

coleção
TextO
DIREITO

LUÍS RODOLFO DE SOUZA DANTAS

CLÁUSULAS PÉTREAS E DIREITOS HUMANOS

O NÚCLEO JUSFUNDAMENTAL
DA CONSTITUIÇÃO DE 1988


edifício

**CLÁUSULAS PÉTREAS E
DIREITOS HUMANOS**

**O NÚCLEO JUSFUNDAMENTAL
DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

LUÍS RODOLFO DE SOUZA DANTAS

Presidente da Fundação e Vice-Reitor	José Cassio Soares Hungria
Reitor	Luiz Fernando da Costa e Silva
Pró-Reitor Acadêmico	Edmo Alves Menini
Pró-Reitora de Extensão e Cultura e de Pós-Graduação	Maria Célia Soares Hungria De Luca
Pró-Reitora de Desenvolvimento e Relações Comunitárias	Mariana Soares Hungria
Pró-Reitora Administrativa	Luisa Giommoni
Editor Responsável	Luiz Fernando da Costa e Silva
Coordenação Editorial	Thais Novaes Cavalcanti
Comissão Editorial	Ana Maria de Pinho Maria Deosdédite Giaretta Chaves
Técnico Editorial / Projeto Gráfico / Diagramação	Rodolfo Rodrigues Domingos
Capa	Laurindo Sanchez Munhoz
Assistente Editorial	Érico Leon Amorina
Revisão	Maria Deosdédite Giaretta Chaves Luiz Eduardo Alves de Siqueira
Direitos reservados à EDIFIEO Editora da FIEO	<i>Campus</i> Vila Yara Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco 06020-190 Osasco SP Brasil Fone 11 3651 9980 www.unifieo.br edifieo@unifieo.br

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo

Dantas, Luís Rodolfo de Souza

Cláusulas pétreas e direitos humanos: o núcleo jusfundamental da Constituição Brasileira de 1988/ Luís Rodolfo de Souza Dantas. – Osasco : EdifIEO, 2016
252p.

CDU 342(81)

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco
Branco 06020-190 Osasco
SP Brasil

Campus Wilson
Av. Franz Voegeli, 1743
06020-190 Osasco SP Brasil

LUÍS RODOLFO DE SOUZA DANTAS

**CLÁUSULAS PÉTREAS E
DIREITOS HUMANOS**

**O NÚCLEO JUSFUNDAMENTAL
DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

OSASCO
EDIFÍCIO
2016

Sumário

PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	15
1 A CONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	21
1.1 Considerações gerais	21
1.2 Percurso do constitucionalismo	22
1.3 A Constituição escrita	29
1.4 A problemática da supremacia constitucional.....	33
2 O PODER CONSTITUINTE.....	47
2.1 As polissemias do poder	47
2.2 O poder constituinte originário	51
2.2.1 A natureza do poder constituinte originário	53
2.2.2 A titularidade do poder constituinte originário	60
2.2.3 O veículo do poder constituinte originário	61
2.2.4 O agente do poder constituinte originário	64
2.2.5 Legitimidade e limites materiais ao poder constituinte originário..	67
2.2.6 Características do poder constituinte originário	71
2.2.7 As formas de expressão do poder constituinte originário	72

2.3	O poder derivado.....	73
2.3.1	Espécies de poder derivado	75
2.3.2	Natureza do poder derivado.....	76
2.4.3	As características do poder derivado.....	77
3	O PODER REFORMADOR NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	79
3.1	Reforma, revisão e emenda no contexto constitucional brasileiro	79
3.2	Sobre o debate acerca de uma nova revisão constitucional da carta constitucional brasileira de 1988.....	86
4	LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	99
4.1	Limitações procedimentais.....	100
4.2	Limitações temporais	103
4.3	Limitações circunstanciais.....	105
4.4	Limitações materiais.....	107
4.5	Outras espécies de limitações ao poder de reforma	111
5	LIMITES MATERIAIS COMO GÊNERO CONSTITUCIONAL	113
5.1	Limitações ao poder decorrente dos Estados-membros da federação... ..	113
5.2	Limites materiais à mutação constitucional	122
5.3	Limites materiais e a problemática das normas constitucionais inconstitucionais.....	125
6	LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL	135
6.1	Perspectivas doutrinárias acerca da natureza dos limites materiais.....	135
6.1.1	Intransponibilidade dos limites materiais	136
6.1.1.1	Carl Schmitt e a criação do conceito “cláusulas pétreas”	137
6.1.1.2	Outros posicionamentos.....	140

6.1.2	Transponibilidade dos limites materiais.....	141
6.1.2.1	A contribuição de Ferdinand Lassale.....	145
6.1.2.2	O entendimento de Karl Loewenstein	150
6.1.3	Relevância relativa das normas sobre limites materiais.....	152
6.2	Limitações tácitas.....	157
6.2.1	A implicitude dos limites materiais	164
7	O NÚCLEO JUSFUNDAMENTAL PROTEGIDO NA	
	CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CLÁUSULAS PÉTREAS E	
	DIREITOS HUMANOS.....	165
7.1	Limites materiais em outras Constituições mundiais.....	165
7.2	A interpretação dos limites materiais ao poder de reforma	
	constitucional	168
7.3	Considerações sobre o artigo 60, parágrafo 4º e incisos da Constituição	
	Federal de 1988	178
7.3.1	Jurisprudência.....	184
7.4	A forma federativa de Estado	188
7.4.1	Jurisprudência.....	195
7.5	O voto direto, secreto, universal e periódico.....	198
7.5.1	Jurisprudência.....	201
7.6	A separação de poderes.....	204
7.6.1	Jurisprudência.....	207
7.7	Os direitos e garantias individuais	210
7.7.1	Jurisprudência.....	228
	CONCLUSÕES	233
	REFERÊNCIAS	237

PREFÁCIO

Foi com profunda satisfação e grande honra que recebi a incumbência de prefaciá-la esta obra, de autoria do Professor Doutor Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas, bacharel pela PUC/SP, mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Luís Rodolfo vem se revelando uma das mais brilhantes mentes da nova geração de constitucionalistas. Trata-se de jurista que domina várias áreas do pensamento jurídico, tem larga experiência docente, e representa um dos mais brilhantes professores do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, onde ministra a disciplina de Teoria dos Direitos Humanos.

O tema abordado nesta obra, agora editada pelo EdiFIEO - Editora Universitária do UNIFIEO - é dos mais relevantes não apenas para a compreensão do Direito Constitucional brasileiro, centrado em uma constituição rígida e suprema, mas principalmente para revelar o patamar hierárquico que os Direitos Humanos Fundamentais assumem no Brasil.

Pouco explorado em obras específicas, é tema que, nos dias presentes, torna-se de conhecimento obrigatório, especialmente tendo-se em vista as discussões que se vêm travando no Supremo Tribunal Federal em torno da concepção e dos limites dos direitos humanos fundamentais: o caso do aborto, do feto anencefálico, das cotas raciais, dos direitos das minorias, da redução ou nova conformação dos direitos trabalhistas, da menoridade penal, entre outros. Não se pode ignorar também a importância do tema frente à chamada Reforma Política e Partidária, que, provavelmente, em razão de reclamo popular, deverá ser examinada pelo Congresso e pelo Supremo Tribunal Federal, já que ambas encontram óbices plantados pelos direitos fundamen-

tais no próprio texto constitucional, razão pela qual exigirão cuidadoso exame dos limites materiais das emendas constitucionais frente às cláusulas pétreas. Lembre-se, também, que a sua problemática, tal como tratada nesta obra, acaba por se refletir no questionamento sobre o chamado “ativismo judicial”, entrevisto nas decisões de nossa Corte Maior, tema que esteve presente nos primórdios do exercício de controle de constitucionalidade levado a efeito pela Corte Suprema perante a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América e que ganha especial significado presentemente entre nós.

Toda essa gama de questões pressupõe e eleva, por certo, a temática da interpretação constitucional e da hermenêutica jurídica, matérias de amplo domínio do autor e da qual não pode escapar o jurista contemporâneo.

O autor enfatiza, com inteira propriedade, logo na Introdução, o *locus* ou o *status* das cláusulas pétreas no sistema constitucional pátrio, que identifica como [...] “se não a essência da Constituição – uma espécie de núcleo jusfundamental ir-reduzível às forças promotoras de reformas constitucionais, núcleo este fundado na ‘dignidade da pessoa humana’”.

Para a compreensão desse privilegiado *status* enfrenta - como não poderia deixar de ser - dois temas que, em rigor, constituem parâmetros ou premissas indispensáveis para qualquer discussão em torno das cláusulas pétreas: de um lado, a supremacia da constituição, e de outro, a concepção do poder constituinte, ambos tratados dentro da visão do Direito Constitucional clássico, moderno e contemporâneo.

O pensamento constitucional do autor começa a se delinear na concepção lançada logo no capítulo 1, no qual, em feliz síntese, trata da “construção da supremacia constitucional” para sedimentar-se no capítulo 2, no qual cuida do Poder Constituinte.

Em uma visão percuciente e analítica, após lembrar o histórico do nascimento da noção da supremacia constitucional, investe o autor em sua problemática, fixando as bases para a compreensão do termo contemporaneamente a partir “dos alicerces que iriam estabilizar a concepção de Constituição como lei dotada de supremacia material e formal”, de cuja concepção decorre “uma condição de constitucionalidade a que estão sujeitos todos os atos estatais”.

Fica evidente, nesta obra, que sem o conhecimento desse parâmetro primeiro não há como vislumbrar a noção e o *status* de uma cláusula pétrea, na forma em que adotada na Constituição brasileira, de modo original e sem correspondente em outras constituições contemporâneas. Ao tratar do outro parâmetro mencionado, o Poder Constituinte, enfrenta por primeiro a noção polissêmica de poder, para explorar, mais à frente, o ponto de chegada do poder na dogmática jurídica, examinando a natureza do poder constituinte originário - poder de fato ou poder de direito? – em seu modo de agir, legitimidade de sua obra, e seus limites, sem desprezar os valores intrínsecos à teoria do Poder Constituinte.

Como decorrência das noções traçadas sobre o Poder que constrói a Constituição, o autor analisa o Poder Reformador, que envolve, por necessário, a noção de reforma à constituição por emendas constitucionais, sua natureza, seus limites, enfim, toda a problemática do poder que busca legitimação para modificar a obra do constituinte. A resposta para esse questionamento exige percorrer noções de autores clássicos, modernos e contemporâneos. Assim, Tomás de Aquino, John Locke, Emanuel Sieyès, Ferdinand Lassale, Hans Kelsen, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Horácio Meirelles Teixeira, Paulo Bonavides, Nelson de Souza Sampaio, entre outros, têm suas contribuições para a interpretação do tema devidamente examinadas.

No exame dessa matéria não foge o autor de questões que estão na ordem do dia das discussões que se travam em torno das reformas constitucionais: examina, com percuciência, a problemática das mutações constitucionais e das mutações inconstitucionais e a projeção dos limites constitucionais às reformas das constituições dos Estados federados.

Considerando a aplicação dessas noções, o autor se debruça, para exemplo, sobre a jurisprudência demonstrando que não raro se vislumbra uma tendência a romper os limites postos pelas cláusulas pétreas. Nesse sentido, cita, para exemplo, a questão da PEC 554-A, de 1997, que pretendia simplificar o procedimento de emendas constitucionais, noção devidamente fulminada por Paulo Bonavides e Nelson de Souza Sampaio, entre outros.

Importante ressaltar que a questão das limitações do Poder de Reforma Constitucional - em seu viés material e formal - é examinada em profundidade pelo autor. É esse, permito-me ponderar, o tópico verdadeiramente relevante nesta obra, que, certamente, não poderá faltar na biblioteca de todos quantos se debruçam sobre temática tão importante do Direito Constitucional brasileiro.

Além de autores clássicos e modernos, alguns já citados, como John Locke, Emanuel Sieyès, Ferdinand Lassalle, Georges Burdeau, Leon Duguit, Maurice Duverger, Georges Vedel, Hans Kelsen e Carl Schmitt, e contemporâneos como Karl Loewenstein, José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Otto-Brun Bryde, Robert Alexy, Raul Machado Horta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Gilmar Mendes, Paulo Bonavides, Tércio Sampaio Ferraz, Celso Antonio Bandeira de Mello, entre outros, trazidos à colação pela contribuição que cada qual porta à essa temática, o autor examina farta jurisprudência sobre a matéria proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de enfatizar, nesse passo, o tópico sétimo do Poder de Reforma Constitucional, no qual o autor trabalha - e nisto está a principal originalidade de seu trabalho - o que denominou, já se disse e com inteira propriedade, de “núcleo jusfundamental protegido na Constituição brasileira: cláusulas pétreas e direitos humanos”.

Nesse tópico é que o autor lança, verdadeiramente, seu posicionamento em torno das cláusulas pétreas e a proteção efetiva e constitucional que essas emprestam aos direitos humanos fundamentais. Com efeito, em um primeiro momento, parte da indagação sobre se existem cláusulas pétreas em constituições contemporâneas e, como consequência, se nelas estão traçados limites materiais ao poder de reforma constitucional, anotando que poucas trazem essa matéria expressamente, pelo que o estudo comparado a respeito pouco adianta sobre a matéria. Em seguida, examina o tópico principal de suas considerações sobre a interpretação dos limites materiais ao Poder de Reforma Constitucional no Brasil, a partir da Constituição de 1988.

A “textualidade normativa do art. 60, § 4º, e incisos convida o estudioso do tema a adentrar no manejo prudente das mais diversas técnicas hermenêuticas”, explica Luiz Rodolfo. Citando excelente estudo que realizou sobre a interpretação constitucional para a afirmação dos direitos humanos, vertido em obra também pu-

blicada pela EdiFIEO (Evolução dos Direitos da Mulher – A Lei Maria da Penha, 2014), entre outras passagens, afirma não compactuar com aqueles que simplesmente ignoram os limites materiais do poder de reforma constitucional, sejam os parlamentares congressistas, seja o Supremo Tribunal Federal que, não raras vezes, afrontam tais limites.

Propõe-se o autor, então, não a analisar as implicações dos encontros e desencontros entre exegese e cláusulas pétreas, que exigiria uma pesquisa à parte, mas firma sua proposta no sentido de iniciar uma reflexão sobre a interpretação dos limites materiais do Poder de Reforma Constitucional à Constituição de 1988, com a finalidade de prevenir “interpretações específicas que importem sacrifício do equilíbrio entre estabilidade e transformação ou da função constitucional de limitação do poder”. A formulação adotada pelo constituinte brasileiro, diz o autor, “parece legitimar a ideia de que não estamos diante de simples cláusulas de proibição de golpe ou revolução, mas, efetivamente, de regras que proíbem a ruptura de determinados princípios”. Nessa afirmação encontra-se o pensamento linear que adota e sua grande contribuição para a discussão em torno dos limites das emendas constitucionais. Aponta, assim, “que é a partir da visão de princípio enquanto começo, ou máxima essencial, que nos habilitamos à compreensão precisa de princípio jurídico”, seguindo em frente buscando o lugar dos princípios constitucionais e seus importantes reflexos. Analisa a noção de princípio e o papel de relevo que encontra na Constituição, apontando que o lugar dos princípios constitucionais é “inquestionavelmente incomparável”.

Entendo, como Luiz Rodolfo, que nisso reside, certamente, o caminho para interpretação dos “princípios” contidos nas cláusulas pétreas como imutáveis, ou, em outras palavras, desses princípios, pela interpretação correta, resulta a vedação de o constituinte reformador reduzir-lhes o significado, sem se pretender, por óbvio, que essas noções sejam causa de impedir mudanças necessárias ao texto constitucional para atender às constantes transformações da vida que se reflete na organização principal do Estado. Essas mudanças, todavia, não podem abolir, mitigar ou atenuar o significado e a eficácia do conteúdo material vertido nas cláusulas pétreas. Essa lição, parece-me, aplica-se às cláusulas pétreas no que respeitam aos direitos fundamentais, mas também aplica-se ao entendimento dos demais limites matérias às emendas constitucionais arrolados no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição de 1988.

Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos

Enfim, o livro do Professor Doutor Luís Rodolfo A. de Souza Dantas suscita, sem dúvida, reflexões profundas sobre tema dos mais relevantes para o Direito Constitucional. É monografia de leitura fácil, instrutiva, agradável e proveitosa, vertida com rigor científico e jurídico e notável erudição, e se recomenda aos que buscam fazer prevalecer a força normativa da Constituição brasileira no que ela tem de melhor e mais importante: os direitos humanos fundamentais.

São Paulo, maio de 2016.

Anna Candida da Cunha Ferraz

INTRODUÇÃO

Esta obra é resultado de investigação que teve início com as primeiras atividades científicas voltadas à elaboração de dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 2003, sob orientação da Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano. Ela reúne dados e reflexões que se foram somando no decorrer dos últimos anos, sem que deixássemos de tomar o devido cuidado com a incorporação no final do trabalho de registro jurisprudencial de decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre as matérias principais deste livro: as cláusulas pétreas ou limites materiais ao poder de reforma constitucional, perquiridas em suas íntimas relações com os direitos humanos e fundamentais, perante variadas interpretações do art. 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e de outras disposições de natureza acentuadamente principiológico-normativa.

Pretendemos contribuir para a ponderação e o esclarecimento acerca de complexa temática que irradia questionamentos que, pela relevância, mereciam tratamento científico-doutrinário, o que nos levou, à época da produção da dissertação, após cursar a disciplina “Direito Constitucional Comparado: o Poder Constituinte”, oferecida pelo Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a começar a desenvolver este estudo que visita e problematiza as controvérsias doutrinárias acerca da superação ou não, via reforma constitucional, dos limites materiais ao poder derivado reformador, procurando trinçar certas nuances hermenêuticas das disposições contidas no art. 60, § 4º, da atual Constituição brasileira, sentidos que colocam em

relevo ao menos a constatação de que todos os limites materiais ao poder de reforma constitucional distribuídos nos quatro incisos do art. 60, § 4º, da Carta Magna de 1988 estão embasados em valores jusfundamentais e nos direitos humanos integrantes e espraídos, expressa e implicitamente, pelo texto normativo-constitucional brasileiro, tais como vida, dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade.

Cabe ressaltar que essa investigação acerca dos limites materiais ao poder de reforma constitucional coloca em destaque os que foram manifestamente caracterizados como não passíveis de agressão pelo poder constituinte originário, instaurador da ordem constitucional brasileira de 1988, merecedores de abordagem que vise a aproximar o entendimento da letra da Lei Maior por meio de inteleccões semântico-filológicas pautadas em empregos de variadas técnicas hermenêuticas, jurídicas e jurídico-constitucionais, para que se busque discutir quais disposições seriam realmente pétreas em contraposição àquelas de caráter aparente ou falsamente intocável.

As cláusulas pétreas teriam sua razão de ser na necessidade de salvaguardar o que identificamos como - se não a essência da Constituição - uma espécie de núcleo jusfundamental irreduzível às forças promotoras de reformas constitucionais, núcleo fundado na “dignidade da pessoa humana” - expressão que aqui carrega toda a intensidade e gravidade teórico-prática por ser ao menos tal realidade valor, princípio jurídico, conceito, conjunto de palavras polissêmicas, uma verdade eventualmente *a priori*, a força que repele a indignidade em todas as suas manifestações, uma afirmação axiológica e histórica estável ou mesmo o fruto do pacto constitucional que encerra a vontade política, jurídica e popular de bloquear todo e qualquer retrocesso no que tange à afirmação dos direitos máximos da pessoa como fim em si mesma, suprema raiz axiológica que se protege normativamente por meio de princípios e regras, deonticamente pautados em obrigações, proibições e permissões dirigidas ao Estado, à sociedade e às pessoas singularmente consideradas, estejam tais destinatários dos comandos jusfundamentais adstritos a eixos de eficácias verticais ou horizontais, sejam os efeitos jurisdicionais das tutelas da dignidade *inter partes* ou *erga omnes*.

O art. 60, § 4º e incisos de nossa atual Constituição proíbem a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Em face da gravidade e densidade exegético-jurídicas dessas disposições enun-

ciadas e textualizadas pelo poder constituinte originário, coube-nos a tarefa de desenvolvermos algumas variáveis hermenêuticas - julgando oferecer alguma contribuição ao debate acadêmico-científico e a outros âmbitos argumentativos e decisórios do Direito - que derivam das abordagens teóricas e jurisprudenciais colhidas durante a elaboração do trabalho, afeitas ao exegeta que investiga atentamente a letra constitucional, mas que tem à sua disposição diversas técnicas hermenêuticas que visam a apurar os limites e as possibilidades da compreensão da matéria petrificada. À luz dessa observação, notamos que a doutrina, recorrendo a uma série de argumentos, baseados em concepções doutrinárias variegadas acerca da Constituição e do poder constituinte, tem procurado determinar a solução da questão da relevância dessas cláusulas à luz da própria Constituição, cuja textualidade é aberta aos caminhos e descaminhos do intérprete prudente ou precipitado.

O debate doutrinário é dominado por três correntes, embora existam os ecletismos habituais, todas merecedoras de exame, ao revelarem diretrizes teóricas que ora sustentam a intransponibilidade absoluta dos limites materiais ao poder de reforma, ora propugnam a transponibilidade plena de tais limites.

Dividimos o trabalho em oito partes e as conclusões finais. Iniciamos abordando as relações entre o constitucionalismo com o desenvolvimento das estruturas político-institucionais que deram sustentação à ideia de supremacia da Constituição. Posteriormente, tratamos do poder constituinte, estabelecendo conexões entre as noções de poder, ideologia, Constituição e Direito, tendo por pano de fundo os antecedentes históricos e filosóficos acerca das origens desse poder fundador da ordem jurídica. Esboçamos, ainda, nesse ponto do trabalho, um estudo do poder constituinte originário, traçando em linhas gerais as noções fundamentais a seu respeito: titularidade, exercício, natureza, amplitude e limites.

Em seguida, aprofundamos a discussão acerca da teoria do poder constituinte reformador, atentos ao direito comparado e aos procedimentos de alteração constitucional estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, enfrentando os dilemas conceituais relacionados às supostas diferenças entre reforma, revisão e emenda constitucionais.

Consequentemente, analisamos a temática dos limites expressos e implícitos ao poder de reforma, para que pudéssemos, por decorrência lógica, desenvolver um

estudo mais detido sobre o fulcro do trabalho, os limites materiais ao poder de reforma constitucional, enfrentando, não somente, mas com destaque, e sem a pretensão de sermos exaustivos, a questão da extensão das popularmente denominadas “cláusulas pétreas”, conforme estabelecidas no texto de nossa Lei Maior, sem deixar de analisar as perspectivas doutrinárias que contrária ou favoravelmente tratam do tema da intangibilidade desses limites. Neste contexto, discorreremos sobre a interpretação dos limites materiais na Constituição de 1988, ressaltando conteúdos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao alcance da proteção conferida pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Outrossim, formulamos diversos questionamentos, na tentativa de, mais do que efetivamente solucioná-las, contribuir para o implemento de uma reflexão que ainda exige mais aprofundados desdobramentos, dentre eles: que direitos e garantias fundamentais podem ser considerados intangíveis? Em se reconhecendo a existência de direitos humanos fundamentais implícitos, esses terão a proteção pétrea? Quais aspectos da federação estão protegidos? Que aspectos da separação de poderes não podem ser alterados? Quais dispositivos eventualmente se petrificam em face da disposição que impede proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico? Sem esgotar o rol das problemáticas enfrentadas durante a elaboração do trabalho, uma interrogação sempre pairou acima de todas as demais perguntas: qual a efetiva validade dos limites materiais tal como configurados na atual *Lei Mater* brasileira perante a atual conjuntura político-constitucional mundial e interna?

O texto a quem o leitor honra e confere razão somente foi possível de ser desenvolvido graças: à Universidade de São Paulo e à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Departamento de Direito do Estado); aos apoios decisivos e indispensáveis de minha família, em especial de minha mulher, Lucia F. N. de Souza Dantas, e aos diálogos generosos e enriquecedores com amigos da academia. Também é devido à responsabilidade direta de duas excepcionais professoras, Doutoradas Anna Candida da Cunha Ferraz e Monica Hermann Salem Caggiano, que participaram, com suas lições prudentes e decisivas, da construção das bases estruturantes das principais temáticas da pesquisa ora apresentada ao público. Dra. Anna Candida, referência maior entre os constitucionalistas brasileiros, é exemplo a ser sempre se-

guido por seu caráter e dedicação notável e incondicional às atividades de docência e produção científicas. Dra. Monica, por outro lado, foi a mais dedicada, generosa e zelosa orientadora que poderia ter tido para que eu lograsse sucesso na obtenção dos títulos de mestre e doutor pelo Largo de São Francisco. Agradeço também à acolhedora recepção da EdiFieo, na pessoa do seu editor, Dr. Luiz Fernando da Costa e Silva, que tornou possível a publicação por esta importante casa editorial, honrando-me por integrar seu quadro de autores. Agradeço à professora Dra. Thais Novaes Cavalcanti, coordenadora editorial da EdiFieo, pelo essencial apoio e indispensável empenho à concretização deste projeto. Agradeço ao professor Dr. Luiz Eduardo Alves de Siqueira pela leitura diligente dos originais e sugestões realizadas. Por fim, também agradeço ao Dr. Thiago Thifaldi pela pesquisa jurisprudencial que enriqueceu diversos tópicos desenvolvidos na obra.

1 A CONSTRUÇÃO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Explorar a temática dos limites materiais ao poder de reforma constitucional implica refletir sobre assunto que se vincula, de maneira indissolúvel, à concepção de supremacia constitucional e ao desenvolvimento do constitucionalismo como doutrina jurídico-política realizadora de uma condição moderna no âmbito das teorias e práticas constitucionais. De fato, ao explorar o complexo tema dos limites materiais ao poder de reforma constitucional necessitamos, de início, investigar a contribuição de determinados autores para o desenvolvimento do substrato jurídico-institucional, no qual reside a possibilidade de sustentação teórica dos impedimentos materiais ao poder reformador, ressaltando a compatibilização entre esses interditos substanciais com os parâmetros do constitucionalismo, da Constituição escrita e do Estado de Direito. Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 34), em sua obra *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, formula interessantes ponderações a esse respeito:

O que justifica que uma construção institucional não apenas limite a vontade da maioria em face de decisões políticas passadas incorporadas à Constituição mas, inclusive, impeça maiorias qualificadas, presentes e futuras, de rever ou reformular certas decisões ou princípios, sem que se rompa com a ordem constitucional? Enfim, o que justifica, sob

uma perspectiva democrática, que o passado, por intermédio de uma Constituição, governe o presente e o futuro, que certos direitos e interesses possam ser protegidos em face de pretensões contemporâneas e mudanças nas concepções de justiça de uma sociedade?

1.2 PERCURSO DO CONSTITUCIONALISMO

Vingou o constitucionalismo moderno em ambiente de ruptura com o Antigo Regime. A Constituição escrita, expressão de máxima racionalidade em sua forma e em seu conteúdo, foi o instrumento que deu ao Estado uma estrutura de acordo com os princípios do Liberalismo Clássico, instrumento jurídico-político de reação ao Absolutismo. O constitucionalismo visava, a partir de um determinado ponto de maturação de seu percurso, e conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 7) em clássica lição, a:

(...) estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas. Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século passado e nos primeiros três lustros deste século foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela “outorga” dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus, salvo a Rússia, adotaram Constituição.

Pioneiro na formulação de uma teoria política moderna ao desenvolver argumentos favoráveis ao constitucionalismo foi John Locke, que não se detém no estudo da Constituição, como documento escrito e rígido, no *Segundo tratado*. No entanto, a leitura deste texto deixa claro que o Poder Legislativo encontra-se limitado pelos direitos naturais e por alguma fórmula de separação de poderes e de Estado de Direito, institucionalizados na transição do estado de natureza para o estado civil.

Locke apontou para uma teoria constitucional que diferenciava o poder constituinte soberano, pertencente ao povo, do poder constituído, entregue aos representantes do povo por intermédio de uma “Constituição”. Sua visão de mundo é representativa de um contexto histórico e de uma conjuntura de ideias de onde brotariam

os fundamentos do Estado de Direito constitucionalizado. O constitucionalismo embrionário de John Locke assim reverberará, como paradigma liberal, na ideia de Constituição escrita, que devia, conforme afirmamos anteriormente, dar ao Estado uma estrutura conforme os princípios do liberalismo:

No pensamento liberal, a Constituição é parte integrante do pacto social. Na verdade, o pacto social é a Declaração de Direitos mais a Constituição. Isto, ao menos, na formulação vulgar que o constitucionalismo consagrou, inspirando-se em Locke, sobretudo (FERREIRA FILHO, 1988, p. 74).

Ademais, a ideia do estatuto orgânico do Estado, que se formou sob influência da prática política inglesa e da filosofia política de Locke, tal como foi exposta em 1690 em seus tratados sobre o governo, é facilmente identificada no célebre capítulo que Montesquieu, em 1748, consagrou em *O espírito das leis* à Constituição da Inglaterra. Essas páginas, redigidas por Montesquieu na sua primeira versão, ao voltar de uma estada na Inglaterra, durante a qual pudera observar com vagar a vida política do outro lado do Canal da Mancha e ler as obras de Milton e de Locke, expõem, num estilo normativo, como devem articular-se no Estado a potência legislativa, a potência executiva das coisas que dependem do direito das gentes, e a potência executiva daquelas que dependem do direito civil.

Por outro lado, o elenco de ideias exposto acima exige, para se compreender a essência do constitucionalismo, familiaridade com o contexto filosófico-histórico-cultural concernente ao período inicial da modernidade, para que possamos afirmar que o constitucionalismo - conforme deixa nítida a filosofia lockeana - é mais do que uma ideia teórica desenvolvida pela filosofia política: é uma solução prática encontrada por estadistas nos séculos XVIII e XIX para a preservação de valores descobertos pelo jusnaturalismo iluminista, assimilado ao mesmo tempo à força irresistível da democracia (VIEIRA, 1999, p. 43).

Com a Ilustração, o mundo deixou de ser um sistema de relações com explicações de caráter teológico e tornou-se um sistema de leis passíveis de reconhecimento pela razão. A partir dessa visão, seria justamente esse reconhecimento do mundo e de suas leis que tornariam o homem livre. Os filósofos da Ilustração, assim, tiveram

como projeto normativo desenvolver, como racionalidades distintas, as ciências objetivas, a base universalista da moral e do direito e a arte autônoma. Para Rouanet (1992, p. 28):

A Ilustração representa a corrente de ideias que floresceu no século XVIII, enquanto que o Iluminismo designa (...) uma tendência intelectual, não limitada a qualquer época específica, que combate o mito do poder a partir da razão. Nesse sentido, o Iluminismo é uma tendência trans-epocal, que cruza transversalmente a história e que se atualizou na Ilustração, mas não começou com ela, nem se extinguiu no século XVIII. A Ilustração aparece assim como uma importantíssima realização histórica do Iluminismo, certamente a mais prestigiosa, mas não a primeira, nem a última. Antes da Ilustração, houve autores iluministas, como Luciano, Lucrécio e Erasmo; depois dela, autores igualmente iluministas como Marx, Freud e Adorno.

A Revolução Francesa teve por significado a necessidade de afirmação do indivíduo livre por meio da universalização da razão. Tem, portanto, o importante papel histórico de inscrever o discurso da Ilustração nos aspectos político e social. Nesse sentido, apresentou-se como uma revolução pela consolidação da construção racional dos direitos básicos e universais dos homens.

Neste sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é documento que afirma o cidadão que, como homem, é sujeito de direitos pelo simples fato de ser homem, inexistindo nela qualquer alusão a Deus como sua fonte originária, “ao contrário da Declaração dos Direitos norte americanos, de base inegavelmente religiosa, que timbra em reconhecer a origem transcendente dos direitos inatos” (REALE, 1998, pp. 76-77). Complementa essa observação Miguel Reale (1998, p. 76) com a seguinte observação:

Poder-se-ia dizer que esse entendimento marca o apogeu do racionalismo no plano da experiência jurídica, ou da autoconsciência do Direito. O Cogito cartesiano (*cogito, ergo sum*) projeta-se no domínio social, convertendo-se em Cogito, *ergo sum subiectus iuris*.

Essa forma de racionalização do mundo - por meio da qual as relações humanas entre si e com o seu meio resultariam coordenadas ao ponto de ganhar previsibilidade quanto aos efeitos dos meios empregados para a consecução dos fins pretendidos - é vital para a construção do sentido moderno da Constituição, como veremos.

Estabelecido que o próprio homem pudesse e devesse pensar e estabelecer as condições de sua existência, a organização social não poderia mais ser fundamentada no poder divino. Dessa forma, em um contexto de secularização do poder político, surgiram as teorias do poder constituinte, poder este que substituiu Deus pela nação na justificativa dos fundamentos (legitimação) da Constituição.

Em valioso estudo intitulado *Formação da teoria constitucional*, Nelson Saldanha (2000, p. 22) enriquece um pouco mais o nosso estudo acerca do constitucionalismo liberal-burguês:

Funda-se, genericamente, sobre as bases mesmas da vida política moderna: o racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, a vida urbana. Mais diretamente, funda-se sobre o iluminismo e sobre o liberalismo: o iluminismo como corrente vinda da época de Leibniz e de Locke, postuladora de geometrismos e de direitos; o liberalismo (tanto econômico como político) como movimento crente em leis naturais e em liberdades, postulador de leis escritas e de controles para o poder.

O Estado moderno, destaquemos, apenas se consolidou por meio das lutas dos monarcas contra a autoridade do Papa e da aristocracia feudal, no período em que o poder absoluto tinha justificação divina. O constitucionalismo veio a ser, então, o movimento ideológico e político para destruir o absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados. O Direito, assim, passou a encontrar sua força legitimadora na razão humana, essa encarnada na forma semântica da lei pública geral e abstrata, da qual a Constituição constitui o núcleo legitimador fundante.

Com base nas informações até aqui apresentadas, podemos caracterizar mais detalhadamente o constitucionalismo moderno. Cumpre notar, no entanto, que os constitucionalistas, que estudam em profundidade o problema da origem das Constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que

se verificam no Estado Constitucional moderno, em alguns povos da Antiguidade. Loewenstein (1965, p. 22) por exemplo, sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo:

El primer pueblo que practicó el constitucionalismo fueron los hebreos. Flavio Josefo acuñó para la forma su sociedad el término de “teocracia”. (...) El régimen teocrático de los hebreos se caracterizó – y aquí se oculta un elemento decisivo de la organización política – porque el dominador, lejos de ostentar un poder absoluto y arbitrario, estaba limitado por la ley del Señor, que sometía igualmente a gobernantes y gobernados: aquí radicaba su constitución material.¹

Por mais que consideremos a importância desses rudimentos constitucionalistas verificados na Antiguidade,² o constitucionalismo moderno ocidental é fenômeno que tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no século XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição. Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 198) soma a essas colocações o que segue:

Em sentido geral, pode-se dizer que o constitucionalismo começou a nascer em 1215, quando os barões da Inglaterra obrigaram o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, jurando obedecê-la e aceitando a limitação de seus poderes. Depois disso, ainda seriam necessários alguns séculos para que ocorressem avanços substanciais, o que se dará na própria Inglaterra, no século XVII, quando a Revolução Inglesa consagra a supremacia do parlamento como órgão legislativo. Com

1 “O primeiro povo que praticou o constitucionalismo foi o povo hebreu. Flávio Josefo cunhou o termo “teocracia” para a forma de sua sociedade (...) O regime teocrático dos hebreus se caracterizou - e aqui se oculta um elemento decisivo de organização política - porque o dominador, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, era limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente governantes e governados: aqui se radicou sua constituição material.” (LOEWENSTEIN, 1965, p.22, tradução nossa)

2 É bom destacar que para Loewenstein, a existência de uma Constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo, frisando ele que antes das primeiras Constituições escritas organizações políticas teriam vivido sob um governo constitucional sem sentirem a necessidade delas (1965, p. 154).

isto se chega bem próximo da ideia de que o Estado deve ter “um governo de leis, não de homens”.

De outro modo, partindo-se do pressuposto de que a Constituição escrita é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários, “não tendo sido inventada por algum doutrinador imaginoso” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 4), não podemos deixar de citar os vários precedentes históricos e doutrinários que poderão ser identificados em sua origem, entre eles podendo ser citados os pactos, forais ou cartas de franquia, os contratos de colonização e as leis fundamentais do reino. Merecem destaque outras doutrinas do pacto social, antecedentes próximas da ideia de Constituição escrita, além da concepção lockeana, já abordada:

Na Idade Média floresceu a ideia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos: o *pactum subjectionis*. O povo se sujeitava a obedecer ao príncipe enquanto este se comprometia a governar com justiça, ficando Deus como árbitro e fiel do cumprimento do contrato. Quando violado pelo príncipe, os súditos eram exonerados da obediência devida pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra. No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Tratado do governo civil*, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo ainda que pacto entre os homens. A mesma ideia foi difundida por Rousseau, às vésperas da Revolução Francesa, no *Contrato social*. Sem dúvida não coincidem os seus ensinamentos quanto à razão determinante de tal pacto, ou quanto às suas cláusulas. Entretanto, dessas lições resulta sempre que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes. Estatuto que se impõe aos governantes e visa assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau) (FERREIRA FILHO, 1997, p. 4).

Como informamos, o desenvolvimento do constitucionalismo moderno liga-se diretamente ao surgimento de um documento (Constituição) voltado para a racionalização do Estado e para a despessoalização do poder. Nessa perspectiva, o constitucionalismo supõe uma Constituição normalmente escrita, de forma a ser certa, definitiva e acessível, de modo que todos possam exercer seus direitos e enaltecer sua dignidade humana; uma Constituição rígida, protegida contra as arbitrariedades

do poder, ou seja, cujos procedimentos de reforma sejam especiais e dificultados; uma parte da Constituição dedicada à transcrição de direitos fundamentais básicos de qualquer cidadão contra o arbítrio do Estado; uma parte da Constituição destinada à organização racional do poder, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes ou de funções, de modo a limitar a atuação do poder do Estado. Neste sentido, Loewenstein (1965, p. 150) explica que:

*(...) la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.*³

Gomes Canotilho (1998, pp. 45-46) desenvolve duas definições de constitucionalismo. Pela primeira, histórico-descritiva, enfatiza o movimento histórico do constitucionalismo inserido no contexto filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou de apropriações ideológicas. Segundo essa definição:

(...) fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo; desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

3 “(...) A história do constitucionalismo não é se não a busca do homem político e das limitações ao poder absoluto exercido por quem está no poder, bem como o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, moral e ética da autoridade, ao invés de uma submissão cega às facilidades da autoridade existente.” (LOEWENSTEIN, 1965, p.150, tradução nossa)

A segunda definição contextualiza o constitucionalismo moderno no momento ideológico vivido na época de seu surgimento. Nesse aspecto, não podemos separar os postulados do constitucionalismo do contexto de fortalecimento da burguesia e da ideologia que apregoava, qual seja, o liberalismo. Sendo assim:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (Ibidem, p.46)

1.3 A CONSTITUIÇÃO ESCRITA

O triunfo definitivo do documento constitucional escrito, como sanção solene do constitucionalismo democrático, como criação deliberadamente consciente, foi inaugurado nas Constituições das colônias norte-americanas, que se transformaram em Estados soberanos ao rebelarem-se contra a Coroa Inglesa e, posteriormente, com a Constituição da União em 1787, seguindo-se a experiência francesa. No entanto, cabe mencionar a lição de Adhémar Esmein, autor de citado por Paulo Bonavides (1996, p. 68), para quem a primeira Constituição escrita que teria aparecido no mundo, em bases modernas, teria sido o “Instrument of Government”, promulgado por Cromwell, a 16 de dezembro de 1633, na Inglaterra. Continha esse instrumento 42 artigos, servindo depois de padrão ao constitucionalismo americano de ascendência inglesa. Mas sua existência, conforme ensina Ferreira Filho (1998, p. 73), foi efêmera, já que a Restauração (1660) lhe extinguiu a vigência:

Sua eficácia foi duvidosa, pois o período em que vigorou é marcado pelo protetorado, isto é, pela ditadura de Cromwell (e por breve período de seu Filho). Sua importância é tão pequena que Maitland, na famosa *The constitutional history of England*, não lhe dá a menor atenção.

Com relação à experiência francesa, Loewenstein (1965, p. 159) nos informa a respeito do contexto em que se deu a elaboração da Constituição de 1791:

*Durante largo tiempo los teóricos políticos franceses, imbuidos por las ideas del contrato social y de la soberanía popular, habían abogado también por una constitución escrita. Esta exigencia surgió con plena fuerza en la Revolución francesa. El espíritu inventivo de Sieyès, ampliando el dogma rousseauiano, expuso la teoría del *pouvoir constituant*: el poder constituyente le pertenece por derecho al pueblo. Sieyès supo aplicar hábilmente esta teoría a las tareas del momento, y asignó al Tercer Estado, como verdadero representante de la nación, el poder normativo sobre el orden social. Por espacio de más de un siglo, los teóricos políticos habían exigido la racionalización del proceso del poder político, limitando el absolutismo de la corona y trasladando el centro del poder de la corona al pueblo y a sus representantes. Esta petición quedó concretada en el establecimiento de un documento constitucional formal que se convirtió en el sello del nuevo orden social, siendo considerado como la garantía de que, de una vez para siempre, el gobierno constitucional no podía ser otra cosa que constitucionalismo democrático sancionado a través de una constitución escrita.⁴*

As Constituições escritas foram em parte o fruto das lutas políticas inglesas que redundaram no triunfo parlamentar e, por outra parte, o produto doutrinário do contrato social de Rousseau, que levou à crença de que era mais adequado concretizar-se em um pacto ou contrato das normas de convivência entre governantes e

4 “Durante muito tempo, os teóricos de política franceses, imbuídos com as ideias de contrato social e soberania popular, também advogaram por uma constituição escrita. Esta exigência surgiu com plena força na Revolução Francesa. O espírito inventivo de Sieyès, ampliando o dogma rousseauiano, expôs a teoria de “*constituant pouvoir*”: o poder constituinte que por direito pertence ao povo. Sieyès sabia habilmente aplicar esta teoria para as tarefas do momento, e atribuiu ao Terceiro Estado, como um verdadeiro representante da nação, o poder normativo sobre a ordem social. Por um espaço de tempo de mais de um século, os teóricos da política exigiram a racionalização do processo do poder político, limitando o absolutismo da coroa e movendo o centro do poder, da coroa para o povo e seus representantes. Esta petição foi concretizada no estabelecimento de um documento constitucional formal, que converteu na carta [*sello*] da nova ordem social, sendo considerada como a garantia de que, de uma vez por todas, o governo constitucional não poderia ser outra coisa senão o constitucionalismo democrático sancionado através de uma constituição escrita.” (LOEWENSTEIN, 1965, p.159, tradução nossa)

governados, surgindo a ideia de Constituição escrita, como pacto ou estatuto fundamental, posto no papel e sancionado pela autoridade:

Por ser um plano racional que contraria a organização costumeira, a constituição liberal tem de tomar forma escrita. Contém-se num documento escrito, enunciado solenemente, a Constituição (...). Dessa época em diante, o termo Constituição ganha maiúscula. A única constituição merecedora do nome é a Constituição escrita, solene, liberal (FERREIRA FILHO, 1988, p. 73).

