o exercício do Poder Constituinte Originário.

As Constituições brasileira e espanhola revelam um contexto que possibilita indagações neste sentido. E, de certa forma, fazem-nos refletir se o período de uma distinção tão evidente entre o exercício do Poder Constituinte e o da competência reformadora não tem comunicabilidade com o constitucionalismo contemporâneo.

A Constituição brasileira, embora não contemple, no seu texto, a abertura para o exercício do Poder Constituinte Originário por dentro do exercício do procedimento de reforma constitucional, resultou de um processo semelhante.

No ocaso do último dos governos militares, a sociedade brasileira vivenciava uma expectativa democrática em decorrência da exaustão do regime autoritário. O grande dilema residia na transição. Cabia efetuar uma transição com ares de composição, posto que o próprio regime propusera a abertura política desde a segunda metade da década setenta. A forma para efetuar esta transição, de modo o mais cândido possível, foi a de prever o exercício do Poder Constituinte Originário por dentro do procedimento de reforma constitucional. Neste sentido, veio à tona a Emenda à Constituição de 1967 n° 26, de 27 de novembro de 1985, com o seguinte texto: "Art. 1º Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 24 de janeiro de 1967).

O fato chama atenção por várias razões. O procedimento de reforma constitucional, à época, não era aquele que expusemos anteriormente, já que estava em vigência uma Constituição anterior, datando de 1967. Porém, o elemento de rigidez jazia no texto em vigor, e em nenhum de seus artigos é possível deduzir a permissão, ou a mais breve menção à convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Assim, temos uma situação esdrúxula: um exercício do Poder Constituinte Originário resultante da manifestação do Poder Cons-

tituinte Derivado, e definido, formalmente, por uma Emenda Constitucional. A grave perturbação doutrinária, que este fato causa, tem ressonância no próprio fundamento democrático da Constituição de 1988, cuja Assembléia Constituinte era parcialmente composta por congressistas eleitos indiretamente[6]. Por outro lado, sujeita às mesmas limitações processuais a que se condicionava a competência reformadora, constantes do Art. 51, da Constituição de 1967, pode-se afirmar, sem receios, que a Constituição de 1988 é uma Emenda Constitucional à Constituição de 1967.

Noutro extremo, temos a previsão do Art. 168, da Constituição espanhola, que estabelece a possibilidade de revisão total do texto. É verdade que o procedimento previsto neste dispositivo, poderia caracterizá-lo como uma tarefa hercúlea, ao invés de mera reforma constitucional. Porém, é sintomático o fato de constar, do próprio texto da Constituição, a previsão de uma reforma total, sobretudo quando se leva em consideração o fato desta Constituição não expor, explicitamente, uma série de limitações materiais ao poder de reforma. Se tais limitações existissem, a previsão do Art. 168 poderia ser considerada dentro dos parâmetros de uma reforma constitucional, no pleno sentido deste termo. Porém, sem as contenções expressas proporcionadas por tais limitações, o que se prevê, no conteúdo do Art. 168, é uma típica abertura, pelas entranhas do procedimento de reforma, para o exercício do Poder Constituinte Originário. Inevitavelmente, esta constatação nos conduz à singela pergunta que jazia por detrás do debate norte-americano acerca da natureza da Federação, às vésperas da Guerra da Secessão: pode uma Constituição prever sua própria dissolução?

Acerca do conteúdo deste dispositivo constitucional, Fernando Garrido Falla (1985: p. 2.412) argumenta o seguinte: "De otra parte, el concepto de reforma total plantea algunos problemas, pues evidentemente, esta expresión no puede entenderse en el sentido de que haga falta la sustitución de todos y cada uno de los artículos de la Constitución. Opinamos que la reforma total se produce desde el momento en que se intenta realizar una modificación sustancial de sus diversos sectores. (...) Incluso puede decirse que es superflua la alusión a la reforma total, pues en cuanto se produzca una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección 1.ª, del Título I, o al Título II, debe observarse el mismo procedimiento que para aquélla."