A Constituição escrita obteve tamanho prestígio que a palavra Constituição se empregava no século XIX com mais frequência, senão unicamente, para designar essa espécie de Constituição. A Constituição costumeira ficou, nessa época, relegada a plano tão secundário que Tocqueville, em sua obra clássica sobre a democracia americana, asseverava não possuírem os ingleses uma Constituição. Escreveu o mestre Pinto Ferreira (1956, p. 58):

Na linha progressiva do tempo, primeiro se formaram historicamente as constituições costumeiras, das quais a constituição inglesa é o exemplo luminoso. De feito, quando reaparece o termo constituição no século XVIII, quase uma centena de lustros após Clarendon, é num sentido abstrato e específico, designando a própria estrutura da sociedade política. No direito constitucional europeu, esse fato aconteceu na Inglaterra, de maneira que Chesterfield podia proclamar ainda naquele referido século, que “England is the only monarchy in the world that properly can be said to have a constitution”. Esse direito constitucional inglês permaneceu, porém, puramente material, razão pela qual De Tocqueville, no século seguinte, já na idade do constitucionalismo escrito, pretendia que a Inglaterra era o único país que, na Europa civilizada, não possuía uma constituição.

A Constituição moderna pode ser definida, no dizer de Gomes Canotilho (1998, p. 46), pelos seguintes termos: “(...) a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” A partir da ótica moderna, a Constituição passou a significar a construção pelo homem de um projeto racional

de organização social, ou melhor, a condensação das ideias básicas desse projeto racional em um pacto fundador. Nesse pacto, como ordenação sistemática e racional da comunidade, foram, em regra, garantidos os direitos fundamentais e se organizou, de acordo com a princípio da divisão dos poderes, o poder político. Simone Goyard-Fabre (1999, p. 105) amplia essas informações da seguinte forma:

A Constituição, ao definir as bases sobre as quais se estabelece o estatuto orgânico do Estado, é, portanto, a “regra fundamental” que a potência estatal impõe a si mesma. Ela é, segundo a justa expressão de Maurice Hauriou, “o regulamento da cidade”, cuja “ordem” profunda ela define: a indivisibilidade, a distribuição dos poderes, a repartição dos encargos e atributos administrativos e judiciários e etc. Nisso se encontra realizada a mutação semântica do termo “Constituição”: ela designa daí em diante o texto fundador no qual, em seus diversos campos de competência e de ação, se apoia a política estatal. Sieyès, às vésperas da Revolução Francesa, não se enganava: “Caso nos falte uma Constituição”, desfecha ele, “é preciso fazer-se uma”.

De José Pedro Galvão de Souza (1976, p. 131) registramos as palavras que, inspiradas na escola do jusnaturalismo tomista, oferecem um interessante contraponto ao discurso, muitas vezes apologetico, acerca do constitucionalismo liberal:

Na teoria da constituição de liberalismo, toda constituição política deve ser obra de uma assembléia especialmente eleita para este fim e que se considera representante da vontade do povo. Assim, o poder constituinte torna-se criador da ordem jurídica, pois, por hipótese, esta tem na constituição o seu ponto de partida. Surge, pois, a constituição como um ditame da soberania nacional e uma criação do poder constituinte. Como diz Marcel de la Bigne de Villeneuve: “Criar, o termo é bem significativo, pois uma criação consiste em tirar alguma coisa do nada. Outrora, esta faculdade era reconhecida só em Deus. Os deputados não hesitam em avocá-la para si. Aos seus olhos, o texto constitucional que dão à luz é mais do que uma lei por mais alta que queiram fazer esta noção, mais mesmo do que uma disposição hiperlegislativa ou superlegislativa do grau mais elevado que seja positivamente imaginável. É uma revelação que participa da natureza divina”.

E criticando a obra dos constitucionalistas franceses, prossegue o autor da clássica obra *Da representação política*:

Por outro lado, começavam as constituições abstratas – elaboradas com menosprezo pelo direito histórico – e apresentadas como modelos a serem seguidos por todos os povos que quisessem entrar no caminho das “luzes” aberto pelos filósofos do século XVIII e palmilhado pela democracia moderna. Em contraste com o regime constitucional britânico, formado ao longo de séculos, e com a Constituição americana de 1787, fundada igualmente no direito histórico, as organizações políticas inspiradas nas ideias de Rousseau e dos teóricos da Revolução seriam precárias e instáveis, suscitando frequentes crises e alterações substanciais. Assim, a França, em menos de 100 anos, teve treze constituições, com diferentes regimes políticos (cesarismo napoleônico, monarquia autoritária, monarquia constitucional, parlamentarismo, repúblicas) (SOUZA, 1976, p. 132).

1.4 A PROBLEMÁTICA DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Não se pode dizer que a ideia de supremacia constitucional seja fruto do direito estadunidense, como o é a do controle da constitucionalidade das leis:

A teoria do Direito Natural foi a primeira a investigar o problema das leis fundamentais e isto ocorreu na Inglaterra. Hobbes aceita a expressão lei fundamental e a define como aquela lei que, se suprimida, destruiria o corpo do Estado e o faria cair na anarquia. A lei fundamental se identifica com o contrato social, que é assentado por unanimidade e por isso inalterável, enquanto o Estado subsistir. No contrato social está implícita a cláusula de submissão ao príncipe designado pela maioria. Locke repete a ideia para considerar como vontade própria a vontade da maioria. Como corolário disso, na Inglaterra se reconhece, em consonância com as exigências da época, o princípio da maioria para todas as espécies de leis e não se admite a distinção prática entre leis constitucionais e leis ordinárias (POLETTI, 1998, p. 5).

Daí se deduz que, não havendo no direito inglês um texto constitucional escrito, não há direitos fundamentais num sentido formal, uma vez que todos os direitos e deveres dos cidadãos podem ser alterados por uma lei votada pelo parlamento. No direito inglês sempre se adotou a ideia de um direito mais alto, ou direito fundamental, isto é, já nos primórdios do sistema, reconhecia-se a existência de um direito natural superior ao direito positivo e que era inderrogável. Essa ideia, diga-se, foi trasladada para o âmbito jurídico norte-americano, ainda antes mesmo da independência dos Estados Unidos.

Ressalte-se que o poder do parlamento inglês, de larga tradição quanto a sua acentuada representatividade e força, encontrou no direito natural e, mais ainda, no costume - que é a própria essência do direito inglês - balizas à sua atuação, limites a essa amplitude decisória:

O sistema inglês, de flexibilidade total em matéria de constituição, não se compatibiliza com aquele do controle da constitucionalidade das leis pois, não havendo hierarquia entre elas, a lei ordinária e a constitucional se equivalem; malgrado isto, ele enseja algo até mais interessante e completo. De fato, não se tratando de saber se uma lei é, ou não, constitucional, verifica-se se é lei ou não, isto é, se é justa, conforme ao Direito, pois do contrário não merece aplicação. Não será lei, se não se conformar com o costume ou com o direito natural. Já na Magna Carta se garantia a todo o indivíduo o direito de ser julgado per legem terrae. Mas a lei pode não ser da terra, pode não ser lei. (POLETTI, 1998, p. 5).

A *common law* é o direito comum a toda a Inglaterra e, portanto, situa-se em oposição aos costumes meramente locais. Esse direito comum, a *comune ley*, não resultava dos entendimentos das cortes locais, pois essas aplicavam apenas o direito costumeiro, de cunho local, mas dos trabalhos dos Tribunais Reais de Justiça. Esse desenvolvimento ocorreu até o século XIV, quando o direito comum é substituído pela equidade.

De acordo com a lição de David (1996, p. 296), o rei inglês designa o Lorde Chanceler para ser o seu braço judicial. Suas decisões vão se basear não mais nas regras antigas e sempre aplicadas do *common law*, mas na equidade do caso parti-

cular. Surge o processo de *equity* cada vez mais utilizado, e que se resume em fazer adjunções e corretivos aos princípios jurídicos da lei comum da terra, aplicados pelos tribunais reais de Westminster.

O grande defensor do controle judicial dos atos do parlamento foi o juiz Sir Edward Coke, considerado uma das maiores personalidades relativamente ao desenvolvimento do direito inglês, em especial quando apresentou no julgamento do *Bonham's Case* as bases da tese da supremacia judicial. Foi quando admitiu expressamente – e isso em 1610 – que a *common law* aplicada pelos juízes poderia declarar nula a lei estabelecida pelo parlamento (*statute law*), quando essa fosse contrária ao *common law* and *reason* e, ainda, quando usurpasse prerrogativas reais. Ou seja: entendeu-se que o direito costumeiro (*common law*) não só limitava os atos do parlamento, como também os privava de validade se contrários à razão. Na verdade, Coke não aceitava a autoridade ilimitada do parlamento, e por isso, entendia que suas decisões, contrárias à *common law*, seriam nulas (MELLO, 1968, p. 45).

Por outro lado, nos tempos de Cromwell e da revolução puritana, conforme já citamos anteriormente, foi elaborado para organizar o governo inglês o *Instrument of Government*, a única Constituição escrita havida - segundo alguns autores - naquele país. Na verdade, era um texto muito avançado para a época. Nele, “a autoridade suprema devia caber a um Lorde Protetor, a um Conselho e a um parlamento, pouco depois completado por uma Câmara dos Lordes. Qualquer disposição votada pelo parlamento tornava-se legal, até mesmo depois do veto do Protetor, contanto que não fosse contrária às leis fundamentais da República” (MAUROIS, 1959, p. 283). Textualmente, seu art. 38 estatuiu: “Todas as leis, estatutos, ordenações e cláusulas, em contrário à liberdade de consciência, serão considerados nulos e írritos”.

No *Act of Settlement*, de 1701, foi fixado expressamente: “E considerando que as leis da Inglaterra são os direitos naturais (*birthright*) de seu povo, e que todos os reis e rainhas que subam ao trono devem governar conforme ditas leis, e que seus funcionários e ministros devem servi-los segundo as mesmas leis”. Ou seja, entendia-se expressamente e em texto escrito que as liberdades fundamentais dos cidadãos britânicos são direitos naturais do povo (SEGADO, 1995, p. 172).

William Blackstone, por seu lado, erigiu a tese da supremacia do parlamento, segundo a qual ele tem a autoridade soberana e incontrolável de fazer e desfazer

qualquer lei. O que ele fizesse, entendia, nenhuma outra autoridade poderia desfazer. Essa orientação é a que passa a prevalecer a partir de 1689, confirmada com a anuência dos juízes da *common law*, a partir do *Bill of Rights* de 1689. Nesse sentido, a posição exposta por Herman Finer (apud HORTA, 1999, p. 145), quando diz:

Foi previamente sugerido que na Constituição Inglesa, nenhum corpo tem autoridade legal para declarar um ato do Parlamento ou do executivo inconstitucional. Na Inglaterra, isto é, com efeito, a Soberania do Parlamento.

Essa soberania do parlamento tem um dos seus pilares na “inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra, com o poder de anular um ato do parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional”, ao que se ajunta, na lição de Dicey, autor de descrição, hoje clássica, dos fundamentos e características da soberania parlamentar: “o poder do legislativo de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não” e bem assim “a ausência de distinção legal entre leis constitucionais e ordinárias” (HORTA, 1990, p. 147).

O parlamento inglês, que abrangentemente designa o Soberano, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes, tem o direito de fazer ou deixar de fazer qualquer lei. Todo ato dele emanado, esclarece Dicey, impõe-se aos tribunais, não se reconhecendo a qualquer corpo ou instituição, o direito de desprezar as leis que promanam daquela fonte. Para Dicey, não há poder que possa rivalizar com o do parlamento, cuja supremacia seria a verdadeira “*clef de voute de la loi de la Constitution*” [pedra angular da lei da Constituição]. No entanto, continua referindo Horta, “a apregoada supremacia do parlamento inglês, por falta de *legal authority* [autoridade legal] que a contenha e limite, deve ser entendida em termos”. Conforme Raul Machado Horta (1999, p. 147):

Na verdade, ela conhece restrições internas, que dimanam das práticas parlamentares e restrições externas que provêm das instituições inglesas em geral. Há, portanto, limites poderosos que a respeitabilidade e o acatamento consensuais podem dotar de uma irresistibilidade coercitiva tão eficaz como a que resulta do mandamento legal.

Horta (1999, p. 147), citando Marriot, reconhece que não há garantia legal em face da onipotência do parlamento, mas existem influências poderosas para limitá-la, como a tradição, as convenções constitucionais e os costumes, condicionando o funcionamento da instituição política, submetida igualmente à ação da opinião pública e às necessidades orgânicas do regime:

A supremacia do Parlamento só não admite, para contrastá-la legalmente, o controle da constitucionalidade das leis, que é a forma de contenção inexecutável na Inglaterra, que não conhece o dado essencial ao sistema: a universal separação entre lei constitucional e lei ordinária.

Do outro lado do Atlântico, no início da colonização, e mesmo antes da independência e da Constituição, os colonos britânicos na América entendiam que as medidas fiscais que os atingiam contrárias aos princípios fundamentais da lei (*the fundamental principles of law*) e, como consecutório, que toda lei elaborada contra a Constituição é nula (*an Act against Constitution is void*), como argumentava James Otis (apud ENTERRÍA, 2001, p. 50).

Utilizou-se, igualmente, a Magna Carta como fundamento dos direitos dos colonizados. A seu lado, os grandes documentos de proteção de direitos fundamentais que surgiram no direito inglês, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Amendment Act*, e finalmente, o *Bill of Rights*. Ademais, como o primeiro e o mais essencial dos direitos da Constituição inglesa era o julgamento de um indivíduo pelos seus pares, entendia-se que julgar na Inglaterra americanos ou irlandeses era contrário à *fundamental law* [lei fundamental]. A lei que autorizava tal julgamento, pelo entendimento que passou a vigorar, seria *unconstitutional Act of Parliament* [Ato de Parlamento inconstitucional]. Foi nessa passagem de Sharp que se encontrou, talvez, pela primeira vez, essa noção básica do sistema. Não só no entendimento dos norte-americanos, como também dos próprios ingleses, as regras assentes na Magna Carta e nos demais documentos originários e fundadores do sistema político (como o julgamento pelo júri e a criação de novos impostos através dos representantes eleitos) seriam princípios imutáveis e superiores à legislação, pois tinham sua origem nos preceitos fundamentais da Constituição, de uma Constituição baseada no eterno e imutável Direito

Natural (*fundamental laws of this constitution, a constitution grounded on the eternal and immutable law of nature*).

Roscoe Pound, em sua obra *Liberdade e garantias constitucionais*, sustenta que os juristas americanos da época da Revolução e os do século XIX adotavam cinco ideias que faziam parte do governo, de conformidade com o direito em contraste com a monarquia absoluta. Pela importância das informações apresentadas, que transcrevemos na íntegra:

1) a ideia de uma lei fundamental, a “lei da terra”, com a qual deveria estar de acordo toda ação oficial e governamental, lei essa que os tribunais deveriam aplicar no curso dos processos regulares conforme a lei comum, e qualquer indivíduo prejudicado por funcionários poderia a ela recorrer; 2) a ideia de direitos imemorais dos ingleses, assegurados pela lei da terra, e da lei comum em que as reconheciam como direito de nascimento de ingleses e americanos. O Segundo Instituto de Coke refere-se à lei da terra como “a melhor herança que um súdito tem”, está cheio de antigas máximas francesas de direito que exprimem essa ideia; 3) a ideia de declarações autorizadas desses direitos em cartas e documentos. Na verdade, havia precedente para a constituição escrita, tal como todos os americanos acreditavam depois da independência, no Instrumento de Governo adotado sob a República de 1653. Continha algumas declarações de direitos fundamentais e dispunha que “todas as leis, estatutos, ordenações e cláusulas em qualquer lei ou decreto, em oposição à liberdade anteriormente citada, seriam considerados írritos e nulos”; 4) a ideia de poder judiciário independente, conforme estabelecido na Declaração Inglesa de Direitos de 1688, para ministrar a lei fundamental e para elaborar a lei mediante um órgão distinto do executivo; 5) a ideia de poderem os tribunais recusar aplicar leis em contravenção à lei fundamental (1976, pp. 48-49).

Essas noções suprarreferidas, quer estejam relacionadas ao contexto britânico, quer ao que diga respeito ao âmbito norte-americano, demonstram formulações teórico-jurisprudenciais no devir da história, que atestam a criação de mecanismos de sustentação, moldados a seus respectivos ambientes jurídico-sociais, de modos de observância de certas formas de hierarquização normativa. Mais tarde, entendemos, tais formulações passarão a servir de fundamento à orientação criada pela Suprema

Corte dos Estados Unidos para o mecanismo do controle da constitucionalidade das leis (ENTERRÍA, 2001, p. 50).

Destaquemos que todos esses aspectos mencionados relativos ao contexto britânico e americano servem-nos, então, para demonstrar a maneira como foram se constituindo no tempo as bases que iriam afirmar posteriormente a ideia de supremacia formal da Constituição. De fato, outros aspectos vieram a se somar às concepções acerca da importância das Constituições escritas e rígidas para que, finalmente, passassem elas a contar com o reconhecimento efetivo de que suas normas vinculavam e preponderavam sobre os demais atos normativos de determinada ordem jurídica. Nesse sentido, Clèmerson Clève (2000, p. 33) oferece interessante observação:

As primeiras constituições europeias, alertou-se já, embora rígidas, não repousavam sobre uma posição jurídica clara e privilegiada. Adotadas como meros documentos políticos, e não como norma, não vinculavam nem o Judiciário nem o cidadão. Não havia, ademais, no primeiro momento posterior às revoluções burguesas, na Europa continental (não é o caso dos Estados Unidos), uma perfeita compreensão de que a lei derivava da Constituição, encontrando nela o seu fundamento. Por isso, a supremacia constitucional, nos séculos XVIII e XIX, salvo nos Estados Unidos, não ultrapassava o território da política, permanecendo destituída de consequência jurídica relevante.

Assinala Nelson Saldanha (2000, pp. 140-141) que a supremacia que se atribui à Constituição provém, em certa medida, da concepção legalista da ordem vigente nos tempos modernos:

É como um tipo de lei que a constituição prevalece; e por ser antes de tudo uma lei, posto que não se admitiria que outro gênero de norma prevalecesse sobre as “expressões da vontade geral”. Daí, precisamente, ter-se firmado como algo básico a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais, primeiro distinção política no tempo de Sieyès, depois distinção incorporada pela dogmática constitucional. Formou-se, com a distinção, a ideia de uma diferença de grau ou de nível entre lei ordinária e lei constitucional: tanto no sentido de uma maior “consistência” dessas (e até de dignidade), que estruturam o Estado e lhe conferem seu caráter, como de uma menor tocabilidade delas.

De fato, o problema da reforma constitucional surge por meio da ideia de maior ou menor tangenciamento dos textos constitucionais, maior ou menor liberdade hermenêutica com a textualidade da Constituição. Percebeu-se, em fins de setecentos, que a obra do legislador constitucional equivalia a uma normação “mais alta” que a do legislador ordinário e que, se as leis comuns poderiam ficar expostas à mutação constante, as leis constitucionais não poderiam nem deveriam expor-se à alteração fácil. Disso decorrem as clássicas noções de rigidez e de flexibilidade constitucionais.

A distinção entre Constituição rígida e flexível foi feita pela primeira vez por Lord Bryce. Ao criticar a classificação tradicional das Constituições em escritas e não escritas, acentua que os termos não são felizes e acarretam certa confusão, pois as não-escritas, fundadas nos costumes, continuam com essa denominação ainda quando aqueles são deduzidos por escrito. A linha limdeira entre os tipos não é muito clara. Nas escritas há, e é preciso haver, elementos costumeiros, enquanto nas outras a tendência está em registrar, por meio de alguma forma, os costumes, e dar grande valor aos precedentes. Tal classificação ignora o essencial. Bryce (1988, pp. 13-14) propõe nova classificação: rígidas e flexíveis. Expressa o autor na obra *Flexible and rigid Constitutions*:

El punto esencial es éste: em Estados que tienen constituciones del tipo más moderno, las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria [...]. Pero existe otra metáfora más sencilla que, aunque no perfecta, parece preferible. Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles em nombre de constituciones rígidas.⁵

5 “O ponto essencial é este: em Estados que possuem constituições do tipo mais moderno, as leis principais e fundamentais denominadas Constituição, possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificáveis pela autoridade legislativa ordinária [...]. Mas há outra simples metáfora que, embora não seja perfeita, parece preferível. As constituições do tipo mais antigo podem ser chamadas de flexíveis, porque elas têm elasticidade para adaptar e alterar suas formas, sem perder suas características principais. As constituições do tipo mais modernas não têm essa propriedade, porque a sua estrutura é dura e fixa. Portanto, não há qualquer objecção em nomeá-las constituições rígidas.” (BRYCE, 1988, pp. 13-14, tradução nossa)

Pouco a pouco, como se nota, foram se delineando os alicerces que estabilizariam a concepção da Constituição como lei dotada de supremacia material e formal. Materialmente, percebe-se ainda hoje que não é lícito a qualquer poder por ela constituído exigir alguma coisa que não se coadune com o direito nela fixado. O conteúdo, seja de uma lei estabelecida pelo Poder Legislativo, seja de um ato qualquer de quaisquer dos poderes, não pode contrariar o das normas constitucionais. Formalmente, a supremacia da Constituição implica considerar que ela fixa a organização, a estrutura, a composição, as atribuições, o procedimento dos poderes derivados do originário. Esses nada podendo senão pelo modo que prevê a Constituição; daí o qualificativo de poderes “constituídos” (FERREIRA FILHO, 1988, p. 80).

Da supremacia material e formal decorre a condição de constitucionalidade a que estão sujeitos todos os atos estatais. Não valem, portanto, se não estiverem, formal e materialmente, de conformidade com a Constituição. A Constituição americana de 1787, se não institui explicitamente mecanismos de aferição dessa condição de constitucionalidade, continha pressupostos elementares ao desenvolvimento deles: a) a existência de uma Constituição escrita e reconhecida como juridicamente superior (superlegalidade formal) às demais leis; b) a concepção da Constituição como norma dirigente e concreta, fundamento de todo ordenamento, o que autoriza a eliminação de normas inferiores contrárias a si; c) a existência de um órgão determinado para o exercício do controle, executando a justiça constitucional. A confirmação do Judiciário como órgão responsável pela fiscalização de constitucionalidade é expressa inicialmente na doutrina americana por Alexander Hamilton, que no artigo *Exame da organização do Poder Judiciário no tocante à condição de bom comportamento para a permanência no cargo* - parte do *The federalist papers* – expõe observação como a que segue (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, pp. 482-483):

Essa independência dos juízes é igualmente necessária para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos daquela irritação que as artes de designar homens, ou a influência de conjunturas particulares, disseminam entre o próprio povo, e que, embora logo cedam lugar a uma melhor informação e a uma reflexão mais ponderada, tendem, nesse meio tempo, a gerar perigosas inovações no governo e graves opressões da minoria da comunidade. Creio que os

defensores da Constituição proposta jamais se unirão aos seus inimigos para questionar o princípio fundamental do governo republicano pelo qual o povo tem o direito de alterar ou abolir a Constituição estabelecida sempre que a considerem incompatível com a própria felicidade; não se pode inferir desse princípio, contudo, que os representantes do povo, sempre que se apossasse da maioria de seus eleitores uma inclinação momentânea incompatível com os dispositivos da Constituição vigente, estariam por isso autorizados a violar esses dispositivos; ou que os tribunais estariam mais obrigados a ser coniventes com infrações desse tipo do que com as que resultam inteiramente de conluíus do corpo representativo. Até que o povo tenha, por um ato solene e oficial, anulado ou mudado a forma estabelecida, tanto seu conjunto como os indivíduos que o compõem estarão submetidos a ela. Antes de tal ato, nenhuma presunção, ou mesmo conhecimento, do sentimento do povo pode autorizar seus representantes a se desviar dela. É fácil ver, no entanto, que os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever como fiéis guardiães da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade.

A forma e a exposição jurisprudencial do controle, porém, somente se tornaram claras em 1803, em sentença do *Chief Justice* John Marshall, da Suprema Corte Americana, proferida no *caso Marbury versus Madison*. Estabelecia o Juiz Marshall que é da essência da função judicial a escolha da aplicação de uma entre duas regras conflitantes com possibilidade de incidir sobre o mesmo caso. Nos casos de conflito entre uma regra constitucional e outra da legislação ordinária, é dever do juiz, de acordo com a supremacia constitucional, optar pela primeira, tornando nula e sem valor a lei inferior (*null and void*):

Ou a Constituição é lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando à legislatura aprover alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável (apud FERREIRA FILHO, 1988, p. 81).

Não podemos deixar de mencionar, também, a contribuição de Sieyès, um dos primeiros a se preocupar em como garantir a supremacia da Constituição. Conforme atesta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 16), na obra *O poder constituinte*, Sieyès foi um dos precursores da defesa do estabelecimento do controle de constitucionalidade:

Sieyès não era um espírito meramente teórico; tinha noção das realidades. (...) teve a ideia de que era necessário, para resguardar essa superioridade, que se criasse um tribunal incumbido disso, apto a fulminar e invalidar os atos contrários à Constituição. Propôs, assim, a criação de um tribunal desse feitio, quando da elaboração da Constituição de 1795. Essas ideias, então não aceitas, foram, entretanto, acolhidas em grande parte na Constituição do ano VIII, a de 1799. Esta Constituição previa, entre as atribuições do Senado, a de verificação da constitucionalidade das leis.

O constitucionalismo moderno, como podemos depreender de tudo o que já foi escrito, estava inserido num mundo em constante progresso. Embora buscasse estabilizar as relações sociais e salvaguardar certos direitos e instituições da volatilidade da política cotidiana, a consciência da temporalidade dos arranjos constitucionais concretos e a exigência de que pudessem ser revistos, ainda que de forma mais difícil e lenta do que as demais leis, passou a ser questão das mais relevantes:

Por mais que todas essas teorias se esforcem para encontrar uma justificativa suficientemente forte para fundamentar a supremacia da Constituição sobre as decisões políticas cotidianas, a experiência constitucional, desde o início, no final do século XVIII, demonstrou a necessidade de se estabelecer mecanismos que viabilizassem correções de rumo sem que houvesse necessidade de recurso à revolução, como propunha Locke. Nesse passo, a Constituição americana é pioneira em estabelecer o procedimento de emenda, pelo qual as novas gerações podem alterar o texto constitucional, adaptando-se às necessidades impostas pelo tempo ou, mesmo, corrigindo erros cometidos pela geração constituinte (VIEIRA, 1999, p. 59).

Ao comentar o procedimento de emenda da Constituição americana, Raul Machado Horta sustenta que essa não envolveu a reforma constitucional no extenso formalismo das Constituições francesas de 1791 e 1795. Entende o professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais que “o estilo pragmático do Direito Anglo-Saxônico, que integra outro sistema jurídico, formulou regras mais comedidas, dotadas de efeitos mais práticos” (HORTA, 1999, p. 96). E prossegue:

Não adotando o ritualismo normativo do processo de emenda constitucional, que se revelaria posteriormente nas mencionadas Constituições francesas, o modelo norte-americano construiu os fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da Emenda à Constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais, subtraindo-as a atividade do órgão constituinte de emenda ou revisão, seja de forma temporária ou permanente (HORTA, 1999, p. 96).

Nelson Saldanha (2000, p. 144) lembra que, na França, a Constituição de setembro de 1791, em seu título VIII, art. 1º, estabelecia que “a nação tem o imprescritível direito de mudar sua Constituição”. Arremata o professor da Universidade Federal de Pernambuco:

Contudo, por ser mais “conforme ao interesse nacional”, isto seria feito sempre através de uma “assembleia de revisão”, dentro de trâmites cuja descrição vinha em seguida. Não era fácil optar entre a estabilidade, necessária ao assentamento da nova ordem, e o reconhecimento do direito das assembleias no sentido de rever os dispositivos constitucionais. Sieyès se preocupou bastante com este problema, inclusive com a questão das relações entre a competência para revisão e o âmbito do poder constituinte – necessariamente maior.

Por outro lado, expõe Nelson Saldanha (2000, p. 144), amparado em Esmein, que três teriam sido, basicamente, as posições assumidas pelos pensadores políticos do século XVIII sobre o problema da reforma constitucional:

A primeira exigia o consentimento de todos os cidadãos para a reforma; era por exemplo a posição de Vattel. A segunda admitia uma reforma mais fácil, sustentada pelo direito, conservado pela nação, de alterar suas leis. Opinião de Sieyès. A terceira estabelecia que a própria constituição poria expressamente as condições e os limites nos quais e sob as quais seria tocada: opinião de base rousseauiana e que saiu triunfante na prática posterior.

Destarte, podemos notar que houve uma passagem da problemática da representação e da validade política das leis, que ocupou as décadas centrais do século XVIII para a questão do poder constituinte e das técnicas de ampliação e reforma das normas constitucionais, entendidos em relação com a legislação ordinária e com o estatuto constitucional dos poderes. Não afirmaremos aqui que as Constituições não-escritas ou costumeiras não apresentam supremacia diante dos ordenamentos jurídicos em que se encontram inseridas. Mesmo nas Constituições costumeiras e não-flexíveis, há uma superioridade política, que não se reveste de conteúdo jurídico ou forma, “mas que é evidente à mais superficial análise” (FERREIRA, 1956, p. 72). Conforme disse Hermann Heller (1968, p. 322):

Naturalmente que as normas constitucionais de uma Constituição flexível têm grande importância política; essa importância, porém, não tem expressão na sua forma jurídica porque a Constituição pode reformar-se pelo mesmo processo que uma lei ordinária.

Vale destacar também a opinião de Jorge Carpizo (1971, p. 38) que, em sua obra *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, assim expressa:

Si bien no tiene el pueblo inglés un solo documento escrito que se denomine Constitución, sí posee una serie de leyes y estatutos escritos de carácter constitucional, aun cuando el Parlamento puede abrogar o modificar estas normas siguiendo el mismo procedimiento que para cualquier otro tipo de regla jurídica. Sin embargo, aun en este caso no lo consideramos como supremo, pues como ya hemos dicho en otra ocasión, pensamos que el principio de supremacía constitucional también existe en las constituciones flexibles pues existen una serie de factores sociales e históricos que hacen

*que uma reforma a uma norma constitucional no sea tan fácil de efectuarse como a uma ley ordinaria.*⁶

No entanto, e isto é indubitável, tão somente o carácter rígido e escrito da Constituição garante juridicamente e de maneira formal essa supremacia. Assim, política e juridicamente, a Constituição reveste-se de duas formas: na suprallegalidade das suas normas (ou preeminência dos seus costumes, se a Constituição é sociológica e não escrita) e na imutabilidade relativa de suas regras constitucionais, intensificada muitas vezes pela presença de núcleos materiais intangíveis pelo poder de reforma constitucional.

A Constituição rígida fundamenta-se na distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos. Enquanto a lei de matéria constitucional é obra do poder constituinte, a lei ordinária é fruto dos poderes constituídos, limitados pela própria Constituição. Concluindo: se da rigidez podemos elaborar preceitos sólidos para justificar uma hierarquia entre norma superior e norma inferior, e se admitirmos que a primeira preveja a criação da segunda, tendo essa o fundamento de validade na norma que lhe está acima, e se a norma inferior for considerada válida por harmonizar-se com a superior, estamos diante de um sistema que, categoricamente, concretiza o princípio da supremacia constitucional e a necessidade do controle de constitucionalidade.

6 “Embora o povo inglês não tenha um escrito documento único que se denomine Constituição, ele possui uma série de leis e estatutos escritos, que são de natureza constitucional, mesmo que o Parlamento possa revogar ou alterar essas normas, seguindo o mesmo procedimento que para qualquer outro tipo regra jurídica. No entanto, mesmo neste caso, não consideramos como suprema, porque, como dissemos em outra ocasião, pensamos que o princípio da supremacia constitucional também existe em constituições flexíveis, pois existem uma série de fatores sociais e históricos que tornam a reforma de uma norma constitucional não tão fácil de ser feita, como seria para no caso de uma lei ordinária.” (CARPIZO, 1971, p. 38, tradução nossa)

2 O PODER CONSTITUINTE

2.1 AS POLISSEMIAS DO PODER

O poder constituinte, antes mesmo de ser constituinte, é poder. A partir dessa simples constatação, decorrem sua natureza e energia social. O poder tem por missão impor à comunidade a conduta que lhe parecer mais adequada à realização da ideia de Direito, após tê-la escolhido entre as várias possíveis idealizações.

Poder e autoridade são palavras por vezes equivalentes para expressar a ideia de um princípio de unidade social, elemento de direção imprescindível em qualquer sociedade, graças ao qual a ordem é estabelecida e preservada. A etimologia leva-nos a perceber aspectos peculiares em cada um dos conceitos representados por essas expressões. “Poder” vem do latim vulgar *potere*, que substitui o latim clássico *posse*, contração de *potis esse*, “ser capaz”; “autoridade” procede de *auctor*, derivado do verbo *augeo*, *augere*, “aumentar, acrescentar, fazer crescer”. O poder evoca a ideia de força, capacidade de governar e se fazer obedecer, império. A autoridade é também imperativa, sobretudo pelo prestígio que a cerca, o saber que nela se reconhece, o respeito que suscita. Sua atuação na sociedade política proporciona benefícios e melhoramentos, não por produção direta, mas garantindo aos elementos orgânicos que compõem a sociedade as condições favoráveis a sua plena expansão.

Se o poder tem força ou capacidade para agir, tendo em vista sobretudo a execução, a autoridade tem a capacidade fundamental, decorrente de uma concepção da mente, da qual resulta a regulamentação social. A concepção e a execução

devidamente ajustadas ao bem comum – razão de ser do poder ou da autoridade – tornam legítima a autoridade em seu exercício. Poder legítimo é o que se funda nessa legitimidade, cabendo ainda considerar a legitimidade de origem, isto é, dos títulos históricos e jurídicos que estão na etiologia do poder (SOUZA; GARCIA; CARVALHO, 1998, p. 418).

A ideia de poder é extraída do contexto social e efetiva-se pela capacidade que alguns dispõem de emitir comandos que traçam regras de conduta e que são obedecidos, obtendo-se assim submissão ao teor da ordem:

Todo poder implica uma certa dose de sujeição, de coerção exercida pelo detentor sobre as pessoas, posto que ele pressupõe determinação de atitudes ao sujeito colocado no estado de subordinação. Mesmo quando o subordinado submete-se voluntariamente ao titular do poder e aceita-lhe as ordens, não existe nada menor do que uma diferença nascida entre o titular do poder e o sujeito, desde que o primeiro apenas dá ordens e o outro as executa (LOPES, 1993, p. 17).

O poder não é fenômeno autônomo que se realiza por si próprio, mas um meio para atender a certa finalidade social. Assenta-se essa justificativa na coordenação, no seio da coletividade, da atividade social de várias pessoas que a integram. Tem como objetivo regular a divisão de tarefas, com a finalidade de impedir uma ação global, regulamentando particularmente os conflitos que surgem nos processos de atividade social. O gênero de atividade e a importância que ele apresenta para a sociedade, sua vinculação com as outras atividades, dependem da intensidade do poder, dos meios pelos quais é exercido e os tipos de relações que surgem (LOPES, 1993, p. 17).

Cumprir lembrar a tese de Bertrand de Jouvenel. Estudando a origem e a natureza do Estado moderno, cujo desenvolvimento histórico analisa, descreve o autor uma história natural do crescimento do poder. Evoca o Minotauro, figura da mitologia grega, a quem inocentes eram oferecidos como vítimas entregues ao apetite insaciável do monstro. O poder do Estado tende a crescer cada vez mais, interferindo em todas as esferas sociais e exigindo tributos que vão dos bens materiais até à própria vida. Importa, porém, notar que não se trata de um crescimento natural, mas, ao

contrário, de uma consequência de se ter perdido o sentido da organicidade social. À natureza da sociedade política repugna um poder centralizador ao extremo, que destrói as autonomias sociais, sacrificadas ao novo Minotauro. O poder político, não reconhecendo os poderes sociais intermediários, torna-se exclusivo e onívor, derivando disto o Estado totalitário (JOUVENEL, 1974, p. 258 e seguintes).

De todo modo, o estudo do poder é pressuposto para a compreensão da existência e funcionamento das organizações sociais. Todo e qualquer grupo social pressupõe organização e estruturação de poder. Na reflexão de Bobbio (1982, p. 12), poder é a relação entre dois sujeitos em que um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra vontade, o comportamento.

Da conceituação supra deduzem-se os caracteres do poder social: socialidade, bilateralidade e causalidade. Somente há poder no seio de uma organização social, e se houver interação entre duas ou mais vontades em que uma delas puder predominar e se sobrepôr à outra. Finalmente, é de se destacar que a atividade do exercente do poder há de ser a causa suficiente para conduzir o subordinado ao poder.

A observação da conduta gregária humana, independentemente de tempo e espaço, demonstra a inevitabilidade de conflitos entre indivíduos e grupos, tornando imprescindível a intervenção de uma vontade preponderante capaz de preservar a unidade social. Essa preponderância de uma dada manifestação de poder social inicialmente fundou-se na força, evoluindo para a ideia de vontade divina e finalmente para a ideia de povo como unidade e fonte de direitos e poder. Essa evolução traduz-se na consciência de que o poder utiliza a força, sem, contudo, com ela se confundir.

O poder social que legitimamente e exclusivamente está autorizado ao uso da força é reconhecido como poder político, contudo, há que se concluir com Bobbio ao asseverar que:

O fato de a possibilidade de recorrer à força ser o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder não quer dizer que o poder político se resolva através do uso da força. O uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político. Nem todo o grupo social que está em condição de usar a força, com certa continuidade (grupo organizado para o crime, para a pirataria ou para a subversão) exerce o poder político. O que caracte-

riza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação aos outros grupos que agem num determinado contexto social. Essa exclusividade é o resultado de um processo desenvolvido numa sociedade organizada para o monopólio da posse e do uso dos meios através dos quais é possível exercer a coação física (BOBBIO, 1982, p. 14).

A Ciência Política reconhece no poder político o elemento essencial constitutivo do Estado. O Estado possui o monopólio da coação organizada. Impõe normas de conduta e, complementarmente, dispõe de meios materiais para assegurar sua observância.

Direito e poder são conceitos que se implicam intensamente. São, por assim dizer, as duas faces da mesma moeda. Uma sociedade precisa necessariamente de ambas. Isto porque onde o direito é impotente desenvolve-se facilmente a anarquia; por outro lado, onde o poder é incontrolado desenvolve-se o despotismo. O modelo ideal deve estar calcado no equilíbrio entre direito e poder, o que é doutrinariamente e empiricamente reconhecido diante da vigência e de transformações históricas do Estado Democrático de Direito. Conforme leciona o professor Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 346):

O Direito se afirma, ao mesmo tempo, como estrutura normativa e como estrutura de poder. Entre norma e poder há relação de dependência recíproca, uma parte exigindo e outra para possibilitar-se: a norma decorre do poder e contém poder; o poder cria a norma e dela recebe autoridade.

No mesmo sentido escreve Bobbio (1997, p. 170):

A norma necessita do poder para tornar-se efetiva, e o poder de fato necessita da continuada obediência ao comando e às regras que dele derivam para tornar-se legítimo. O poder torna-se legítimo através do direito, enquanto o direito se torna efetivo através do poder. Quando um e outro se separam, encontramos-nos diante dos dois extremos, dos quais qualquer convivência organizada deve se afastar, do direito impotente e do poder arbitrário.

As noções de força e competência entrelaçam-se com a noção de poder. Se o poder se fundamenta na força, exclusivamente, diz-se ser de fato. Se fundado na competência (deduzida a partir do consentimento dos governados) diz-se de direito. Esclarecedora é a consideração do professor Bonavides (2000, pp. 106-107):

A nosso ver, a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento tácito ou expresso dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade).

As inquietações doutrinárias em torno do poder político, e em torno dos elementos que possam defini-lo, são importantes na conceituação do poder constituinte. A maneira de apresentar as características do poder vai configurar as formas de seu exercício, que, por sua vez, importam na justificação e nos limites que lhe são inerentes.

2.2 O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 21) que a ideia de que a Constituição é fruto de um poder distinto dos que a estabelece, a afirmação da existência de um poder constituinte, fonte da Constituição e, portanto, dos poderes constituídos (entre os quais o Legislativo) é contemporânea da de Constituição escrita. No panfleto de Sieyès, *Que é o Terceiro Estado?*, tais percepções foram explicitadas pela primeira vez, conforme acentua Ferreira Filho. E prossegue o autor de *Constituição e governabilidade* (1997, p. 21):

De fato, era na Antiguidade desconhecida essa ideia. Tanto na Grécia como em Roma as leis de conteúdo constitucional não se distinguiam formalmente das demais e se manifestavam sobretudo nos costumes, alterando-se pelos órgãos legislativos ordinários ou pela invenção individual (Licurgo, Sólon). Da mesma forma, a Idade Média não a co-

nheceu. As regras de matéria constitucional eram costumeiras e como tais só o decurso do tempo as podia mudar. Igualmente não se separavam essas regras das outras, por sua forma. Nos albores da época moderna, a concepção, formulada pelos legistas, de leis fundamentais, caracterizadas por sua matéria, por sua superioridade e por sua estabilidade, trazia implícita essa ideia. Mas, ainda, então, não se chegou a ela.

Por outro lado, o reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a essas, uma exigência lógica:

A superioridade daquelas, que se impõe aos próprios órgãos do Estado, deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência: o Poder constituinte. (Idem, 1967, p. 17)

A conceituação de poder constituinte é bastante variável entre os doutrinadores. Meirelles Teixeira, em seu *Curso de direito constitucional* (1991, p. 200), afirma que a base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas não é algo normativo, mas algo real: a vontade social, que dá integração à comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas. Essa vontade social é um processo, uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais existentes no interior do Estado. Essa vontade social, manifestando-se sobre a existência política da nação, sobre o modo dessa existência, sobre a organização jurídica da nação, que transformará o Estado, seria para Meirelles Teixeira o poder constituinte.