Resta clara, no entanto, pela exegese do Art. 168, a cristalina distinção entre reforma total e reforma parcial da Constituição, intermediadas que foram, no texto, por uma conjunção alternativa, de modo que não cabe colocar palavras na boca do Constituinte[7]. É verdade que a previsão de revisão total do texto Constitucional está contida numa norma originária, e que, neste sentido, não há dúvidas de que — considerando-se a ilimitação jurídica do Poder Constituinte Originário — seu cabimento não suscita questionamentos. Por outro lado, a conseqüência que decorre do Art. 168, cujo conteúdo Pedro de Vega (1985) considera uma alternativa à inclusão de cláusulas de intangibilidade constantes de Constituições como a brasileira, é o advento de uma "cláusula de auto-dissolução", já que o termo "revisão total", diante da inexistência de barreiras explícitas de caráter material, e do que determinam os artigos que viabilizam a rigidez constitucional (CE, Art. 167, 168 e 169), não passa de uma mitigação semântica para a exposição do texto constitucional ao exercício do Poder Constituinte Originário, sob as vestes de reforma constitucional.

É possível perceber que ambos os fenômenos caminham para uma conver-

gência no que concerne a esta primeira manifestação de anomalia. A Constituição brasileira, a permanecermos no campo da dogmática, pode ser caracterizada como uma emenda constitucional à Constituição anterior, de 1967. Por outro lado, é exatamente esse o tipo de fenômeno viabilizado pelo Art. 168.1 da Constituição espanhola.

A primeira anomalia, portanto, se circunscreve à manifestação do Poder Constituinte por dentro do processo de reforma constitucional. Essa manifestação pode adquirir a conformação de um fato que conduza à norma, como no caso brasileiro, no qual a transição política conduziu à previsão constitucional de uma Assembléia Constituinte, ou de uma norma que conduza a um fato, como é o caso da Constituição espanhola, Art. 168.1. Em qualquer uma das hipóteses, cabe ressaltar que tal anomalia fica reduzida a uma fórmula normativa, que denominaremos "cláusula de auto-dissolução"[8]. No caso brasileiro, a Emenda Constitucional n° 26/85, no caso espanhol, o dispositivo já mencionado.

A anomalia, dessa maneira, se manifesta de forma evidente por investir contra a distinção fundamental entre Poder Constituinte Originário e a competência reformadora da Constituição, que adquire a conformação de um paradigma que vertebra não só o Direito Constitucional, mas a Ciência do Direito como um todo. Além disso, afeta categorias mais essenciais como as de validade, vigor e eficácia. Como acomodar tais categorias a fatos de tal natureza? Se a validade de uma emenda está sujeita à Constituição, como pode a emenda revisar totalmente a Constituição, sem se transformar ela mesma numa nova Constituição? Ou ainda, como pode uma emenda instituir o procedimento para o exercício do Poder Constituinte Originário?

Mesmo que, abstraindo desse fato, que é anomalia endógena, consideremos que não há uma séria ameaça ao paradigma, tal placidez não parece mais ser possível ao contemplarmos a natureza da anomalia exógena.

4.3. Integração Internacional e Integridade Constitucional

Um outro fenômeno que afeta diretamente e de forma mais contundente a estabilidade do paradigma aqui exposto é o da intensificação da interpenetração entre Estados soberanos. Não se trata necessariamente de uma novidade. Na verdade, o fenômeno é tão antigo quanto o próprio advento do Estado-nação. Como elemento da dimensão institucional da modernidade, este se configura num contexto de expansão. Assim é que salienta Giddens (1990: p. 67): "The sovereign power of modern states was not formed prior to their involvement in the nation-state system, even in the European state system, but developed in conjunction with it. Indeed, the sovereignty of the modern state was from the first dependent upon the relations between sates, in terms of which each state (…) recognized the autonomy of others, within their own borders."[9] A novidade, no entanto, se trata do grau de institucionalização alcançado por tal fenômeno, dada sua intensificação após a Primeira Guerra Mundial, e, sobretudo, após a Segunda Grande Guerra. Deste último evento, assomaram decisões em escala mundial, no sentido de conferir contornos institucionais mais sólidos a essa aproximação e coordenação necessárias entre os Estados. Quase como conseqüência imediata do conflito que inaugurou o uso bélico da energia atômica, nasce a Organização das Nações Unidas, juntamente com instituições financeiras decorrentes das conversações de Bretton Woods, tais como o Fundo Monetário Internacional, ou o Banco Internacional para

a Reconstrução e o Desenvolvimento. O contexto da Guerra Fria ensejaria a formação de alianças militares da qualidade do Pacto de Varsóvia e da OTAN. Por outro lado, na Europa, apenas seis anos após a Segunda Guerra Mundial, tinha início o processo de integração[10] que hoje suscita as mais significativas fissuras no paradigma constitucional.

Se há uma certa afobação quando se fala de relativização de soberania, não se pode negar, no entanto, que gradativamente o constitucionalismo se aproxima de uma etapa de forçosa revisão de suas categorias. Diante da intensificação dos processos antes mencionados, e do advento de novas instituições que fomentam a coordenação entre os Estados, resta saber como deve se comportar a Constituição nacional. Este questionamento é cabível porque, muito embora tenhamos salientado o surgimento quase concomitante do Estado e das relações entre os Estados, o certo é que as Constituições, sobretudo as primeiras, não foram elaboradas olhando-se para fora, e sim, para dentro. Esta característica de insulamento não foi ainda superada, razão pela qual, diante da intensificação do processo de coordenação entre os Estados, é no âmbito constitucional onde residem os mais significativos problemas.

Ambas as Constituições aqui destacadas enfrentam o fenômeno acima descrito. Há, todavia, sensíveis diferenças no que concerne ao contexto no qual cada uma delas está inserida, e na forma como esse contexto incide sobre sua integridade.

No caso brasileiro, em face da inexistência de um quadro intenso e desenvolvido de integração regional, a Constituição Federal, conforme texto originário promulgado em 1988, revela algumas falhas evidentes, em virtude de uma hesitante atitude em relação a possíveis processos desta natureza. A primeira delas se manifesta já no âmbito dos princípios fundamentais. Ao definir os princípios que norteiam as relações internacionais, plasmou-se, no Parágrafo Único do artigo 4°, o seguinte: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988) A segunda se concretiza no Art. 5°, § 2°: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988). Uma outra falha decorre dos artigos 84, VIII, e 49, I: "Art. 84, VIII. Compete privativamente ao presidente da República: (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; Art. 49, I: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988) Finalmente, a última falha que cabe ressaltar, resulta dos vários procedimentos de reforma constitucional, aqui já salientados. Qual o resultado desse leque de dispositivos constitucional?

Em matéria de delimitação do lugar do Brasil no âmbito das relações internacionais, o texto originário da Constituição de 1988 foi uma verdadeira caixa de Pandora. Em primeiro lugar, como se percebe, é conferida uma rigidez sem cabimento ao processo de integração ao qual estaria vinculado o Brasil. Ao invés de manter

esse assunto em aberto, dado o dinamismo constante das relações internacionais, e a razão de Estado, que pode justificar o alinhamento a uma ou outra organização internacional, e ignorando os repetidos fracassos anteriores de integração latino-americana, consagrou-se a decisão de manter o Brasil vinculado a uma fantasmagórica comunidade latino-americana de nações.

O problema mais grave, no entanto, se encontra nos dispositivos seguintes. O artigo 5°, § 2° estabeleceu um avançado contexto em matéria de direitos fundamentais. Pelo seu conteúdo, se percebe claramente que o rol de direitos e garantias constante dos seus 77 incisos é meramente exemplificativo, posto permitir inequivocamente, a inserção de normas relativas ao tema, num parâmetro constitucional. Se os direitos listados na Constituição "não excluem outros decorrentes" de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque em relação ao tema, a Constituição foi amplamente inclusiva. Esta avançada tomada de posição conflitava com uma rigidez constitucional que não contemplava a hipótese de inserção, em nível constitucional, de normas advindas de tratados internacionais, juntamente com singelas referências constitucionais ao rito de celebração e referendo de tais instrumentos, respectivamente pelo Presidente da República, e a Câmara dos Deputados. Tal contexto opôs parte da doutrina à jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que, ignorando o comando do Art. 5°, § 2°, confirmava a soberania nacional, mesmo diante de um conteúdo mais libertário constante de um tratado internacional, como foi o caso da rejeição de parte do conteúdo do Pacto de San José de Costa Rica (BRASIL, STF. HC 79870, Relator: Ministro Moreira Alves, 2000).

Em dezembro de 2004 sobreveio uma reforma constitucional, que prevê o acréscimo do § 3° ao Art. 5°, com o seguinte texto: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988).

Em primeiro lugar, cabe salientar que este acréscimo afeta menos o alcance dos Direitos Fundamentais do que o procedimento de reforma constitucional. Ao invés de formar parte do Art. 5°, tal parágrafo caberia como uma luva no Art. 60, já que altera o procedimento de reforma da Constituição, acrescendo uma nova possibilidade. Criam-se, assim, dois problemas: o primeiro, de caráter político, o segundo, doutrinário.