Celso Bastos (1999, p. 20), por seu turno, assevera que o poder constituinte é aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional:

Com efeito, por ocuparem estas o topo da ordenação jurídica, a sua criação suscita caminhos próprios, uma vez que os normais da formação do direito, quais sejam, aqueles ditados pela própria ordem jurídica, não são utilizáveis quando se trata de elaborar a própria Constituição.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, p. 14) informa que o Poder constituinte originário é aquele que intervém para estabelecer a Constituição, tendo a capacidade de organizar o Estado, sem qualquer limitação ou condicionamento do direito positivo anterior. O poder constituinte, ainda para a autora de *Conflito entre poderes*, manifesta-se para criar a ordem jurídica interna, e em sua obra fundamentar-se-ão todas as outras instituições do Estado.

De outra banda, as considerações do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1986, p. 243) contidas no texto *Uma constituinte lenta, gradual e segura*, levam-nos a pensar a noção de poder constituinte sob um ângulo muito pouco convencional, mas provocador e, ao mesmo tempo, esclarecedor. Para esse fundamental jurista brasileiro, o poder constituinte originário não existe, por ser impossível de ser trazido a alguma forma de realidade:

Tenho para mim que, embora seja uma noção até certo ponto importante, bastante importante para os juristas, e muitos acreditam estar trabalhando com uma realidade, no fundo, no fundo, isto é uma pura abstração, diria que é mais um conceito operacional. É, por assim dizer, a condição de se organizar a sociedade enquanto um organismo jurídico. É apenas um conceito operacional do qual os juristas falam, quando se referem ao poder constituinte originário nos conduz a uma reflexão a respeito de como na verdade as coisas acontecem. Se estou trabalhando com uma abstração, esta abstração realmente tem essa função operadora de organizar, para o jurista, o universo constitucional.

2.2.1 A NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O poder constituinte é um poder de fato ou um poder de direito? Partindo da lição de Ferreira Filho, o Direito positivo (no sentido de direito posto pelo Estado) subordina-se à Constituição, de modo que o fundamento dessa é o fundamento de todo o Direito positivo:

Para quem entender que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder constituinte é um poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior. Para

os que admitem a existência de um Direito anterior ao Direito positivo, a solução é de que o Poder constituinte é um poder de direito, fundado num poder natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre. (FERREIRA FILHO, 2003, p.23)

Conforme a tese positivista, todo o direito positivo é criado pela Constituição, e nela encontra seu fundamento de validade. Dessa forma, a Constituição não é gerada pelo direito, mas, antes, é geradora dele. “A Constituição é um fato, e o poder constituinte é simplesmente uma força social” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 54). Inútil seria, portanto, procurar fundamento jurídico para o estabelecimento de uma Constituição: “a sua força criadora pode ser um homem, uma classe ou todo o povo. Porém, quem quer que seja que a faça atuar, dela não retira esse caráter de força social, de poder de fato” (FERRAZ, 1986, p. 24).

O modelo de Hans Kelsen, contido em sua obra mais célebre, *Teoria pura do Direito*, apresentando o ordenamento jurídico como um conjunto de normas escalonadas, é ainda a manifestação mais contundente de um positivismo que concebe o Direito como um sistema hermeticamente fechado e autossuficiente, decorrências teóricas de uma busca incessante desse autor austríaco por uma pureza científica do Direito. Pela importância que tem o pensamento kelseniano para a Ciência Jurídica em geral, teceremos algumas sucintas considerações, diretamente amparadas em passagens fundamentais de sua construção jurídico-epistêmica (1976, pp. 267-300) para que mais bem possamos compreender eventual fundamentação da perspectiva que afirma ser o poder constituinte um poder de fato.

Kelsen distingue duas possibilidades de organização de sistema de normas: relacionando-as a partir de seus conteúdos ou a partir das regras de competência e as demais reguladoras da sua produção. No primeiro caso, dá-se origem a um sistema estático, e, no segundo, a um sistema dinâmico. Cabe ressaltar, no entanto, que Kelsen considera o sistema jurídico como essencialmente dinâmico. Afirma nosso autor (1976, pp. 273-275):

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu con-

teúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de acordo com essa norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (...) a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo.

A norma hipotética fundamental é a categoria kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas. É ela que constitui a unidade de pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. A *grundnorm* é pressuposta como a mais elevada, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. Da mesma forma que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, estabelecendo-se a relação de superioridade e inferioridade entre elas, a norma hipotética fundamental limita-se a delegar na autoridade legisladora a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas do sistema jurídico. É condição de validade de todas as normas jurídicas integrantes da ordem jurídica, mas não o é seu conteúdo.

Assim, a validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental. É função da manifestação de vontade de uma autoridade competente. Para ele, a norma jurídica é válida se emanada de autoridade com competência para produzi-la, ainda que o respectivo comando não se compatibilize com disposição contida em normas de hierarquia superior. Para a validade da norma, no entanto, não basta o atendimento a essa condição de ligação à norma fundamental. É necessário, ainda, um mínimo de eficácia, a qual também constitui condição de validade da Constituição, não se confundindo com o fundamento de validade da ordem jurídica ou da Constituição, norma funda-

mental. Assim, determinará essa que devemos conduzir-nos de harmonia com a Constituição posta e eficaz.

Esse fechamento do sistema kelseniano leva-nos a perceber uma natureza de feito positivista do poder constituinte, localizando a ordem jurídica a partir de fato jurídico, qual seja, a criação da Constituição, a desencadear toda a ordem de normas do mundo jurídico.

De outro modo, em contraposição à tese positivista, encontramos outra, que pode ser designada como tese jusnaturalista. Para ela, o direito não se resume ao direito positivo. Há um direito que não se confunde com o direito positivo, resultante da natureza humana - o direito natural:

Sem dúvida, a caracterização desse direito natural varia de escola para escola jusnaturalista. Uma é a Escola Tomista, aquela que tem raiz no pensamento de Santo Tomás de Aquino. Para Santo Tomás de Aquino, devemos distinguir um direito eterno, a Lei Eterna, que é a própria Razão Divina, é a própria razão de Deus. Dessa Lei Eterna, o homem conhece uma parcela, através da Revelação ou da Igreja. Mas, por uma inclinação de sua razão, o homem tem acesso a uma outra parcela da Lei Eterna, e que é exatamente a Lei natural. Além da Lei Eterna, da Lei Divina, da Lei natural, existe a lei positiva, o direito positivo, que é o direito estabelecido pelo homem. Mas é claro que, nesta colocação, o direito positivo, o direito posto pelo poder público, só é válido quando se conforma à Lei Natural, à Lei Divina, que são exatamente as maneiras pelas quais o homem tem acesso à Lei Eterna (FERREIRA FILHO, 1999, p. 56).

Com o mesmo tipo de conclusão, mas com fundamentos outros, encontramos um jusnaturalismo de matriz racionalista, que tem em Hugo Grócio o representante que mais bem caracteriza a concepção de direito natural que tem na própria razão humana a origem do ordenamento jurídico. As ideias de Grócio, inclusive, ajudaram a construir a doutrina do Contrato Social, que estabelecia em definitivo o primado da razão humana e da inclinação social do homem. Uma perspectiva como essa pode levar à seguinte opinião:

Se é verdade que as leis devem ser construídas sobre a realidade, é isso ainda mais verdadeiro quando se trata da lei fundamental do Estado, especialmente ao fundar-se um novo Estado, porque então é preciso procurar instituições que sejam efetivamente ajustadas ao meio, aos hábitos sociais, às tradições locais, ao caráter geral do povo, enfim, todo um back-ground psicossociológico, geopolítico e econômico. Esta contextura natural da sociedade nos apresenta o que há de mais fundamental e mais essencialmente constitucional. É a constituição histórico-social, que deve servir de base à constituição jurídico-formal, a qual, por isso mesmo, não pode ser fabricada à maneira de um relógio, não é obra de arte, mas fruto da prudência legislativa. Com essa prudência, o legislador, partindo de valores permanentes, intrínsecos à natureza humana, leva em conta, na formulação da norma, o contexto sócio-histórico característico de cada nação (SOUZA; GARCIA; CARVALHO, 1998, p. 130).

Em suma: para o jusnaturalismo o poder constituinte é um poder de direito e não mera força social:

Portanto, para o jusnaturalismo, o Poder constituinte não é u'a mera força social; é um poder jurídico; é um poder de direito; é um poder que decorre, para a comunidade - o conjunto dos homens -, da ordem jurídica natural. O poder de auto-organização de uma sociedade, assim, não é um poder de fato, um mero fato social (FERREIRA FILHO, 1999, p. 58).

Tércio Sampaio Ferraz (1986, p. 243) apresenta opinião contundente acerca da juridicidade do poder constituinte originário, e que nos parece enriquecer os posicionamentos que o enquadram como um poder de direito, tradicionalmente em face de considerações de cunho jusnaturalista:

Na verdade, o poder constituinte originário, nem que quiséssemos, não pode ser um poder de fato. Alguma coisa da juridicidade ele sempre tem. Esse fato puro é abstração. Ele não é autônomo porque sempre age por alguma forma de delegação. É impossível essa autonomia tal como se imagina. Ele não é inicial e muito menos incondicionado. Na verdade, o que a gente observa na formação de tal poder cons-

tituinte originário, são múltiplas tendências e forças se organizando e a noção de soberania que ele procura trabalhar e elaborar também padece dos mesmos caracteres.

Na realidade, praticamente a maioria dos autores assinala alguma sorte de limitação à força constituinte, que não se apresenta como função (ou potência) totalmente descompromissada.

Desse modo, para além do que já discorremos acerca do jusnaturalismo de matriz religiosa e racionalista, é que se alude à situação histórica da comunidade política, aos ideais de justiça, ao direito internacional, a grupos de pressão (presentes em toda Assembleia Constituinte), a crenças ou a uma realidade social subjacente limitadora (normalidade na teoria do jurista Hermann Heller), ou a princípios superiores de convivência humana.

Ressaltemos, no particular, como pressuposto à análise dos limites ao poder constituinte, a classificação de Nelson Saldanha, ao distinguir um poder constituinte posterior, contraposto ao originário (historicamente). O poder constituinte posterior não pode atuar, atualmente falando, com inteira e absoluta independência de uma experiência constitucional, a não ser numa suposta independência de novo Estado, ou numa revolução. É sob esta ótica que poderá ser entendido como poder constituído, porque limitado, e é Nelson Saldanha que o afirma como tal, diferenciando-se ainda assim dos demais poderes por seu caráter auto-constituído, que os outros não apresentam, e por ser constituidor em sentido material.

Fruto de evolução jurídica, mas situada dentro de continuidade histórica, é a Constituição do Brasil de 1988. Tal afirmação é facilmente comprovável em alguns pontos nos quais encontraremos alusão à Carta anterior, embora sem admitir o fenómeno da desconstitucionalização, segundo o qual as regras da Constituição anterior subsistem, como lei ordinária, no que não contrariem a atual. E mais do que isso, notemos, a título de exemplo: adquirido determinado direito sob a égide da anterior Constituição, mas dependente de termo futuro para ser usufruído, ainda que rechaçado e afastado no atual texto, uma vez implementadas as condições para exercê-lo, o cidadão poderá usufruir o direito. Isso seria impensável numa Constituição que fosse a última fase de um processo de ruptura integral com a ordem anterior.

Nesse sentido, os limites que esse poder constituinte encontrará são, rigorosamente falando, implicações circunstanciais impositivas. São as pressões e coações econômicas, sociais, de grupos particulares, tradições, condicionamentos ou pre-determinações, preconceitos, e toda a sorte de fatores que atuam direta ou indiretamente, de forma consciente ou não, na elaboração do estatuto supremo de convivência humana dentro de determinado território.

É possível listar alguns pontos que separam o atual poder constituinte daquele que seria o “originário” em sua acepção mais pura. E isso porque:

Se há uma ordem vigente, ela condiciona o Poder constituinte, ainda que originário. Nunca é demais lembrar, sobretudo no caso brasileiro, que o Poder constituinte não se confunde com o Poder Estatal. A nova Constituição não ensejará um novo Estado. O Brasil já existe, com esta ou com outras eventuais e futuras Constituições. Então, pelo menos por isso, a Constituinte tem limitações. Não poderá ela, por exemplo, incorporar o território brasileiro, ou parte dele, a outro Estado. Não lhe será permitido abrir mão da soberania nacional (POLETTI, 1998, p. 163).

Portanto, passa-se a distinguir a força constituinte, ou poder constituinte propriamente originário, característico de momentos de ruptura forçada e inevitável, como revoluções e independência de Estados, que apenas respeitam a si mesmos, do poder constituinte historicamente situado, que nesse sentido, seria muito mais limitado em seu atuar, por vezes instituído legalmente (e assim admitido) pela ordem jurídica anterior (lembramos o caso brasileiro, em que se utilizou de emenda à Constituição para deflagrar o processo constituinte de 1987, convocando-se uma Assembleia Constituinte, o que de certa forma convalida a utilização tradicional do termo “poder”, como algo delimitado pelo Direito, afastando-se da noção de Lassale) para qualificar o momento constituinte, ao mesmo tempo em que não se pode deixar de reconhecer que se subverte a ideia de independência plena que acompanha tradicionalmente a força constituinte ou poder constituinte genuíno.

2.2.2 A TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Questão das mais importantes é a da averiguação da titularidade do poder constituinte originário. Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe:

Admitamos – raciocinam todos – que exista um poder que estabelece a Constituição, e não é assimilado pela Constituição, nem fica subordinado a essa Constituição. Mas, se existe esse poder, a quem ele pertence? Qual é o titular desse poder? Quem é que pode estabelecer a Constituição? Quem é que pode estabelecer a organização política fundamental do Estado? Certamente, já se pode sentir neste simples enunciado do tema que a questão da titularidade do Poder constituinte se liga intimamente com o problema da soberania no Estado. A ligação é uma verdade óbvia; porque é claro que, quem pode estabelecer a organização política fundamental, ou, numa palavra, quem pode estabelecer a Constituição é, obviamente, quem for o detentor do poder supremo do Estado, é quem for o soberano, soberano neste sentido de ser o mais alto detentor do poder num determinado Estado (1999, p. 22).

Historicamente, informa Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, p. 29), o titular do poder constituinte é aquele homem ou grupo de homens que, dispondo de um poder incondicionado, logra editar uma Constituição. Assim, o titular do poder constituinte pode ser o governante que outorga uma Constituição, ou pode ser o povo, quando o estabelecimento da Constituição resulta de manifestação inequívoca da vontade geral. Vale anotar a lição de Meirelles Teixeira (1991, pp. 209-210), segundo a qual:

O Direito Público moderno, a partir da Revolução Francesa, consagra definitivamente o princípio democrático, segundo o qual a soberania, e com ela o Poder constituinte, que é a manifestação primeira de soberania, pertence ao povo, à Nação.

Completa o autor citando Santo Tomás de Aquino, descrevendo que:

Todos os seres possuem uma força, um dinamismo, uma energia específica para a consecução de seus fins. O Estado também possui essa

energia, essa força específica, que é o poder político. Mas, o Estado compõe-se, como fenômeno natural que é, de homens, seres racionais e livres, dotados de vontade, misto de natureza e espírito. O poder do Estado somente pode resultar, portanto, do poder humano, isto é, do poder e da vontade dos homens que o compõem. É o poder humano que dá origem ao poder político, pela coincidência de muitas vontades individuais sobre objetivos e metas comuns, de origem ética. (...). Aplicando-se a teoria aristotélica do conhecimento do Estado, demonstra Santo Tomás que o sujeito da soberania, isto é, do poder político, é o povo.

2.2.3 O VEÍCULO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Para Ferreira Filho (1997, p. 25), a doutrina do poder constituinte raciocina a partir da hipótese da inexistência de instituições políticas, de Estado, portanto. O titular do poder constituinte (normalmente o povo) estabelecerá, por intermédio do agente (os representantes do povo), a Constituição sobre um terreno até então virgem, vazio. Registra o autor que essa hipótese, no entanto, não ocorre no mundo dos fatos:

Neste, o Poder constituinte vem a manifestar-se onde já existem instituições e contra elas. Isto é, onde existem instituições políticas, Constituição estabelecida, o Poder constituinte originário pode vir a manifestar-se, editando nova Constituição. Para tanto, porém, é necessário que se preencha uma condição indispensável: a de que perca eficácia, consequentemente deixe de ser verdadeiramente Constituição a que vigorava antes dessa (nova) manifestação do Poder constituinte originário (FERREIRA FILHO, 1997, p. 25).

A perda da eficácia da Constituição anterior estabelece o vazio sobre o qual o poder constituinte originário vai erigir a nova Constituição, que se aperfeiçoará como Constituição se e quando ganhar eficácia. Essa perda de eficácia traduz um evento revolucionário, que rompe a Constituição então vigente, abrindo caminho para nova Constituição:

Este fenômeno é que tem como uma de suas etapas decisivas, se não a definitiva, o estabelecimento de uma nova organização política, uma nova organização fundamental, ou seja, uma nova Constituição. Isto revela que a revolução, fenômeno social, é o veículo do Poder constituinte, o transportador, por assim dizer, o instrumento pelo qual se concretiza a manifestação do Poder constituinte.

Alerta ainda Ferreira Filho para o fato de que “revolução”, juridicamente considerada, é sempre rompimento da Constituição. De fato, do ponto de vista jurídico, a revolução é essencialmente a quebra do princípio da legalidade, a queda de um ordenamento jurídico de direito público, sua substituição pela normatividade nova que advém da tomada do poder e da implantação e exercício de um poder constituinte originário. Nesta esteira, para Paulo Bonavides (2000, p. 410):

Mediante a revolução, cai não somente o direito constitucional positivo, mas a forma vigente de poder constituinte, a base mesma que ainda prevalecia para efeito de alterações na moldura dos poderes constituídos. A revolução em seu substrato jurídico é crise e advento de um novo poder constituinte. Com a dinâmica revolucionária, relações diferentes de poder são impostas às classes sociais e a ordem jurídica que se estabelece sob o influxo da revolução sanciona o novo quadro de relações de classes.

Segundo Cattaneo (1968, p. 61), em sua já clássica obra *O conceito jurídico de revolução*, a revolução é o abatimento de uma ordenação jurídica e a instauração de outra nova, por meio ilegal, isto é, de acordo com procedimento não previsto no ordenamento antecedente:

*Esta definición puede formularse también con otras palabras, diciendo que por revolución se entiende un hecho no jurídico, es decir, no calificado como tal por el derecho, sino normativo, es decir, creador del derecho.*⁷

7 “Esta definição também pode ser formulada em outras palavras, dizendo que uma revolução não se configura num fato legal, isto é, não é qualificada pela lei, porém, é normativa, criadora de lei.” (CATTANEO, 1968, p. 61, tradução nossa)

Ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, p. 28) que tanto a corrente jusnaturalista como a positivista, acolhem o direito de revolução. Todavia, a doutrina clássica subordina o exercício desse direito a três condições:

Em primeiro lugar, a revolução só é admissível como *ultima ratio*, isto é, somente depois de esgotados todos os demais recursos tendentes à renovação de dada ordem jurídica; a segunda condição é a de que a revolução seja o meio indicado, o meio mais econômico, o único meio adequado para alcançar-se o fim objetivado. Finalmente, só é admissível o recurso à revolução quando haja plausibilidade de sucesso ou, em outras palavras, quando a revolução não gere consequências mais danosas que as existentes. Note-se que a doutrina clássica raciocina em função do governante tirânico, cujo afastamento revolucionário seria então admitido, observadas as condições preestabelecidas.

Também revela a história política o estabelecimento de Constituição sem revolução do ângulo jurídico quando, usando-se do procedimento de reforma constitucional, nova Lei Fundamental é posta no lugar de outra:

Em 1958, a França, no plano jurídico, fez economia de uma revolução. É inegável que pressões políticas e até militares ocorreram no processo. Nunca, entretanto, se chegou à violação inofensível da Constituição de 1946. Com efeito, a crise de maio de 1958, ocorrida na Argélia conflagrada, constitui o elemento que desencadeou o processo de reformulação constitucional. Este, contudo, se desdobrou no respeito às formas previstas na Lei Magna então vigente (...) a lei de revisão da Constituição de 1946 foi promulgada sob a designação de Constituição em 4 de setembro de 1958 (FERREIRA FILHO, 1999, pp. 35-36).

Vanossi (1975, pp. 142-143), de seu modo, considera uma terceira categoria de poder constituinte, que seria o poder constituinte revolucionário. A diferença entre o poder constituinte originário e o poder constituinte revolucionário, segundo o autor, estaria no fato de que, enquanto o primeiro não reconhece a legalidade preexistente pelo motivo de que essa não existiu, já que surge ali. Ao contrário, o revolucionário não reconhece legalidade preexistente porque a der-

rubou. O que esse autor designa por poder constituinte revolucionário é, como podemos notar, uma das verdadeiras facetas da força constituinte (entendida no sentido estrito, como ruptura de uma dada evolução constitucional em um Estado), que se completa, como já se referiu, com aquela força decorrente de movimentos de independência (mais escassos que antigamente, mas que não deixam de ocorrer ainda hoje). Seriam essas, então, as duas possíveis manifestações do genuíno poder constituinte.

Por fim, ressaltemos que o fator dinâmico das revoluções reside justamente numa tensão social, gerada por conflitos de interesses e intensificada pelos próprios desajustamentos entre as formas e as instituições político-jurídicas e a realidade social, contexto esse em que encontraremos a origem das origens no que diz respeito ao poder constituinte originário.

2.2.4 O AGENTE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O titular do poder constituinte não se confunde com seu agente. Esse é o homem ou o grupo de homens, que, em nome do titular do poder constituinte, estabelece a Constituição do Estado. Tradicionalmente, a Assembleia Constituinte costuma ser o agente do poder constituinte do povo:

Tal agente, exatamente por não ser o titular do Poder, edita uma obra que vale como Constituição na medida em que conta com a aceitação do titular. Esta aceitação é presumida sempre que o agente é designado pelo titular para estabelecer a Constituição, como ocorre quando uma Assembleia Constituinte é eleita. Ou é aferida posteriormente, seja expressamente quando a Constituição é sujeita à manifestação direta do povo (*referendum*), ou tacitamente quando posta em prática vem a ganhar eficácia (FERREIRA FILHO, 1997, p. 24).

A formação de um conjunto de cidadãos, escolhidos entre membros do povo e pelo povo, a quem se atribui o exercício do poder constituinte, é intensamente discutida em sede doutrinária.

Na realidade, tal discussão inicia-se a partir de divergências acerca da forma pela qual tal eleição dar-se-ia, visto que a participação de todos os indivíduos na elaboração da Constituição seria totalmente inviável.

Para Carré de Malberg, citado por Raul Machado Horta (1999, p. 28), a delegação ou transferência da capacidade constituinte a representantes do povo conduziria ao império do regime representativo, incompatível com o ato fundamental de criação da Constituição, pois a representação política decorre da Constituição (ela não pode, assim, concorrer para a Constituição, pois isto seria ilógico, uma vez que o que pressupõe uma Constituição, portanto não pode existir antes dela):

A soberania constituinte do povo, que Sieyès pregou nas assembleias revolucionárias francesas dos fins do século XVIII, pressupõe a delegação do poder constituinte aos representantes do povo, e segundo Carré de Malberg, essa transferência de poder conduz ao império do regime representativo, incompatível com o ato fundamental da criação da Constituição, pois a representação política decorre da Constituição.

Como decorrência, planta-se a questão da possibilidade da Assembleia Constituinte ser constituída por cidadãos, e não necessariamente de políticos de um ou de outro partido. Por ocasião da última constituinte brasileira, muito se discutiu sobre a legitimidade do exercício de elaboração da nova Constituição pelo próprio Congresso Nacional, restando as opiniões bastante divididas, algumas sustentando, por exemplo, que só com a participação dos partidos políticos é que se livraria a constituinte das pressões econômicas. Outros, ao contrário, compreendiam o exercício da constituinte por políticos eleitos como um ato de oferta para legislar em causa própria, ocorrência esta que seria inevitável na prática. Já uma situação oposta, teoricamente, não enfrentaria nenhum impedimento. Conforme Pedro de Vega (1999, p. 36):

Al trasladarse a las Asambleas Constituyentes representativas el ejercicio pleno de la soberanía, nada tiene de particular que el poder constituyente

*soberano se proyecte, o intente perpetuarse, como poder legislativo ordinario, incluso cuando la Constitución es aprobada.*⁸

Emmanuel Joseph Sieyès (1997, p. 93) não pode deixar de ser novamente citado em face de seus lúcidos ensinamentos, ao tratar em sua obra clássica da tarefa de elaboração da Constituição por um conjunto de cidadãos:

Assinalemos sobre isso várias verdades: 1ª) a comunidade não se despoja do exercício de sua vontade. É sua propriedade inalienável. Só pode delegar o seu exercício. Este princípio será visto posteriormente; 2ª) o corpo dos delegados não pode nem mesmo ter a plenitude deste exercício. A comunidade só pode confia-lhe de seu poder total a porção necessária para manter a boa ordem. Não se dá o supérfluo neste gênero; 3ª) não é próprio ao corpo dos delegados mudar os limites do poder que lhe foi confiado. Achamos que esta faculdade seria contraditória consigo mesma. Distingo a terceira época da segunda, pois não é mais a vontade comum real que age, é uma vontade comum representativa. Dois caracteres indestrutíveis lhe pertencem, é preciso repetir: 1º) esta vontade do corpo dos representantes não é plena e ilimitada, é somente uma parte da grande vontade comum nacional; 2º) os delegados não a exercem como um direito próprio, é o direito do outro; a vontade comum é comissionada.

Outro ponto de dificuldade surge a respeito da legitimidade das normas assim concebidas pela Assembleia. Ou seja: tais normas deveriam ser submetidas a um *referendum* popular para que passassem a gozar dessa legitimidade. A nação, de fato, tem interesse em que poder “delegado” não se torne nocivo, prejudicial àqueles que o delegaram:

Sem limites, a Constituinte pode ficar sob as influências das paixões revolucionárias, das manipulações conservadoras e, até, internacionais. Sem um fundamento impregnado de realidade, a futura Constituição

8 “Ao se passar para as Assembléias Constituintes representativas, o exercício pleno da soberania, nada tem de especia, que o poder constituinte soberano seja projetado, e intencione perpetuar-se, como o poder legislativo ordinário, mesmo se a Constituição for aprovada.” (VEGA, 1999, p. 36, tradução nossa).

será apenas uma reação idealista. Fiquemos atentos aos acontecimentos próximos, eles nos darão a medida do sonho e da realidade constitucionais (POLETTI, 1986, p. 163).

Em face de afirmações como essa é que identificamos autores sustentando que a melhor opção seria a adoção de uma forma mesclada de elaboração técnica submetida, em suas linhas fundamentais, a uma validação popular direta. Notemos, no entanto, que nos movimentos revolucionários, bem como naqueles de independência e surgimento de novos Estados, há geralmente um consenso prévio, que se transforma na força propulsora do movimento e lhe imprime as diretrizes básicas. Nesse sentido, importantes são as palavras de Afonso Arinos de Melo Franco (1968, p. 105):

Quando o poder constituinte funciona nos momentos de crise (...) diremos que certas regras de Direito público objetivo, prevalentes na consciência coletiva do povo, segundo os dados da sua cultura, evolução econômico-social e outros fatores, se exprimem, inelutavelmente através dos órgãos que encarnam, no momento, a soberania social (uma Assembléia Constituinte, um soberano, um ditador) por meio de normas positivadas de Direito Constitucional, que traçam, então, as competências dos poderes constituídos, inclusive o constituinte ordinário ou instituído. Essa explicação jurídica nos satisfaz porque, sem abandonar o campo do Direito, não se extravia em hipóteses metafísicas, nem perde de vista as realidades históricas e sociológicas.

2.2.5 LEGITIMIDADE E LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Não se cobra das Constituições sua legalidade, mas sim sua legitimidade. A legalidade somente é exigida das normas infraconstitucionais. Dos atos jurídicos infraconstitucionais cobra-se a legalidade. Devem eles estar de acordo com o preceituado formalmente e, se for o caso, materialmente em nível hierárquico superior. Das Constituições, por seu turno, é cobrada a legitimidade, que vem a ser a maior ou menor correspondência entre os valores e as aspirações de um povo e o constante na Constituição.

A Constituição não se contenta com a legalidade formal, requerendo uma dimensão mais profunda, a única que a torna intrinsecamente válida. Assim sendo, uma Constituição não representa simples posituação do poder. É também posituação de valores jurídicos.

Hermann Heller (1968, p. 327), no seu livro *Teoria do Estado*, aponta que a questão da legitimidade de uma Constituição não pode naturalmente ser contestada, referindo-se a seu nascimento, segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Em compensação, porém, uma Constituição precisa, para ser Constituição, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação. Precisa, para valer como ordenação conforme o direito, de uma justificação segundo princípios éticos de direito.

A legitimidade das Constituições, de acordo com Meirelles Teixeira, pode ser analisada frente a dois aspectos: formal (relativo a sua origem, ao poder de quem emanam) e material (relativo ao conteúdo, e que consiste na sua adequação aos fins a que deve ter em vista). Legítimo é, pois, o poder que estiver estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder (material), ou como se confere o poder (formal) (TEIXEIRA, 1991, p. 218).

Por outro ângulo, consideramos que a legitimidade “é uma qualidade da dominação política (Hennis), refere-se à validade da dominação (Kielmannsegg)” (PINTO, 1994, p. 16). Pretendemos, nesse ponto, extrair a razão pela qual determinada ordem de valores é consagrada juridicamente. Isso tudo porque, ao romper-se totalmente a identidade entre sociedade e poder em nossa sociedade moderna, elementos que passam a ser concebidos como realidades totalmente independentes, torna-se necessário justificar esse último. O poder, assim posto, depende essencialmente da crença em que seja ele justificado.

Em Jorge Miranda (1986, p. 26) encontraremos o traçado dos rumos precisos dessa delicada etapa de superação de uma ordem jurídica, ou de surgimento originário de outra:

(...) para lá da consideração abstrata da legitimidade, têm de se tomar em conta as condições concretas em que o poder constituinte há-de vir a ser atualizado, as determinantes históricas de ruptura ou de transição constitucional e a efetividade que se espera vir a adquirir uma nova

Constituição. É preciso atender aos riscos para a segurança jurídica advenientes da diminuição ou do esvaziamento da força normativa da Constituição. E, se se invoca o princípio democrático, cabe verificar se é o povo que, real e livremente, quer a mudança, de maneira e com que meios.

Mais adiante, o mestre português vai enfatizar que, embora seja mais habitual aceitar a existência de limites materiais ao poder de revisão constitucional, importa considerar igualmente a existência de limites materiais ao poder constituinte verdadeiro e próprio. Nesse sentido, anota que o poder constituinte não se pode desvincular, no momento de criação da Constituição, de certas objetivações históricas que o processo de permanente desalienação do homem vai introduzindo na consciência jurídica geral (MIRANDA, 1986, p. 28). Afonso Queiró, citado por Jorge Miranda (1986, p. 28), acompanha esse posicionamento:

Uma comunidade política livre, em que o povo seja realmente soberano, não contrariará pela decisão constituinte dos seus representantes essa Constituição material. Esses representantes trairiam o seu mandato, ou excedê-lo-iam se deliberadamente, em algum ponto ou aspecto, se desviassem dela (...).

Luzia Cabral Pinto (1994, pp. 20-21), apoiada em Hermann Heller e Sergio Cotta, entende que:

Uma Constituição será então legítima, ou seja, “algo mais que uma relação fáctica e instável de dominação”, valendo como “ordenação conforme ao direito”, quando “constitui” o Estado em conformidade com os valores dominantes da consciência social, “com os sentimentos e as ideias geralmente difundidas numa comunidade”.

Por outro lado, se sobre o conceito de legitimidade não há razões, mas apenas crenças, como queria Max Weber, relacionemos a doutrina de Maurice Duverger, segundo a qual a legitimidade não pode ser auferida em si mesma, não havendo poderes legítimos em si. Assim, o autor define a legitimidade declarando que ela não passa da “qualidade que apresenta o poder de ser conforme com a imagem de poder que é julgada válida na sociedade considerada” (PINTO, 1994, p. 22).

O poder originário não tem necessidade de qualquer legitimação, afirmará Héraud, porque ele encontra a sua no próprio fato de existir. Se se pretende que o poder constituinte originário seja poder jurídico, para que desse modo seja poder legítimo, é então necessário admitir que a juridicidade, no caso especial daquele poder, não decorre da circunstância de estar habilitado por uma norma jurídica, mas do fato da sua efetividade (PINTO, 1994, p. 49). E o poder que emerge de uma revolução, dirá Carré de Malberg, é tanto mais capaz de produzir um equilíbrio político durável quanto mais o meio em que ele se exerce era antecipadamente favorável a seu advento (PINTO, 1994, p. 49).

Nesse sentido, afirma-se que o poder constituinte originário não poderá fazer tábua rasa dos princípios ordenadores em que assenta a *praxis* da comunidade eventualmente carecida de nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da ideia de direito dessa comunidade concreta, da história enquanto dimensão da humanidade portadora de tradição cultural impositiva.

Do que se trata, na situação constituinte originária, dirá Luzia Cabral Pinto (1994, p. 86), é de concretizar, em nível constitucional, princípios “preexistentes” e ordenadores da *práxis* comunitária e não de suprapositivar um novo sentido evolutivo que passaria a impor-se doravante à ordem institucional.

Atualmente, a concepção de legitimidade gira em torno do princípio democrático, da soberania popular. Não obstante isso, cumpre investigar qual o alcance desse princípio, e em quais situações deve ser empregado. De igual modo, a dignidade do ser humano é, fora de dúvida, um critério a mais que serve para auferir a legitimidade de qualquer ordem constitucional. E também aqui levanta-se o problema da extensão compreensiva de tal conceito. Basicamente, é isso que Luzia Cabral Pinto (1986, p. 119) extrai como parâmetros válidos da doutrina de John Rawls. Assim, conclui a autora que, não obstante não se poder abonar sua tese:

A Rawls ficaremos, no entanto, a dever a convicção de que é possível sustentar um critério de justiça sem necessidade da imposição metafísica de uma apriorística ideia de direito. Ele próprio indica a matéria e forma desse critério: são respectivamente os interesses referidos à distribuição de bens essenciais à vida (*social primary goods*) e o consenso

normativo racional baseado no “princípio de (igual) participação” ou “participação justa”.

Ao eleger os direitos fundamentais da pessoa humana como critério de legitimação, adverte a autora, no entanto:

Assim, ao propormos, também nós, como critério de legitimação os direitos fundamentais não significa (...) que comunguemos da “ilusão iluminista” da existência de um catálogo eterno e imutável de direitos inerentes a uma natureza humana transcendente, abstrata e metafísica (...). Por outro lado, também não se trata de partilhar da ideia daqueles que, embora já deixando bem assente a historicidade dos direitos humanos, os encaram como princípios ontológicos do direito natural, que vão sendo descobertos no decurso do processo histórico e, particularmente, em situações-limite. Ademais, essas visões incidem no vício de considerar como pressuposto do ordenamento aquilo que é o seu fim último (PINTO, 1994, p. 143).

2.2.6 CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Meirelles Teixeira (1991, pp. 212-214) anota como atributos da manifestação constituinte a anterioridade, por ser originário; a ausência de vinculação a qualquer regra jurídico-positiva; sua inalienabilidade, bem retratada na Constituição Francesa de 1793; a permanência, corolário de sua inalienabilidade e, por fim, sua superioridade, já que estabelece todos os demais poderes do Estado.

Genaro Carrió (1990, pp. 245-246) realizou interessante tarefa ao reunir uma série de expressões ou feições em geral dirigidas ao poder constituinte por quem o descreve: 1) é inicial, autônomo e incondicionado; 2) é por natureza insubordinado (Burdeau); 3) é unitário, indivisível e absolutamente livre (Schmitt); 4) é aquele que, apresentando-se de forma vaga e imprecisa, forma todas as formas (Schmitt); 5) é a autoridade suprema, livre de toda formalidade, que se funda so-

bre si mesmo e em si mesmo (Xifras Heras); 6) é permanente e inalienável (Xifras Heras); 7) sua força vital e sua energia são inesgotáveis (Schmitt); 8) é faculdade ilimitada e incontrolável (Imaz).

Quando são analisados os atributos ou elementos caracterizadores do poder constituinte, inevitavelmente surge a seguinte polêmica: na linha juspositivista kelseniana, simplesmente elide-se todo o problema ao considerar metajurídica a noção do constituinte em sua fase de atuação. E é nesse diapasão que para Luis Recaséns Siches o poder constituinte como tal não pode ser compreendido por meio de razões jurídico-positivas, mas apenas históricas, políticas, entre outras.

Genaro Carrió bem observa que esse costume de definir o poder constituinte como supremo, absoluto, ilimitado, coincide com os conceitos que os manuais de religião dão quanto à ideia de Deus. Bem observa Carrió, porque embora deva se aceitar estar-se diante do estudo de uma potência, não parece que se possa levar isso às últimas consequências, quanto mais no atual nível de internacionalização dos Estados. Quando esse poder constituinte se manifesta, ele já vem imbuído da ideia de direito que se imporá; e que é a sua fonte mais legítima.

2.2.7 AS FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Conforme entendimento que parece unânime, não há forma ou modo prefixado para a manifestação do poder constituinte originário. De fato, ao longo da história constitucional, o poder constituinte tem se manifestado mediante procedimentos variados, engendrados para atender as mais diversas situações conjunturais (FERRAZ, 1979, p. 39).

Um dos processos utilizados para positivar a Constituição é a outorga, sendo o mais simples. Como expõe Ferreira Filho (1997, p. 27), “o agente do Poder constituinte promulga um texto consubstanciando a nova organização, texto esse ao qual o povo tacitamente dá eficácia (p. ex., a Carta de 10-11-1937) ”.

Todavia, de modo geral, para o estabelecimento de nova ordem constitucional convoca-se uma convenção ou assembleia constituinte pela qual os membros discu-

tem e aprovam suas regras. Em algumas oportunidades, o resultado da deliberação é apresentado e submetido a referendo popular, dando-se oportunidade para que o titular do poder constituinte expressamente se manifeste. Para Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, p. 49):

(...) o Poder constituinte originário manifesta-se, basicamente, ou através de atos unilaterais dos detentores do poder, editados de uma só vez – outorga – ou através de ato promulgado por um corpo coletivo de representação popular, após debates e aprovação, ato este submetido ou não à aprovação direta do povo, mediante referendo ou plebiscito; manifesta-se, também, através de formas que não se enquadram precisamente nos modelos apontados, que podem ser chamadas de mistas, e que assumem as mais variadas combinações, fruto das circunstâncias que propiciam ou exigem o estabelecimento de Constituição para um determinado país.

2.3 O PODER DERIVADO

No plano real, cada Constituição integra tão somente o *statu quo* existente no momento de seu nascimento, sendo incapaz de prever o futuro; no melhor dos casos, quando está inteligentemente redigida, pode intentar ter em conta, desde o início, algumas das necessidades futuras, permitindo mediante formulação mais elástica alcançar também esse momento sem solução de continuidade de seu inteiro teor. Assim, o poder constituinte derivado - também chamado de poder constituinte instituído, remanescente, constituído, de segundo grau - seria a concretização desse caráter elástico, instituído na letra da Constituição com o escopo de se levar a efeito sua reforma, alterando seus dispositivos com o objetivo de adequá-la às transformações sociais, econômicas, culturais, históricas, jusfundamentais...

O poder derivado, no entanto, não se enquadra propriamente no conceito de poder constituinte pois, limitado e subordinado aos preceitos dispostos na própria Constituição, retira sua força da própria Lei Maior, não criando a ordem jurídica, esta gerada pelo poder constituinte originário, ou a partir de nada, no caso do sur-

gimento da primeira Constituição, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação revolucionária de nova ordem.

Para Bonavides (1996, p. 128), o poder constituinte derivado seria a faceta jurídica do poder constituinte, por implicar a existência prévia de uma organização constitucional da qual ele legitimamente emana para o desempenho de sua atividade:

Na acepção jurídica o poder constituinte é competente para ultimar a mudança constitucional e, segundo certos juristas, tanto poderá reformar a Constituição como ab-rojá-la; ora se limita a pequenas emendas, ora se abalança a uma revisão mais ampla de que venha resultar a feitura de uma nova Carta.

Georges Burdeau (1969, p. 185) faz distinção entre poder constituinte originário e instituído. O primeiro compreende-se como toda potência de constituir uma Constituição, ao passo que o segundo é textualmente interior às Constituições modernas (reforma/revisão).

O fundamento dessa construção doutrinária está no fato de que, dentro da continuidade do Estado, a sucessão de Constituições de um país não significa interrupções e recomeços. Por isso, Nelson Saldanha (1986, p. 80) distingue o poder constituinte pré-constitucional, originário da pureza de significação desse termo, e um constitucional. É essa permanência transconstitucional do Estado a base da permanência do poder constituinte que, após elaborar a Constituição, não se desfaz, mas retorna ao estado de potência. Na verdade, quando este volta a atuar, apresenta-se como um pouco menos que a real força constituinte. O poder constituinte, ou seja, aquele que se manifesta dentro da realidade constitucional-estatal não significa exercício pleno do genuíno poder constituinte, do poder em sua pureza (simplesmente porque não terá sido necessário). Assim, para esse autor, o que se contrapõe ao poder constituinte originário (entendido como instaurador do Estado constitucional em termos históricos) seria a noção de poder posterior, que atua dentro de uma experiência constitucional existente.

Meirelles Teixeira (1991, p. 208) anota que não se pode admitir no poder constituinte derivado, exercido no Brasil pelo Congresso Nacional, uma nova modalidade de poder, ao lado, doutrinariamente falando, dos poderes constituintes e

constituídos. Mais do que isso: nem mesmo se poderia chamá-lo de poder constituinte. No entanto, talvez merecesse designação “poder constituinte” se o estivéssemos considerando um poder constituinte reconhecido para modificar uma regra que é hierarquicamente superior a todas as outras, suficiente para constituir regra igualmente superior a todas as outras e, assim, cumprindo a mesma função que cumprem as normas da Constituição, postas pelo poder constituinte originário.

Igualmente, se formos negar ao poder constituinte originário a utilização do termo “constituinte”, na acepção pura que se tem da expressão, para os casos de evolução constitucional historicamente delimitada, e se puder também observar a dualidade de significados que pode apresentar o termo “poder”, no que tange ao poder constituinte derivado, poderá ser ele designado por poder enquanto regulamentado pelo Direito, mas nunca propriamente por “constituinte”, visto que é constituído e delimitado, tributário de regras postas.

Nelson Saldanha (1986, p. 80), além de distinguir, como se anotou acima, entre dois momentos do poder constituinte (originário) de um Estado, situa ainda as reformas constitucionais como operações anexas a esse poder. Para ele, o sentido de ato constituinte é muito maior que o de ato de revisão (reforma), estabelecido por aquele. A reforma não coloca nenhuma Constituição, mantendo uma anteriormente elaborada (para Saldanha, resultado de poder reconstituente), não podendo refazer toda a Constituição, pois nunca é poder criador.

2.3.1 ESPÉCIES DE PODER DERIVADO

Há duas espécies de poder derivado. A primeira delas, mais comum, é a do poder que se destina a rever e a modificar a própria Constituição. Em uma palavra, é o poder de reforma constitucional. Esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 108):

Quando, no século XVIII, se pensou no estabelecimento das primeiras Constituições escritas, se supôs que era possível estabelecer uma organização que perdurasse para todo o sempre. Os primeiros que cui-

daram desse tema estavam na ingênua suposição de que era possível estabelecer uma Constituição definitiva ou uma Constituição que não necessitasse ser modificada. Mas desde as primeiras Constituições a prudência já levou à previsão do modo pelo qual e do órgão que se incumbiria de rever ou modificar a Constituição estabelecida pelo Poder constituinte originário. O estabelecimento desse poder de revisão se destina, portanto, antes de mais nada, a sujeitar ao direito positivo a própria mudança da Constituição.

A segunda espécie de poder derivado é, na expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 109), o poder constituinte decorrente. É ele que recebe a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado federal, ou seja, a Constituição do Estado-membro:

A segunda modalidade do Poder constituinte instituído é, pois, aquela que tem por tarefa não modificar a obra do Poder constituinte originário, mas de completar a obra do Poder constituinte originário, estabelecendo a Constituição dos Estados componentes do Estado Federal, aquelas coletividades dotadas de autonomia que são os Estados Federados. Isto é típico da federação por segregação, da segregação que se produz a partir de um Estado Unitário.

2.3.2 NATUREZA DO PODER DERIVADO

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 111), o poder derivado é um poder de direito:

Em realidade, para o positivismo jurídico, esta é o único jurídico dos Poderes Constituintes. O único Poder constituinte jurídico, ou melhor, suscetível de ser analisado juridicamente, é, para os positivistas, o Poder constituinte instituído. Desse fato resultam, frequentemente, algumas confusões, como a aplicação, ao Poder constituinte instituído, de certas qualificações que só cabem em relação ao Poder constituinte originário. Por exemplo, a ilimitação do Poder constituinte.

2.4.3 AS CARACTERÍSTICAS DO PODER DERIVADO

Caracteriza-se o poder constituinte instituído por: 1) ser derivado (provém de outro), 2) subordinado (está abaixo do originário, de modo que por ele é limitado) e 3) condicionado (só pode agir nas condições postas, pelas formas fixadas).

É derivado por retirar sua força do Poder constituinte originário, e não de si próprio, como ocorre com o poder constituinte originário. Subordina-se ao Poder constituinte originário, que o limita explícita ou implicitamente, por meio, por exemplo, de limitações formais, circunstanciais, temporais e materiais. O condicionamento do poder derivado significa, por fim, que ele está sujeito às regras estabelecidas pelo poder constituinte originário, concernentes ao modo pelo qual se há de fazer a modificação constitucional.

No âmbito brasileiro, é reconhecida que a competência de que dispõe o Congresso Nacional de emendar a Constituição, seja alterando-lhe o conteúdo, seja apenas alargando ou reduzindo suas regras, encontra restrições.

Assim, há restrições formais, referentes ao próprio processo de elaboração da emenda constitucional. Trata-se de um primeiro nível de limitações a essa competência constitucional reformadora, que, portanto, encontra plena regulamentação jurídica, ao contrário do que ocorre com o poder constituinte. Dizem respeito à iniciativa, quórum para aprovação de emendas, turnos de votação...

Em um segundo grupo, encontramos limitações circunstanciais, que se referem a situações anormais durante as quais o Poder de reforma constitucional não pode ser validamente exercido. Dessa forma, não se poderá emendar a Constituição durante o estado de sítio, o estado de defesa ou a intervenção federal (art. 60, § 2º).

Em um terceiro grupo, é preciso lembrar da denominada restrição temporal. Trata-se da estipulação de um lapso temporal durante o qual não poderia haver alteração dos dispositivos constitucionais. Como exemplo, lembre-se da Constituição Imperial de 1824 que, em seu art. 174, estatuiu que apenas após quatro anos de vigência poderia ser ela modificada.

Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos

Essas três categorias não se relacionam diretamente com o conteúdo viável das transformações constitucionais, operadas por uma competência reformadora. As vedações materiais, de fundo, referem-se, elas sim, ao substrato de certas normas postas pelo Poder constituinte e que não podem ser objeto de sequer proposta de emenda. Essas limitações podem ser subdivididas, por sua vez, em explícitas (matérias às quais a Constituição expressamente veda afronta - art. 34, VII, *a* e art. 60, § 4º, da Constituição Federal) e implícitas (que se impõem por razões lógicas). Mais à frente, desenvolveremos com vagar cada uma dessas limitações referidas.

3 O PODER REFORMADOR NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 REFORMA, REVISÃO E EMENDA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A estabilidade institucional deve superpor-se a razões filosóficas e políticas, de sorte que a Constituição somente seja alterada por superiores motivos de ordem social e pública. Não cabe julgá-la intocável, pois há de ser instrumento adequado a regular continuamente a vida do Estado e da sociedade. Para tanto, pressupõem-se mudanças naturais no texto, equivalentes às das transformações gerais. Sem dúvida, como se inscreveu no art. 30 da Constituição francesa de 1793, “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não tem o direito de sujeitar às suas leis as gerações futuras”. Mas esse princípio não há de ser entendido, hoje, segundo o pensamento daquela época, de exacerbação do individualismo.

A liberdade de rever a Constituição é condicionada pelo melhor interesse que, em conjugação com a dignidade humana, impõe obrigações de não fazer e de fazer ao Estado, dando-lhe discricionariedade, nunca admitindo ser o instrumento de ruptura do pluralismo, da democracia, dos interesses individuais, coletivos e difusos, da liberdade, da igualdade e da fraterna solidariedade. A satisfação desses interesses supremos é que imprime dimensão real a todas as leis, e o não atendimento das reivindicações de partidos, facções e maiorias ocasionais ou irresponsáveis.

Devo notar que ao menos as leituras gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórica, sociológica, extensiva, restritiva e estrita permitem o enriquecimento compreensivo do artigo 60, § 4º, incisos I, II, III e IV, leituras essas norteadas pela dignidade humana, âncora primeira dos valores vitais, fundantes do próprio direito de existir, de liberdade, de igualdade e solidariedade defendidos pelo constituinte originário, que, por sua vez, não teria condições de ter produzido um texto menos pluralista e democrático face às reações políticas e jurídicas intensas aos anos de cerceamento das liberdades fundamentais.

Cumpra ainda acrescentar que onde se confundem aspirações de grupos com direitos da coletividade, as instituições se desfiguram por objetivos parciais. Equivale a dizer que as mudanças constitucionais necessárias, indicativas da libertação das gerações entre si, visam ao bem-estar do todo social no tempo preciso, e não ao benefício de segmentos menores e isolados da sociedade. Por isso são legítimas. Mas, para corrigir deficiências e omissões dos textos constitucionais que não lhes comprometem a essência, a solução está na interpretação inteligente deles, que varia desde o esclarecimento lógico à construção do espírito do sistema. Assim tem sido a evolução do regime constitucional americano, para garantir a preponderância da União e o equilíbrio federativo, para assegurar os direitos civis no processo de integração popular de raças diferentes, ou para proteger a plena manifestação de pensamento, especialmente a da imprensa.

No Brasil, na vigência da Carta de 1891, a extensão do *habeas corpus* ao resguardo de outros direitos, que não o de locomoção, por falta de remédios específicos, representou sinal relevante do que pode alcançar a interpretação judicial, sem modificação visível dos textos normativos. Esmein, professor da Faculdade de Direito de Paris e de outras instituições, já ponderava que as condições de reforma constitucional, subordinadas, em princípio, ao processo estabelecido, “fatalmente se desenvolvem também de outra maneira: pela interpretação jurídica, que encontra sua expressão autorizada nos precedentes” (1921, pp. 578-279).

Quando se quer robustecer a supremacia da Constituição, assim se procede, idoneamente. Irmanam-se letra e espírito, unindo-os no juízo lógico e criador, que conserva o texto adaptando-o à realidade, e destarte o atualiza para servir bem seu destinatário, que é o povo, ou o Estado. Quando não se intenta prestigiar a Consti-

tuição, nem a inteligência que a explica, transforma-se todo o pretexto em razão de reforma, ou revisão.

As Constituições escritas, comumente, incorporam a seu sistema forma especial para alterá-las, mediante emenda ou revisão. A previsão desse processo definido de reforma é que lhes transmite o caráter de cartas rígidas. Não são alteráveis, validamente, senão obedecido o procedimento singular nelas estabelecido. O teor, ou seja, a severidade ou a flexibilidade de tal procedimento varia com as peculiaridades políticas e culturais de cada povo. Em que pese essa diversificação, é sempre uniforme a convicção de que toda a mudança legítima há de sujeitar-se às normas extraordinárias estabelecidas. Em *A teoria das Constituições rígidas*, escrita em 1933, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, conquanto atento aos fatores gerais determinantes de reformas oportunas, acentuou que, em face do “derivante de um poder superior à legislatura” - evidentemente o Poder constituinte - “o poder legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro dessas normas” (1980, p. 48).

É de fundamental importância que neste momento do trabalho enfrentemos a questão acerca do entendimento que se deve atribuir às expressões reforma, revisão e emenda constitucional, posicionando-nos a respeito da pertinência ou não da real distinção entre elas. Cremos que restou claro que, em momentos anteriores desta obra, preferimos a utilização do termo *reforma constitucional* para designarmos, genericamente, o processo de mudança formal das constituições. Desse modo, cumpre fixarmos o entendimento que aqui a ele emprestamos, antes de adentrarmos efetivamente a temática principal do trabalho.

Assim, nesse assunto, auxilia-nos primeiramente o professor José Afonso da Silva que, em sua obra *Poder constituinte e poder popular* (2000, p. 242), descreve a utilização imprecisa pela doutrina brasileira dos termos reforma, emenda e revisão constitucional:

A doutrina brasileira não é precisa no emprego dos termos reforma, emenda e revisão constitucional. Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo reforma como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das Constituições, que se revelam especialmente mediante o procedimento de emendas e o procedimento de revisão, a maioria dos autores, contudo, em face das Constituições brasileiras, tem empregado indistintamente os três termos.

De fato, as Constituições brasileiras usaram os termos reforma, emenda e revisão. A nossa doutrina é vacilante quanto ao emprego dessas expressões. Tecnicamente, no entanto, entendemos não ser sinônimos. Reforma é expressão genérica, compreendendo emenda e revisão. Reforma é o gênero, de que são espécies, como procedimentos formais de alteração do texto constitucional, a emenda e a revisão.

Segundo Pinto Ferreira (1956, p. 102), “a reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão. A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria a alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir suprema estabilidade do texto constitucional”⁹.

Partilha a posição daqueles que entendem ser reforma gênero das espécies emenda e revisão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 14), expressando-se dessa maneira:

O instituto da reforma, que aqui e agora nos interessa, se desdobra, por sua vez, em duas espécies: a revisão e a emenda. São ambas técnicas jurídicas que o constituinte originário cria para conciliar o princípio da permanência, intrínseco às Constituições, com o consentimento do povo, como origem da própria Constituição e, assim, para garantir-lhe a continuidade.

Raul Machado Horta, em seu importante estudo *Permanência e mudança na Constituição*, opta pela própria distinção material que decorre do texto constitucional vigente para sustentar a distinção entre revisão e emenda (1990, p. 259) e, sintonizada com tal posicionamento, encontramos Anna Cândida da Cunha Ferraz:

⁹ Cumpre atentar para o fato de citado autor referir-se à revisão constitucional como procedimento de alteração da Lei Maior a exigir formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda. De acordo com a atual Constituição brasileira, “revisão” indica um procedimento previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias menos rígido e formal do que aquele expresso no art. 60 de nossa Carta.

Emenda Constitucional, Reforma Constitucional ou Revisão Constitucional têm a mesma essência ou idêntica natureza: constituem modificações ou alterações constitucionais introduzidas na Constituição existente, conforme as regras, o procedimento e o modo de expressão nela configurados.

De outro modo, devemos destacar o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que em sua obra *Do processo legislativo* faz importantes colocações a respeito do assunto em análise:

O processo de modificação da Constituição costuma ser chamado de processo de revisão da Constituição. Assim sempre o fiz, como prova o livro *O Poder constituinte*, cuja primeira edição é de 1974. Mas a polêmica a propósito do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias exige uma digressão terminológica. De fato, este refere-se a “revisão”, enquanto, no corpo da Constituição, o art. 60 usa do termo “emenda”. Do que houve quem tirasse profundas ilações sobre a diferença entre uma e outra, bem como entre elas e “reforma” constitucional. Mas o simples bom senso já previne que quem emenda um texto, o revisa, como quem o revisa, emenda (1995, p. 12).

A Carta Magna brasileira em vigor é modelar ao definir o processo para sua reforma. Não exagerou nas condições especificadas, nem facilitou alterações impróprias. Permite aos Estados a iniciativa de proposta de emenda, não condiciona a vigência dessa à ratificação pelas unidades federadas (art. 60, III), diversamente do que preceitua o regime americano (art. V) ¹⁰. Não requer plebiscito ou *referendum* para que seja ratificada emenda, ao contrário do que exigem, a exemplo, as Constituições de Espanha (arts. 167. 3 e 168. III) e de França (art. 89).

10 “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte dessa Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte dessa Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação”.

Atribuindo a iniciativa da proposta a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (iniciativa de congressistas, com a natureza de ato composto); ao Presidente da República (a exemplo do que ocorre com a Constituição francesa de 1958 e com a Constituição da República Federal Alemã); a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (inspiração buscada no art. V da Constituição dos Estados Unidos da América, que exige o apoio de dois terços do Estado para que a proposta seja apreciada pelo Congresso), claramente dispõe a Constituição de 1988 que a proposta de emenda deve ser discutida e votada “em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 60, §§ 1º e 2º). Se o quórum é expressivo, a circunstância de já terem sido votadas, apesar dele, até a finalização deste trabalho, 91 emendas, em pouco mais de 25 anos, atesta, assim entendemos, a conveniência de mantê-lo. Do contrário, abrir-se-ia caminho à adoção de emendas constitucionais, como se fossem leis ordinárias.

Ressalte-se que a Constituição de 1988, em suas disposições permanentes, somente consagra o processo de emenda (art. 60). De revisão ela só tratou no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Fê-lo em caráter excepcional, transitório, para autorizar revisão após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Dado o caráter extraordinário da permissão, reduziu o quórum e simplificou o processo de deliberação. Entendemos que a forma especial e o propósito claro e limitativo da autorização não consentem restauração do processo, nem ampliação de qualquer alcance. Exercido esse poder excepcional, como foi em 1994, esgotou-se a eficácia da provisão constitucional transitória. Em Direito Público - é a lição respeitável de Carlos Maximiliano - “o fim, para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo” (2000 p. 325). É o caso: cumprida a finalidade da revisão, pouco importando a extensão dela, cessou a existência da norma transitória. No corpo da Constituição só subsiste emenda como forma de alterá-la, de acordo com as regras permanentes e os limites nelas delineados. Desse procedimento excepcional, estabelecido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, resultaram 6 emendas

de revisão, em 1994. Do procedimento de emenda propriamente dito, regulado no art. 60 das disposições permanentes da Constituição, como anteriormente citado, já decorreram 91 emendas. Ao todo, portanto, 97 emendas já se incorporaram ao texto originariamente promulgado.

Apenas a Constituição de 1934 adotou os processos de emenda e revisão como formas normais de modificar o texto, distinguindo-os pela importância das matérias tratadas: a revisão, e não a emenda, modificava “a estrutura política do Estado” (art. 178)¹¹. Diferença tal inexistente, como visto, na atual Constituição. Também estabeleceu a Constituição de 1934 um procedimento mais rígido para a revisão (parágrafo 2º do art. 178), determinando, ainda, que a revisão ou emenda seria promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. As alterações advindas da revisão seriam incorporadas ao texto constitucional, e as decorrentes de emenda, anexadas, com o respectivo número de ordem (parágrafo 3º do art. 178).

De tudo o que foi exposto acima, defendemos a utilização durante o transcurso do trabalho da expressão *poder de reforma* voltada para o atual contexto constitucional brasileiro, em que, assim entendemos, inexistente a possibilidade de nova revisão nos termos estabelecidos no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O procedimento de emenda, como tratado no art. 60 de nossa Lei Maior, e os limites materiais expressos nesse dispositivo, conduzirão boa parte de nossa tentativa de desenvolvermos afirmações acerca da extensão desses limites sobre outras disposições constitucionais. Ressalte-se também a opção didática ao adotarmos o termo *poder de reforma* no lugar de *poder de revisão*, para que não pairam dúvidas sobre qual meio de mudança constitucional estamos efetivamente tratando (o gênero compreendendo as espécies). No entanto, no transcurso do trabalho, valemo-nos da expressão “revisão” quando utilizada por algum doutrinador citado que a prefira como expressão genérica no lugar do termo “reforma”.

11 “Art. 178. A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou competência dos poderes da soberania (capítulos II, III e IV, do Título I; o capítulo V, do Título I, o Título II, o Título III; e os arts. 175, 181, e este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário”.

3.2 SOBRE O DEBATE ACERCA DE NOVA REVISÃO CONSTITUCIONAL DA CARTA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988

Neste ponto do trabalho, julgamos pertinente oferecer algumas observações acerca dessa sensível temática, que nos antecipa algumas ideias a serem tratadas mais à frente relacionadas aos limites materiais ao poder de reforma: a possibilidade de nova revisão constitucional tal como configurada no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da vigente Constituição pátria. Assim, os constituintes de 1988 fizeram incluir o citado artigo, dispondo sobre a revisão constitucional:

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Geraldo Ataliba viu a revisão indicada no art. 3º do ADCT com a função única de adaptar a Carta Magna aos resultados do plebiscito que definiria a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2º deste ADCT. Numa interpretação sistemática da Constituição, associou o art. 3º, indissolavelmente, ao art. 2º, que previa o plebiscito. Esta foi, também, a opinião de Paulo Bonavides, que desenvolveu em seu *Curso de direito constitucional* a seguinte opinião:

Celebrado, porém, o plebiscito de 21 de abril de 1993, com resposta favorável à República e ao Presidencialismo, não havia, segundo esse entendimento, revisão que fazer. A revisão caberia unicamente caso o País houvesse adotado a Monarquia ou o Parlamentarismo, porquanto o novo modelo institucional exigiria providências indispensáveis de adequação à Lei Maior (1996, p. 533).

No seminário sobre Direito Constitucional, promovido em Brasília, pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, o então Deputado Federal Nelson Jobim, e posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal, teve oportunidade de rebater a corrente liderada pelo professor Geraldo Ataliba, esclarecendo que o art. 2º do ADCT foi votado no início do ano de 1988. Esperava-se que a Constituição fosse promulgada em agosto daquele ano. Acontece que a promulgação só ocorreu em ou-

tubro. Se a promulgação tivesse sido em agosto, a revisão seria iniciada em agosto e o plebiscito em setembro. Por essa razão, entendeu Jobim (1994, p. 37), não haveria qualquer vinculação de subordinação entre o plebiscito e a revisão.

Os entendimentos acima indicados nos mostram o quanto o debate acerca da revisão prevista no art. 3º do ADCT da Constituição de 1988 era travado, de forma extremada, por autores filiados a correntes que ora propugnavam a possibilidade de sua realização, ora negavam a viabilidade de sua ocorrência.

Nesse tocante uma observação deve ser feita: uma análise superficial poderia concluir que o dispositivo em questão guarda semelhança com o artigo 286 da Constituição portuguesa de 1976 (atual artigo 284) ou mesmo com o Título VII da Constituição Francesa de 1791, ou ainda com os artigos 174 a 177 da Constituição brasileira de 1824. Todavia, enquanto nessas últimas hipóteses notamos dispositivos que visam ou visavam a dificultar a reforma da Constituição, proibindo-a antes de decorrido determinado prazo de vigência, no caso em tela, foi estabelecido mecanismo que visava a facilitar a alteração da Constituição.

Conforme dito, as opiniões dos doutrinadores citados indicam que o artigo 3º do ADCT foi objeto de amplo e acirrado debate jurídico. Questionamentos como os que mostraremos a seguir instigaram a inteligência de nossos políticos e juristas: poderia o início da revisão ou sua conclusão serem transferidos para a legislatura seguinte ou, ao contrário, a determinação do poder constituinte originário era no sentido de a revisão ser concluída até o término da legislatura inaugurada em 1991, impondo-se, inclusive, a qualquer tentativa de alteração nesse sentido, mesmo por parte do poder constituinte derivado, exercido pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 60? Prevaleceriam, com relação à revisão constitucional, os limites materiais explícitos traçados no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição? Mais ainda: o artigo 3º do ADCT não se esgotaria no artigo 2º do mesmo ADCT, inviabilizando-se a revisão constitucional se a decisão plebiscitária fosse favorável, como ocorreu, à manutenção da República e à preservação do Presidencialismo?

Malograda em grande parte a denominada revisão constitucional de 1994, que serviu antes de tudo para a aprovação do Fundo Social de Emergência, implementa hoje o governo ampla reforma da Constituição pelo procedimento previsto no artigo 60 de seu *corpus*. Com relação à opinião quase unânime de que essa revisão não

atingiu minimamente o que poderia ter alcançado em termos de sintonização da Lei Maior às novas exigências político-constitucionais da sociedade brasileira em 1993, transcrevemos a opinião de Fernando Whitaker da Cunha (1996, pp. 380-381):

A revisão, forçosamente, deveria ter em vista a Constituição funcionando a todo vapor, devidamente equipada com a legislação por ela determinada, o que não foi possível, nem ela se aprofundou a ponto de enxugar do texto matéria não constitucional e precária, mas, sem dúvida, precisava adequar mais o Código Político a nossa realidade econômico-política, inclusive no que pertine ao Mercosul, para assegurar melhor governabilidade, de acordo com a infra-estrutura e as condições do Estado, sem reconsiderar alguns reais – e não retóricos – avanços, como por exemplo, a irredutibilidade de salários e vencimentos, a isonomia desses e a autonomia plena do Poder Judiciário, imprescindível para mais eficaz administração da Justiça, que não poderia, é óbvio, ser enfocada na balança das conveniências. Os que se opunham à revisão, em geral, eram movidos por meros interesses político-partidários. O desinteresse da maioria dos parlamentares desaguou em trabalho deveras insatisfatório. Seis alterações da Constituição foram promulgadas, acrescentando três artigos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referentes ao Fundo Social de Emergência, dando outra redação ao artigo 50 e a seu parágrafo 2º, a diversos segmentos do artigo 12, acrescentando expressões ao parágrafo 9º do artigo 14, reduzindo o mandato do presidente da República (artigo 82) de cinco para quatro anos, e incluindo o parágrafo 4º no artigo 55. A decepcionante e reduzida tarefa revisional comprometeu o Congresso, quando era necessário urgente remodelação do texto constitucional, dentro de uma ótica realista, no interesse da própria governabilidade do Estado, entendendo-se as gestões desenvolvidas nesse sentido, pelo governo Fernando Henrique Cardoso.

Entendemos, arriscando um entendimento, que o constituinte de 1988 pretendeu, sim, abrir em 1993 a oportunidade de recondicionamento da Constituição - respeitando-se seu núcleo fundamental - adequando-a ao que a experiência de cinco anos de sua vigência demonstrava ser necessário incluir, alterar ou retirar de seu corpo, independentemente dos resultados advindos do plebiscito previsto no art.

2º do ADCT. No entanto, o fulcro maior de nossas considerações correlacionam-se diretamente com questão mais sensível.

De fato, inerente às normas do ADCT é o caráter de transitoriedade. Ou seja, a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, esgotou-se com a malsucedida revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional. Assim, a pergunta que ainda merece ser formulada é se seria possível revivê-la legitimamente, independentemente do processo paralelo de alteração constitucional por meio de emendas, tal como figurado no art. 60 da Constituição Federal? Teria a previsão de revisão sido efetivamente medida excepcional? Não seria possível à emenda constitucional convocar nova revisão?

Para trabalharmos tais indagações, analisaremos uma situação ocorrida há alguns anos que trouxe à cena a discussão que, se não foi devidamente aprofundada no âmbito parlamentar, certamente trouxe-nos subsídios para que possamos enfrentar não apenas as dúvidas referidas, mas também outros pontos igualmente interessantes e merecedores de reflexão. Mas, antes disso, fiquemos ainda com o embate entre diretrizes doutrinárias que nos mostram o quão longe estamos de um consenso.

Tomemos como exemplo de dissensão com relação ao assunto “nova revisão constitucional” a opinião de dois juristas paulistas que demonstram entendimentos quase opostos com relação à matéria. Para Celso Ribeiro Bastos (1997, pp. 7-9), seria possível nova revisão constitucional nos termos do artigo 3º do ADCT. Para a sua viabilidade jurídica, lançou a seguinte proposta:

(...) em primeiro lugar, fazer-se reconhecer ao Congresso que não houve a revisão prevista no artigo 3º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou melhor, não chegou ao seu final, eis que este só se daria com o exame de todas as propostas ofertadas. O Congresso acabou por encerrar a revisão por mero ato declaratório de cunho jurídico formal, sem que estivesse vigorando nenhum prazo que pudesse ser tido por esgotado. Assim sendo, há um crédito do povo não resgatado, consistente no direito de ver a sua Constituição revisada por maioria absoluta do Poder Legislativo. A seguir, para que não paire dúvidas sobre esse propósito popular, pôr-se-ia em plebiscito esta questão: deseja o povo ver reaberto o processo revisional, abusivamente trancado?

De outra forma, Dalmo de Abreu Dallari sustenta a ilegitimidade de modificar a Constituição por meio de nova revisão. São suas as palavras seguintes:

(...) os constituintes que, em nome do povo brasileiro, elaboraram a Constituição de 1988 estabeleceram, como é usual, a forma de emenda da Constituição, exigindo expressamente que a proposta, além de não afetar as partes imutáveis do texto constitucional e, implicitamente, de não agredir o sistema político e jurídico que resulta do conjunto das normas constitucionais, seja aprovada em dois turnos, por três quintos dos membros, nas duas casas do Congresso nacional. Isso está expresso no art. 60, e só por esse caminho é que a Constituição pode ser emendada. A única exceção a essa regra foi estipulada, com clareza e precisão, no artigo 3º das Disposições Transitórias (...). Como está bem claro, foi prevista a 'revisão', ou seja, uma única revisão, já realizada em 1993. É bem diferente, por exemplo, da Constituição de Portugal, que prevê expressamente a possibilidade de nova revisão a cada cinco anos. Tem sido suscitada a hipótese de um plebiscito para que o povo diga se concorda com nova revisão, mas a simples proposta de plebiscito já é inconstitucional, pois o modo de alteração da Constituição faz parte daquele núcleo imutável, que decorre do sistema (1997, p.55).

Miguel Reale, por sua vez, em obra intitulada *Crise do capitalismo e crise do Estado*, escreve em texto nela inserido - *Legitimidade de uma constituinte revisora* - que não encontraria óbices à ocorrência de nova revisão constitucional (que deveria respeitar as limitações materiais previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988) sugerindo o seguinte procedimento para viabilizá-la:

Embora sejamos um país apegado a fórmulas e mitos políticos, não vacilo em dizer que seria suficiente a aprovação da emenda pelo Congresso nacional, mas, se os senadores e deputados entenderem o contrário, reputando indispensável, in casu, a consulta direta ao eleitorado, resta verificar como deverá ela ocorrer, se antes ou depois de elaborada a reforma. (...) a via mais indicada seria a da prévia realização de um plebiscito, para autorizar ou não a convocação de uma Constituinte Revisora com poderes para deliberar por maioria absoluta de votos, durante certo período de tempo. (...). Somente assim, graças a uma Constituinte Revisora, será possível realizar a definitiva reforma da

Constituição de 1988, a qual, em virtude de seu malsinado totalitarismo normativo tantos males tem causado ao país (2000, pp. 93-96).

Pela pertinência relativa às ideias explicitadas acima, façamos, daqui em diante, algumas observações a respeito de polêmica proposta de emenda constitucional, que tinha por real objetivo o estabelecimento de nova revisão da lei maior, embora com redação sutilmente distinta da norma localizada no art. 3º do ADCT.

Em 1997, tramitou no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional (PEC nº 554/97) que previa a realização de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro de 1998, por meio do qual o eleitorado decidiria se o Congresso Nacional estaria autorizado, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1999, a promulgar emendas constitucionais mediante aprovação, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de seus membros, em sessão unicameral. De acordo com a proposta, a Assembléia Nacional Constituinte, embora qualificada de “livre e soberana”, estaria restrita aos capítulos dos direitos políticos, dos partidos e do sistema tributário nacional, bem como a alguns aspectos das relações entre as entidades da Federação, razão pela qual foi apelidada de “constituinte revisora”. À época, a proposta foi entendida ora como reforma ou revisão da Constituição, ora como ato de ruptura da vigente ordem constitucional.

O ponto de partida da análise é o conflito entre algumas das normas do art. 60 da Constituição e a PEC nº 554/97, na medida em que essa pretendia instituir a possibilidade de se vir a ter um procedimento de produção de emendas constitucionais significativamente mais simples do que aquele ali previsto. Assim, intentaria mudar o texto básico estabelecendo processo diverso do consumado em suas disposições permanentes. O propósito anunciado envolvia, portanto, alteração, por substituição, mesmo provisória, do próprio processo de modificar a Lei Maior. Mas, primeira objeção que podemos extrair da doutrina: dentre as limitações tácitas do poder de reforma está a que concerne à modificação do seu processo; segundo a precedente afirmativa, entre outros, do professor Paulo Bonavides:

A seguir, levanta-se a questão de saber se o poder revisor é competente para modificar o próprio sistema de revisão. Colhe-se a esse respeito uma resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que con-

sentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder constituinte derivado características que ele não possui de poder constituinte originário. Dotado de competência limitada e soberana, esse último poder é o único com a faculdade legítima de alterar o procedimento reformista (1996, p. 179).

E não se trata de compreensão sem base racional, antes decorrente da natureza da norma que regula a reforma. Conforme escreve o professor Gomes Canotilho:

As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar (1992, p. 1.138).

Cristalina explicação que atesta ser a possibilidade de reforma resultante da existência de norma que a legitima. Legitimando essa norma, a reforma não pode ser alterada, porque tal significaria suprimir o alicerce da mudança, ou adulterá-lo. A previsibilidade da reforma requer pressuposto, logo, segurança, para evitar surpresas inconciliáveis com a noção de textos rígidos. Se a norma que comanda a reforma, e, portanto, a delimita, puder ser alterada, então a Constituição não é rígida, mas flexível, pois sua modificação faz-se indeterminadamente, segundo decisão de um poder secundário.

O professor Nelson de Sousa Sampaio, já em 1954, desenvolveu posicionamento semelhante, reproduzido à página 88 da edição de 1995 de seu livro *O poder de reforma constitucional*. Considerando “redundante” o dispositivo da Constituição de Hessen, que proibia alteração do preceito autorizador de reforma, argumentou:

Se isso não estivesse sempre subentendido, todas essas proibições anepostas ao Poder Reformador seriam vãs, porque ele as poderia ladear sempre, embora fazendo um caminho mais longo. Bastaria agir em duas etapas para afastar qualquer obstáculo à sua atuação. Na primeira fase, suprimiria o dispositivo que veda determinada reforma, e, na segunda, realizaria esta mesma reforma, primitivamente inadmissível.

Ainda no âmbito das observações supra referidas, os juristas que se manifestaram sobre a proposta, inclusive os que a defenderam, partiram do pressuposto de que as normas que dispõem sobre a reforma da Constituição são elas mesmas imodificáveis, ao menos no que se possa considerar seu conteúdo essencial, constituindo assim limite material implícito (porque não relacionado entre as cláusulas pétreas do parágrafo 4º do art. 60) ao poder reformador. Na verdade, a tese da imodificabilidade das normas sobre reforma não desfruta na teoria constitucional contemporânea de tamanha unanimidade, e está muito longe de ser algo que se possa considerar óbvio. Na literatura propriamente constitucionalista, o problema surge normalmente a propósito da contenda sobre a constitucionalidade da dupla revisão. A modificabilidade das normas sobre reforma é sustentada, com maior frequência, pelos autores franceses (especialmente os mais influenciados por Vedel).

À época, argumentou-se em defesa da «Constituinte Revisora» que a alteração das normas que dispõem sobre a edição de emendas seria impossível apenas ao poder reformador da Constituição, mas não ao povo como titular do Poder constituinte. Por essa razão acrescentou-se à proposta original do deputado Miro Teixeira a previsão de um plebiscito simultâneo às eleições de outubro, o que legitimaria o congresso revisor “sem gravames para a sua pureza constitucional”. O argumento assenta no dogma democrático da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988). É usual a respeito a invocação do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar sua Constituição. Nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”. De acordo com essa perspectiva, o povo, como titular do poder constituinte, não se submeteria às limitações próprias do poder reformador, que lhe é subordinado.

O argumento revela, talvez, algumas incompreensões quanto aos fundamentos e ao funcionamento do Estado de Direito. Não se nega que, de acordo com a filosofia política do Estado Democrático de Direito, o povo é titular do poder constituinte. Esse, porém, não consiste na faculdade de pôr normas constitucionais, independentemente do momento em que isto ocorre, se quando do estabelecimento da Constituição ou se durante sua vigência. O poder constituinte se define como a prerrogativa

de estabelecer uma Constituição. O que confere verdadeira especificidade ao poder constituinte não é meramente a qualidade das normas que produz, mas sua relação com a ordem jurídica posta, que é uma relação de desvinculação e independência, diferentemente do que se passa com os poderes constituídos (inclusive o de reforma).

Parece claro que, embora promulgação da Constituição não retire do povo a titularidade do Poder constituinte, seu exercício somente ocorrerá quando se trate de substituir a Constituição por uma outra. Durante a vigência da Constituição estabelecida, o povo pode praticar atos de conteúdo jurídico-político, quer diretamente quer mediante representação, mas esses atos não expressam o exercício do Poder constituinte. Segundo o ideário democrático-liberal moderno, o Poder constituinte é sempre do povo, mas o poder do povo nem sempre é poder constituinte. O poder do povo exercido no contexto da ordem vigente é sempre poder constituído e, portanto, limitado. Proclama-o sabiamente o art. 1º da Constituição Italiana de 1947, de acordo com o qual “a soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites previstos na Constituição” (de acordo com a Constituição de 1988, “Todo o poder emana do povo que o exerce ... nos termos dessa Constituição”). Jorge Miranda (1996, p. 161) vai ainda mais longe: não apenas é impossível ao poder do povo agir ilimitadamente no contexto da ordem vigente, de forma a modificar o procedimento de reforma constitucional, como também a simples utilização do referendo, como instrumento revisor é incogitável se não estiver prevista no texto da Constituição:

Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em democracia de tipo ocidental e em Estado de Direito, o povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nessas formas e nesses termos, porque o seu poder é, também ele, como todo o poder - um poder juridicamente limitado. Nem, da perspectiva da Constituição vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever. O referendo não pertence ao Direito natural, a democracia directa não é de Direito natural; pelo contrário, a democracia contemporânea é, como a experiência histórica mostra, essencialmente representativa; e o referendo, se bem a pode complementar, também pode ser (e tem sido) muitas vezes utilizado em sistemas políticos pouco respeitadores dos direitos fundamentais (...) E se,

apesar de tudo, por hipótese, viesse a efectuar-se referendo, fosse para alterar uma norma constitucional material, fosse para alterar uma norma reguladora da própria revisão? Nessa eventualidade – como na atrás examinada de feitura de uma lei de referendo – não seria revisão; seria ruptura ou revolução.

Quando da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 554-A, de 1997, ora em comento, pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, o professor Paulo Bonavides dirigiu “Carta Aberta” ao relator da matéria, publicada, na íntegra, em seu livro *Do país constitucional ao país neocolonial* (2001, p. 86), sob o título *Denúncia à nação: a destruição do Estado constitucional pela emenda do plebiscito e da constituinte*, demonstrando, com copiosa, erudita e patriótica argumentação, a inconstitucionalidade da pretendida Assembleia e de seu plebiscito:

Não tiveram os autores do projeto nem discernimento para apalpar o tamanho e a profundidade da lesão que abrem no organismo do regime e que lhe será fatal”. E adiante: “O Plebiscito da Emenda é instrumento inconstitucional, esdrúxulo, de exceção e, por consequência, ruim de qualidade. Será criado por um poder constituinte de segundo grau, absolutamente privado de competência e legitimidade para fazê-lo em razão do fim a que se vincula.

Nesta mesma “Carta Aberta”, Paulo Bonavides inicia por chamá-la de “emenda suicida” e a “mais audaciosa proposta de emenda constitucional que já ousou circular pelas duas Casas de nossa organização legislativa”. E continua:

Por sua falsa aparência democrática - institui um plebiscito e convoca uma Assembléia Nacional Constituinte - ela enganou, sem dúvida, seus próprios subscritores e toda a Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados. Nessa Comissão, aliás, já obteve aprovação: o que é de causar assombro! Não tiveram os autores do monstrego sensibilidade nem discernimento para apalpar o tamanho da profundidade da lesão que abrem no organismo do regime e que lhes será fatal (...) não tem símile em toda a história constitucional do País a violência que se aparelha contra o regime e as instituições; é o plebiscito das ditaduras e da democracia cesariana, dissimulado em

vestes constitucionais. De estofo tão roto e esfarrapado lembra ele por igual o de Napoleão, há cerca de duzentos anos, instituindo a vitaliciedade do Consulado e estreado os primeiros passos de uma escalada rumo ao poder imperial e absoluto (2001, p. 86).

Depois de acentuar que o plebiscito sob censura nada tem que ver com o *referendum* da Constituição de 1824, tampouco se avizinha do plebiscito contido no Decreto nº 1, de 1889, nem comparável ainda ao de 1937, que deveria sancionar a Carta do Estado Novo, e muito menos com aquele criado pela Emenda Parlamentarista de 1961, que restauraria o presidencialismo por meio do referendo de 1963, e finalmente não guarda semelhança com o do art. 3º do ADCT e nem com o art. 14 da CF, expressa mestre Bonavides:

Quanto aos plebiscitos da atual Constituição são dois: um de teor permanente, o do art. 14 (...) e outro, de natureza excepcional, que já vingou e se exauriu constitucionalmente na data de sua celebração, ou seja, o do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ... (2001, p. 86).

Na sequência, acentua a impossibilidade de, por meio do mecanismo de emenda constitucional, alterar os requisitos formais que regem o processo de reforma ou de revisão constitucional, que já se encontram estabelecidos no próprio texto constitucional; procedimento inverso implicaria derribar a garantia tutelar da cláusula implícita de rigidez absoluta que protege, com a mesma força da cláusula explícita do parágrafo 4º do art. 60, a imutabilidade do processo de Emenda. Severo considera o malsinado plebiscito um golpe à ordem constitucional do país.

Ainda de acordo com citado mestre, as normas constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias marcariam o período de transição de uma ordem constitucional para outra. Encerrados os trabalhos constitucionais, encerrado estaria o Ato e estabelecido definitivamente o trânsito. O Ato não poderia, assim, ser posteriormente acrescido de outros comandos. A Constituinte, neste sentido, é resultado de uma ruptura: é o fim de um regime e o nascimento de outro. O exame que Paulo Bonavides faz do plebiscito em sua “Carta Aberta” não atinge apenas a pretensão em análise, mas também adverte àqueles que pretendem “o fim do Estado Democrático

de Direito, o desmantelamento da ordem federativa, o colapso das bases que legitimam a competência dos Três Poderes”.

Embora estejamos listando tais objeções ao procedimento previsto nessa proposta de emenda que visava, pensamos, forçosamente, legitimar alterações constitucionais originariamente inviáveis em face de limitação tácita por meio de rearticulação do poder constituinte originário pela manifestação de vontade de seu titular, nada impede contudo que o poder do povo se exerça, no plano da efetividade, para além do que permite a Constituição, nem significa que esse exercício não se possa legitimar no âmbito da realidade histórica do Estado Democrático de Direito. Essa legitimação é possível quando se possa identificar naquele ato o exercício do poder constituinte. O que é importante deixar claro é que a proposta ora em discussão não poderia ser considerada ato de revisão constitucional (nem tampouco o seriam as deliberações tomadas pela “Constituinte Revisora”), nem se lhe pode reconhecer viabilidade no sentido de compatibilidade com um parâmetro jurídico-positivo de validade. É por isso que sustentamos aqui tal proposta padecer de inconstitucionalidade, o que não afasta a hipótese de percebermos, por meio de considerações hauridas de abordagem hermenêutica da Constituição, a existência de impróprias limitações ao poder de reforma, passíveis de transposição.

4 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Sendo muitas e bastante díspares as tipologias que a doutrinas nacional e estrangeira oferecem com relação ao tema dos limites à reforma constitucional, cumpre destacar que o direito positivo de inúmeras Constituições mundiais contém exemplos que apontam para a existência de, pelo menos, quatro importantes espécies de limitações postas pelo poder constituinte ao poder de reforma. São elas: limitações procedimentais (também denominadas por processuais ou formais), temporais, circunstanciais e materiais. Nesse sentido, ao analisar a variedade de modelos de limites ao poder de reforma, assim se manifesta Ivo Dantas:

(...) Consequência disto, é a impossibilidade de traçarmos uma Teoria Geral dos Limites ao Poder de reforma, já que, se olharmos para vários ordenamentos estrangeiros, constataremos uma imensa variedade de modelos, o mesmo acontecendo em nossa História Constitucional, sobretudo, e pelo menos em dois momentos: na passagem do Império - com a Carta de 1824 - para a República com a Constituição de 1891, e do texto de 1967/69 para o atual, de 5-10-1988 (2000, p. 231).