O problema de caráter político relaciona-se com o tema do déficit democrático, muito em voga no processo de integração europeu. Quando a Constituição atribui a iniciativa de emenda constitucional ao Presidente da República, não determina que seja o próprio Presidente quem elabore o texto. Pelo contrário. A Presidência da República está dotada de um órgão de assessoria e representação jurídica (CFB, Art. 131), previsto na própria Constituição, e responsável, fatalmente, pela elaboração de uma proposta de Emenda constitucional que porventura seja encaminhada à Câmara ou ao Senado. O procedimento de elaboração de um tratado, no entanto, está sujeito a uma coordenação que efetivamente foge ao controle da população. Em primeiro lugar, porque o tratado não decorre unicamente do liame povo – Presidente da República. Na equação que conduzirá à aprovação de um tratado internacional, há ao menos duas incógnitas que não estão previstas no texto da Constituição: o corpo

diplomático que negocia o tratado, que não representa a vontade popular, e as partes signatárias que, por outro lado, o condicionam a seus próprios interesses.

Não resta dúvida que, por força da Emenda Constitucional n° 45/04, restou parcialmente solucionada a questão da assimilação do tratado relativo a direitos humanos ao elemento técnico da rigidez constitucional. Porém, ao ser fechada uma porta, foram abertas outras. Se quem participa na elaboração do texto do tratado são os membros do corpo diplomático brasileiro, não deveriam ser previstos como assessores do Presidente, à semelhança do que ocorre com o Advogado Geral da União? Por outro lado, se a elaboração de tratados acomoda outras partes que condicionam o seu resultado, não estaria uma possível norma constitucional, sujeita à influência de entidades externas, ferindo assim o procedimento de reforma desejado e consagrado pelo Poder Constituinte Originário?

O segundo problema, por outro lado, de caráter doutrinário, diz respeito ao paradigma antes mencionado. A permissão, através de uma Emenda constitucional, de inserir tratados internacionais relativos a direitos humanos no mesmo nível hierárquico de normas constitucionais, ao concluir a formalização de uma abertura proporcionada pelo Art. 5°, § 2°, institucionaliza o que parece ser uma verdadeira competência reformadora advinda de fora. Esse fato pode ser graficamente ilustrado, à semelhança do caso do Pacto de San José de Costa Rica, na hipótese de uma norma que amplie direitos fundamentais, revogando o conteúdo da própria Constituição. O tratado, nos termos do § 3°, acrescido ao Art. 5°, não estaria sujeito ao procedimento de discussão, não poderia ser objeto de modificação do seu conteúdo, exatamente porque não é um instrumento elaborado internamente, e sendo aprovado, derrogaria artigos do texto constitucional. Nesta hipótese, ao contrário da Constituição espanhola, que no seu Art. 95.1 prevê a prévia conformação do texto constitucional a um conteúdo possivelmente contrário de um tratado internacional, autorizando inclusive, condicionalmente, a intervenção do Tribunal Constitucional, a Constituição brasileira praticamente institucionaliza um Poder Constituinte Derivado internacional sem peias, ao permitir uma reforma cujo procedimento se compõe de uma discussão levada a cabo por um número indefinido de entidades não necessariamente representativas da vontade popular e uma aprovação efetuada pelas Casas do Congresso Nacional.

A Constituição espanhola, por seu turno, revela um outro contexto. Em primeiro lugar, a abertura que, no caso brasileiro, acaba de institucionalizar-se com a Emenda Constitucional n° 45/04, foi introduzida por normas advindas do exercício do Poder Constituinte Originário. E, ainda que não nos mesmos termos, de certa maneira é contemplada já no Art. 10.2: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas matérias ratificados por España." A vinculação é inegável. O conteúdo desta norma, entretanto, pode ser compreendido de forma mais ampla, em consonância com os artigos 93 e 95, da mesma Constituição.

O Artigo 93[11] reflete o contexto que já circundava o país quando do exercício do Poder Constituinte. É um dispositivo através do qual se percebe uma abertura da Constituição, voltada especificamente para o processo de integração europeu (Garrido Falla, 1985). Seu conteúdo é muito claro, mas projeta problemas de relevante nature-

za constitucional. Transferem-se o exercício das competências, não as competências, em si mesmas. Por outro lado, não há uma rigidez da Constituição, em relação ao processo de integração a que está se referindo a norma. Neste último aspecto, percebe-se que o conteúdo do Art. 93 se adapta melhor ao dinamismo e pragmatismo das relações internacionais, não cometendo o deslize de calcificar, na Constituição, o processo de integração ao qual o país está ideologicamente, ou em termos fáticos, vinculado. Por outro lado, no que tange a que tipo de competência fica inserida neste contexto do Art. 93, Pablo Pérez Tremps (1994: p.43, 45) afirma com razão: "El silencio constitucional al respecto pone claramente de manifiesto que no existe límite alguno a la cesión del ejercicio de competencias por razón de su naturaleza funcional. (...) En la C.E., sin embargo, no parece que existan competencias no enmarcables en el artículo 93: las 'competencias derivadas de la Constitución' incluyen en su seno cualquier potestad ejecutiva, normativa o judicial."