Como o objetivo desse trabalho é precisamente a análise detida das limitações materiais ao poder de reforma, problematizando-as no que diz respeito ao alcance e aos graus de intangibilidade pelo poder derivado, inclusive mediante abordagem do tratamento dado pelo constituinte de 1988 aos dispositivos normativos referentes às limitações substanciais, discorreremos rapidamente a respeito das três primeiras,

mormente voltados para o modo pelo qual o assunto em estudo foi disciplinado na vigente Lei Maior, abordando também as limitações tácitas ao poder derivado - defendidas como existentes para significativa parcela da doutrina - além de efetuarmos breve comentário acerca de outras tipologias que podem ser encontradas nos ensinamentos acerca dos limites à reforma constitucional.

4.1 LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

As limitações procedimentais, também chamadas de limitações processuais ou formais, referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir alterar a Constituição Federal (MORAES, 2000, p. 526).

As Constituições rígidas estabelecem o órgão competente para modificar suas normas, bem como o procedimento a ser observado. Desse modo, os chamados limites procedimentais dizem respeito à competência, iniciativa, *quorum* para aprovação e outros, tendentes a tornar a alteração mais difícil do que a da lei ordinária (BASTOS, 1999, p. 34). Gomes Canotilho, em sua obra *Direito constitucional e teoria da Constituição*, faz a seguinte observação a respeito deste tema:

Os processos específicos de modificação da constituição baseiam-se essencialmente nas várias formas de participação popular, nas alterações constitucionais, na escolha do órgão a quem é atribuído o poder de revisão, na exigência de um iter processual mais complexo do que o processo legislativo normal, e no exercício temporal do poder de revisão (1998, p. 938).

À luz do tratamento dado pelo constituinte brasileiro de 1988 ao modo de elaboração das emendas constitucionais, detectamos exigências referentes à forma que se distribuem em fases introdutória e constitutiva, estabelecidas conforme mencionaremos a seguir, e que realmente confirmam o que o professor da Faculdade de

Direito de Coimbra afirma: um percurso processual mais intrincado do que aquele verificado no processo legislativo ordinário.

Na fase introdutória, verificamos que a iniciativa para apresentação de uma proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao Presidente da República; a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua já clássica obra *Do processo legislativo*, que a proposta de emenda é um ato coletivo e que “não pode essa fração ser o resultado do apoio de deputados e senadores concomitantemente” (1995, p. 283). Informa-nos também o professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que teve por intenção o constituinte evitar a multiplicação de emendas, “supondo difícil que as propostas alcançassem o apoio de um terço dos membros de qualquer das Câmaras. E, que, alcançando esse *quorum*, seria a proposta importante” (1995, p. 283).

Ainda na sequência das observações do constitucionalista paulista sobre os legitimados para o oferecimento de proposta de emenda constitucional, lembra que, até a Constituição de 1946, inclusive, não se admitia tivesse o Presidente iniciativa de emenda.

No tocante à iniciativa por parte das Assembléias Legislativas estaduais, cabe dizer que é ato coletivo ressuscitado pela Carta vigente, já que a emenda n. 1/69 a suprimira. Ferreira Filho, lucidamente, aponta que mais fácil do que seguir esse caminho é obter um terço, por exemplo, dos membros do Senado, restando praticamente inútil a legitimação dada às referidas Assembleias (FERREIRA FILHO, p. 283).

Há quem entenda que a grande lacuna da atual Constituição talvez tenha sido a omissão da iniciativa popular para as emendas à Constituição, nos moldes do sistema adotado para as leis ordinárias e complementares (art. 61, § 2º), adequando, no entanto, a medida a parâmetros mais elevados de subscrição popular. José Afonso da Silva, em seu consagrado *Curso de direito constitucional positivo*, entende que não está

excluída a aplicação dos institutos da iniciativa popular e do referendo na matéria atinente à modificação da Constituição. Fundamenta sua posição da seguinte forma:

Está expressamente estabelecido que o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou diretamente (art. 1º, parágrafo único), que a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa populares (art. 14, II e III) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação (art.49, XV), o que permite o referendo facultativo constitucional. Vale dizer, pois, que o uso desses institutos, em matéria de emenda constitucional, vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais (1995, p. 66).

Com relação à fase constitutiva do processamento de confecção das emendas constitucionais, reparte-se ela em deliberação parlamentar, deliberação executiva e fase complementar.

Na deliberação parlamentar, a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Destaca-se, portanto, o quórum diferenciado para aprovação, bem como a necessidade de dupla votação em cada Casa Legislativa.

Inexiste, ademais, participação do Presidente da República na fase constitutiva do processo legislativo de uma emenda constitucional, pelo motivo do titular do poder constituinte reformador ser o Poder Legislativo. Dessa forma, inexistiria a necessidade de sanção ou veto. De acordo com o Direito constitucional positivo brasileiro, a emenda constitucional aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, à fase complementar para a promulgação e publicação.

Assim, na fase complementar, a promulgação será realizada, conjuntamente, pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. No entanto, no que diz respeito à publicação, silencia o texto constitucional, devendo-se entender, entretanto, que essa competência é do Congresso Nacional.

4.2 LIMITAÇÕES TEMPORAIS

A maioria das Constituições pode ser reformada a qualquer tempo, muito embora nada obste que se estabeleça um período inicial de imodificabilidade ou, ao contrário, uma previsão de reforma a termo certo, ou ainda uma combinação de ambas as hipóteses com previsão de revisões periódicas.

Um primeiro argumento favorável a esse tipo de limitação é o de tentar alcançar a solidificação da legalidade democrática, assegurando certa estabilidade às instituições constitucionais (CANOTILHO, 1988, p. 940).

Ao imprimir nova Constituição, uma reestruturação no ordenamento jurídico, modificando-o inteiramente segundo os valores pugnados por ela, e para que possa ela se efetivar, passando a gozar de consenso, seria necessário determinado interregno de tempo, para que se solidificasse no meio jurídico e no imaginário da população. A limitação teria a função de propiciar à Constituição esse tempo necessário para que ela pudesse frutificar:

Sancionando as infrações que a contrariarem, declarando-as como inconstitucionais, e se fazendo conhecida pela população, ela vai aumentando sua eficácia normativa com o decorrer da sua vigência, e com isto, impedindo afrontas às suas postulações (AGRA, 2000, p. 166).

Maurício Antonio Ribeiro Lopes, na obra *Poder constituinte reformador*, informa-nos também que pode estabelecer-se a obrigação de reforma periódica, “sem que isso implique necessariamente que as revisões constitucionais não se possam realizar em outras épocas. Enfim, não há um único sistema possível, mas vários deles” (1993, p. 143).

Na Constituição francesa de 1791, título VII, art. 3º, proibia-se sua alteração durante o período de duas legislaturas, após sua promulgação, constando limitação semelhante no art. 174 da Constituição brasileira de 1824, vedando sua alteração por quatro anos.

Na obra *O poder constituinte*, Ferreira Filho (1999, p. 138) aponta também a proibição semelhante contida na Constituição americana de 1787, em seu artigo 5º, que vedava sua alteração pelo período de um ano, até 1788, portanto.

Também proibía o art. 5º, parágrafo final, da Constituição americana, a propositura de emendas das matérias de interesse dos Estados escravagistas, constantes das cláusulas 1ª e 4ª, da Seção IX, art. 1º, até o ano de 1808.

Outra modalidade de limitação temporal mais significativa estabelece periodicidade para as modificações constitucionais. A Constituição portuguesa de 1976, por exemplo, consagra a seguinte disposição em seu artigo 284: “A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária”. O mesmo artigo ainda dispõe, no entanto, da possibilidade de a Assembleia da República assumir poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos em exercício efetivo de funções parlamentares.

Discute-se se tais normas de cunho temporal teriam ou não natureza materialmente imodificável. Em face da proximidade da questão com o assunto objeto dessa obra, cabe destacar dois entendimentos significativos. O primeiro deles, sustentada, entre outros, por Nelson de Sousa Sampaio (SAMPAIO, 1995, p. 80), defende que essas normas de limitação temporal, sejam elas permanentes ou transitórias, não poderiam ser afastadas através de reforma da Constituição, porque, do contrário, estaria se conferindo ao poder de reforma a faculdade de libertar-se das condições de tempo de seu exercício, impostas pelo legislador constituinte. Neste sentido:

(...) assim, nenhuma reforma da Constituição do Império brasileiro poderia alterar para menor ou revogar o prazo de quatro anos, a contar do seu juramento, para a admissibilidade da revisão constitucional. Proibições dessa ordem estabelecem um período de fixidez constitucional, que não pode ser abolido ou encurtado pelo Poder Reformador, da mesma sorte que não se pode adiar o início da rigidez da constituição, por ela previsto, prorrogando a competência do legislativo ordinário para realizar reformas constitucionais, como fez, segundo já vimos, o Parlamento irlandês em 1929. O inverso, entretanto, nada tem de inadmissível. O Poder Reformador poderá prever ou estender o prazo de irreformabilidade da constituição, pois, em tal hipótese,

estaria ele próprio criando ou tornando mais rigorosas as condições de tempo para o seu exercício (SAMPAIO, 1995, p. 80).

Por fim, importa registrar que Miguel Reale (1993 p. 12), de modo contrário, firmou posição no sentido de defender a tese de antecipação da revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT da CF/88, sob o argumento principal dos adeptos da segunda corrente que, em palavras sucintas, assim se desenvolve: o que não está expressamente limitado materialmente ao poder derivado de reforma não teria o condão de inibir este poder em sua atuação.

4.3 LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIAS

A Constituição brasileira de 1988 fixa que ela não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º). Oferece a nossa Lei Maior exemplos de tradicionais limites de segurança que, no Brasil, figuram desde a Constituição de 1934, que impossibilitava a reforma quando houvesse estado de sítio. Essas limitações circunstanciais variam muito de acordo com o contexto histórico de cada país, sendo exemplo a limitação existente no direito francês, que veda reforma quando o seu território estiver em ocupação por forças estrangeiras.

Basicamente, certas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país configurariam estado de crise que tornaria ilegítimo empreender qualquer reforma constitucional. Limitações circunstanciais, desse modo, e segundo a lição de Ferreira Filho (1999, p. 135):

(...) são aquelas que buscam, como o próprio nome sugere, impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias especiais, diríamos até em certas circunstâncias anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão.

Quando ocorrem perturbações de segurança e da ordem pública ensejadoras das hipóteses, para só ficar no caso brasileiro, de estado de defesa ou estado de sítio, poderão vir a ser adotadas medidas, com relação às duas últimas circunstâncias, que eventualmente limitem certos direitos individuais. Presume-se, então, que os membros do órgão revisor poderão estar sob coação ou violenta emoção, o que acabaria por comprometer a prudência, a tranquilidade e o discernimento tão necessários à tarefa revisora. Do magistério de José Cretella Júnior (1997, p. 2.725) extraímos a seguinte lição:

(...) se o estado de sítio for decretado e sua vigência atingir qualquer fase do procedimento exigido para a emenda - a apresentação do projeto, consubstanciando a proposta, a discussão, a votação - a emenda é eivada de inconstitucionalidade e, portanto, nula. Se a emenda foi proposta durante o estado de sítio, mas este teve, logo após, sua vigência suspensa, mesmo assim é contrária à Constituição, não importando que a discussão e a votação tenham sido feitas após a suspensão do sítio. Qual o fundamento da proibição de emenda da Constituição, na vigência do estado de sítio? A resposta é simples. Durante a vigência do estado de sítio ficam suspensas as garantias constitucionais, aumentam os poderes do Chefe do Executivo e nesse caso, os parlamentares acabam por perder a objetividade nas discussões e votações.

Em linhas gerais, estabeleceremos o perfil de cada uma dessas figuras que, se ocorrerem, configurarão um quadro de anormalidade institucional.

O Estado de Sítio encontra-se previsto em nossa Constituição nos artigos 137 a 139, apresentando duas hipóteses que ensejam sua decretação: comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, ou declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira. Em vista da gravidade de que se reveste, o Presidente da República só poderá decretá-lo, depois de ouvidos os Conselhos da República e de Defesa Nacional e obtida a autorização do Congresso Nacional.

O Estado de Defesa Nacional está previsto no artigo 136, e apresenta como fato gerador a preservação da ordem pública ou da paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes

proporções na natureza, em locais restritos e determinados. Sua decretação é ato do Presidente da República, ouvidos os Conselhos da República e da Defesa Nacional, não se exigindo a autorização prévia do Congresso Nacional.

A Intervenção Federal é o processo por meio do qual a União suspende, excepcional e temporariamente, a autonomia do Estado-membro ou do Distrito Federal, por desrespeito às regras contidas no artigo 34 da Constituição Federal. A possibilidade de sua deflagração deve ser entendida restritivamente, uma vez que a regra geral na forma federativa de Estado é a da não-intervenção, de maneira a preservar-se a autonomia dos entes que a integram.

4.4 LIMITAÇÕES MATERIAIS

Embora a matéria objeto deste tópico vá merecer desenvolvimento mais cuidadoso nos capítulos seguintes, é pertinente nessa instância do trabalho tecermos algumas considerações introdutórias acerca das polêmicas doutrinárias que rondam a temática dos limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Destacamos, então, que várias Constituições fazem imutáveis certas matérias, certos dispositivos tidos como fundamentais. De fato, para resguardar sua obra, o constituinte originário frequentemente consagra, de maneira expressa, cláusulas de irreformabilidade total ou parcial da Constituição. Dessa maneira, por meio delas, determinados preceitos passam a ser irremovíveis. Traduzindo um esforço para assegurar a integridade da Constituição, obstam que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profundas mudanças de identidade constitucional, identidade essa essencialmente perceptível pelas qualidades, predicados e notas características do núcleo intangível da Lei Maior.

Também denominadas por cláusulas intocáveis, irreformáveis, eternas, não produziram efeitos, na expressão de Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 97), “miríficos”. Corroborando essa afirmação, temos o ensinamento de Konrad Hesse (1998, p. 511), extraído de sua obra *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*:

(...) A objeção, que uma tal limitação não mais pode ser que uma tentativa inservível de vincular gerações futuras a ideias de legitimidade, que possivelmente não mais são as dela, iria atribuir à limitação um significado que ela não requer. Por certo: nenhuma constituição pode, por uma proibição de determinadas modificações constitucionais, ser mantida viva se ela perdeu sua força normativa.

Na Constituição brasileira, as limitações materiais expressas estão inscritas nos incisos I, II, III e IV, do parágrafo 4º do art. 60. Estabelece a Constituição que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos poderes; e d) os direitos e garantias individuais.

A grande crítica que se coloca à existência de limites materiais ao poder de reforma constitucional diz respeito à vinculação de gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte.

Ainda seguindo a trilha das perspectivas contrárias ao estabelecimento nas constituições de tais limites, Jorge Reinaldo Vanossi (1975, p. 188), jurista argentino, lista uma série de argumentos contra as cláusulas pétreas, concluindo pela inutilidade e relatividade delas. Tendo em vista a importância de suas colocações para o tema em análise, transcreveremos abaixo seus principais argumentos:

a) que esas prohibiciones ocasionan - paradójicamente - el efecto político de privar al poder constituyente reformador de su función esencial, que es la de evitar o hacer innecesaria la aparición de un poder constituyente revolucionario; b) que esas prohibiciones - preña de soberbia eternidad - no consiguen mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasando en su finalidad cuando sobrevienen tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguen someter (es bien claro - al respecto - el caso argentino con la prohibición contenida en el texto de 1853, que impedía la reforma por diez años, pero que la crisis de 1860 privo de toda normatividad); c) que se trata de un "renacimiento" del derecho natural como defensa frente al positivismo jurídico, que pretende fulminar con la nulidad el intento de producir ciertos cambios en las estructuras constitucionales; d) que antes que de un problema jurídico, se trata de una cuestión de creencias, la cual, como tal, no parece muy "natural" que pueda servir de

*fundamento para que la generación de los constituyentes originarios pretendam atar por los siglos de los siglos las manos de los futuros constituyentes reformadores, que han de pertene - obviamente - a generaciones venideras (con lo que se impediría concretar la posibilidad de que cada generación sea artifice de su propio destino); e) por último - the last but not the least -, que nos parece muy atendible la objeción de Biscaretti: “Así como se admite ampliamente que un Estado pueda decidir, con un procedimiento plenamente jurídico, su propia extinción (...), verdaderamente no se comprende por qué el Estado no podría, en cambio, modificar igualmente en forma sustancial su propio ordenamiento supremo, o sea, su propia constitución, aun actuando siempre en el ámbito de derecho vigente”.*¹²

Paolo Biscaretti di Ruffia (1984, p. 231), mencionado por Vanossi na passagem transcrita acima, de fato igualmente questiona os limites materiais, apresentando questionamentos tão contundentes acerca dos limites materiais, quanto os do autor argentino. Ruffia arrola três argumentos básicos contra as cláusulas pétreas: um de ordem lógica, porque a não contradição comina que uma norma posterior no tempo pode modificar a norma anterior de igual eficácia; outro porque a reforma

12 “a) que tais proibições ocasionam - paradoxalmente - o efeito político de privar o poder constituinte reformador de sua função essencial, que é o de evitar o surgimento desnecessário de um poder constituinte revolucionário; b) que proibições – impregnadas de eterna soberba - deixam de se manter ereto apenas nos tempos de normalidade e estabilidade, falhando em seu objetivo, quando ocorrem tempos de crise, cujas eventualidades não podem contemplar ou deixam de mostrar (é claro – a respeito – é o caso da Argentina, com a proibição no texto de 1853, que impediu a reforma por dez anos, mas na crise de 1860 privou todas as normatividades); c) que se trata de um “renascimento” do direito natural como uma defesa contra o positivismo jurídico, que visa derrubar a tentativa de anulação para produzir mudanças nas estruturas constitucionais; d) que antes de um problema jurídico, é uma questão de crença, que, como tal, não parece muito “natural” que se possa servir de fundamento para que a geração de constituintes originários pretendam atar as mãos de futuros constituintes reformadores para sempre, por séculos e séculos, que devem pertencer - obviamente - para as gerações futuras (sem o qual seriam impedidas de concretizar a possibilidade de que cada geração seja artífice de seu próprio destino); e) por último - *the last but not the least* [por último, mas não menos importante] -, parece muito meritória a objeção Biscaretti: ‘Assim como se admite amplamente que um Estado pode decidir, com um processo amplamente jurídico, sua própria extinção (...), verdadeiramente, não se compreende, por que o Estado não poderia igualmente modificar substancialmente a sua própria ordem suprema, isto é, sua própria constituição, sempre agindo no âmbito da legislação em vigor.’ (VANOSSI, 1975, p. 188, tradução nossa)

permite constante evolução das normas jurídicas com relação às exigências sociais e, por último, devido à prática seguida nas principais ordenações constitucionais positivas, nas quais as normas constitucionais têm o mesmo valor que as oriundas de um processo de reforma, podendo modificar quaisquer partes da Lei Maior.

Carl Friedrich (1975, p. 295) também mostra-se cético quanto à validade dos limites ao poder de reforma da Constituição:

*Cualquiera que sea el valor último de estas teorías y disposiciones, el caso es que con ellas hay más probabilidad de que se originen revoluciones violentas, ya que limitam las oportunidades de que los cambios “revolucionários” se produzam de un modo gradual. Por ejemplo, Poicaré insistía - hablando del carácter vinculante de la prohibición antes citada - en que “cualquier revision que tuviera por objeto sustituir el sistema republicano por el monárquico sería ilegal y revolucionaria”. Obligando de este modo a un posible nuevo poder constituyente a recurrir a una revolución violenta, tales prohibiciones tienen el efecto político de restar al poder de enmienda una parte de su función esencial de prever la aparición revolucionária del poder constituyente.*¹³

Ao nos debruçarmos sobre tais considerações, inegavelmente intensifica-se a necessidade de se apontar com mais clareza as vantagens e desvantagens das cláusulas pétreas. Indicadas por muitos como contribuintes da perda de importância dos textos constitucionais, por acarretarem a imobilidade de pontos cruciais da vida de um país, seriam para outros a personificação da própria Constituição, representando seu fulcro essencial, devendo ser protegidas contra as forças que intentarem removê-las. Durante o desenvolvimento do trabalho, teremos a oportunidade de indicar outros argumentos, contrários e favoráveis à existência de tais limites.

13 “Qualquer que seja o valor último destas teorias e disposições, o caso é que com elas há mais probabilidade de que se originem revoluções violentas, já que elas limitam as oportunidades de que movimentos “revolucionários” se produzam de um modo gradual. Por exemplo, a insistência - falando do caráter obrigatório da proibição antes citada - em que “qualquer revisão que pertence a um objeto que substitui o sistema republicano para o monárquico é ilegal e revolucionário”. Obrigando, deste modo, um possível novo poder constituinte, a recorrer a uma revolução violenta, tais proibições têm o efeito político de subtrair do poder de emenda uma parte de sua função essencial, a de prever o surgimento de um poder constituinte revolucionário”. (FRIEDRICH, 1975, p. 295, tradução nossa)

4.5 OUTRAS ESPÉCIES DE LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA

Conforme havíamos afirmado no início do capítulo, são ainda encontráveis na doutrina pátria e estrangeira outras tipificações de limites à reforma constitucional, a nos oferecer outros instigantes subsídios teóricos a respeito do assunto em tela.

Pedro de Vega, autor de precioso estudo denominado *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente* (1999, p. 240), aponta-nos, ainda, as seguintes classes de limites: limites heterônomos, limites autônomos, limites absolutos e limites relativos, e esses dois últimos relacionam-se intimamente com o assunto a ser enfrentado no próximo capítulo do trabalho.

Para o referido autor, os limites autônomos seriam aqueles que viriam impostos pelo próprio ordenamento constitucional. De modo contrário, estaríamos diante de limites heterônomos, quando a existência deles procede de fontes distintas do texto constitucional. Assim se expressa o autor espanhol com relação a tais limites:

Como límites heterónomos se consideran, en ocasiones, desde posturas ius-naturalistas, los principios de derecho natural que, en ningún caso, se piensa, pueden ser contradichos por las normas de derecho positivo (Messineo, Lanza, Jagmetti, Zweig, etc.). Lo común, sin embargo, es incluir entre los límites heterónomos solamente aquellas disposiciones que, desde otros ordenamientos, pueden condicionar la actuación del poder de revisión. Como supuestos más característicos, cabría mencionar las limitaciones que al Estado federado le vienen impuestas por la Constitución federal, y las que, a cualquier Estado, le pueden venir determinadas por el ordenamiento de la Comunidad internacional y por el cumplimiento de sus compromisos internacionales (tratados o concordatos).¹⁴

14 “Como limites heterônomos são considerados, por vezes, a partir de posições jusnaturalistas, os princípios do direito natural que, em todo caso, pensa-se, podem ser contrariados pelas normas de direito positivo (Messineo, lança, Jagmetti, Zweig, etc.). Normalmente, no entanto, estão incluídos entre os limites heterônomos somente aquelas disposições que, a partir de outros sistemas, podem condicionar o desempenho do poder de revisão. Como pressupostos mais característicos, pode-se mencionar as limitações do Estado Federado, impostas pela Constituição Federal, e que, em qualquer Estado, podem vir determinadas pela ordem da Comunidade Internacional e pelo cumprimento de suas obrigações internacionais (tratados ou acordos)”. (VEGA, 1999, p. 240, tradução nossa)

Para o catedrático de Direito Político da Universidade Complutense de Madrid, são limites absolutos aqueles que, por vontade expressa do poder constituinte ou mesmo em face do reconhecimento de limites implícitos, não podem de nenhum modo ser superados. De modo contrário, os limites relativos seriam aqueles que, por meio de procedimentos especiais, poderiam ser eliminados (VEGA, 1999, p. 243).

Aponta também referido autor a distinção entre limites absolutos e limites relativos nos seguintes termos:

Se consideran límites absolutos aquellos que, bien por voluntad expresa del poder constituyente (en el supuesto de límites explícitos), bien por deducción implícita de las normaciones del sistema, no pueden de ningún modo superarse. Por el contrario, los límites relativos serían aquellos que, con procedimientos especiales, podrían ser eliminados (VEGA, 1999, p. 243).¹⁵

15 “Limites absolutos são considerados aqueles que, seja por vontade expressa do poder constituinte (assumindo limites explícitos), ou por dedução implícita de um sistema normativo, não podem ser superados. Em contraste com os limites relativos, que seriam aqueles que poderiam ser eliminados com procedimentos especiais.” (VEGA, 1999, p. 243, tradução nossa).

5 LIMITES MATERIAIS COMO GÊNERO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, trataremos de três importantes assuntos que julgamos guardar expressiva proximidade com a temática dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, embora não componham a temática central de nosso trabalho. São eles: limitações ao poder decorrente dos Estados-membros; limites materiais à mutação constitucional e limites materiais no âmbito da problemática das normas constitucionais inconstitucionais. Proximidade tal que nos autoriza a considerar o termo “limites materiais” como gênero constitucional, a abranger limites materiais ao poder originário (abordados anteriormente), ao poder derivado reformador, ao poder derivado decorrente e à mutação constitucional.

5.1 LIMITAÇÕES AO PODER DECORRENTE DOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO

O poder decorrente é legatário da forma federativa de Estado, recebida pela Constituição de 1988, mantendo tradição que começou com o Texto Magno de 1891. Por essa forma de Estado, cada componente da Federação possui autonomia para criar seu ordenamento jurídico próprio, estruturado na forma de Constituição estadual, tomando como parâmetro o exemplo norte-americano, em que cada um dos Estados-membros possui uma Constituição.

A função de definir as autonomias estaduais foi incumbida às Constituições estaduais. O professor Baracho (1986, p. 50), em sua obra *Teoria geral do federalismo*, sustenta que a autonomia é princípio fundante dos entes federativos, defluindo, por meio deste princípio, a possibilidade da organização de órgãos estatais que possam realizar suas funções, significando, por exemplo, a liberdade que os Estados têm de direcionar suas atividades, envolvendo a liberdade financeira, orçamentária, administrativa, tributária, entre outras. Curioso notar a observação de Araujo Castro, à página 67 de sua obra *A nova Constituição brasileira*, de 1935, e que atentava para o fato de alguns autores sustentarem a “soberania” dos Estados-membros no regime federativo:

Alguns escriptores sustentam a soberania dos Estados no regimen federativo. Admittem assim a coexistencia de duas soberanias: a nacional e a estadual. Dizem elles: os poderes publicos, tanto federaes como estaduaes, tiram a sua autoridade da mesma fonte – o Povo – único poder supremo. Essa doutrina foi, entre nós, perfilhada com ardor pelo sr. Campos Salles, que, aliás, escudava a sua argumentação nas valiosas opiniões de alguns dos mais autorizados commentadoresda Constituição Americana, notadamente Hamilton, que a defendeu no Federalist. A doutrina preponderante hoje naquelle paiz, é, porém, em sentido contrario. A unidade politica, que caracteriza a federação, é inconciliavel com a idéa de dupla soberania.

O termo “poder decorrente”, ao invés da expressão “poder constituinte decorrente”, foi escolhida por considerarmos que “constituinte” - do latim *constituere* - é qualifica apenas o poder constituinte originário, em virtude de ser este que estrutura o ordenamento jurídico de maneira fundante. Tanto o poder reformador como o poder decorrente atuam depois de as estruturas jurídicas estarem formuladas e acabadas, não cabendo adjectivá-los “constituintes”.

Poder decorrente é, mais precisamente, aquele responsável pela criação das Constituições dos Estados-membros. É poder que deflui de previsão na Constituição Federal, obra do constituinte originário, e que deve se subordinar a seus direcionamentos. Sua natureza é completamente diversa da do poder constituinte originário, já que não é nem inicial, na medida em que não inaugura nova ordem jurídica nem

ilimitado juridicamente, pois deve submeter-se aos princípios estabelecidos na Constituição da República.

A República Federativa do Brasil adotou como regime político a democracia, professando os princípios de um Estado Democrático de Direito. Por isso, seguindo o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que destaca a importância da soberania popular, as Constituições estaduais devem ser oriundas dessa expressão legitimadora.

Todas as Constituições republicanas disciplinaram o poder decorrente, reconhecendo sua importância no ordenamento jurídico, como instrumento garantidor da autonomia estadual. Porém, as Constituições de 1937, 1967 e 1969, de acentuado teor autoritário, tiveram como escopo concentrar o poder, enfraquecendo, consequentemente, as prerrogativas estaduais. Nesse sentido, é pelo menos curioso tomar contato com as palavras de um doutrinador “estadonovista” – Monte Arrais – que na obra *O Estado novo e suas diretrizes* tentava justificar a possibilidade de coexistência entre ordem federativa tal como configurada após o regime instituído pela Constituição de 10 de novembro de 1937 e a ordem autoritária getulista:

Depois de havermos frisado que em face da boa doutrina política, a forma unitária constitui o tipo mais perfeito do Estado nacional, demonstramos, não obstante, que a nova Constituição, dando um passo avançado para tal desiderato, não aboliu, contudo, radicalmente, a forma federativa que subsistiu, embora grandemente atenuada no seu primitivo rigorismo. Realmente, o que o golpe de estado vitorioso e recebido entusiasmaticamente em todo o país objetivou, através dos Estatutos Políticos promulgados, não foi, encarado neste aspecto, extinguir, mas, ao contrário, corrigir e depois resguardar tal princípio, opondo oportuno dique às tendências expansionistas do autonomismo regional que, em marcha acelerada, vinha ameaçando, pelo seu hipertrofismo a igualdade teórica estabelecida nas Constituições republicanas abrogadas. (...) A sequência do desaparecimento das numerosas federações contaminadas pelo germe do regionalismo destruidor, tornou axiomático que só uma perfeita igualdade de tratamento dispensado, no domínio da prática, ao concerto das circunscrições congregadas, pode manter, de maneira proveitosa a grandeza, a segurança, a prosperidade e a felicidade de todos e, com isso, a longevidade de um Governo tipicamente nacional, embora alicerçado sobre as bases federativas (1938, pp. 53-55).

Ainda nesse tema, o texto da Constituição de 1937 retirou a legitimidade popular das Constituições estaduais, prevendo que cada um dos Estados-membros deveria outorgar suas *Lex Mater*, sem a participação popular (art. 181 das Disposições Transitórias e Finais da Constituição de 10 de novembro de 1937). Os textos da Constituições de 1967 e de 1969 previram que as Constituições estaduais deveriam apenas adaptar o Texto da Carta Federal, fazendo as correções necessárias (artigos 188 e 200, respectivamente, das Disposições Gerais e Transitórias), para a adequação à nova estrutura de poder, reduzindo o poder decorrente a mero apêndice do poder constituinte, negando-lhe a sua característica de sucessividade.

Ressaltemos que uma das características marcantes de nosso federalismo, independentemente dos momentos históricos em que vigorou um federalismo de integração¹⁶, é sua natureza centrípeta, em que a intensidade da autonomia dos entes federativos é reduzida, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde o federalismo apresenta-se centrífugo, o que representa autonomia de intensidade bastante significativa.¹⁷

A Constituição Federal de 1988 determinou, no artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborasse as respectivas Constituições estaduais, no prazo de um ano, contado da data da promulgação da Lei Maior, respeitando os princípios dessa. A pertinência da Carta Magna estadual configura-se, acima de tudo, na manifestação de auto-governo do Estado-membro, que estruturará suas funções e delimitará suas

16 “Hoje, fala-se até num federalismo de integração, visto como sujeição da esfera estadual à da União (federal). Federalismo esse que acentuaria os traços do cooperativo, mas que resultaria, antes, num Estado unitário constitucionalmente descentralizado do que num verdadeiro Estado federal. Ou seja, paradoxalmente um federalismo conducente à negação da Federação.” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 53)

17 Residem em nossa história pátria algumas explicações para o caráter do federalismo brasileiro mencionado acima. É inegável que os sucessivos golpes de Estado e as ditaduras assumidas ou veladas sob a roupagem de democráticas contribuíram em grande parte para reduzir a descentralização de poder em favor de uma centralização em torno do governo federal, dificultando a sedimentação do exercício das autonomias estatais. Os poucos Estados-membros que têm uma tradição de luta para a manutenção de suas prerrogativas, tais como Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo, reforçam a ideia de submissão em vários momentos da vida política brasileira das ordens regionais com relação à ordem central.

prerrogativas de acordo com seus interesses próprios e peculiares. Tércio Sampaio Ferraz Jr. tece interessantes esclarecimentos a respeito desses aspectos:

O mandamento do artigo 11 das Disposições Transitórias, portanto, nos chama a atenção para os diferentes sentidos de poder constituinte no âmbito de uma Federação: no que se refere à Constituição Federal, falamos no poder constituinte originário e no poder constituinte derivado; já com referência às Constituições estaduais, é preciso distinguir também aí um poder constituinte quase-originário e um poder constituinte derivado de ordem estadual. Esclarecendo este poder constituinte quase-originário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos fala de poder constituinte decorrente, como aquele que, decorrendo do originário, não se destina a rever sua obra, mas a institucionalizar coletividades com caráter de Estado que a Constituição preveja. O poder constituinte decorrente costuma-se dizer, não é soberano, mas goza de autonomia. Autonomia significa a competência, em virtude de direito próprio e não de delegação, de estabelecer normas jurídicas vinculantes. A autonomia tem algo da originalidade, na medida em que é, no âmbito territorial de sua competência, princípio de uma ordem. Dela se separa, porém, na medida em que este atributo da principalidade nasce condicionado. Principalidade significa que os atos do poder constituinte são vistos como início, o começo de algo novo, suas normas não pertencem a um sistema por força de procedimentos e competências previstos, posto que não se inserem nele, mas o instauram. Gozar de autonomia é gozar dessa principalidade, atributo essencial da soberania, mas no caso do poder constituinte decorrente, está pressuposto que o sistema normativo estadual como um todo há de se inserir no contexto da Constituição Federal. Aí está o seu condicionamento. Em outras palavras, enquanto o poder constituinte originário é incondicionado na sua principalidade, posto que instaura um sistema que não havia antes, o poder constituinte decorrente instaura também um sistema novo, mas que deve inserir-se no contexto da Constituição Federal de forma harmônica. Isto se explica pelo próprio sentido da ordem jurídica num Estado Federal. Há uma só ordem global, não obstante a descentralização de competências. O pressuposto dogmático da unidade da ordem jurídica federal significa que seu fundamento de validade é um único: a norma vinculante estatuída pelo poder constituinte originário que, num certo sentido, corresponde à Constituição Federal, mas que, a bem da verdade, é mais do que

ela, pois abarca também as projeções constitucionais sobre os Estados-Membros e, afinal, os sistemas normativos que os instauram. A ordem jurídica de uma Estado Federal é, pois, uma ordem integrante e isto a separa tanto dos Estados unitários quanto dos Estados confederados. Nos Estados unitários, a ordem é uma só e produzida por uma competência constituinte cuja principalidade também é única. Já nos Estados confederados, a ordem jurídica também é uma só, mas produzida pelo encontro de competências constituintes, cada qual provida integralmente do seu atributo da principalidade. No primeiro caso, trata-se de um sistema que não se reparte em subsistemas. No segundo, é um sistema constituído por sistemas. No estado federal, temos um sistema que se reparte em subsistemas. (FERRAZ JR. 1990, p. 20)

Gozando de supremacia, a Constituição do Estado-membro é norma preponderante no âmbito do ordenamento jurídico estadual, devendo todas as demais normas, tanto estaduais como municipais, adequarem-se a ela. A Lei Maior do ordenamento estadual situa-se em escalonamento normativo superior, podendo estruturar os entes estatais de forma a atender as peculiaridades regionais, podendo inclusive disciplinar os três poderes da melhor forma que lhe convier, sempre respeitando os limites sinalizados pela Constituição Federal.

Como o Estado-membro faz parte da Federação e o ordenamento jurídico nacional tem como pedra angular a Constituição Federal, ordenando a formação social e jurídica de seus membros (1985, p. 129), o poder decorrente não tem uma amplitude de regulamentação ilimitado. Muito ao contrário, sua incidência encontra-se mitigada pelos direcionamentos estabelecidos pela Constituição. O conteúdo da Constituição estadual havia sido pensado por Cooley (1982, p. 405), que escreveu:

Toda a constituição estadual deve esperar-se que contenha: 1) um descrição do systema de governo; 2) os requisitos gerais para o direito do sufrágio; 3) os freios (checks) e os equilíbrios (balances) do governo republicano, reconhecendo três separados departamentos governamentais; 4) algum reconhecimento de autogoverno (self government) local; 5) uma declaração de direitos protectores dos indivíduos e das minorias.

Ressaltemos que o conteúdo ditado por Cooley carece de validade universal. De acordo com o sistema federativo adotado, os textos estaduais terão maior ou menor abrangência.

Convém nos determos nos ensinamentos contidos na obra *Poder constituinte dos Estados-membros*, de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1979, pp. 135-136), que apresenta importantes considerações acerca das limitações ao poder decorrente:

Convém ressaltar, ainda uma vez, que a limitação do Poder constituinte decorrente é da essência do próprio federalismo. Impossível conceber um Estado Federal em que as unidades federativas gozem da plenitude do poder, ou detenham soberania. As unidades de uma federação, os Estados-Membros, já se disse, têm apenas autonomia constitucional limitada, ou, em outras palavras, dispõem de capacidade de auto-organização e têm competência normativa própria. Por outro lado, essa limitação do Poder constituinte decorrente não pode ser tal, que sufoque os Estados-Membros. A virtude fundamental do federalismo – a unidade nacional através da diversidade regional – indica que para que o Estado Federal subsista, há um grau máximo, porém, há também um grau mínimo de autonomia constitucional das entidades federativas, o que implica dizer que, na linha desses graus máximo e mínimo, estão os pontos-limites das restrições da amplitude de ação do Poder constituinte decorrente.

Destaquemos que a primeira grande limitação às Constituições estaduais são o que Raul Machado Horta denominou de princípios centrais. Tais princípios constituem limites que afirmam o caráter não originário da Constituição estadual, ressaltando a característica de ser ela produto derivado de um poder subordinado e limitado pelas normas da Constituição Federal. A tarefa de identificá-los não é simples, em razão de eles não virem explicitados na Constituição. Oferece mencionado autor uma diretriz para a identificação:

A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal no seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definem a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal. Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de com-

petências, o sistema tributário, a organização dos poderes, os direitos sociais, a ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal (1999, p. 68).

Basicamente, as normas centrais referem-se a princípios informadores do regime político, como a república, as condições de elegibilidade; aos princípios que limitam a competência dos Estados-membros, como a definição da competência exclusiva, privativa, comum e concorrente; às normas de pré-organização do Estado brasileiro, como aquelas que tratam da Magistratura e do Ministério Público; as normas pertinentes aos direitos fundamentais, como aquelas contidas no art. 5º da Constituição, entre outras.

O fator teleológico dessas normas é garantir a homogeneidade do ordenamento, impedindo que as normas constitucionais estaduais causem antinomias e arrefçam a capacidade concretiva da Constituição Federal. A capacidade de elaborar a Constituição estadual se restringe à esfera das peculiaridades regionais e ao espaço de incidência que for definido pela Lei Maior.

Como o Estado brasileiro adota a forma federativa de Estado, a essência desse sistema encontra-se na repartição de competências, insculpida em nossa Constituição mormente nos arts. 21 *usque* 30, distribuídas em: competências exclusivas, privativas, comuns, concorrentes, residuais, distribuídas entre União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, no caso do federalismo brasileiro.

Dentro da divisão dessas competências, fica vedado ao poder decorrente qualquer tentativa de legislar acerca de assunto que esteja fora da sua esfera de competência, tanto no âmbito da chamada competência não-legislativa, quanto no da legislativa. O motivo não pode ser imputado a uma suposta superioridade das normas federais sobre as estaduais. Não. Isso macularia um dos princípios básicos de uma Federação, que é o da igualdade entre os entes federativos. Na realidade, há uma distribuição de competências seguindo o princípio da prevalência do interesse: União atendendo a interesse geral, Estados-membros, a interesse regional, Municípios, interesse local e Distrito Federal atuando material e normativamente de acordo com o interesse regional e local, em face de sua natureza híbrida, em que são ressaltadas por

determinação da Constituição Federal aspectos que o qualificam ora como Estado-membro, ora como Município.

Outra limitação que podemos apontar são os princípios sensíveis, dispostos no art. 34, VII, da Constituição Federal. Eles são assim denominados porque têm especial relevância no ordenamento jurídico: quando afrontados, podem vir a sustentar intervenção federal por parte do governo federal nos Estados.

A atual Constituição listou os seguintes princípios sensíveis: forma republicana, sistema representativo; regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Acinte a qualquer um desses princípios por parte das Constituições Estaduais, poderá ensejar, como dito, a supressão temporária da autonomia estadual por intermédio da ação interventiva.

É oportuno frisar que esses princípios, em sua maioria, são estabelecidos ou são princípios centrais, sejam explícitos, sejam implícitos. A diferença é que o descumprimento deles não dá ensejo apenas a um controle de constitucionalidade, com a expulsão, por exemplo, da norma do ordenamento. Nesse caso, poderá haver intervenção no ente federativo que descumpriu o princípio ou princípios.

Cumprir fazer menção à decisão do Supremo Tribunal Federal, que sistematizou da seguinte forma os limites à auto-organização dos Estados-membros:¹⁸

Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das comunidades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.

18 STF – Pleno – Adin nº 216/PB – Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 146/388.

Alexandre de Moraes (2000, p. 260) define o que são princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos:

Os princípios federais extensíveis são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado. Poder-se-ia colocar nessa classificação os chamados por Raula Machado Horta de “Princípios dessa Constituição”. Por fim, os princípios constitucionais estabelecidos consistem em determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização. Subdividem-se em normas de competência e normas de preordenação.

5.2 LIMITES MATERIAIS À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As mutações constitucionais são as modificações operadas na Constituição gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade da implementação de emendas ou revisão, ou seja, de procedimentos formais.

Entende Maurício Ribeiro Lopes (1993, p. 128) que a mutação configura-se na mudança do texto constitucional por processos não previstos nas normas jurídicas. Raul Machado Horta (1999, p. 103) entende que a mutação constitucional, por seus predicativos, finda obnubilando a norma constitucional escrita, fragilizando a segurança do seu texto, tendo relevo acentuado no campo das Constituições consuetudinárias. Por outro lado, afirma Loewenstein:

En la mutación constitucional (...) se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político de la estructura social o del equilibrio de intereses sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto (1965, p. 165).¹⁹

19 “Uma mutação constitucional (...) produz uma transformação, na realidade, de configuração do poder político e da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que seja atualizada esta transformação em documento constitucional: o texto da constituição permanece intacto”. (LOEWENSTEIN, 1965, p. 165, tradução nossa)

Em estudo pioneiro em nosso país, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 11) traz as seguintes explicações:

(...) a mutação constitucional, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

A mutação constitucional acaba por atribuir diferentes diretrizes à literalidade do texto da Constituição, quer pela interpretação constitucional, quer por meio da construção constitucional, quer por práticas constitucionais ou por usos e costumes. Ela pode acontecer tanto em Constituições rígidas quanto flexíveis. Nas rígidas, pondere-se, por serem elas dotadas de supremacia, operará a mutação de maneira mais lenta e gradual, acarretando frequência exígua.

Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 71) classifica da seguinte forma as fontes de mutação:

a) mutação constitucional operada em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) mutação através da construção constitucional; e d) mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais.

Na definição de Hsu Dau-Lin, a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade. Dau-Lin (1998, pp. 29-31) concebeu quatro classes de mutação constitucional: a) mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação em razão de prática que contradiz a Constituição; d) mutação constitucional mediante interpretação. Não dispõem de marco cronológico. Nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase despercebida, sem previsibilidade esperada, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia.

Machado Horta (1999, p. 103) dá-nos um exemplo de mutação constitucional, que foi o desuso do direito de dissolução da Câmara dos Deputados na III República Francesa. Prerrogativa do Presidente da República, a dissolução da Câmara dos Deputados verificou-se uma única vez, sob a Presidência de Mac-Mahon, em 1877. A renovação dos mandatos conduziu a Câmara expressiva maioria republicana, contrariando o objetivo de Mac-Mahon, o que motivou a renúncia do Presidente da República. O ato isolado não se repetiu na III República. O Parlamentarismo dualista transformou-se no Parlamentarismo monista, sob o comando do parlamento.

A doutrina contemporânea das mutações constitucionais aceita-as com as limitações indispensáveis para sua conformação com a ordem constitucional. São registos de José Afonso da Silva (2000, p. 297):

Admitir o triunfo do fato sobre a norma, como queria Jellinek, como forma de mutação constitucional, seria destruir o próprio conceito jurídico de Constituição, pelo aniquilamento de sua força normativa. Esse conflito entre fato e norma pode ser resolvido: a) ou por emenda constitucional, como se deu com a Emenda 22 à Constituição norte-americana, que elevou uma prática constitucional (uma mutação), a reeleição sem limite do presidente da República, ao nível constitucional, com a limitação de reeleição apenas uma vez; b) ou pela prevalência da norma sobre o fato por decisão judicial firme, como seria o caso de o Supremo Tribunal Federal impedir reiteração indefinida de medidas provisórias.

Pedro de Veja, autor de *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente* oferece, do mesmo modo, considerações sobre os limites das mutações:

El problema de los límites de la mutación comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noción de supremacía. Es entonces cuando aparece como única alternativa posible la de o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico, en nombre de la legalidad existente, de la mutación. En cualquiera de los dos supuestos la mutación

en cuanto tal desaparecería, y la supremacía de la Constitución quedaría salvada (1999, p. 215).²⁰

A doutrina não definiu, com parâmetros claros, os limites materiais para as mutações constitucionais. Entretanto, arriscamos sustentar que tais parâmetros podem ser extraídos da análise dos próprios limites materiais tácitos e explícitos ao poder de reforma constitucional. Se o cerne inalterável da Constituição não é passível de modificação pelo processo de reforma, o que dirá pelo procedimento de mutação constitucional, ao afrontar valores e princípios alçados à condição suprema pelo constituinte.

5.3 LIMITES MATERIAIS E A PROBLEMÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

Corolário do poder constituinte, o princípio da unidade constitucional representa a conclusão, aparentemente lógica, de que o resultado dos trabalhos do constituinte originário apresentar-se-á como um todo coerente, um sistema único em que, além de desprovido de contradições internas, todas as normas estariam, ao menos formalmente, em mesmo grau hierárquico. Todas as normas contidas numa Constituição formal teriam igual dignidade.

Tal assertiva restaria inquestionável, se as Constituições modernas mantivessem a mesma essência de suas congêneres do século XIX. Contudo, a democratização e a efetiva participação política de grupos e interesses outrora excluídos do “jogo do poder” fazem com que as mais recentes Cartas Políticas estejam repletas de valores

20 “O problema dos limites da mutação começa quando a tensão entre facticidade e normatividade se torna social, política e juridicamente num conflito, que põe em ameaça a própria noção de supremacia. É então quando ela aparece como a única alternativa possível, ou se converte na prática convencional (mutação) em norma, através de uma reforma, ou se nega o valor legal da mutação, em nome da legalidade vigente. Em ambos os casos, a mutação como tal desaparecería, e a supremacia da Constituição seria salva.” (VEJA, 1999, p. 215, tradução nossa)

e princípios incongruentes, até mesmo derivados de concepções políticas historicamente antagônicas. Nessa configuração, a Constituição simboliza o compromisso entre as diversas forças em conflito, que positivam alguns de seus ideais no texto constitucional e transferem a luta política para o interior do sistema político institucionalizado pela própria luta. Sem dúvida, a Carta Magna é produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes.

Surge então o paradoxo: como expressões legislativas máximas da soberania do Estado, declaradas simultaneamente pelo poder constituinte, as normas constitucionais jamais poderiam ser contraditórias entre si; não obstante, a participação democrática de todos os segmentos sócio-políticos de um país em sua formulação torna impossível a produção de um objeto inteiramente coerente.

Nesse sentido, o princípio da unidade assume sua função decisiva, não representando apenas a hierarquia normativa igualitária dos dispositivos constitucionais, mas tornando-se hoje o primeiro dos métodos de interpretação da Constituição, unificando e, de certa forma, racionalizando o desígnio constituinte.

Procedendo tais intentos com o auxílio, entre outros, dos métodos sistemático e teleológico, o intérprete deve considerar a norma constitucional como parte de um todo harmônico, superando todas as eventuais tensões normativas, mediante a cedência recíproca entre princípios ou limitando a abrangência de regras. Porém, conquanto teoricamente perfeito, o princípio da unidade constitucional parece ser insuficiente em certos casos nos quais a incompatibilidade é tamanha que termina por levar alguns juristas a buscar soluções diferentes.

Otto Bachoff, a partir da publicação da polêmica obra *Normas constitucionais inconstitucionais?* (1994, pp. 11-92) foi um dos pioneiros na abordagem doutrinária desse tema. Equivocadamente citado por muitos, como o grande defensor da possibilidade de inconstitucionalidade de normas postas pelo poder constituinte originário, a posição de Bachoff é, entretanto, muito mais complexa e abrangente.

Inicialmente, o mestre germânico descreve quatro hipóteses principais em que ocorreriam vícios decisivos nas normas constitucionais. Existiriam por um lado as chamadas normas constitucionais ilegais, ou seja, aquelas que entrariam em vigor em desobediência expressa ao próprio rito previsto em seu texto para tanto, ou operariam

efeitos quando ainda vigente condição suspensiva não executada, como um plebiscito ou referendo. Bachof rejeita, nessa categoria, a inconstitucionalidade motivada pelo descumprimento de leis pré-constitucionais relativas ao processo constituinte, devido à total autonomia do poder originário em relação ao direito positivo anterior.

O segundo caso estaria relacionado com alterações da Constituição inconstitucionais, ou seja, inconstitucionalidade de matérias inseridas na Carta Política pelo poder de reforma constitucional. Essa hipótese é praticamente unânime, tanto na doutrina alienígena quanto entre os autores nacionais, que não se furtam em incluir as emendas constitucionais entre os atos normativos suscetíveis ao controle jurisdicional. A terceira e quarta hipóteses mostradas por Bachof são as mais importantes para as considerações que passaremos a efetuar.

O autor escreve inicialmente sobre a incompatibilidade entre dispositivos constitucionais originários, um deles de grau superior ao outro, o que eliminaria a norma antinômica da ordem jurídica. Ora, tal proposição iria de encontro ao princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, superando inclusive a distinção dogmática entre normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais.

Bachof, surpreendentemente, rejeita a invalidação de qualquer dispositivo constitucional por ser materialmente inferior e incompatível com preceito congêneres, escrevendo:

A meu ver, nenhuma diferença faz aqui que essas normas constitucionais sejam importantes ou menos importantes, não me parecendo possível considerar inconstitucional uma norma da Constituição de grau inferior, em virtude da sua pretensa incompatibilidade com o “conteúdo de princípio da Constituição” (1994, p. 57).

A ênfase aqui é colocada na autonomia do legislador constituinte, livre para ordenar suas normas como bem entenda assim como também, em alguns casos, livre para excetuar seus próprios princípios (BACHOF, 1994, p. 57).

A grande inovação na obra do cátedra de Heidelberg é a chamada inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na Constituição, entendendo esse direito supralegal, como um conjunto de normas pré-estatais, superiores

à ordem positiva do Estado, que constituem o chamado “mínimo ético” que fundamenta qualquer estrutura jurídica, ou seja, utilizando-se o termo mais tradicional, o direito natural.

Positivando esses preceitos supralegais, a Carta Política não estaria constituindo o Direito, mas apenas declarando e reconhecendo a existência de uma ordem transcendente e, portanto, superior à qualquer norma positiva, mesmo às constitucionais. A incompatibilidade dessas últimas com o “direito superior” acarretaria inexoravelmente em sua expulsão da ordem jurídica.

O aporte “jusnaturalista” na doutrina alemã, desenvolvido por Bachof, é perfeitamente compreensível quando se tem em conta o trauma provocado pela barbárie nacional-socialista, e causado sob o aparato legal do Estado. Contribuiu, também, decisivamente, para esse ciclo de naturalismo jurídico o caráter sintético da Lei Fundamental alemã, que obriga seu intérprete oficial, o Tribunal Constitucional Federal, a manejar o direito em elevadíssimos graus de abstração, contactando-se diretamente os mais altos princípios da ordem jurídica.

Baseando-se em decisão do *VerfGH* da Baviera, onde “se afasta um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na Constituição como padrão de controle”, Bachof (1994, p. 23) passou a ter certo respaldo jurisprudencial à sua tese. Essa decisão, datada de 24-4-1950, relativa ao art. 184 da Constituição da Baviera, entre outras coisas, dizia:

A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas...Se o art. 184 da Constituição tivesse o sentido de colocar o legislador, no tocante às medidas a tomar por este relativamente aos grupos de pessoas aí designados, duradouramente fora da Constituição e do direito, seria nulo, por infração da própria ideia do direito, do princípio do Estado do Direito, do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que são expressão imediata da personalidade humana.

Mesmo sendo um trabalho datado de 1951 e amplamente discutido pelos constitucionalistas, é interessante notar que, até hoje, diante dessa monografia de Bachof, ainda surgem indagações sobre a possibilidade ou não da existência de normas constitucionais (originárias) inconstitucionais. Nada mais compreensível, posto ser o tema ainda rico em desdobramentos, levando-nos a encontrar juristas defendendo ou rechaçando essa ideia.

A posição majoritária na doutrina constitucional brasileira é pela desconsideração da existência de inconstitucionalidades originárias. Dos autores pesquisados, a grande maioria, dentro os quais, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Luís Pinto Ferreira, aos quais se somam os especialistas em controle constitucional, sequer citam essa possibilidade, talvez influenciados, em grande parte, pela obra de Francisco Campos, cuja obra *Direito Constitucional*, escrita na década de 1950, rejeita peremptoriamente essa tese, e que será utilizada como fundamento da decisão do STF, em ação direta de inconstitucionalidade que logo será tratada.

A contraposição entre o princípio da unidade hierárquico-normativa e a inconstitucionalidade originária pode ser encontrada nas obras de Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins e Luis Roberto Barroso, sobretudo na desse último. Enfatizando a obrigação do intérprete em superar contradições “aparentes”, tais autores convergem em mesmo sentido, ou seja, a exegese sistemática e teleológica, adicionada à ponderação de princípios antagônicos terminariam por desenhar vontade única da Carta Política.

Para aqueles que defendem a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, os argumentos, entre outros possíveis, seriam: a) a provável falibilidade do poder constituinte originário; ou seja, na elaboração do Texto Constitucional, os legisladores constituintes, dentro do próprio embate da Assembléia, poderiam macular a Carta, criando contradições e antagonismos que, posteriormente, deveriam ser solucionados; b) a existência de limites ao poder constituinte originário mediante um direito supralegal (ou também considerado como direito natural). Ou seja, o poder constituinte originário poderia cometer erros na elaboração da Constituição ao, por exemplo, não respeitar direitos consolidados em direito supralegal.

Aqueles que discordam da tese de Bachof trazem, entre outras possíveis considerações, que: a) a probabilidade de norma constitucional originariamente incons-

titucional é bastante restrita em Estados de Direito democrático-constitucionais; b) quanto à constatação de direito supralegal, nem sempre os valores nele introjetados alcançariam força suficiente para conformar a Constituição e, portanto, para determinar constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos jurídicos-públicos (MIRANDA, 1996, p. 320).

Nesse ponto, tentaremos esboçar um ponto de vista, fundado também na previsão constitucional acerca do papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal tal como desenhado pelo constituinte de 1988.

Dessa forma, entendemos que a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias a justificar a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras parece-nos incompatível com o sistema de Constituição rígida. Francisco Campos, em sua obra *Direito constitucional*, afirmava em seu tempo:

Repugna, absolutamente ao regime de Constituição escrita ou rígida a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual foi seu conteúdo ou natureza (1956, p. 392).

Tal posicionamento compartilha da concepção de que todas as normas constitucionais originárias retiram sua validade do poder constituinte originário, e não das normas que, também integrantes da mesma Constituição, tornariam direito positivo o direito suprapositivo que o constituinte originário integrou à Constituição, ao lado dos demais e sem fazer qualquer distinção entre esta e aquelas. Conforme salienta Jorge Miranda (1996, p. 320):

No interior da mesma Constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer das suas normas. É um princípio de identidade ou de não contradição que o impede. Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade dessas decorre daquelas; não por oposição entre normas ao mesmo

tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição.

Por isso mesmo, nossas Constituições republicanas - inclusive a atual - não mais contém princípio distintivo que se assemelhe ao constante na Constituição imperial de 1824, que, em seu artigo 178, preceituava:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais do cidadão. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

Ao contrário, delas resulta a estrita observância do princípio da unidade da Constituição. Assim, na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do poder constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Ademais, essa função de guardião da Carta Magna Federal, expressamente conferida ao Supremo Tribunal Federal, ele a exerce por meio da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e no controle concentrado. Vale-nos do próprio Otto Bachof, que assim se manifesta:

Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e, de harmonia com o exposto supra, carecerá de legitimidade no sentido de obrigatoriedade jurídica (1994, pp. 62-63).

Desse modo, implicaria dizer que ela é inválida, não por violar a norma da Constituição positivadora de direito supralegal, mas, sim, por não ter o constituinte originário se submetido a esse direito suprapositivo, que lhe impõe limites. Essa vio-

lação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal - ainda quando se admita a existência desse direito suprapositivo - competência. Jorge Miranda escreveu:

“Todavia não cremos que, a dar-se qualquer forma de contradição ou de violação dessa axiologia, estejamos diante de uma questão de inconstitucionalidade, mas sim diante de uma questão que a ultrapassa, para ter de ser encarada e solucionada em plano diverso - no da Constituição material que é adoptada ou no do tipo constitucional ao qual pertence. No extremo, poderá haver invalidade ou ilegitimidade da Constituição. O que não poderá haver será inconstitucionalidade: seria incongruente invocar a própria Constituição para justificar a desobediência ou a insurreição contra as suas normas (1996, p. 319).

Ademais, Bachof, que distingue a inconstitucionalidade de normas constitucionais por contradição a normas constitucionais de grau superior da inconstitucionalidade das normas constitucionais por “infração de direito supralegal positivado na lei constitucional”, reconhece que, quanto à primeira dessas duas hipóteses, o constituinte originário, por não estar vinculado ao direito suprapositivo, inexistente no caso, tem liberdade para determinar quais sejam essas normas constitucionais de grau superior, podendo, igualmente, estabelecer exceções a elas, no próprio dispositivo que as encerra ou em outro, salvo se essas exceções forem arbitrárias (1994, p. 54).

Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal jurisdição para fiscalizar o poder constituinte originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhes pareçam desarrazoadas ou arbitrárias para declarar essas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por Bachof é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções.

Por outro lado, entendemos que as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder reformador, ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, não abrangendo normas cuja

observância se imponha ao próprio poder constituinte originário, com relação às outras que não sejam consideradas cláusulas pétreas e, portanto, possam ser emendadas. Inclusive, não se limitam as cláusulas pétreas a princípios que poderiam decorrer do direito suprapositivo ou supralegal a que estaria sujeito o constituinte originário, direito esse caracterizado por Bachof (1994, p. 80) como direito natural, “não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico – vinculativas encerrando aquele mínimo, sem o qual uma ordem já não merecia a qualificação de ordem jurídica”.

Além do cunho doutrinário, o debate sobre as normas constitucionais inconstitucionais ganha revelo prático e atual ao tomarmos contato a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo governo do Rio Grande do Sul, em 1996, considerada, em toda a história constitucional do Brasil, a primeira ação que se formula judicialmente para declarar inconstitucional um artigo da Constituição.

Ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, que questionava a parte final do parágrafo 1º do artigo 45 e o parágrafo 2º do mesmo artigo, trazia consigo muito do descontentamento historicamente acumulado no Centro-Sul do país, contra o suposto “favorecimento” que as regiões Norte e Nordeste receberiam na distribuição dos recursos públicos e na realização de obras federais. O motivo para tanto seria a representação política artificialmente hipertrofiada dessas regiões, a criação do “Pacote Eleitoral” do ex-Ministro Armando Falcão, durante o governo Geisel, em abril de 1977 e recepcionado, no que se refere aos limites da representação, pela nova ordem constitucional.

Sendo requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, a ação fundamentava-se no *caput* do artigo 5º, que expressa o princípio geral da isonomia, assim como no artigo 14, que determina o voto igualitário para todos os cidadãos. Recorriam ainda os juristas gaúchos à defesa da cidadania, expressa pelo inciso II do artigo 1º, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. O proponente também socorreu-se em defesa de sua tese do parágrafo 4º do artigo 60, incisos I, II e IV, como traz o acórdão acessado, objetivando provar a existência de cláusulas constitucionais formal e materialmente superiores a outras. Com efeito, ao suscitar as “cláusulas pétreas” do texto constitucional - entre as quais o princípio da igualdade, o direito de voto e o federalismo - deveria demonstrar-se que a incompatibilidade de

uma regra “comum” da Constituição com vários desses princípios também constitucionalmente consagrados e especialmente protegidos pelo poder de reforma, resolver-se-ia como supressão da dita regra. Por consequência, questionava-se também a validade da Lei Complementar nº 78/93, que regulamenta o dispositivo impugnado.

A resposta do Supremo Tribunal Federal, todavia, frustrou essas pretensões, embora de forma alguma possa ser considerada surpreendente, até pela tradicional posição do Tribunal em não se imiscuir em questões nas quais não esteja expressamente autorizado para tanto. A Sessão Plenária de 28 de março de 1996 aprovou, por unanimidade, relatório da lavra do Ministro Moreira Alves, que decidia pela improcedência da ação, motivada pela impossibilidade jurídica do pedido. Entendeu o Supremo não ser competente para “julgar a alegação de inconstitucionalidade de expressões dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Carta Magna Federal, em face de outros preceitos dela (que são também os alegados como ofendidos na presente ação), todos resultantes do poder constituinte originário”.

Declarando-se incompetente, perdeu o Supremo a oportunidade de debater o instigante tema. Contudo, a ênfase do indeferimento a ação repousa unicamente sobre motivos formais, ou seja, a ausência de dispositivo constitucional que autorize o Supremo Tribunal Federal, como órgão constituído, a expurgar dispositivos trazidos pelo documento constituinte originário. Em nenhum momento, até por não conhecer a ação, a mais alta Corte do país dirigiu sua posição para negar, peremptoriamente, a existência de antinomias constitucionais. Dessa forma, e nesse caso, a obra do poder constituinte originário não pôde ser impugnada não por representar a unidade de vontade inquebrantável, mas porque o órgão erigido por esse mesmo poder como “guardião” da Constituição em face da legislação inferior se vê incapaz de exercer sua jurisdição sobre as incompatibilidades no interior da própria Lei Fundamental.

6 LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

6.1 PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA NATUREZA DOS LIMITES MATERIAIS

“O poder constituinte derivado é congenitamente impotente”. Essa fórmula, de Geoges Burdeau (1965, p. 174), concentra vertente teórica que, em linhas gerais, caracteriza-se pela afirmação de que o denominado poder de reforma, instituído pelo poder constituinte originário, não poderia validamente ultrapassar os limites fixados por este. Tal posição, majoritária, segundo a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 31), defende a submissão do poder constitucionalizado ao alterar ou complementar o texto constitucional a, entre outros entraves à sua plena manifestação, limites materiais traçados pelo “onipotente” poder instituidor da ordem constitucional, termo em destaque empregado ironicamente por Genaro Carrió em sua consagrada obra *Notas sobre Direito e linguagem* (1990, p. 247).

Basicamente, os defensores da relevância jurídica absoluta dos limites materiais ao poder constituinte derivado sustentam que aquela decorre naturalmente de sua consagração. Permitir a alteração dos limites seria abrir a porta a uma, para utilizar expressão consagrada, “fraude à Constituição”. Os limites seriam, portanto, esvaziados de sentido.

De outro modo, há autores que consideram o poder constituinte derivado ilimitado. Ensina ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 31) que, autores como Duguit, Duverger, Vedel, entre outros, o consideram o próprio poder originário subsistente em sua própria obra. Dessa feita, poderia ele mudar as regras por ele mesmo declaradas.

Sem desconsiderar a relevância do tema pertinente a outra espécie de poder constituinte derivado, o chamado poder constituinte decorrente, institucionalizador dos Estados federados, enfocaremos neste capítulo os limites materiais ao poder de reforma em relação com os embates doutrinários, acerca da existência ou não de intangibilidade a tais vedações materiais. Os dois entendimentos acima indicados, que não esgotam o leque de perspectivas teóricas a respeito do tema, ressaltam a complexidade do assunto, intensificando o desafio de filiar-se ou não a uma das vertentes possíveis. Teorias aparentemente opostas, não deixam de conjuntamente destacar tensas e conturbadas relações entre Política, Sociologia e Direito, a serem explicitadas, de forma não exaustiva, sobretudo ao tratarmos dos entendimentos de Carl Schmitt acerca das limitações materiais ao poder de reforma.

Assim, nota-se que a doutrina, recorrendo a uma série de argumentos, baseados em concepções teóricas sobre a Constituição e o poder constituinte, tem procurado determinar a solução da questão da relevância das cláusulas pétreas, acima tratadas, à luz da própria Constituição. O debate doutrinário encontra-se, destaque-se, dominado por três correntes, embora existam os ecletismos habituais.

6.1.1 INTRANSPONIBILIDADE DOS LIMITES MATERIAIS

Conforme mencionado, os defensores da relevância jurídica absoluta dos limites materiais ao poder de reforma defendem que, tendo sido eles manifestação do poder constituinte, não deveria ser possível que um mero órgão constituído, por sua competência relativa à revisão constitucional, suplantasse as decisões fundamentais daquele.

6.1.1.1 CARL SCHMITT E A CRIAÇÃO DO CONCEITO “CLÁUSULAS PÉTREAS”

Carl Schmitt (1996, p. 119), concordando com a perspectiva acima transrita, assim se manifesta em sua *Teoria da Constituição*:

*(...) La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supreciones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, no tampoco la de reformar, ensanchar o substituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional (...).*²¹

Destaquemos que, para tal autor, Constituição é a decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política. Dessa forma, o poder constituinte instituído poderia alterar as leis constitucionais, mas não a Constituição, que se colocaria como limitação (expressa ou implícita) intransponível ao poder de reforma. Estabelece assim a distinção entre Constituição e lei constitucional, Carl Schmitt identificou o que para ele realmente seria matéria constitucional, cuja supressão encontrava-se fora do alcance do legislador ordinário, mas, antes de tudo, da reforma constitucional. Haveria de se imaginar a essência da Constituição acima das leis constitucionais, meros reflexos seus. Bastaria, em seguida, delimitar o que é essencialmente constitucional, para que houvesse condições de se declarar, por outras palavras, os núcleos essenciais, se bem que de forma não muito bem elaborada.

Schmitt, inclusive, identificou alguns desses núcleos na Constituição de Weimar, tais como o sufrágio universal, a Federação e a República. Dessa forma, qualquer medida revisionista que alterasse tais cláusulas existenciais da Constituição extrapolaria sua competência, alterando a Constituição em vez de revisá-la.

21 “(...) A faculdade de alterar a Constituição contém, portanto, apenas a capacidade de praticar, nas disposições jurídico-constitucionais, reformas, adições, reformulações, supressões, etc., mas, mantendo a Constituição; e não a faculdade de gerar uma nova Constituição, não tampouco de reformar, ampliar, ou substituir por outro o próprio fundamento desta competência de revisão constitucional(...)” (SCHMITT, 1996, p. 119, tradução nossa)

Márcio Iorio Aranha (1999, p. 177), autor de instigante estudo sobre a teoria institucional, aclara a postura de Schmitt com as seguintes palavras, ao se referir ao que escrevemos acima:

Tal postura de Schmitt combina com sua posição contrária à democracia procedimental. Clama por um conteúdo substancial, por sua natureza insuprimível, que já era incidentalmente encontrado nas Constituições mais avançadas da época e que no direito brasileiro vêem-se consolidadas sob a terminologia doutrinária de cláusulas pétreas. Elas corporificam o que Schmitt chamava de limites objetivos da faculdade de reforma da Constituição. Ocorre, contudo, que Schmitt não se esforçou o bastante em salientar o papel de contenção de excessos de ditos núcleos, muito embora conferisse claramente amplo espectro ao art. 48 da Constituição de Weimar, o qual pactuava essencialmente com a supressão dos direitos fundamentais, que não eram enquadrados por Schmitt dentre os princípios existenciais da unidade política. A falha de sua teoria reside, todavia, principalmente em situar a delimitação de tais núcleos na pura e simples decisão política. O elemento de pura decisão de Schmitt é alheio ao conteúdo da norma. Acaba por fazer aquilo que sempre criticara: tornar relativo o conteúdo jurídico ao extremo.

Realmente, Carl Schmitt foi uma das principais vozes a pregar a existência de limites materiais internos à reforma de qualquer Constituição, o que negava validade às mudanças constitucionais levadas a cabo pelo parlamento alemão a partir de 1933, quando ocorreu a usurpação legal do poder pelos nazistas. Nessa ocasião, não se deu tão somente a simples reforma ou alteração na Constituição de Weimar, mas houve a alteração da fonte do Poder Legislativo, a partir do momento em que o Executivo passou a poder legislar não apenas em situações de emergência, como antes ocorria, mas ordinariamente. Ademais, passou a se permitir que as leis editadas pelo Gabinete, chefiado por Adolf Hitler, pudessem contrariar a Constituição, o que nitidamente colocava o direito como mero instrumento de dominação do *Führer*, de imposição de seus valores, conforme nos esclarece Oscar Vilhena Vieira, em seu ousado ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. Anota o autor:

Diferentemente do comunismo e do fascismo, que demoraram alguns anos para eliminar por completo a ordem anterior, a revolução legal realizada por Hitler desestruturou as bases do sistema constitucional de Weimar em menos de um ano. Os resultados deste Estado de não-Direito foram a barbárie e o holocausto (1999, p. 106).

Na época desses fatos, a maioria da doutrina defendia que a Constituição de Weimar deveria ser considerada documento neutro. Sua legitimidade não decorria de valores transcendentais, mas apenas de sua própria normatividade. Dessa forma, qualquer mudança que ocorresse dentro dos procedimentos estabelecidos pela Constituição era válida. Carl Schmitt, que publicou sua Teoria da Constituição, cinco anos antes dos fatos que firmaram Hitler definitivamente no poder, foi oponente radical à entrega do poder a ele, fato este que se enquadra, de modo consistente, em suas considerações teóricas.

Tendo posteriormente servido ao regime nazista, circunstância que ainda está a merecer um estudo mais cuidadoso por parte dos pesquisadores, Carl Schmitt desenvolve a defesa da previsão expressa de limites materiais ao procedimento de reforma constitucional, tendo em vista a proteção da decisão fundamental tomada em 1919 pelo povo alemão. Após a Primeira Guerra Mundial, optou-se por uma Constituição do Estado de Direito liberal, em detrimento de um modelo constitucional de inspiração soviética.

Carl Schmitt inclui-se na geração de pensadores românticos do primeiro pós-guerra, ao desacreditar no racionalismo universal dos contratualistas liberais, que veem a possibilidade de uma organização racional da sociedade. Diferentemente, para esse autor, a ordem funda-se numa decisão dotada de autoridade, única forma de suprimir a constante ameaça do caos. Para Schmitt, a legitimidade decorre da capacidade de, no momento da exceção, surgir uma força soberana capaz de impor a nova ordem, e esta deve ser mantida e preservada. No entanto, Schmitt reconhecia que essa ordem soberana, que devia a todo custo ser mantida, era precária. Registra ainda Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 96):

Conforme sua concepção de política, que foi, de certa forma, uma leitura extremamente realista da política de Weimar, a normalidade política esconde um confronto latente entre inimigos que buscam a

mútua eliminação. O contrato liberal, pelo qual os indivíduos ou grupos abrem mão da violência em favor de um Estado juridicamente limitado, é uma mistificação que encobre a vitória da burguesia sobre os demais grupos da sociedade. Porém, a paz burguesa é constantemente ameaçada pelos demais grupos que com ela não se compõem.

A Constituição, para Schmitt, representaria o domínio de um grupo soberano sobre grupos inferiorizados, laborando insistentemente por sua extinção, razão pela qual a Lei Maior deve ser protegida, inclusive por meio dos já abordados limites implícitos ao poder de reforma, impedindo qualquer alteração em sua base de sustentação ou em seus elementos identificadores, pois, caso isso seja permitido, significará autêntica ruptura da ordem soberana.

6.1.1.2 OUTROS POSICIONAMENTOS

Além de Schmitt, inúmeros publicistas defendem que o poder constituinte preordena todos os passos do poder reformador. Joseph Story, Thomas Cooley e William Marbury assim entendiam em caráter pioneiro.

Em Portugal, Gomes Canotilho (1998, p. 937) dá seu aval a essa perspectiva, que não visualiza o poder de reforma, senão pela ótica de sua reverência ao conteúdo, à instância deliberativa e ao *modus operandi* prefigurados na Constituição. Nesses termos, pontua o jurista português:

Da posição anterior flui já outra ideia importante: a da superioridade da função constituinte em relação à função de revisão. Não quer isto dizer que o poder constituinte se conceba e se arrogue a si próprio, à maneira liberal, como criador de uma constituição imorredora e universal. Por outras palavras: a ideia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na ideia de constituição ideal, alheia ao seu “plebiscito quotidiano”, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações na correlação de forças e indiferente ao próprio “sismógrafo” das revoluções. Mas o que o legislador constituinte pode exigir do poder de revisão é a solidariedade entre os princípios fundamentais da constituição e as ideias constitucionais consagradas pelo poder de revisão.

Sem querer esgotar o elenco de autores que engrossam as fileiras da diretriz doutrinária em análise, fica patente, pelo que foi exposto, a não admissibilidade do poder constituinte em disfarçar-se de poder de reforma. O poder constituinte teria envergadura suprema, sendo o único a se exprimir pela capacidade de produzir a Constituição por inteiro, revogando a Constituição imediatamente anterior. Por estar privado de tal força, sendo “mera paródia” do poder constituinte originário, conforme expressou Georges Burdeau (1965, p. 174), o poder constituído deve ficar adstrito a operar como um poder, digamos, de segundo escalão.

6.1.2 TRANSPONIBILIDADE DOS LIMITES MATERIAIS

Uma segunda teoria entende, ao contrário, que os limites materiais não têm qualquer valor, sendo juridicamente irrelevantes. Quando muito, teriam mera eficácia política. Inexistiria uma diferença qualitativa entre poder constituinte e poderes constituídos. Assim sendo, não poderia o primeiro impor limites materiais ao poder de reforma constitucional, mas tão somente formais. As gerações futuras não deveriam ficar obrigadas pelas concepções do mundo e valorações da geração que exercera o poder constituinte. O artigo 28 da declaração jacobina de 1793, de certa forma, ao colocar que um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a Constituição, não podendo uma geração sujeitar suas leis às gerações futuras, encontra eco na posição sob exame, principalmente se fundarmos essa ilimitação na própria força legitimadora da soberania popular.

Referido entendimento é sustentado, por exemplo, pelo eminente jurista Georges Vedel (1949, p. 117), que assim preceitua, *in verbis*:

Une Constitution peut-elle interdire de façon formelle sa révision? A vrai dire aucune Constitution n'interdit à tous jamais et sur tous les points sa révision. L'interdiction a une valeur politique non-juridique. En effet, du point de vue juridique une déclaration d'immutabilité constitutionnelle absolue n'est pas concevable. Le pouvoir constituant étant le pouvoir suprême de l'État ne peut être lié, même par lui-même. Prati-

*quement, ceci correspond à cette idée que le constituant d'aujourd'hui ne peut lier la nation de demain.*²²

De outra forma, essa transponibilidade também se sustentaria na inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes – umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo. A partir disso, o poder constituinte de um momento não seria superior ao poder constituinte do momento posterior. Ao contrário, deveria aplicar-se à regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subsequentes. Jorge Miranda, em seu *Manual de direito constitucional*, reúne outras opiniões que visam a fortalecer a tese ora sob exame:

Se os poderes constituintes que a nação confere aos seus deputados são destinados a confeccionar a Constituição, com que poderes é que os deputados começariam por se atribuir competência para limitar – por toda uma eternidade presumivelmente – o alcance da própria soberania nacional, proibindo que ela pudesse, pelo processo normal de representação, afirmar-se de novo acerca de determinados pontos? A declaração de intangibilidade de um regime não é senão um simples voto sem força jurídica obrigatória, embora possa ter um significado político (1996, p. 193).

Registremos aqui também um dos trunfos que ostentam os adeptos dessa doutrina doutrinária. Com efeito, tomemos o ocorrido com a Constituição Portuguesa de 1976, por ocasião de sua segunda revisão constitucional, ocorrida em 1989. Conta-nos Jorge Miranda, no primeiro volume de seu *Manual de direito constitucional* (1996, pp. 382 ss) que, por terem os resultados da revisão constitucional de 1982 sido considerados insuficientes por largos setores da opinião pública, que continuaram muito críticos quanto a seu viés aguçadamente marxista-socializante, chegou a segunda revisão a tal ponto que determinadas cláusulas pétreas, elencadas no antigo

22 “Pode uma Constituição proibir formalmente sua revisão? Na verdade, nenhuma Constituição proíbe toda e sempre, e em todos os pontos, a sua revisão. A proibição é um valor político não-legal. Na verdade, do ponto de vista jurídico, uma declaração de absoluta imutabilidade constitucional é inconcebível. O poder constituinte é o poder supremo do Estado, e não pode estar vinculado até mesmo a ele mesmo. Praticamente, isso corresponde à ideia de que o constituinte de hoje não pode se vincular a nação de amanhã.” (VEDEL, 1949, p. 117, tradução nossa)

art. 290, foram substituídas, propiciando, *e.g.*, a inserção da denominada coexistência dos sistemas público e privado, além do que, os planos, anteriormente dirigidos à economia socialista, passaram a escudar-se no âmbito da denominada economia mista, que não rejeita, pois, o capital privado.

De maneira mais sistemática: houve a substituição, nos limites materiais expressos, do “princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e latifúndios” pela “coexistência dos setores público, privado e cooperativo e social da propriedade dos meios de produção” (alínea f) e da “planificação democrática da economia” pela “existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista” (alínea g). Também foi excluída do elenco de limitações materiais a disposição que determinava “participação das organizações populares de base, no exercício do poder local” (anterior alínea g).

Gomes Canotilho, em sua obra *Direito constitucional e teoria da Constituição*, ao comentar citadas revisões na Lei Maior portuguesa, a pretexto de dialogar com a ideia sustentada por alguns de que a Constituição lusa não seria mais a mesma, após tão radicais mudanças, responde:

Daí a pergunta: a Constituição ainda ficou a mesma? A resposta é sim se considerarmos que os princípios estruturantes (Estado de direito, democracia, socialidade) e os direitos fundamentais continuaram a servir de matriz caracterizadora do texto constitucional de 1976. No plano da organização do poder político, a separação e a interdependência dos órgãos de soberania manteve-se também dentro dos padrões politicamente conformadores do texto originário. “Uma” constituição, porém, desapareceu ou foi substancialmente alterada: a das metanarrativas políticas e da automovimentação da legitimidade revolucionária (1998, p. 203).

Ao formular a mesma questão voltada para o caso da segunda revisão portuguesa, que frontalmente violou preceitos outrora pétreos, afirma Canotilho:

A constituição ainda é a mesma? A resposta é sim pelos mesmos motivos indicados quanto à Primeira Revisão. Porém, ‘uma outra’ constituição do texto originário sofreu mutação profunda: a constituição

económica do texto originário marcada por inequívocas dimensões socializantes é substituída por uma outra constituição económica aberta ao “mercado comum” (1998, p. 204).

Interessantes as palavras do grande professor da Faculdade de Direito de Coimbra, que nos levam, provocativamente, a lembrar a mitológica Hidra: serpente monstruosa, de sete ou nove cabeças, que renasciam à medida que eram decepadas. Esse ser fantástico inspira-nos a elaborar o que segue: considerando que o núcleo petrificado de uma Constituição guarda a sua identidade básica, e o carácter socialista compunha a identidade primária da Constituição portuguesa, não haveria como sustentar que, por meio das mencionadas “revisões”, não teria havido ruptura e substituição da Constituição de 1976 por uma outra, que veio à luz em 1989, em grande parte pela intensificação do processo de erosão constitucional, iniciado com a revisão de 1982. No entanto, se puder ser sustentada a tese de que uma Constituição possa compreender duas ou mais configurações organizativas fundamentais e que, enquanto restarem cabeças, puder a Constituição ir recompondo-se (se auto-constituindo), temos então melhores condições para entender o caso constitucional português.

Prosseguindo com o assunto, Jorge Miranda oferece, no segundo tomo de seu *Manual de direito constitucional*, uma distinção entre cláusulas de limites próprios e cláusulas de limites impróprios que visam a respaldar a flexibilização da petrificação excessiva que decorria do art. 288 da Constituição portuguesa. As cláusulas de limites próprios corresponderiam às alíneas do art. 288, que definem o horizonte legitimador da Lei Maior lusitana. As segundas referem-se às alíneas que mencionam os preceitos que extrapolam o núcleo substancial de legitimidade constitucional. Para Miranda, os limites próprios existem independentemente de expressa previsão constitucional, e os impróprios podem ser superados no contexto da ordem vigente:

Se forem eliminadas cláusulas concernentes a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos garantidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados. Se forem

eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, neste propósito, que pode falar-se de dupla revisão (1996, p. 207).

Feitas tais digressões relativas à experiência constitucional lusitana, destacamos que inspira ainda boa parte dos autores, que defendem a transponibilidade dos limites materiais ao poder de reforma, a afirmação de Ferdinand Lassale (1987, p. 42), para quem os problemas constitucionais não seriam problemas de Direito, mas de poder. Lecionava o referido autor:

(...) a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

6.1.2.1 A CONTRIBUIÇÃO DE FERDINAND LASSALE

Conforme ressalta Miguel Reale em elucidativo artigo intitulado *Contrastes e confrontos constitucionais*:

(...) a interpretação de um texto constitucional distingue-se da pertinente às regras ordinárias pelo seu sentido eminentemente político, em virtude do qual seu texto deve ser compreendido como destinado tanto à salvaguarda da ordem jurídica quanto de sua alteração em razão das necessidades sociais, econômicas, financeiras, etc. Pensar de outra forma é conceber a Carta Magna como um sistema engessado de preceitos sem levar em conta as mutações que se operam no processo histórico (1999).

O filósofo paulista faz essa observação ao defender que o não-pagamento da contribuição previdenciária pelo servidor público não constitui direito adquirido de maneira definitiva, mas antes situação jurídica suscetível de ser alterada em razão de

impostergáveis exigências de ordem financeira, cuja procedência cumprirá ao Congresso Nacional verificar.

Nesse ponto, ousamos a seguinte observação: é inegável que é preciso conciliar o rigor lógico das Constituições com a objetividade da vida política, social e econômica, especialmente com as situações de crise. Não se propõe, porém, interpretação constitucional desvinculada dos fatos da realidade. O que não devemos é reduzir a Constituição a mero reflexo do circunstancial. O ajustamento dela às anormalidades e às crises é ato de confronto profundo entre a necessidade de disciplina normativa e a absorção de situações fáticas, perturbadoras do equilíbrio social. Não é e não deve ser simples inflexão das normas a transbordamentos ocasionais. Conter os fatos é função do sistema legal ou superlegal, mesmo regularmente alterado, para que a anarquia não se sobreponha à ordem. É o que cumpre a todos os povos, inclusive na angústia das crises. Foi assim que procederam os Estados Unidos na “Grande Depressão”, posterior a 1930: a Constituição não foi adulterada. Para que se mantenha válida e compatível com os acontecimentos extraordinários, uma Constituição, como a brasileira, pode ser reformada, de acordo com suas próprias cláusulas. O que não se considera legítimo é subvertê-la para consagrar fatos. Se já não for possível restringir as alterações ao permitido na Constituição, e segundo ela prescreve, não mais prevalece o poder limitado de reforma. Cessa, então, a autoridade da Constituição.

Além dessa ressalva, quer concordemos ou não com as diretrizes doutrinárias apresentadas até o momento, acerca da transponibilidade ou não dos limites materiais ao poder de reforma, cumpre, acima de tudo, adequá-las às conjunturas que necessitarem de fundamentos teóricos sólidos, tornando-as viáveis e oportunas, estabilizando as forças políticas sem que essas intentem eventuais rupturas constitucionais (antes de tudo, a manutenção da ordem constitucional legítima, e o estímulo a uma catequese que gradativamente inspire na sociedade a ideia de que nossa Lei Maior não é mera folha de papel).