Já o Art. 95[12], estabelece uma certa reserva ante uma possível antinomia derivada de um confronto entre um tratado internacional e a Constituição. Não inclui a possibilidade de celebração de um tratado internacional com disposições contrárias ao texto constitucional, porém, condiciona tal celebração a uma prévia reforma constitucional. O conteúdo do Art. 95 faz pela Constituição espanhola exatamente aquilo que deixa em aberto a Constituição brasileira, na hipótese de conflito entre o disposto num tratado e o que foi consagrado na Constituição.

Estabelecido, em linhas gerais, a maneira como a Constituição espanhola se posiciona ante o conteúdo dos tratados internacionais, cabe o seguinte questionamento: qual a conseqüência, para o paradigma já exposto, do confronto destes artigos com a realidade inevitável de integração européia?

Com o objetivo de responder este questionamento, cabe uma breve digressão acerca do estado da questão deste processo. Iniciada formalmente na década de 50, com os Tratados de Paris e Roma (Martin, 2005), a integração européia atinge, na atualidade, seu mais intenso grau de institucionalização. A partir do Tratado de Nice, em 2000, foram dados os primeiros passo que culminaram no Tratado de Roma, em outubro de 2004, que portava uma nomenclatura deveras original: "Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para Europa", ou como ficou conhecido fora dos meios técnicos, Constituição Européia.

Do ponto de vista estrutural, o Tratado é mais uma etapa de um processo que adquiriu uma configuração singular a partir do Tratado de Maastricht, em 1992 (Maus, 1999). Até o momento, se constitui no mais elevado grau de complexidade alcançado pelo que Pedro Cruz Villalón (2004: p. 18) chama de debate constitucional europeu, e cuja relevância para a Constituição espanhola, ressalta: "El debate, en cuanto desarrollado por supuesto en Europa, importa, no haría falta decirlo, por que es un debate que afecta a nuestra constitucionalidad, es decir, a nuestra cualidad de comunidad que en este momento es nacional o estatal, pero que podría pasar a ser más compleja, más, añadiria, de lo que en ocasiones ya es."

Do ponto de vista dogmático, o Tratado inaugura uma crise significativa no âmbito das categorias do Direito Constitucional, porque, entre outros efeitos, ataca talvez o que seja o calcanhar de Aquiles deste ramo jurídico, sendo ao mesmo tempo seu objeto, ou seja, afeta diretamente a questão ontológica mais aberta do Direito Constitucional: o conceito de Constituição (Villalón, 2004). Seus efeitos, no entanto,

irradiam-se para além da questão puramente conceitual, e, comportando-se como uma autêntica anomalia, no sentido já explicitado, abre uma fissura na comunidade científica, dividindo aqueles que defendem que a placidez teórica não sofreu tremores, e aqueles que indicam uma necessidade urgente de readaptação.

Encabeçada pelo elemento mais polêmico já aprovado ao longo de sua extensa duração, a integração européia engendra uma entidade dotada de Constituição sem ser um Estado. Provoca análises que em nenhuma hipótese podem ser consideradas cautelosas. Parece-nos, todavia, que é recomendável certa cautela. Neste sentido, cabe recapitular um questionamento já feito ao longo desta argumentação, que consiste na indagação acerca de nossa capacidade de compreender, sem fazermos uso de uma certa perspectiva, um processo que está em franca transição, ainda que esta transição já perdure por algumas décadas, em estado de aperfeiçoamento constante. Sabemos que há muito tempo o processo de integração europeu está governado pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. O primeiro deles "(...) significa que la Unión tiene que justificar que es necesario actuar en el nivel comunitario, que es más eficaz y que estamos ante un problema supranacional. Es decir, debe regular lo imprescindible y ante problemas que transcienden a las autoridades internas (...)." (Martín, 2005, p. 89). Por outro lado, a proporcionalidade implica que "(...) los medios que emplee la Unión deben ser proporcionados al objetivo que persiga. Cualquier carga, tanto financiera cuanto administrativa, que recaiga sobre los Gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos, deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcionada al objetivo que si desee alcanzar." (Martín, 2005: p. 92). Tais princípios encontram-se consagrados no texto da própria Constituição Européia, nos seus Artigos I-11.3 e I-11.4, precedidos pelo princípio de atribuição de competências, delimitado no Artigo I-11.2: "En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de límites de las competencias que le atribuen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objectivos que esta determina. Toda competencia no atribuída a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros."

Apesar da pressa acadêmica provocada pelo *status quo* da integração, atribuindo-lhe uma singularidade histórica, cremos que este argumento não tem cabimento. Basta observar o exemplo histórico representado pela lenta e gradual consolidação da unidade dos Estados Unidos da América (Hall, 1992). Estando ou não em transição na sua trajetória política (e este é um questionamento que não devemos solucionar neste trabalho), um fato inegável é que os efeitos desta institucionalização vertiginosa expõem às intempéries teóricas a posição da Constituição nacional e de seu paradigma (Villalón, 2004). O que nos reconduz ao questionamento anteriormente lançado.

Se por um lado a Constituição brasileira conduz à atribuição de competência reformadora a órgãos externos por falta de precisão terminológica de seus artigos, ainda que lhe falte um contexto que ponha à prova tal conteúdo, a Constituição espanhola nos parece viabilizar a mesma situação através de uma definição claramente extraída de seus artigos. Os conteúdos do Art. 93 e do Art. 95[13] conferem contornos constitucionais para o que parece claramente um Poder Constituinte Derivado Comunitário. Por que poderíamos sugerir o surgimento de uma tal categoria? Em primeiro lugar, porque o Art. 93 impede a possibilidade de transpor a competência

reformadora, em caráter definitivo, para instâncias comunitárias. O que se pode transferir é o exercício da competência, e não propriamente a competência, que permanece enraizada na Constituição nacional. Logo, neste caso, não poderíamos estar tratando de um Poder Constituinte Originário Comunitário. Na verdade, é duvidoso que a própria produção da Constituição européia possa caracterizar-se assim, já que o procedimento tem claras amarras na atribuição de competências por parte dos Estados. Para vislumbrar, neste caso, um procedimento constituinte originário, faz-se necessário abstrair de dois elementos que marcam a caracterização deste processo num âmbito nacional: seu caráter efêmero e subseqüente desaparição, e sua ilimitação jurídica formal. O suposto processo constituinte originário europeu, se é que existe, é permanente, e não difere, ainda, de uma competência revisora de seus tratados fundamentais (Villalón, 2004). Ao transferir o exercício de competências para possíveis instâncias comunitárias, mantendo, como asseveramos, as competências vinculadas ao Estado, a Constituição abre as portas para um procedimento de reforma que se encontra fora do Estado espanhol. Esta abertura se completa com o conteúdo do Art. 95, que autoriza a reforma da Constituição em caso de antinomia derivada do confronto entre seu texto e qualquer tratado internacional. Ora, uma leitura combinada do Art. 93, com o art. 95.1 só nos conduz à possibilidade de que parte da competência reformadora da Constituição espanhola foi transferida para instâncias comunitárias, o que provoca um verdadeiro acréscimo ao conteúdo do Título X. Some-se a este contexto, previsões contidas no "Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para Europa", em artigos como o I-5.2, ou I-6[14], e temos institucionalizado um verdadeiro processo de reforma da Constituição espanhola, alheio ao mecanismo disposto nos artigos 166, 167, 168 e 169 (Villalón, 2004). Mais que isso, numa Constituição como a espanhola, na qual as limitações materiais não estão expostas formalmente, praticamente todo o conteúdo da Constituição fica sujeito a uma competência reformadora que já não está adstrita às fronteiras do Estado espanhol, principalmente diante de normas que passam agora a figurar numa escala de fontes conforme o Art. I-33 do Tratado Constitucional (Villalón, 2004).

Percebe-se, portanto, que ambas as Constituições convergem para um mesmo contexto. Este contexto suscita a existência de um procedimento de reforma da Constituição que, ainda que mantenha o vínculo com o texto constitucional, simultaneamente é desenvolvido em instâncias que não são aquelas nas quais se situam os fenômenos diretamente decorrentes do texto constitucional. Esta é, dentre as anomalias expostas na nossa argumentação, a que mais riscos oferece ao paradigma vigente, pois transfere para um órgão externo, a capacidade reformadora, gerando sérias conseqüências para o "Poder Constituinte". A admissão de tal categoria obviamente exige um trabalho de depuração que não cabe desenvolver nos limitados parâmetros desta argumentação.