Assim, destaquemos a perspectiva lassaleana acerca da Constituição, que nos ajudará a estreitar um pouco mais a relação entre Direito e poder no âmbito da discussão acerca da viabilidade ou não da imposição de limites materiais ao poder de reforma.

Lassale estabeleceu o antagonismo entre a Constituição verdadeira ou real, que exprime a correlação de forças reais do País, e a Constituição escrita ou formal,

qualificada de “folha de papel”. A Constituição “folha de papel” transforma-se em objeto dos fragmentos do poder, dotados de força decisória suficiente para reconstituí-la, se, na hipótese de Lassale, um incêndio consumisse todos os seus exemplares.

Pinto Ferreira (1956, p. 36), em sua obra *Da Constituição*, neste sentido destaca que para Lassale a Constituição real, que é a totalidade desses fatores reais de poder, prima sobre a Constituição positiva ou jurídica, podendo ser enumerados como fatores sociológicos e reais a monarquia, o caudilhismo, as oligarquias, os banqueiros, a grande burguesia, a consciência coletiva do país, a pequena burguesia, as massa proletárias, a cultura intelectual, etc., tornando a Constituição positiva um compromisso deste estado de tensão social.

Lassale deslocou a Constituição de sua posição suprema, invertendo as regras estabelecidas pelo constitucionalismo clássico. Não é a Constituição que controla e institucionaliza o poder, submetendo-o às competências e às normas preordenadas. É o poder, por meio de seus fragmentos que domina e faz a Constituição. Basta projetar essas relações reais, esses fragmentos do poder, em uma folha de papel, dar-lhes forma escrita e redação jurídica, para surgir a Constituição escrita.

Nessa altura, é pertinente destrincharmos as relações entre a concepção lassaleana de Constituição com os fundamentos clássicos do poder constituinte. Como aponta Vanossi (1975, p. 192), convém anotar que o marxismo-leninismo não se ocupou em específico do poder constituinte como noção própria da ciência jurídica. Residia isso no descaso geral que essa doutrina tem dispensado aos problemas constitucionais, situação que é comum a quase todas as vertentes contemporâneas e posteriores a Marx, já que domina a ideia de que os problemas constitucionais são problemas de poder e não questões de direito.

O próprio Lassale (1987, p. 42), como já tivemos oportunidade de referir, apontou nas conclusões práticas de sua obra clássica que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, sendo a verdadeira Constituição de um país somente aquela que tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país operam, não tendo valor as constituições escritas se não exprimirem, de maneira fiel, os fatores do poder que imperam na realidade social.

Nas concepções marxistas, simplificada, o esquema operacional da realidade funciona em dois planos: o da infraestrutura - que corresponde à estru-

tura econômica e social da coletividade - e o da superestrutura - que se compõe de instituições jurídico-políticas (Estado e Direito) e de formas de consciência social (ideologia).

Nesse espectro, onde se situaria o poder constituinte e a Constituição? Segundo os pressupostos marxistas e pela análise de Vanossi, a ordem ou o sistema constitucional, qualquer que seja a versão marxista, pertence ao âmbito da superestrutura por ser esse o terreno próprio do Estado e do Direito, como instituições jurídico-políticas.

Se combinarmos essa ideia com a conclusão de Lassale, podemos concluir que é possível, nessa visão, o estabelecimento de condicionamentos limitadores do poder constituinte no plano da chamada infraestrutura, já que a base social subjacente opera sempre como tal ante o constituinte (juntamente com os valores e a ideologia por este sustentada). Essa base, ou estrutura social subjacente, determina os movimentos do constituinte e, portanto, influi diretamente sobre o conteúdo e o alcance do produto de qualquer ato constituinte, que são as normatizações constitucionais.

Entre a Constituição e o constituinte, como entre o constituinte e a estrutura ou a base social subjacente, existem amplas formas de relação que contemporaneamente ao marxismo foram enunciadas na versão sociológica do conceito constitucional formulado por Lassale. Esse, ao se referir aos fatores reais de poder, exibiu sua ótica, segundo a qual os problemas constitucionais - e o problema constituinte, por consequência - escapam totalmente do âmbito jurídico para inserirem-se no terreno social e econômico das relações de poder.

De outro modo, podemos concluir que da teoria material da Constituição emerge necessariamente a admissão de um poder constituinte de primeiro grau, e que não se confunde com aquele teorizado por Sieyès (um poder que esteve presente, em uma ordem diversa de reflexões, ao ensaio de Lassale, sem que esse, todavia o percebesse como tal ou adotasse semelhante denominação). De acordo com tal teoria, a Constituição material seria o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc., que conforma a realidade social de determinado Estado, configurando sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, essa realidade com ele não se confunde. Pertenceria ao universo do ser, e não do dever ser, no qual o direito estaria inserido.

Para Tércio Sampaio Ferraz (1994, p. 230), em sua obra *Introdução ao estudo do Direito*, os fatores reais do poder, quando se convertem em fatores jurídicos, geram a organização de uma série de procedimentos que culminam na elaboração das normas de um documento. Segundo suas palavras: “Em termos de teoria das fontes, a Constituição, como conjunto de fatores reais, é a fonte da qual emanam as normas constitucionais. De um lado, temos uma regra estrutural, de outro, um elemento do sistema do ordenamento”.

Figura de destaque do pensamento socialista da segunda metade do século XIX, o realismo sociológico de Lassale tornou-se precursor do movimento de desestima constitucional, que se alimentou das ideias lassaleanas, no plano ideológico e, no plano psicológico, também se projeta no pouco caso dado ao destino das Leis Máximas, indiferença que torna a Constituição alvo constante das arremetidas do poder fático, desfazendo a Lei Suprema na “folha de papel”, a serviço dos interesses cambiantes e instáveis dos fragmentos do poder.

As considerações de Lassale acerca da Constituição renderam ensejo a fortes críticas, que basicamente sustentam as ideias de Constituição como fatores reais de poder, como conjunto de decisões políticas fundamentais e outras semelhantes, e que não são aptas para os propósitos científicos, porque se fundam em elementos não normativos ou apresentam erros lógicos. No entanto, fica patente a força com que as ideias de Lassale contrastam e até ameaçam noções jurídicas rígidas que, por mais que subsistam dentro de um critério de operacionalidade do próprio sistema jurídico, atacam ainda mais o tormentoso dilema acerca da pureza científica do Direito.

Fundamentalmente, Lassale permite-nos entender o fenômeno constitucional com a dose certa de realismo, também verificável nas posições de Carl Schmitt - embora mantenha este último uma posição que desvenda os fatores reais de poder como fomentadores, em grande parte, do embate social entre amigos e inimigos - defendendo mecanismos que possibilitem ao máximo manter a ordem constitucional vigente até o extremo das possibilidades jurídicas.

Na verdade, os fatores reais de poder detectados por Lassale contribuem presentemente para também pensarmos a problemática da identidade da Constituição brasileira de 1988. Reconhecer o caráter dinâmico das forças sociais, que exigem constantes atualizações na ordem jurídica, é constatar o óbvio. Mas, no jogo demo-

crático, princípios fundamentais à subsistência de uma democracia saudável devem domesticar e compor os inúmeros interesses em conflito.

Paralelamente a isso, as mudanças verificáveis paulatinamente na teoria do direito constitucional implicam a desvalorização das normas imodificáveis de amplo espectro, em prol de outras necessariamente imodificáveis por inerentes à sobrevivência do homem em sociedade. Portanto, qualquer purismo jurídico que pretenda ver nas cláusulas pétreas uma barreira absoluta e definitiva ao poder de reforma, sem que se leve em conta a relevância maior ou menor daquilo que se petrificou, será sempre fator de instigação de um colapso constitucional e, simbolicamente, a Constituição de um Estado ainda é a representação maior que temos da possibilidade de solucionarmos nossos impasses por meio de procedimentos que ainda permitam arranjos menos traumáticos, em prol da promessa de perene estabilidade jurídico-institucional.

Na realidade, devemos admitir, nenhum poder é totalmente jurisfeito, mantendo-se sempre como potencial ameaça àquilo que se petrifica, do mesmo modo que nenhum limite material é totalmente inabalável, a ponto de suscitar, em vez de harmonia, instabilidade. As cláusulas pétreas podem e devem ser fator de manutenção e aumento da estima constitucional, mas é também imprescindível detectar o que merece efetivamente ser considerado pétreo.

6.1.2.2 ENTENDIMENTO DE KARL LOEWENSTEIN

Fortalece essa tese ora abordada o ceticismo de Karl Loewenstein (1965, p. 191) quanto à efetividade das cláusulas pétreas, na seguinte passagem de seu clássico estudo sobre a teoria das Constituições:

En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales- y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa -, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes,

*pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política. Cuando en Iberoamérica un presidente se quiere hacer dictador, anula simplemente, por un golpe de Estado, la constitución que le prohíbe la reelección y se prescribe una nueva que le transmite legalmente el poder ilimitado. En el caso de que los griegos llegasen a estar cansados de su monarquía, tal como ha ocurrido frecuentemente en el último medio siglo, la cláusula de no revisión de la forma monárquica de Estado no supondría ningún obstáculo. Y, por otra parte, el argumento empleado para justificar las disposiciones protectoras del artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn, según la cual de esta manera se ha hecho imposible la toma del poder legalmente a lo Hitler, es muy desacertado, ya que los nacionalsocialistas no enmendaron la Constitución de Weimar, sino que la quebrantaron y después la suprimieron.*²³

Canotilho (1998, p. 943) afirma que o verdadeiro problema levantado pelos limites materiais ao poder de reforma pode ser formulado pela seguinte indagação: “Será defensável vincular gerações futuras a ideais de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?”. De fato, a possibilidade de auto-vinculação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é muito problemática, se vista da perspectiva da teoria democrática, mais especificamente das teorias democráticas procedimentais

23 “Em geral, seria de se observar que as disposições de intangibilidade incorporados em uma constituição podem incorrer, em tempos normais, numa luz vermelha útil à frente de maiorias parlamentares ansiosas por emendas constitucionais - e segunda a experiência, tampouco não existe para isto uma garantia completa – mesmo, tão pouco pode-se dizer que com estes preceitos, haja uma imunização contra qualquer revisão. No desenvolvimento normal da dinâmica política, em certa medida, pode ser que se mantenham firmes, mas em tempos de crise, são apenas pedaços de papéis varridos pelo vento da realidade política. Quando, na América Latina, um presidente quer se fazer ditador ele simplesmente anula, por um golpe de Estado, a constituição que proíbe a reeleição, e se prescreve uma nova norma que dá legalidade a um poder ilimitado. No caso dos gregos, que chegaram a cansar de sua monarquia, como muitas vezes aconteceu no século passado, a cláusula de não revisão da forma monárquica de Estado não representou qualquer obstáculo. E, assim como, o argumento usado para justificar as disposições de proteção do artigo 79 da Lei Fundamental de *Bonn*, segundo a qual, se tornaria impossível a tomada legal de poder de Hitler, o que é muito lamentável, pois os nacional-socialistas, não alteraram a Constituição de Weimar, mas ele a romperam, e, em seguida, a suprimiram.” (LOEWENSTEIN, 1965, p. 191, tradução nossa)

ou majoritárias. As limitações materiais não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis - pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas, sequer por procedimento qualificado.

A esta constatação, responde o autor de *Constituição dirigente e vinculação do legislador*:

A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares "de dois terços". Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico - concreta. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão. (CANOTILHO, 1994, p.77)

6.1.3 RELEVÂNCIA RELATIVA DAS NORMAS SOBRE LIMITES MATERIAIS

Uma terceira corrente sustenta que as normas sobre os limites materiais gozam de relevância jurídica relativa. Em sua formulação mais conhecida, sustenta-se que deveriam ser respeitadas enquanto estivessem em vigor, mas que poderiam ser alteradas como quaisquer outras normas jurídicas. Numa primeira revisão constitucional, seria alterada a norma relativa ao limite material em questão e, numa segunda revisão, sofreria alteração a norma constitucional protegida.

Sustentando a referida posição, encontra-se Jorge Miranda (1996, p. 205), que opina serem as regras de processo de revisão são suscetíveis de modificação, como quaisquer outras normas:

É perfeitamente plausível preconizar, sem com isso diminuir o sentido da Constituição de 1976, que o período entre duas revisões passe a ser de quatro ou de seis anos em vez de cinco, que a maioria de revisão passe a ser de três quintos em vez de dois terços ou que as leis de revisão passem a ser sujeitas, facultativa ou obrigatoriamente, a referendo.

Somente não serão modificáveis, conclui o catedrático de Lisboa:

Aquelas regras que tenham que ver com princípios basilares da Constituição e, desse modo, com limites materiais: não poderia, decerto, conceber-se a transferência do poder de revisão para o Presidente da República ou para o Governo ou a necessidade de ratificação pelas assembléias legislativas regionais das alterações relativas às regiões autónomas. (Idem)

O entendimento do mestre português consagra a tese da necessidade jurídica dos limites materiais de reforma, mas, simultaneamente, sustenta que as cláusulas de limites expressos têm relevância menor, sendo obrigatórias, enquanto vigorarem, mas passíveis de revisão.

Assim, detectamos nessas palavras a já consagrada (ao menos quanto ao seu caráter provocativo) tese da dupla revisão, que pode ser assim sintetizada: para ser possível a modificação das matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas, seria preciso, em primeiro lugar, revogar a “cláusula pétrea”; em seguida, poderiam ser alteradas as disposições sobre a matéria em questão. Em estudo denominado *A limitação material do poder constituinte derivado*, Luiz Alberto Rocha com precisão esclarece:

Apesar da fundamentação das cláusulas pétreas há autores que, por meio de uma releitura da doutrina de Sieyès, apresentam uma possibilidade lógico-constitucional de superação da rigidez constitucional utilizando-se de uma dupla revisão do núcleo cristalizado da Constituição; nomes de relevo apoiam essa possibilidade como Mortati (Dottrine Generali), Cicconetti (La Revisione), Biscaretti Di Ruffia (Sui Limiti della Revisio-

ne Constituzionale), Jorge Miranda (A Constituição de 1976 e Manual de Direito Constitucional), Duguit (Traité de Droit Constitutionnel), Burdeau (Traité de Science Politique), Vedel (Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel) e, entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (O Poder constituinte e Curso de Direito Constitucional). Para esses autores a ideia de uma construção que proíba gerações futuras de participar de algum aspecto da decisão constitucional através da limitação de seu Poder Reformador, é ferir de sempre o caráter democrático do próprio ordenamento constitucional. Isto porque a ideia das cláusulas pétreas, ao invés de pretender manter a ordem social, forçará o rompimento de movimentos revolucionários visando possibilitar a mudança (2000, p. 86).

Os defensores dessa tese acrescentam, ainda, outra argumentação em sua defesa, qual seja: a rigidez constitucional das cláusulas pétreas não sofreria qualquer frustração, pois ela manteria seu caráter inicial pretendido pelo constituinte originário, já que aumentou a dificuldade de modificação daquelas matérias fazendo necessário que ocorressem duas votações de emenda constitucional para que pudesse haver modificação de seus termos.

Conforme mencionado, entre outros doutrinadores, Biscaretti Di Ruffia (1984, pp. 282-283) admite que os limites explícitos podem ser superados mediante processo de emenda constitucional, em duas etapas. Registremos, a propósito, as observações do autor italiano:

Respecto a la posible superación del límite explícito del artículo 139 de la Constitución italiana, según el cual “la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”, parece que la solución más correcta (aunque fuertemente rechazada sobre todo, por motivos políticos) sea exigir, al respecto, la abrogación preventiva del mismo artículo (que tiene, evidentemente, la misma eficacia que todos los demás artículos de la Constitución); después se podrán proponer reformas constitucionales aunque contrasten con su contenido. Así, se elimina la tesis radical de que todo cambio en tal sentido podría sólo realizarse por vía antijurídica (por ejemplo, Balladore Pallieri, Mortati), lo cual, por otro lado, implicaría que cualquier propaganda monárquica entraría en la hipótesis delictiva del artículo 283 del Código Penal italiano (hechos encaminados a cambiar la Constitución con medios ilegales), mientras que la ley de 3 de diciembre de 1947, número 1.546, castiga esa actividad (a diferencia de la neofas-

cista) sólo si se desarrolla “con medios violentos”. Parece, pues, viciada con premisas iusnaturalistas la opinión de que una restauración monárquica podría suceder jurídicamente sólo mediante un nuevo referéndum (que se conexione, en cierto sentido, con el de 1946), dado que ningún argumento seguro de derecho positivo parece justificar la tesis (si bien, por otro lado, nada impedirá, evidentemente, si subsistiesen los presupuestos necesarios de hecho, la actuación correspondiente del mencionado referéndum suspensivo previsto para las reformas constitucionales).²⁴

Certo que, para quem julga serem intocáveis as regras que disciplinam a alteração de norma constitucional, não será difícil formular a acusação de fraude à Constituição admitir a supressão de “cláusula pétrea”. Ferreira Filho (1999, p. 180), assim intenta solucionar o problema:

Isto seria de se levar em conta se a Constituição inscrevesse entre as “cláusulas pétreas” o processo de modificação constitucional que consagrou (...) Do contrário, trata-se de afirmação gratuita, ou que só se fundamenta com o apelo a cláusulas implícitas, pois está lá para todos os gostos.

24 “Em relação a um possível superação do limite explícito do artigo 139 da Constituição italiana, que afirma que ‘a forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional’, parece que a solução mais correta (embora fortemente rejeitada, principalmente, por razões políticas) seria exigir, a este respeito, a revogação preventiva do mesmo artigo (que tem, evidentemente, a mesma eficácia que todos os outros artigos da Constituição); em seguida, se poderia propor reformas constitucionais, apesar de contrastarem com o seu conteúdo. Assim, se elimina a tese radical que de qualquer alteração neste contexto só poderia ser feita de forma antijurídica (por exemplo, Balladore Pallieri, Mortati), que, por outro lado, implicaria que qualquer propaganda monarquista, entraria na hipótese de delito segundo o artigo 283 do Código Penal Italiano (atos destinados a mudar a constituição por meios ilegais), enquanto a lei de 3 de Dezembro de 1947, número 1546, pune essa atividade (ao contrário dos neofascistas) somente se desenvolvidos por “meios violentos”. Parece, portanto, viciada com premissas jusnaturalistas a opinião de que uma restauração monárquica só poderia acontecer legalmente através de um novo referendo (que se conecta, em certo sentido, com a lei de 1946), já que nenhum argumento seguro do direito positivo parece justificar a tese (embora, por outro lado, nada impedirá, evidentemente, se subsistirem os pressupostos necessários ao fato, a efetivação de um referendo mencionado, como previsto, para reformas constitucionais).” (BISCARETTI DI RUFFIA, 1984, pp. 282-283, tradução nossa)

Para Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 300), em *Fundamentos da Constituição*, a relevância da questão surge flagrantemente quando se tiver em conta que, ao se admitir a livre revisibilidade das próprias normas constitucionais sobre reforma, teria de aceitar-se, no limite, a possibilidade de supressão de todas as normas sobre a revisão, tornando a Constituição absolutamente flexível, alterável em qualquer momento e em qualquer de suas normas, mediante lei sem outros requisitos que não os das leis ordinárias: “Os requisitos e os limites de revisão sê-lo-iam apenas enquanto existissem, isto é, apenas enquanto não fossem revistos e suprimidos ou alterados por uma lei de revisão”.

Opinam ainda que as ações serão diferentes se entre os limites materiais da revisão se houverem de contar os princípios fundamentais do próprio sistema de revisão, assim designados: a reserva parlamentar, o espaçamento temporal e a exigência de maioria qualificada. Mas, como o elenco dos limites expressos de revisão (referidos no art. 288 da Constituição da República Portuguesa) “não menciona o próprio sistema de revisão, este só poderá ter-se por garantido, a título de limite material implícito.”

Canotilho (1998, p. 946) também entende que a supressão dos limites de revisão por meio de revisão pode ser sério indício de fraude à Constituição. Complementa esse entendimento com importantes considerações:

Finalmente, em termos jurídico-constitucionais, não se compreende bem a lógica da dupla revisão ou procedimento de revisão em duas fases. As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar.

Outrossim, para os críticos da tese da dupla revisão, permitir ao poder de reforma alterar por conta própria sua competência revisional é, na sugestiva colocação de Carlos Ayres Britto (1996, p. 88), em seu texto *A reforma constitucional e sua intransponível limitabilidade*,

(...) como admitir que o advogado possa, à revelia do cliente, aumentar os poderes da respectiva procuração. O cliente é quem constitui o

advogado e a este confere os poderes que entende compatíveis com a necessidade de defesa de sua causa. O advogado não pode ampliar, sozinho, a esfera dos poderes da procuração que lhe foi outorgada, sob pena de despejar na área proibida da ilegalidade toda a competência sobejante que vier a exercer.

Zeno Veloso (1990, p. 151), filiando-se ao entendimento de Canotilho e Vital Moreira, entende que os riscos do que se denomina dupla revisão são entre nós palpáveis e arrazoados, podendo vir a ensejar, por exemplo, e, se aplicada a tese sob exame ao Direito brasileiro, agressões a direitos e garantias individuais. Ainda para o autor paraense, a supressão dos limites para que se produzam emendas, por meio de uma emenda, poderia ser sério indício de fraude à Constituição, deixando de ser ato constitucional para tangenciar as fronteiras de uma ruptura constitucional.

Ademais, aqueles que negam validade à tese da dupla revisão sustentam que a previsibilidade da reforma requer pressuposto, logo, segurança, para evitar surpresas inconciliáveis com a noção de textos rígidos. Se a norma que comanda a reforma, e, portanto, a delimita, pudesse ser alterada, então a Constituição não seria rígida, mas flexível, pois sua modificação se faz indeterminadamente, segundo decisão de um poder secundário. Procede, conseqüentemente, o raciocínio de Ignacio de Otto (apud MARINHO, 1998, p. 10):

Do mesmo modo que a norma que confere um poder absoluto não pode servir de fundamento à norma que o limita, a norma que confere um poder de reforma não pode servir de fundamento à norma que estabelece outro poder de reforma.

6.2 LIMITAÇÕES TÁCTAS

Os limites materiais expressos ou textuais são, conforme visto, limites previstos no próprio texto constitucional. As Constituições selecionam um rol de matérias, consideradas o cerne material da ordem constitucional e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de reforma. Para parcela da doutrina, compondo esta Zeno Veloso (1990, p. 149), além das limitações materiais expressas, que formam aquele

núcleo imodificável, referido no artigo 60, § 4º, de nossa Constituição, o poder constituinte derivado deverá observar, também, limitações materiais implícitas, decorrentes dos fundamentos, dos princípios, do espírito da Constituição.

Nelson de Sousa Sampaio (1995, p. 95), em clássica obra acerca do poder de reforma constitucional, postulava, tendo em vista a realidade constitucional brasileira de 1954 - ou seja, construída a partir da Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 que, em seu artigo 217, § 6º, determinava que não seriam objeto de deliberação projetos de emenda tendentes a abolir a Federação e a República - a existência de limites materiais implícitos, que seriam: a) os relativos aos direitos fundamentais (lembremos que na Constituição brasileira de 1946 inexistia vedação explícita à reforma constitucional de preceitos que tratassem dessa matéria, já defendendo o autor da obra em comento direitos que já se apresentavam imprescindíveis ao homem moderno); b) os concernentes ao titular do poder constituinte e os referentes ao titular do poder Reformador, defendidos como existentes pela seguinte razão: flexibilizada a titularidade, a rigidez e a soberania da Constituição seriam destruídas; c) os relativos ao processo da própria emenda ou revisão constitucional, acrescentando a intenção de se impedir constantes reformulações nos textos, defendendo, por conseguinte, as limitações materiais explícitas.

Talvez seja mais adequado denominarmos os limites implícitos ao processo da própria emenda ou revisão como limites implícitos formais, já que o que se evita, na realidade, flexibilizar, é o próprio procedimento de alteração constitucional. Com relação a esse ponto, julgamos necessário tecer ainda algumas considerações.

Determinados autores, como Rosah Russomano (1997, p. 443), defendem que pode haver modificação no modo de processamento pelo poder reformador de sua função de emenda. Ensina a professora:

O Poder Reformador jamais poderá modificar as normas da Constituição Federal, visando a simplificar o processo de reforma constitucional, salvo se a Lei Suprema expressamente autorizar. Poderá, entretanto, modificá-las, sempre que tenha por objetivo criar maiores dificuldades, tornar mais inflexíveis os limites da ação, apartando assim, mais sensivelmente, das flutuações momentâneas de opinião, as normas básicas do Estado, configuradas pela Constituição.

Não partilhamos do entendimento transcrito, mesmo que seja para dificultar a tarefa do poder reformador, levando-se em conta que julgamos que quem pode modificar o processo de reforma para torná-lo mais rígido, também poderia eventualmente sustentar sua modificação para torná-lo mais flexível, já que, de uma forma ou de outra, estaria contando com a ausência de limites textuais expressos. Por mais que conjecturemos que, no final das contas, o bom senso vigoraria, é por demais temerário aplicar-se a tais situações o ensinamento popular de quem cala o fez por consentir. Nas questões constituintes, a cautela exige afirmarmos que quem silencia, não autoriza. Ademais, seguindo ainda a linha de raciocínio de Rosah Russomano, nada impediria, caso se autorizasse o poder de reforma a dificultar ainda mais as vias de alteração de uma Constituição rígida, que tornasse ele imutável essa Constituição, o que muito provavelmente discreparia da intenção constituinte originária.

Entendemos adequado o entendimento daqueles que entendem representar um enorme contrasenso ser o poder de reforma, que extrai sua competência da própria Constituição, capaz, por meio da modificação das normas que regulam o procedimento de reforma, de converter uma Constituição rígida em flexível.

Ainda com relação ao tema acerca da irreformabilidade das normas sobre reforma constitucional, um dos mais difundidos pontos de vista contrários à modificação das normas reguladoras da reforma constitucional consiste em afirmar sua impossibilidade lógico-jurídica. Sua formulação mais representativa e conhecida coube a Alf Ross, polemizando-a em famoso debate com Hart acerca da admissibilidade lógica da autorreferência nas normas jurídicas. Para Ross, a modificabilidade da norma que dispõe sobre a reforma constitucional constituiria um absurdo lógico, o que Hart contestava, com o argumento de que o direito não constitui um sistema de enunciados lógicos. Em ensaio publicado pela primeira vez em 1967, desenvolveu Ross a ideia de que a reforma da norma constitucional, que regula a reforma, além de implicar inferência na qual a conclusão contraria uma de suas premissas, importaria também em conferir à norma sobre reforma uma autorreferência logicamente inadmissível. Baseou-se Ross na teoria dos tipos lógicos de Bertrand Russell que, ao buscar explicar determinados paradoxos como resultado de um círculo vicioso, formulou o princípio segundo o qual qualquer coisa que implique o todo de um conjunto não deve ser objeto do conjunto; princípio esse que, aplicado às proposi-

ções, qualifica de ilegítima a auto-referência ou reflexibilidade. Segundo palavras do próprio Ross (1997, p. 56):

*Me parece que es una hipótesis razonable la que el vicio de la auto-referencia da cuando uno trata de expresar en una oración un significado que se refiere al significado de la misma oración. En este caso no es posible llenar nada, uno se queda con las manos vacías, mientras que no hay defecto alguno en una oración que expresa un significado que se refiere o bien a la oración misma en tanto construcción gramatical, o bien al acto lingüístico en tanto secuencia de sonidos.*²⁵

Aconteceria o vício de auto-referência ao enunciarmos a proposição “esta oração é falsa”, bem como com o art. 88 da Constituição dinamarquesa, que instituiu o procedimento de reforma, caso o interpretássemos de modo a contemplar a si mesmo no âmbito das regras constitucionais sujeitas à reforma:

*Es fácil ver que si tratamos de transcribir la oración “Esta proposición es falsa” de manera similar, nos perdemos en un regreso al infinito y nunca tendremos respuesta a la pregunta legítima, “¿Cuál proposición?”. Em un primer intento podríamos obtener esta transcripción: “Esta proposición (esto es, la proposición ‘Esta proposición es falsa’) es falsa”. Pero como la transcripción misma contiene una frase referencial, hace falta una nueva transcripción de esta transcripción y así al infinito. Nunca se nos dice cuál es la proposición que se califica de falsa (ROSS, 1997, p. 53).*²⁶

25 “Me parece que é uma hipótese razoável que o vício da auto referência ocorra quando se tenta expressar em uma frase um significado que se refere ao significado da mesma frase. Neste caso, não é possível esclarecer qualquer coisa, se permanece com as mãos vazias, enquanto que não há defeito algum em uma frase que expressa um significado que se refere tanto a própria oração como a construção gramatical, ou tanto o ato linguístico, quanto a sequência de sons.” (ROSS, 1997, p. 56, tradução nossa)

26 “É fácil ver que, se tentarmos transcrever a frase “Esta afirmação é falsa” da mesma forma, nos perdemos em uma regressão ao infinito, e nunca teremos resposta para a pergunta legítima, “Qual proposição?”. Em uma primeira tentativa poderíamos obter esta transcrição: “Esta proposição (isto é, a proposição “Esta afirmação é falsa”) é falsa.” Mas a transcrição mesma contém uma frase referencial, e faz-se necessária uma nova transcrição desta transcrição e assim por diante, *ad infinitum*. Nunca se diz qual é a proposição que se qualifica como falsa.” (ROSS, 1997, p. 53, tradução nossa)

Verifiquemos a situação descrita com relação ao citado art. 88 da Constituição da Dinamarca: ²⁷

Art.88 =

Art. 1 (que estabelece que...) é reformável segundo o procedimento P;

Art. 2 (que estabelece que...) é reformável segundo o procedimento P;

.

.

.

Art. 88 (que estabelece que...) é reformável pelo procedimento P.

Em cada caso os parênteses terão de ser preenchidos pela prescrição contida no artigo em questão. Quando chegamos ao art. 88, isto significa que precisamos começar novamente com o art. 1 e seguir até o art. 88, e então recomçar com o art. 1, e assim até o infinito.

Assim, o único modo de evitar a autorreferência é considerar que o art. 88 refere-se a todos os demais artigos da Constituição, menos a si próprio.

Após essas breves considerações sobre o pensamento de Alf Ross voltado para a reforma das normas sobre reforma, frisemos que a afirmação de Raul Machado Horta (1999, p. 86), para quem as limitações do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição brasileira vigente não exauririam as linhas da demarcação intransponível pelo poder de reforma. Entende o catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais que há outras limitações difundidas nas regras constitucionais e de cuja pesquisa se recolherá o conjunto das limitações materiais implícitas.

Seriam limitações implícitas - ou tácitas, ou inerentes - por exemplo, no caso brasileiro, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrados na Constituição, art. 1º e incisos, o princípio inscrito no parágrafo único do artigo 1º (o povo como fonte de poder), também os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44), a permanência institucional do Ministério Público (art. 127), entre outros.

Ronaldo Poletti, em sua obra *Controle da Constitucionalidade das Leis*, entende que, com a ampliação explícita dos limites materiais na atual constituição brasileira,

27

Ibid., mesma página, tradução nossa.

o debate sobre as limitações implícitas teria perdido muito de sua importância. São suas as seguintes palavras:

Tais limitações são deduzidas do espírito constitucional que não poderia, em termos lógicos, admitir uma reforma que implicasse a sua própria destruição. As emendas devem estar em harmonia com o texto constitucional, como um todo, sem ferir-lhe os princípios básicos. A reforma não é a destruição, nem a suspensão da Constituição. O debate perdeu muito de seu significado em razão de dois aspectos. O primeiro, porque aquelas limitações implícitas, quando formuladas pela doutrina, muito pouco se diferenciam do a que agora a Lei Maior expressamente se refere (1998, p. 203).

Poletti ainda avança um segundo motivo em razão do qual o tema diminuiu em relevância:

(...) um dos fundamentos da limitação implícita reside no direito natural, e este, além de não ser propriamente jurídico, perde o valor como elemento de consideração científica à medida em que o fato político se impõe sem qualquer referência a essa espécie de jusnaturalismo de cátedra (1998, p. 203).

Celso Ribeiro Bastos, em seu *Curso de direito constitucional*, entende ser viável a construção de uma teoria das cláusulas pétreas implícitas, “desde que os estudiosos tentassem formulá-la a partir do direito positivo de determinado Estado, e que tivesse em vista a extração do sistema dos princípios que, desrespeitados, implicariam a ruptura da ordem constitucional” (1999, p. 38). Para esse autor, deveriam ser afastadas, de início, as considerações jusnaturalistas, que encontrariam oposição da maioria dos juristas. Prossegue o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

Por outro lado, algumas das divergências hoje existentes no elenco das cláusulas implícitas apontadas pelos autores seriam explicadas em razão das peculiaridades de cada direito positivo considerado. Nos sistemas positivos que estabelecem proibições expressas de emendas sobre determinada matéria, seria possível concluir pela irrevogabilidade dos dispositivos que contém tais proibições, como mostra o sucinto ensinamento de Pontes de Miranda: “alterar preceito que postula a inalte-

rabilidade de outro é alterar essoutro; porque torna possível alteração que era impossível orça por alterar” (1999, p. 38).

Há também os que afirmam que os direitos sociais consagrados na atual Constituição brasileira constituiriam limitações implícitas. Carlos Mário da Silva Velloso, no entanto, adota entendimento contrário, defendendo que tais direitos constituiriam verdadeiras limitações expressas, sustentando que, quando a Constituição estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, não estaria ela se referindo, tão somente, aos direitos e garantias inscritos no art. 5º, pelo motivo dos direitos humanos fundamentais serem de várias dimensões, incluindo-se os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão.

Ademais, tal ponto de vista encontra assento na ADIn nº 939-7/DF, na qual o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis.

Deixando de lado as tentativas de arrolamento de tais limites implícitos, cabe frisar que há, na doutrina, forte corrente que nega existência a eles. Para esta, salvo no tocante à impossibilidade de afrontar limites expressos, o poder constituinte derivado tudo poderia. Salvo a possível interpretação extensiva das cláusulas de limites expressos, defendido por alguns, salvo no que diz respeito ao disposto nos limites decorrentes do Direito costumeiro imperativo, seja interno, seja internacional, uma Constituição que não contivesse qualquer cláusula de limites materiais de revisão poderia ser revista totalmente, sem que se provocasse qualquer ruptura jurídica. De acordo ainda com essa posição, existiria continuidade do fundamento jurídico e teria havido respeito pelos requisitos constitucionais vigentes. Conforme alerta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 121):

(...) a tese da limitação implícita do Poder constituinte derivado é, porém, uma tese lógica, mas difícil de ser precisada nos seus aspectos concretos. Em outras palavras, é mais fácil aceitar a existência desses tais limites implícitos do que anunciar quais sejam eles.

6.2.1 A IMPLICITUDE DOS LIMITES MATERIAIS

Não podemos deixar de fazer menção ao fato de que autores de variadas orientações teóricas têm desenvolvido a ideia de que as limitações materiais são imanentes à reforma constitucional. A existência dos limites independeria de sua expressa proclamação: estariam implícitos, se não fossem declarados. A matriz desse tipo de afirmação encontra-se nos ensinamentos de Carl Schmitt.

A reforma constitucional é uma faculdade prevista na Constituição. Constitui nesse sentido uma autêntica competência sendo, portanto, necessariamente limitada, uma vez que “no marco de uma regulação legal-constitucional não pode haver faculdades ilimitadas; toda competência é limitada” (1996, p. 118). Os limites da faculdade reformadora resultam assim da boa compreensão do próprio conceito de reforma, que designa a substituição de regulações legal-constitucionais pressupondo, porém, a garantia da identidade e da continuidade da Constituição. Reformar a Constituição não se confunde com sua supressão ou destruição, naturalmente (SCHMITT, 1996, p. 115).²⁸

É sua distinção de base entre Constituição e lei constitucional que permite a Schmitt definir a identidade da Constituição, composta pelas decisões políticas fundamentais (Constituição em sentido positivo) que não se sujeitam à reforma. Apenas podem ser reformadas, para Schmitt, as “leis constitucionais”, isto é, os dispositivos que não afetem a decisão consciente e de totalidade sobre a forma da existência política. Modificar tal decisão significa alterar a identidade da Constituição, o que não configura mais sua reforma, e sim, sua destruição ou supressão. Uma eventual proibição expressa de determinada reforma apenas confirma a distinção entre revisão e supressão (SCHMITT, 1996, p. 121).

28 Na teoria constitucional de Schmitt, os conceitos “destruição” e “supressão” são utilizados para designar as rupturas da ordem constitucional que se dão, respectivamente, com e sem substituição do Poder constituinte em que se baseava.

7 O NÚCLEO JUSFUNDAMENTAL PROTEGIDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CLÁUSULAS PÉTREAS E DIREITOS HUMANOS

7.1 LIMITES MATERIAIS EM OUTRAS CONSTITUIÇÕES MUNDIAIS

Passaremos a realizar, antes de diretamente enfrentar certas problemáticas atinentes aos limites materiais ao poder de reforma – mormente expressos – tais como enunciados na vigente Lei Maior brasileira, um exame não exaustivo de algumas Constituições mundiais, lembrando que, como indica Marie Françoise Rigaux (1985) - citada pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em aula de seu curso “Poder Constituinte Comparado”, ministrado na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - em consulta a cento e quarenta e duas Constituições, logrou apurar a existência de limitações materiais em trinta e três, à época da pesquisa feita por Rigaux.

Em pesquisa que efetuamos junto ao site da “International Constitutional Law” (ICL), da Universidade de Würzburg, República Federal da Alemanha, observamos, de início, que no âmbito das Constituições dos regimes - teoricamente - comunistas, inexistem normas sobre limites materiais de reforma constitucional, o que, por óbvio, condiz com a concepção de Constituição-balanço e Constituição-programa que lhes subjaz. As Constituições da República Popular da China (Constituição de 1982, com emendas em 1988 e 1992) prevê, outrossim, reforma a qualquer tempo, *ex vi* do que preceitua o art. 57, por iniciativa exclusiva do Congresso do Povo, e a

de Cuba (Constituição de 1976, com a reforma de 1992) estipula que o órgão supremo é a Assembleia Nacional do Poder Popular, que representa o Estado Socialista de operários, camponeses, trabalhadores intelectuais e manuais, *ex vi* do que preceitua o art. 1º do referido ordenamento, possibilitando, no âmbito dos Planos Quinquenais, a exata inserção nos preceitos de Constituição-balanço e Constituição-programa.

Depreendemos de outro modo que, como a rigidez constitucional é exigida como pré-requisito para a imposição das limitações materiais, tais não são observadas nos sistemas jurídicos do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Nova Zelândia. Nos demais países pesquisados no sistema da *common law* temos que, nas ditas Constituições-concedidas do Canadá (1867) e Austrália (1901), já que promanaram de ato do *British Parliament*, não foram fixadas limitações materiais explícitas, o que restou robustecido no primeiro país citado, por ocasião da edição do *Canada Act* de 1982, que também faz parte do sistema constitucional canadense.

Na República da África do Sul, com a queda do regime do *apartheid*, observa-se que a Constituição, promulgada em 23-4-1996, não prevê nenhuma limitação material explícita. No entanto, com esteio na preocupação com os direitos humanos fundamentais, máxime tendo em vista o triste histórico pretérito, não seria exagero cogitarmos a existência de limite material implícito, vedando o retorno ao regime de segregação racial.

Os Estados Unidos da América, em sua Constituição, estipulam limitações materiais explícitas. Com efeito, o art. V dispõe que nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, do direito de voto no Senado, em igualdade com os outros Estados. Por outro lado, tendo em vista o teor do que preceitua o art. IV, seção 4 do mesmo diploma legal, que prescreve que “os Estados Unidos garantirão a cada Estado dessa União a forma republicana de governo”, consideramos a possibilidade de caracterizarmos tal disposição – forma republicana - como matéria intangível.

Neste périplo por nós efetuado por algumas Constituições estrangeiras, constatamos que a Constituição do Japão, elaborada em 1947, a teor do que preceitua seu art. 97, considera os direitos humanos fundamentais parte do cerne material intangível. No âmbito asiático, em pesquisa às Constituições da Coreia do Sul e Cingapura, não verificamos inserção de limites materiais ao poder reformador.

No rol dos países que cultuam a religião muçulmana, excluídos aqueles que adotam, tão somente, a Lei Sagrada do Alcorão, elidindo, pois, qualquer edição de Constituição escrita, como ocorre, e.g., com a Arábia Saudita, concluímos, conforme análise da Constituição do Reino do Marrocos (1992), “*ex vi*” do que preceitua seu art. 6º, que a religião islâmica, ao ser positivada como religião oficial, é protegida do poder reformador.

Na América Latina, infere-se que, conquanto a Constituição da República Argentina não tenha fixado núcleo intangível explícito, consoante o escólio de Carlos Colautti (1996, pp. 24-27), os direitos humanos fundamentais caracterizariam limitações materiais implícitas. As Constituições do Paraguai, Uruguai, Chile, Peru, Colômbia, Venezuela e México não contemplam, expressamente, o referido núcleo.

Na ambiente europeu, observa-se que a República Tcheca, por meio da Constituição de 1993, inseriu, no denominado núcleo intangível, o Estado Democrático de Direito, *ex vi* do que preceitua o art. 9º. Ainda no âmbito dos países do Leste Europeu, pela análise das Constituições, recentemente, adotadas após a queda dos regimes totalitários de esquerda que por lá vigiam, encontramos que a Federação Russa, por meio da Constituição editada em 15-8-1994 (art.135, combinado com os artigos 1º, 2º e 9º) inseriu, no bojo do núcleo intangível, os direitos fundamentais, além do Estado de Direito Federal e Democrático, petrificando, outrossim, a propriedade privada.

A Constituição norueguesa (1814) também editou núcleo intangível, *ex vi* do art. 112, ao declarar que as modificações constitucionais a fazer não deverão ser contrárias aos princípios da Constituição, nem poderão, se não modificar disposições particulares que não alterem o espírito da Constituição.

A Constituição da Itália (1947) inseriu em seu art. 139, a seguinte limitação material ao poder constituinte derivado: “*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*” [A forma republicana não pode ser objecto de revisão constitucional]. O mesmo ocorre com a República da França, *ex vi* do que preceitua o art. 89 da Constituição de 1958. Na República Federal da Alemanha temos e.g., a indissolubilidade da Federação, bem como dos direitos fundamentais, o que se extrai da leitura do art. 79, alínea terceira, da Lei Fundamental de 1949. A Constituição

de Portugal, de 1976, objeto de sete revisões, fixa longo elenco de cláusulas pétreas, como se depreende da leitura do art. 288 e de vários incisos.

7.2 A INTERPRETAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Devemos apontar que a textualidade normativa do artigo 60, § 4º e incisos convida o estudioso do tema ao manejo prudente das mais diversas técnicas hermenêuticas. Nesse sentido, alguns fundamentos de uma “hermenêutica plural” propõe que recepcione todos os métodos de interpretação, sem hierarquizá-los. Tomemos por exemplo o que pudemos escrever sobre interpretação jurídica em recente trabalho, mesmo que aborde questões exegéticas acerca da compreensão da Lei Maria da Penha, da maior importância para a afirmação dos direitos humanos em nosso país:

Realmente, há valores tais como honra, integridade, liberdade, igualdade, alicerçados na dignidade, intrínsecos aos princípios e regras de direitos humanos fundamentais que, ao permearem a Lei Maria da Penha, contribuem para a inteligência de um direito objetivo carregado de autorizações e faculdades jurídico-materiais e processuais que intentam minar o comportamento marcado pelo exercício da violência covarde e muitas vezes anônima que, ao resguardar-se na intimidade e privacidade doméstica e/ou familiares, impede que a vítima tenha voz, mediante dispositivos físicos e morais (dor corpórea, culpa, remorso, humilhação, entre outros) que deixam cicatrizes terríveis na alma, embora no corpo nem sempre, o que contribui para tornar a violência contra a mulher muitas vezes imperceptível para tantos ou fadada ao oblióvio ao nem sempre deixar vestígios físicos aparentes. Por outro lado e tradicionalmente, ao menos desde a virada hermenêutico-jurídica pós Segunda Guerra Mundial observada no mundo ocidental, há o reconhecimento quase consensual entre os doutrinadores e demais profissionais do Direito de que as espécies de interpretação jurídica são diversas e complementares, sendo classificadas usualmente de acordo com a origem ou fonte da qual emana a atividade hermenêutica (autêntica, doutrinal, judicial, administrativa,

entre outras), de acordo com o método empregado na interpretação (literal, literal-gramatical, gramatical ou filológico; lógico, sistemático, genético, histórico-evolutivo, teleológico, analógico, sociológico, para indicarmos alguns) e, por uma decorrência lógica, classificadas tendo em vista os efeitos ou resultados advindos da aplicação de uma ou mais técnicas que permitem estabelecer o sentido e o alcance das expressões jurídicas próprias ao texto de complexa natureza normativa, valorativa, histórica, semântica, sociológica... que é a Lei Maria da Penha (neste caso, nesta classificação ou a interpretação é extensiva: compreende-se mais do que a letra expressa; ou restritiva: compreende-se menos do que a letra manifesta ou então estrita: compreende-se de acordo com o limites de uma letra jurídica que, após ser enfocada por diversos métodos de interpretação, demarca o entendimento por ser teleológica e socialmente benéfica. Outrossim, por ser lei (*lex*; *legere*) a Lei Maria da Penha é lida e interpretada a partir de uma superfície textual construída por palavras e termos centrais ao seu entendimento, a servir de ponto de partida à extração dos elementos normativos, valorativos e fáticos vitais inclusive à subsunção dessa lei aos mais diversos casos concretos. Sem ter a pretensão de esgotar a matéria atinente aos limites e possibilidades hermenêuticas e argumentativas da exegese da Lei Maria da Penha, passo a pontuar, de uma maneira mais sistemática, algumas questões merecedoras de atenção e que são inerentes à extração de sentidos de texto ao menos hermeneuticamente tão rico (SOUZA DANTAS, 2014, pp. 35-36).

Por acréscimo, entendemos que as palavras seguintes poderão ser de alguma utilidade, por apontar limites e possibilidades das discricionariedades hermenêuticas, diante das disposições intocáveis de nossa Constituição:

Não compactuamos com aqueles que sustentam que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não têm qualquer valor, sendo juridicamente irrelevantes sob o ponto de vista jurídico. É engano acreditar que os depositários do limitado Poder Reformador, investidos na laboriosa tarefa de modificar a Constituição, a fim de adaptá-la a novas realidades fáticas, tudo podem fazer. No entanto, ao reconhecermos que na prática legislativa brasileira propostas de emendas constitucionais, por mais que padeçam de algum vício de inconstitucionalidade, são admitidas à deliberação e posteriormente aprovadas;

se identificamos emendas que, incorporadas ao texto constitucional, agridem preceitos petrificados relacionados diretamente a elementos fundamentais da identidade histórica da Constituição; se até o presente nosso Supremo Tribunal Federal não se ocupou em distinguir limites materiais que, ao serem violados, contribuiriam para deflagrar um processo de erosão da própria Constituição, de outros limites que consubstanciarium temas aparentemente intangíveis; conjecturamos uma situação que julgamos ser uma possibilidade de alteração no âmbito da jurisdição constitucional, a partir da Lei nº 9868/99, do modo de abordagem hermenêutica tradicionalmente aceita acerca do papel e extensão do poder de reforma constitucional, sem que haja a necessidade de nos apegarmos a doutrinas que defendam a impotência das cláusulas pétreas em face do - entendem - irrefreável Poder Reformador. A transposição de disposições pétreas, conforme já escrito, tornar-se-ia legítima após o enquadramento jurisdicional destes fatores reais de poder, não se permitindo a flexibilização dos autênticos limites materiais ao Poder Reformador, mas tão somente de preceitos normativos que, sem integrar a essência constitucional, seriam enganosos limites substanciais. Ressaltamos, portanto, a necessidade crescente em nosso país de lembrarmos a lição de Häberle de que a continuidade da Constituição somente é possível quando o passado e o futuro nela se acham conjugados. Ainda para este autor, a interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém abertas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora, havendo necessidade para tanto de muitas vezes implementar a despetrificação do falsamente pétreo (SOUZA DANTAS, 2002, pp. 476-477).

Não é nosso objetivo nesse ponto do trabalho ser exaustivo quanto às implicações dos encontros e desencontros entre exegese e cláusulas pétreas, tarefa essa necessária e abrangente que necessitaria ser realizada no curso de um contínuo debate acadêmico e jurisprudencial. O que se pretende aqui é simplesmente propor um modo de iniciar reflexão sobre a orientação geral que se possa dar à interpretação dos limites materiais do poder de reformar a Constituição de 1988, que previna contra específicas interpretações que importem sacrifício do equilíbrio entre estabilidade e

transformação ou da função constitucional de limitação do poder. A formulação adotada pelo constituinte brasileiro parece legitimar a ideia de que não estamos diante de simples cláusulas de proibição de golpe ou revolução, mas, efetivamente, de regras que proíbem a ruptura de determinados princípios.

Segundo boa parte dos tratadistas, o vocábulo princípio é de múltipla significação. Bonavides (1996, pp. 228-229), referindo-se a Luiz Díez Picazo, afirma que:

A ideia de princípio (...) deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geometrico”.

É a partir da visão de princípio, enquanto começo, ou máxima essencial, que nos habilitamos à compreensão precisa de princípio jurídico. Tornou-se clássica, tamanha a sua robustez, a definição elaborada pelo grande administrador, Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo este jurista:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra (1995, pp. 545-546).

Não resta dúvida, de acordo com esse entendimento, que é ímpar e fundamental o lugar e o papel a serem ocupados pelos princípios jurídicos. Como bem-

-dito e verificável na notável definição de Bandeira de Mello, é a mais grave forma de inconstitucionalidade. E assim o é, posto tratar-se de figura essencial à solidez e à coesão do sistema jurídico, que na definição mais apropriada não deve ser concebido como amontoado de normas.

Se os princípios mostram-se integrantes da realidade constitucional, protagonizando atuação singular, com eles atuam, talvez coadjuvando, as regras. É necessário, portanto, que delas se estabeleça uma distinção. Uma primeira abordagem aconselha-nos tentar elaborar a distinção a partir de suas naturezas. Claudius Rothenburg (1996, p.16) aponta uma identificação básica entre as regras e os princípios socorrendo-se dos ensinamentos de Robert Alexy e de Jorge Miranda. Para o primeiro “A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre tipos de normas”. Em arremate, Rothenburg afirma que os princípios são “expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio)”. Desse modo, princípios, do ponto de vista de distinção de natureza, na expressão desse último estudioso, ou do ponto de vista de sua materialidade, afastar-se-iam das regras porque mais próximos, ou substancialmente mais próximos dos valores fundantes da ordem jurídica de que façam parte.

Ainda que não o único critério distintivo, com muita certeza a concepção citada ganha destaque especial. Alguns autores, por outro lado, agregam outros dados substanciais à compreensão de princípio, como, por exemplo, indefinição semântica, grau de abstração, ou baixíssimo teor de densidade normativa. Não incorre nessa impropriedade Canotilho.

De toda forma, o lugar dos princípios constitucionais é inquestionavelmente incomparável. São normas jurídicas e, como tais, detentoras de força cogente. A ofensa a eles dirigida macula muito mais fortemente o sistema. Alguns autores, a propósito dos princípios constitucionais, têm inclusive como certo que são esses os princípios gerais de direito guinados às alturas constitucionais após percurso evolutivo (BONAVIDES, 1996, p. 265). Outro produto dessa evolução: teriam deixado de ser os princípios meros instrumentos de interpretação para adquirirem a multicitada feição de cogência e normatividade.

Após esses esclarecimentos acerca dos princípios, destaquemos que não se proíbe a destruição pura e simples da Constituição ou de determinados princípios por ela considerados superiores. Veda-se, isto sim, a própria apresentação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a atenuar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto e universal e periódico, da Separação de Poderes e dos direitos e garantias individuais.

Sufragar tese contrária seria autorizar o legislador constituinte a afastar tópica e circunstancialmente determinados princípios básicos. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (1997, pp. 69-91) oferece-nos as seguintes ponderações:

A título de exemplo considerem-se as seguintes hipóteses: a) o legislador constituinte afasta a aplicação do princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* para determinados fatos, permitindo que sejam apenadas condutas já realizadas; b) o legislador constituinte afasta o princípio da proteção judiciária em casos excepcionais, tendo em vista eventual interesse do Estado; c) o legislador constituinte amplia as hipóteses de aplicação da pena de morte. Admitida que a cláusula pétrea relativa à proteção dos direitos e garantias individuais há de ser apreendida como proibição de destruição da Constituição ou como proibição de revolução, então tem-se de reconhecer coerentemente, que essas modificações não afetam a cláusula pétrea referida, uma vez que as alterações operadas não acarretaram a supressão do conteúdo protegido. Ao revés, se se entender, como nos parece correto, que aqui se tem uma proibição de ruptura de princípios singulares dever-se-á concluir, fundamentalmente, pela inconstitucionalidade de reformas com semelhante conteúdo.

Após reconhecer a possibilidade de que se confira interpretação ao art. 79, III, da Constituição alemã, que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde (apud MENDES, 1997, p. 80) que essa tarefa é repleta de dificuldades:

Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o

art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não se levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzida a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária) do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia.

Notemos que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e à ideia de unidade de Constituição acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui, no entanto, a possibilidade de engessamento da ordem constitucional, obstando a introdução de qualquer mudança de maior significado. Daí a tentação de interpretá-las de maneira estritamente prejudicial o que, no entanto, ao invés de solucionar o problema, poderia agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de interpretação estrita das cláusulas pétreas, mas de interpretação estritamente repressiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, ao invés de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas garantias de eternidade - a própria dignidade como pressuposto máximo - e como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação, assaz contida, refira-se à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (ou seja, que sirva ao menos para impedir, por exemplo, interpretações restritivas que

optem por considerar que certos incisos do art. 60 seriam pétreos e outros não). A interpretação literal não é um mal em si. A fragilidade hermenêutica reside na incapacidade de compreender além da superfície da letra, quando devemos visar também o interior da textualidade e o que ela oculta de aspectos fáticos, axiológicos e normativos, constitutivos do fenômeno jurídico. Dessa forma, o federalismo, a separação de poderes, as garantias do voto, as democracias constitucionalizadas, todos os direitos humanos fundamentais, o explícito e o implícito de estrato jusfundamental, convergem para a dignidade humana e para a sempre necessária lembrança de que o Estado é meio e não fim em si mesmo, conforme ensinava Ataliba Nogueira.²⁹

Reconhecemos, dessa maneira, que o artigo 60, § 4º, incisos I, II, III e IV, referência textual que sustentamos deva ser interpretada de acordo com fundamentos de uma hermenêutica pluralista e inclusiva, que contemple todos os métodos jurídicos e jurídico-constitucionais de interpretação que conduzirão o intérprete à constatação de que todas as cláusulas pétreas consagradas na Constituição de 1988 integram o que ora designamos por “núcleo jusfundamental” de nossa Carta Magna. Em última análise, o que atestamos é a integração de interesses jusfundamentais de natureza individual, coletiva, difusa e público-privada, fundados na dignidade da pessoa humana, desdobrando-se essa integração em valores que, forjados na bioética, na liberdade, na igualdade e na fraternidade e/ou solidariedade, permite atestar relações jurídicas e políticas vertical e horizontalmente localizadas que inclusive transcendem a esfera constitucional para irradiar sua força axiológico-normativa em todos os ramos do Direito e em todas as instâncias decisórias.

Essas variadas perspectivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das garantias de eternidade somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita

29 Deveríamos sempre recordar as palavras deste professor: “É por isto que afirmamos que o indivíduo não foi feito para o Estado, mas sim o Estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para a sua felicidade. Nesta doutrina, não existe o Estado que cria o direito, mas o Estado que o descobre, reconhece, determina, aplica, sanciona, pondo a seu serviço a coação física (...) o Estado não é fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa a ordem externa para a prosperidade comum dos homens.” (NOGUEIRA, 1955, pp. 152-154).

vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. E desse esforço hermenêutico, que atua em complexa textualidade e intertextualidade que há a possibilidade de o intérprete inferir que determinadas disposições são pétreas e ainda não foram reconhecidas como tais, são pétreas e são reconhecidas como tais e não são aparente pétreas, em vista de múltiplos fatores (por exemplo, o 13º salário é um direito humano fundamental em face de decisão do constituinte originário e por contextualmente estar intimamente implicada, pelas circunstâncias histórico, trabalhistas e econômicas, na dignidade da pessoa humana. Caso o ambiente trabalhista e socioeconômico se altere e o 13º não seja mais necessário à maioria dos trabalhadores brasileiros, sua jusfundamentalidade se desnatura, o que o despetrificaria). Por outro lado, é passível de discussão se o presidencialismo ou a república são realmente pétreas, assim como o atual modelo federativo, que não é dualista, mas de coordenação de interesses entre entes políticos autônomos.

Tal como enunciado normalmente nas chamadas cláusulas pétreas, os princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico. O que significa, efetivamente, separação de poderes ou forma federativa? O que é um Estado de direito democrático? O que significa proteção da dignidade humana? Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio. A exata delimitação da extensão das cláusulas pétreas é, sem dúvida, tarefa magna das Cortes Supremas.

É o estudo da ordem constitucional em seu contexto normativo e em suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação do princípio de divisão de poderes ou da forma federativa de Estado em determinado sistema. Tal como ensina Canotilho, (1998, p. 943) a limitação do poder de reforma não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros limites textuais implícitos. Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a legitimidade de proposta de emenda, em face do princípio da divisão de poderes, da forma

federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional.

Essa correlação entre cláusulas pétreas e princípios constitucionais é estabelecida com rigor e aprofundamento por Canotilho (1993, p. 50), que considera os princípios fundamentais como limites materiais ao poder de reforma constitucional:

Os princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o cerne da Constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca. Por isso, todos os princípios fundamentais estão, em maior ou menor medida, garantidos contra a revisão constitucional, erigidos em limites materiais de revisão, tanto em si mesmos como em várias das suas dimensões mais eminentes (...).

Em outra passagem, falando sobre os limites materiais, acrescenta:

Os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados princípios, independentemente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição (CANOTILHO, 1992, p. 1.138).

Os dois trechos citados conduzem a duas conclusões sobre os princípios constitucionais, enquanto limites materiais ao Poder de reforma: a) não só os princípios expressos podem constituir-se em limites materiais, como também os implícitos; e b) os princípios fundamentais e outros princípios constitucionais que constituem seus desdobramentos normativos estão imantados com a cláusula da imodificabilidade.

Ivo Dantas, aliás, afirma que as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, incisos I a IV, em sua quase totalidade, são uma sinopse de tudo o que está determinado nos Princípios Fundamentais (Título I, arts. 1º a 4º) da Constituição Federal. Afirma o citado autor:

Se examinarmos o inciso I das cláusulas pétreas, encontraremos a “Forma Federativa de Estado”, definida no art. 1º, *caput*, bem como nos arts. 3º e 4º. No tocante ao “voto direto, secreto, universal e periódico” (art. 60, § 4º, inciso II), concluímos que resume os incisos II e IV do art. 1º, além, é claro, do seu parágrafo único: “Todo poder emana do

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos dessa Constituição” (DANTAS, 1995, p. 91).

Observação importante também faz Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 215) que, em sua notável obra *Conceito de princípios constitucionais*, traz proveitosa lição, ao ministrar que a limitação material não se exaure na literalidade do texto da Constituição, devendo ser compreendida na globalidade das disposições constitucionais que formam o núcleo pétreo da Constituição: “Dessa forma é que se deve entender a problemática dos princípios fundamentais e seus corolários principialísticos e regrísticos, enquanto limites materiais de revisão”.

7.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 60, PARÁGRAFO 4º E INCISOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 sofreu, em 27 anos de vigência, 91 emendas, além daquelas decorrentes do processo de revisão. Sendo um documento extenso e prolixo, dificilmente deixará de sofrer outras alterações que visem a compatibilizar o texto originário às novas contingências relacionadas ao atual momento sócio-político-econômico nacional. Segundo Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 134), “sendo extremamente detalhista, dificilmente poderá preservar a integralidade de seu texto em face das mudanças de vento e maré sem fazer correções de rumo, ainda que não altere seu destino”.

De fato, temos a impressão de que o constituinte originário, ao deparar-se com a amplitude de sua obra e vislumbrando a extrema dificuldade que seria mantê-la sem reformá-la ou retocá-la, viu por bem, quase no apagar das luzes da constituinte, reduzir o quórum de deliberação das propostas de emenda de dois terços para três quintos, amenizando assim a dificuldade de alteração do texto constitucional, flexibilizando-se, sensivelmente, sua rigidez.

No entanto, em contrapartida, ampliou o rol de limites materiais ao Poder de reforma, ao que nos parece, tentando obter o difícil e sutil equilíbrio entre estática e dinâmica constitucionais para alcançar, assim, a perenização daquilo que à época

julgo como o âmago intocável de nossa Constituição. A ampliação das cláusulas limitativas do Poder de reforma visou, portanto, a contornar eventual fragilização do cerne básico da Constituição, que organiza o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o “cerne inalterável” da Constituição (a expressão entre aspas é de Pontes de Miranda, 2002, p. 148) apresenta-se, na observação de Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 2), “amplo (se comparado com as anteriores Constituições brasileiras e com boa parte das estrangeiras), porém sinteticamente enunciado”.

Os limites expressos estiveram presentes em todas as nossas Constituições republicanas, à exceção da de 1937. A de 1891 protegia “a forma republicana federativa” e – evidente influência do art. V da Constituição norte-americana – “a igualdade da representação dos Estados no Senado” (art. 90, § 4º). A efêmera Constituição de 1934 referia-se à “forma republicana federativa” (art. 178, § 5º). As de 1946 (art. 217, § 6º), 1967 (art. 50, § 1º) e a Emenda nº 1/69 (art. 47, § 1º) mencionavam “a Federação e a República”.

O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988 expressa que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais”.

Não se proíbe, como anteriormente adiantamos, a destruição pura e simples da Constituição ou de determinados princípios por ela considerados superiores. Veja-se, assim entendemos, a própria apresentação de proposta *tendente a abolir*; isto é, a mitigar, a atenuar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto e universal e periódico, da Separação de Poderes e os direitos e as garantias individuais.

Notemos que a fórmula “tendente a abolir” está presente em todas as nossas Constituições que instituíram limites à reforma constitucional, desde aquela de 1891, e a sua presença no atual texto constitucional pode ser explicada por essa tradição. Seria possível imaginar que a fórmula “tendente a abolir” significaria que a reforma constitucional poderia ir até o ponto imediatamente anterior àquele que caracteriza a abolição do princípio. Mas essa interpretação pressupõe um grau inatingível de precisão da delimitação do conteúdo essencial. De acordo ainda com Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 250):

Um princípio-limite pode ser abolido instantaneamente ou mediante deterioração gradual, o que aliás decorre da própria sujeição dos princípios a diferentes níveis de concretização. A proibição de deliberar proposta de emenda tendente à abolição reconhece esse caráter dos princípios e reforça a conclusão de que: a) está proibida tanto uma reforma que simplesmente abula o princípio quanto uma outra que não implique a sua abolição mas que se oriente nesse sentido; b) em consequência, não é apenas o ponto – de resto insuscetível de delimitação precisa – imediatamente anterior ao da abolição que caracteriza a reforma ilícita; c) a diferença entre a reforma que significa deterioração gradual do princípio (implicando tendência à sua abolição) e uma outra que seja apenas expressão da legítima e necessária elasticidade dos princípios não depende da demarcação rigorosa de um conteúdo essencial, e sim de um juízo quanto ao sentido finalístico que se possa atribuir ao processo de que faça parte a reforma questionada.

Escrevendo sobre o assunto, Ivo Dantas, em sua obra *Constituição federal: teoria e prática*, afirma que a Constituição não exige que a proposta traga uma afronta direta aos princípios que especifica e que o constituinte, de acordo com determinada opção política, pretendeu tornar onticamente imutáveis, pétreos, materialmente limitativos ao Poder de reforma, pelo fato de quem diz “tendente” diz “inclinado, propenso, conducente”, enquanto que “abolir” tem o significado de “acabar, extinguir, anular, revogar, suprimir, sub-rogar, derogar”. E esclarece um pouco mais o professor da Universidade Federal de Pernambuco:

Assim sendo, basta que o projeto traga uma inclinação ou propensão para acabar, extinguir, revogar ou restringir qualquer dos princípios indicados nos incisos, para que o parecer apresentado à Presidência da Mesa opte por sua inconstitucionalidade e, em consequência, pelo seu arquivamento (DANTAS, 1994, p. 139).

Ensina também Ivo Dantas (1994, p. 140) que os temas referidos nos incisos I a IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal devem ser entendidos e interpretados em estreita consonância com a expressão “tendente a abolir”, o que levaria a conclusão de que a proposta de emenda tendente a ampliar, alargar,

estender, dilatar, acrescentar e/ou aditar novos aspectos a qualquer um dos temas referidos, há de ser aceita.

Outrossim, outro viés interpretativo que sugerimos para a expressão “proposta de emenda tendente a abolir” está amparado na percepção de que toda proposta de emenda é ato normativo imperfeito. Desse modo, poderíamos extrair de mencionada expressão a intenção do constituinte originário em vetar proposta de emenda que tivesse por intenção efetiva abolir o princípio-limite e que, após tornar-se ato normativo perfeito, lograria em definitivo sua extinção (toda proposta traz em si uma tendência pois, sendo ato imperfeito, não teria força jurídica suficiente para eficazmente extinguir a cláusula pétrea ameaçada).

De toda ordem, é necessário realçar que o preceito trazido pelo art. 60 dirige-se em especial ao agente do poder de reforma constitucional. A esse é que se adverte acerca da impossibilidade de sequer ser admitida proposta de emenda que tenda a abolir os princípios enunciados nos incisos do parágrafo 4º de referido artigo. A ele destaca-se, de maneira superlativa, a fundamental importância das matérias elencadas. Dele se exige leitura e compreensão do texto da Constituição (de onde serão os subsídios informadores da tendência para abolir) amparada por análise sistêmica que envolverá todo o seu conteúdo, o que não significa desprezar os conceitos fornecidos por ciências afins e que se voltam para os mesmos campos ou mesmo objeto material, embora, evidentemente, em perspectiva ímpar.

Cumprir destacar o que preceitua o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao ressaltar que a Constituição de 1988 não foi obra do Poder constituinte originário, uma vez que resultou de uma “reforma constituinte”. De fato, a Constituinte de 1987/88 era composta pelo Congresso Nacional, incluindo os senadores eleitos em 1982. O Congresso, aliás, foi investido de poderes especiais de reforma, com esteio na Emenda Constitucional nº 26/85 à Constituição de 1967. Conclui o referido autor que as cláusulas pétreas em vigor foram obra do poder constituinte derivado, de modo que, em obediência ao paralelismo das formas, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado poderia modificar. Robustecendo esta importante argumentação, exsurge que a Emenda nº 26/85 permitiu o encaminhamento da proposta monarquista, que redundou na realização de plebiscito, olvidando-se do núcleo pétreo, então vigente, que vedava a abolição da Federação e da República (1999, p. 181).

Nessa altura da monografia, indagamos: como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado diante das cláusulas inabolíveis da Constituição de 1988? Na primeira oportunidade em que o pretório excelso apreciou o problema da inconstitucionalidade de emenda à Constituição, decidiu, unanimemente, que as normas intangíveis do art. 60, § 4º, estipulam limitações ao poder reformador. A discussão travada foi quanto à extensão e ao conteúdo das chamadas cláusulas pétreas. Na ocasião, os Ministros Octávio Gallotti e Paulo Brossard não admitiram expansão, através de ato interpretativo, para evitar a ruptura total da Constituição, e eis que os limites à atividade reformadora consignam restrições a mudanças inconstitucionais:

EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira – IPMF. Arts. 5º, § 2º; 60, § 4º, incisos I e IV; 150, incisos III, b e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal.

I - Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF).

II - A Emenda Constitucional n.º 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b e IV', da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º; art. 60, § 4º, IV; e art. 150, III, b, da Constituição);

2º - o princípio de imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, I; e art. 150, IV, a, da CF);

3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

d) livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão.

3 - Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar 77, de 13-7-1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a, b, c e d, da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC 77/93).

4 - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.”(STF ADIn 937-7/DF. Rel.: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Decisão: 15-12-1993. DJ 1 de 18-3-1994, p. 5.165).

Em outro sentido, o Pretório Excelso tem reconhecido os limites materiais do poder de reforma constitucional:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Proposta de emenda à Constituição Federal. Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária. Limitação material explícita do Poder Reformador do Congresso Nacional (art.60, § 4º, IV). Inexistência do controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro. Ausência de ato normativo. Não-conhecimento da ação direta” (STF ADIn 466-91/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Decisão: 9-4-1991. Dj 1 de 10-5-1991, p. 5.926).

(...) O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrição de ordem circunstancial, inibitórias do Poder Reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse

núcleo temático acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade” (STF ADIn 466/91/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Decisão: 9-4-1991. DJ 1 de 10-5-1991, p. 5.929).

7.3.1 JURISPRUDÊNCIA

“1 - Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter interna corporis do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional. **2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação.** Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão “observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal”, que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. **3 - Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se**

mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente.” (ADI 2666 / DF - DISTRITO FEDERAL)

“**Extradicação e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. CB, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º.** Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. **Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º).** (...). Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do Estado Democrático de Direito naquele país.” (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.)

“É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...). É fácil ver que **a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição** (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade

de um ‘engessamento’ da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de resolver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas ‘garantias de eternidade’, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados ‘princípios sensíveis’ (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: ‘(...) Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Esta-

dos' (Repr. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *Archivo Judiciário* 85/31, 34-35, 1947).” (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, Plenário, DJ de 6-8-2004.)

“O STF já assentou o entendimento de que **é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF)**. Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755).” (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, DJ de 14-9-2001.)

“**As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores**, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-1996, Plenário, DJ de 10-5-1996.)

“**Antecipação do plebiscito a que alude o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988**. Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de Emenda Constitucional; no caso, a n. 2, de 25-8-1992, impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas. Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente dessa, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente. ” (ADI 829, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14-4-1993, Plenário, DJ de 16-9-1994.)

“As mudanças na constituição, decorrentes da ‘revisão’ do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das ‘clausulas pétreas’ consignadas no art. 60, § 4º e em seus incisos, da Lei Magna de 1988.” (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-12-1994, Plenário, DJ de 5-8-1994.)³⁰ (grifos acrescentados)

7.4 A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

O estudo da Federação assume papel relevante na busca de soluções para os problemas estruturais dos Estados. Entre as funções essenciais do federalismo, estão a divisão do poder e a integração de sociedades heterogêneas, com a simultânea independência sociocultural e a autonomia dos entes federados. Sua consolidação se dá por meio de uma Constituição escrita e rígida, na qual deverão estar em sintonia com o princípio federativo os conteúdos do ordenamento, os tipos de garantias jurídico-constitucionais para sua existência, os princípios que conduzem e definem o processo político, assim como a divisão e a interligação das tarefas estatais entre os entes federados.

Nesse sentido, apresenta-se o federalismo como modo de preservar a particularidade no âmbito de uma união estatal maior, mantendo o equilíbrio entre a soberania da nação como um todo e a autonomia dos entes federados, concomitantemente à sua interdependência. O sistema federativo regula e administra os conflitos entre as esferas de governo, mediante o modo institucional que mais se adapte às condições locais, garantindo a autonomia de cada ente por uma distribuição do poder. Essa harmonia e o equilíbrio entre os entes federados são as bases do pacto federativo.

As razões que levam um país a adotar a estrutura federal variam de acordo com as peculiaridades locais. Portanto, as características presentes em determinado Estado federal poderão não se apresentar de forma similar em outra Federação. No entanto, certamente a descentralização é uma das marcas do sistema. Não há subordinação

30 A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Último acesso em: 16 dez. 2014, 16h26.

à autoridade superior em matérias e espaços territoriais de competência administrativa, legislativa ou jurisdicional. Na Federação, a descentralização não é apenas administrativa: ela se dá também no campo político, incluindo-se a capacidade de auto-organização e autogoverno.

Nessa concepção, a implementação do federalismo cria ordenamento dinâmico, na medida em que a resolução de tarefas é mais eficiente em pequenas do que em grandes unidades. Com o poder de decisão mais próximo, em comunidades menores, facilita-se a solução dos problemas e o atendimento dos anseios do povo. Da mesma forma, por meio do federalismo, é assegurada e fortalecida a liberdade individual pela divisão vertical do poder e se promove a democracia pela participação popular na vida política da nação.

A primeira Federação consolidou-se nos Estados Unidos da América. O objetivo desse pacto entre os “Estados soberanos” foi alterar a situação confederativa para dar origem a um novo poder que garantisse autoridade sobre o território americano. O pacto entre os Estados americanos deu origem à Constituição dos Estados Unidos, com a consagração da autonomia dos entes federados e a igualdade de participação entre os Estados integrantes.

Inspirado na experiência americana, o Brasil implanta esse modelo, porém em outras circunstâncias e por motivos diversos. O país constituía-se em um Estado Unitário, quando, a partir de 1891, o poder político foi dividido formalmente entre as províncias, mantendo, porém, o poder central. Portanto, o modo de constituição do federalismo brasileiro (segregação) deu-se de forma contrária à americana (agregação). Atualmente, o princípio federativo é um dos suportes do ordenamento constitucional brasileiro. Em face de sua fundamental importância, o texto constitucional o relaciona entre os conteúdos classificados como cláusulas pétreas.

Seguiu essa linha o tratamento dispensado pela primeira a Constituição republicana brasileira (1891), uma vez que já contemplava limitação à alteração do princípio federativo. O artigo 90, § 4º, de mencionada Constituição, trazia expresso o impedimento à mudança das matérias tendentes “a abolir a forma republicana federativa, ou igualdade da representação dos estados no Senado”. Por esse dispositivo, verifica-se o tratamento cuidadoso dado à Federação, uma vez que, além de constar expressamente como matéria imodificável, ainda é reforçada pela exigência da ma-

nutrição da igualdade da representação dos Estados-membros no Senado. O Texto Magno de 1934 previa, também, no seu artigo 178, § 5º, que “não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa”. O mesmo tratamento foi dado pela Constituição de 1946, artigo 217, § 6º, e pelas Constituições de 1967 e 1969, artigo 50, § 1º e 47, § 1º, respectivamente.

Como se constata, a Federação figura entre os limites materiais à reforma, uma vez que representa ponto de sustentação e, juntamente com os demais, não pode ser objeto de proposta de emenda tendente a aboli-la. Verifica-se que o texto constitucional vigente veio reforçar a ideia de Estado federal, mantendo a autonomia dos entes federados e visando ao desenvolvimento harmonioso entre eles. Dito de outro modo: com a Constituição de 1988, Estados e Municípios tiveram suas competências ampliadas, caracterizadas pela dilatação da capacidade de legislar, de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração, por meio da repartição de competências e de igualdade de representação entre os Estados no Senado Federal. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, poderia indicar “tendência” a abolir a forma federativa de Estado e, por conseguinte, não poderá ser matéria de reforma constitucional.

De acordo com as palavras de Carl Schmitt (1996, pp. 348-350), tem-se confirmado a abrangência da Federação quando a define como união permanente, baseada em livre acordo e a serviço de todos os membros, mediante o qual os Estados-membros abdicam da totalidade de seu *status* político em atenção ao fim comum. E conclui: a Federação contém todo o Estado-Membro em sua existência total como unidade política, e o acopla como um todo em uma associação politicamente existente, no qual o pacto federal é consagrado constitucionalmente e tem por finalidade ordenação permanente.

Postos esses preceitos, a dúvida surge quando se questiona que tipo de alterações poderão ser implementadas sem ofender o princípio federativo. Certamente o Estado brasileiro, como Estado Federal, não poderá transformar-se em Estado Unitário, assim como a autonomia dos entes federativos não pode ampliar-se ao ponto da Federação transformar-se em confederação. Ivo Dantas (1994, p. 141) tece oportunas considerações a este respeito:

A partir da estrutura estabelecida pelo constituinte para o modelo federativo positivado no texto da Lei maior, poder-se-á visar seu aprimoramento (e o raciocínio é válido para todo o conteúdo das cláusulas pétreas), ampliando-o, esmerando. Sua intocabilidade ou “imutabilidade é sempre no sentido – repetimos – da supressão ou abolição do princípio”.

Raul Machado Horta (1999, p. 463), um dos maiores estudiosos do federalismo, complementa a observação supra, afirmando que a eliminação, a supressão, a derrogação, a extinção é que não podem constituir matéria da proposta de emenda e, conseqüentemente, objeto de deliberação:

Não poderá constituir objeto de deliberação a proposta da qual advinha, como consequência, a abolição da forma federativa de Estado. Não é apenas a emenda que proponha, diretamente, a abolição da forma federativa. Atinge-se, também, na vedação, deliberação proposta que tenda, que se incline, que conduza, que propenda, ou que possa acarretar a abolição da forma federativa de Estado. Nessa tendência ou nessa inclinação abolitória introduziu-se a forma oblíqua, o procedimento dissimulado, a técnica da escamoteação, visando alcançar, numa ou outra hipótese, o objetivo vedado da abolição. A forma federativa de Estado é conceito complexo, que envolve um conjunto de elementos, bastando que a proposta de emenda venha a abolir um deles, para incidir na vedação da irreformabilidade. E quais são esses elementos que, no seu conjunto, irão compor a forma federativa de Estado, excluída do âmbito do poder constituinte derivado ou do poder de reforma constitucional? A identificação desses elementos constitutivos, para delimitar o campo da investigação, a dotará a referibilidade à Constituição Federal de 1988.

Geraldo Ataliba (1998, pp. 39-40), por seu turno, em *República e Constituição*, igualmente considera o problema de como interpretar o mandamento do parágrafo 4º do art. 60, expondo que a vedação nele expressa não apresenta apenas o sentido de proibir que se postule direta ou imediatamente a abolição dos princípios federativo e republicano (o autor considerava a forma republicana igualmente intocada pelo Poder de reforma constitucional). Acompanhemos suas palavras:

Na verdade, qualquer proposta que, indiretamente, remotamente ou por consequência, tenda a abolir quer a federação, quer a república, é igualmente proibida, inviável e insuscetível de sequer ser posta como objeto de deliberação (por qualquer órgão constituído). Não teria sentido atribuir-se menor expressão ao dispositivo constitucional em causa. Seria inútil se pudesse ser entendido em termos tais que consentissem a aprovação de medidas oblíquas ou indiretas que reportassem ao resultado vedado. De todas essas considerações, é importante salientar que tais princípios, em suas mais essenciais exigências, só podem ser revogados por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o texto constitucional e ab-roque categoricamente todo o sistema, a partir de suas bases. Só arrasadora revolução popular pode anulá-los. Só o movimento político constituinte poderá derogá-los, dada a irresistibilidade da força por ele desencadeada. Tome-se como exemplo a competência legislativa concorrente suplementar estadual (art. 24, § 2º). O intérprete da Constituição deve, *ex vi* do princípio federal, entendê-la amplamente, principalmente quando a matéria seja administrativa. Assim, interpretará o Texto Magno, ampliativamente, em favor dos Estados ao fixar os contornos da competência. À sua vez, o intérprete da legislação federal editada há de atribuir-lhe interpretação restritiva da União e favorável à liberdade dos Estados. Estes “apriorismos” decorrem necessariamente da fixação do princípio federal. Este arrasta todos os intérpretes – inclusive o legislador – a favorecerem a autonomia estadual.

Ao defender que as cláusulas pétreas inscritas no texto constitucional devem estar compatibilizadas com princípios éticos que devem servir de paradigmas de controle dessas mesmas cláusulas, por serem constitutivas de dignidade e da própria democracia, e reconhecendo a inexistência de cláusulas que afrontem esses princípios éticos, tais como disposições preservando a escravidão ou preservando injustiças que violem a dignidade humana, Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 241) expõe o que segue:

Isto não significa que todos os princípios e valores protegidos como cláusulas superconstitucionais tenham valor ético transcendente. O princípio da Federação, por exemplo, *prima facie*, não possui valor moral em si. Diversas são as nações que se organizam de maneira unitária sem que isso signifique uma ordem injusta ou autoritária. Pode-se argumentar, no entanto, que uma nação de vasto território e com forte

tradição de centralização e com forte tradição de centralização do poder na esfera do governo central, o estabelecimento do princípio federativo tem importância significativa para o desenvolvimento da democracia. Ao reservar determinada esfera de competência ao poder local o princípio federativo coloca limites ao poder central, favorecendo o espaço de autonomia dos indivíduos e coletividades locais. Por outro lado, ao aproximar os cidadãos de seus representantes, permite maior participação nos negócios públicos, bem como um controle mais próximo das autoridades. As Federações também podem ser instrumentos importantes na defesa de minorias e no controle das facções.

Ainda para Vilhena Vieira (1999, p. 241), a defesa da Federação como norma superconstitucional não se dará sem aporias, pois, encontrada outra forma de distribuição do poder no território que atenda, de maneira mais adequada à promoção da dignidade, seria impróprio bloqueá-la em nome de decisão passada, destituída de justificação moral:

Assim, o controle de constitucionalidade de emendas em face do princípio federativo, tal como inscrito na Constituição brasileira, deve obedecer a um teste menos rigoroso do que aqueles aplicados às emendas que desafiem os demais princípios inscritos como cláusulas superconstitucionais. A problemática concretização dada pelo texto de 1988 ao princípio federativo, por intermédio da divisão de competências legislativas, administrativas e tributárias, que privilegia o poder central em detrimento das outras entidades federativas, amesquinhando o próprio princípio, deve, portanto, alertar o intérprete para a necessidade de aperfeiçoamento do nosso modelo federativo. Daí por que a ideia de se interpretar o sentido do princípio constitucional à luz de sua concretização dada pelo texto é absolutamente inadequada. No caso brasileiro a concretização ficou muito aquém do potencial oferecido pelo princípio. Reformas que ampliem a autonomia local, ainda que alterem a estrutura da atual Federação, devem ser bem recebidas constitucionalmente.

De todo modo, entendemos com Raul Machado Horta (1999, pp. 464-465) que, na estrutura mais heterogênea que o Estado Federal brasileiro adquiriu na Constituição de 1988, são peças constitutivas e inelimináveis na fisionomia da forma fe-

derivativa de Estado os seguintes elementos de sua configuração constitucional, muitos deles da essência do pacto (ou compromisso, segundo expressão do autor em tela) federativo, inabólveis pelo Poder de reforma constitucional. Pela importância das palavras de Machado Horta no que tange à delimitação dos aspectos do federalismo brasileiro que estariam resguardados pelo art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição, pedimos licença para transcrevermos na íntegra o que a esse respeito expressa o autor:

I – Indissolubilidade do vínculo federativo entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (Constituição, art. 1º). II – Pluralidade dos entes constitutivos da República Federativa: União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Constituição, art. 18). III – Faculdade de incorporação, subdivisão, desmembramento, anexação, formação de novos Estados, bem como criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios mediante plebiscito (Constituição, art. 18, §§ 3º e 4º). IV – Vedações constitucionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Constituição, art. 19, I, II, III). V – Soberania da União e autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (Constituição, art. 21, I, II, 25, 29, 32). VI – Repartição de competências (arts. 21, 22, 23, 24, 30, 32, § 1º). VII – Intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 34). VIII – Intervenção estadual nos Municípios e intervenção federal nos Municípios de Território Federal (Constituição, art. 35). IX – Organização bicameral do Poder Legislativo, assegurada a existência da Câmara dos Deputados, órgão dos representantes do povo e do Senado Federal, órgão dos representantes dos Estados e do Distrito Federal (Constituição, arts. 44, 45, 46). X – A igualdade da representação dos Estados e do Distrito Federal no Senado (Constituição, art. 46). XI – Iniciativa das Assembleias Legislativas Estaduais, para proposta de emenda à Constituição (Constituição, art. 60, III). XII – Poder Judiciário da União, com a inclusão neste de um Supremo Tribunal Federal, para exercer a função de Guarda da Constituição, e do Poder Judiciário nos Estados (Constituição, arts. 92, I, 102, 125). XIII – Ministério Público, na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, de órgão da ação de inconstitucionalidade e da representação, para fins da intervenção federal da União e da intervenção estadual nos municípios (Constituição, art. 36, III, 139, IV). XIV – Poder e competência Tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observada a particularização dos impostos atribuídos a cada pessoa de

direito público interno (Constituição, arts. I, II, III, 153, 154, 155, 156). XV – Repartição de receitas tributárias, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios (Constituição, arts. 157, 158, 159 e 161, II).

7.4.1 JURISPRUDÊNCIA

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o **fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, § 4º, CF/1988)** (...) Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto Idesp em face do princípio federativo (...)