Satisfaz nosso objetivo, esclarecer que, neste aspecto, o paradigma que estrutura o constitucionalismo encontra-se frente a anomalias que atingem em cheio a própria idéia de integridade constitucional enquanto algo que deve ser preservado, em conformidade com determinações contidas no próprio texto constitucional. Quando fatos concretos suscitam a possibilidade de delineamento de uma categoria como a que destacamos anteriormente, é a própria integridade da Constituição nacional, resultado direto do exercício do Poder Constituinte, que expressa a vontade popular, que fica em risco.

5. Conclusões

Esperamos que ao final de nossa exposição tenha ficado bem situado o questionamento suscitado no título deste trabalho, que, fundamentado da maneira que aqui fizemos, possibilita suficiente abertura para outras perguntas problematizantes — pertinentes à relação entre estabilidade democrática e Poder Constituinte, à integração comunitária como fator de modificação do texto constitucional, às conseqüências da indistinção entre Poder Constituinte e competência reformadora, ao surgimento de categorias híbridas como o Poder Constituinte Derivado Comunitário — que poderiam servir como ponto de partida para pesquisas posteriores.

Neste momento cabe, todavia, responder uma última pergunta: estamos diante de uma revolução científica no Direito, no sentido "kuhniano" do termo? A resposta, obviamente, é negativa. No atual momento não é possível vislumbrar uma revolução científica sequer no âmbito do Direito Constitucional. Porém, não resta dúvida que o paradigma que vertebra o constitucionalismo encontra-se diante de anomalias deveras relevantes. Os dois fenômenos destacados ao longo deste trabalho revelam que há sérias discrepâncias entre aquilo que teoricamente se fala acerca do Poder Constituinte e o que, em termos fáticos, vem ocorrendo.

A tendência de que tais fenômenos, sobretudo o de integração comunitária, conduzam o Poder Constituinte a uma reestruturação, com isso afetando todo o Direito Constitucional, já não parece um panorama muito distante, a não ser que imaginemos possível que, ao invés de serem modificadas pela realidade, as idéias exerçam força vinculante sobre esta. Neste sentido, nos deparamos com anomalias no melhor sentido "kuhniano" do termo.

O estudioso do Direito Constitucional, conforme nossa perspectiva, não se depara, em ambos os casos, com singelos enigmas que são conseqüências do próprio estabelecimento do paradigma. Ao contrário, o que se configura ante ambos os fenômenos são situações que afetam várias Constituições, repetindo-se de forma idêntica em vários lugares simultaneamente, e que só oferecem duas soluções: ou ignoramos tais fenômenos, continuando a fazer uma leitura teórica da realidade, cada vez mais distante dos fatos concretos, ou encaramos o desafio de, ao invés de mudar as respostas, modificar os questionamentos, e, neste caso, assumir o estudo das anomalias, enfrentando a dificuldade intrínseca a todo período que sucede a fragmentação dos paradigmas, e aceitando o fato de que, como epílogo de nossos estudos, já não encontraremos respostas, senão novas e intrigantes perguntas.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Piados, 1993. 366 p.

_____. *Sobre la Revolución*. Madrid: Alianza, 1988. 297 p.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. 201 p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504 p.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. 183 p.

FALLA, Fernando Garrido [et ali]. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. 2503 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

GIDDENS, Anthony. *Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990. 186 p.

HALL, Kermit L. (ed.). *The Oxford Companion*

to the Supreme Court of the United States. New York: Oxford University Press, 1992. 1032 p.
HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 112 p.
JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 91 p.
KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970. 210 p.
LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. 539 p.
MARTIN, Araceli Mangas. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005. 239 p.
MAUS, Didier. *The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constitutional Power*, In: *National Constitutions in the Era of Integration*. Antero Jyränki (org.), London: Kluwer Law International, 1999. 204 p.
PAGÉS, Juan Luís Requejo. *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998. 165 p.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Madrid: Taurus, 1969. 148 p.
ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1994. 729 p.
SCHMMIT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982. 377 p.
SIEYÉS, Emanuel Joseph. *¿Que es el Tercer Estado?* Barcelona: Orbis, 1973. 126 p.
TREMPS, Pablo Perez. *Constitución Española y Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1994. 200 p.
VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985. 309 p.
VELASCO, Manuel Díez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 7. ed., Madrid: Tecnos, 1990. 483 p.
VILLALÓN, Pedro Cruz. *La Constitución Inédita*. Madrid: Trotta, 2004. 157 p.

NOTAS

[1] A idéia de ilimitação jurídica do Poder Constituinte Originário é polêmica. Autores de orientação tão diversa como J.J.Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002), Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (PINTO, L.M.S.C. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994), Benito Alaéz Corral (CORRAL, B.A. *Los Limites Materiales a la Reforma de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) e Juan Luís Requejo Pagés (PAGÉS, J.L. *Las Normas Preconstitucionales y el Mito del Poder Constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), suscitam objeções a essa idéia.

[2] O conceito de mutação constitucional pode ser esclarecido nas seguintes obras: JELLINEK, G. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, e DAU-LIN, H. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

[3] Constituição Espanhola, Art. 166: "La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87"; Art. 87. 1. "La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras; Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargada de su defensa."

[4] Constituição Espanhola, Art. 167. 1. "Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras."

[5] Constituição espanhola, Art. 168. 1. "Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo 2°, Sección 1ª del Título I o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación."

[6] Esta possibilidade resultava de uma série de medidas legislativas, incluindo a elaboração de uma série de emendas constitucionais, e seis decretos-leis, conhecidos historicamente como "Pacote de Abril", através das quais, entre outras medidas, o Presidente Ernesto Geisel, fechou o Congresso, ampliou o mandato presidencial de cinco para seis anos instituiu eleições indiretas para Governador de Estado e para um terço dos Senadores.

[7] Apesar de sua argumentação ser marcada por um empedernido conteúdo positivista e — amparada por um hábil manuseio da Teoria Geral do Direito — negar a existência de um Poder Constituinte propriamente dito, vale frisar a opinião de Juan Luis Requejo Pagés (Pagés, 1998: p. 107), num dos poucos pontos de sua obra em que não tenta dobrar a realidade em face de considerações teóricas: "Los únicos límites que cabe oponer al poder constituyente constituido son, en consecuencia, los expresamente queridos por el constituyente originario. Y estos se reducen a los que imponen uno u otro procedimiento de reforma (el simple y el agravado) en función de los preceptos constitucionales que hayan de ser objeto de revisión."

[8] A existência de cláusulas com conteúdo semelhante transcende os exemplos trabalhados neste texto. Como exemplos de tais dispositivos constitucionais podemos citar: Constituição Nacional da República Argentina, Art. 30; Constituição da República Oriental do Uruguai, Art. 331; Constituição da República do Paraguai, Arts. 289 – 291; Constituição da República Bolivariana de Venezuela, Arts. 340 – 350; Constituição da Suíça, Arts. 118 – 123.

[9] "O poder soberano do Estado moderno não se formou antes do seu envolvimento no sistema do Estado-nação, até mesmo no sistema europeu de Estado-nação, mas desenvolveu-se em conjunção com ele. Em verdade, a soberania do Estado moderno foi, desde o início dependente das relações entre Estados, no sentido de que cada Estado (...) reconhecia a autonomia dos outros, dentro de suas próprias fronteiras."

[10] Pablo Pérez Tremps (1994: p. 28, 35) oferece um balizamento preciso quanto à singularidade do processo de integração europeu e ao significado deste termo: "No obstante, como ya se ha apuntado, la comunidad Europea posee un elemento que la diferencia de otras organizaciones internacionales: la idea de integración como eje central de su relación con los Estados frente a la tradicional de cooperación. (...) La creación de las Comunidades Europeas ha supuesto que aparezca una nueva formula de relación internacional, dando lugar a lo que se ha dado en llamar 'organización supranacional'. El mecanismo que articula cada uno de estos modelos institucionales es también distinto; así, el principio de cooperación entre Estados se vincula a la tradicional organización internacional, mientras que la organización supranacional viene definida por la idea de integración."

[11] Constituição espanhola, Art. 93.: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión."

[12] Constituição espanhola, Art. 95.: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción"

[13] Cláusulas de abertura de conteúdo semelhante a estes dois artigos da Constituição espanhola se encontram também, entre outros, nos seguintes textos: Constituição da República Portuguesa, Art. 7.5, 7.6, 8°; Constituição alemã, Art. 23, 25; Constituição do Reino dos Países Baixos, Art. 91, 92; Constituição da Noruega, Art. 93; Constituição francesa, Art. 54, 88, 88-1, 88-2;

Constituição da Irlanda, Art. 29.4.3- 29.4.6; Constituição Nacional da República Argentina, Art. 75.24; Constituição da República Bolivariana da Venezuela, Art. 23.

[14] Tratado pelo que se estabelece uma Constituição para Europa: "Art. I-5.2. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión; Art. I-6. La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros."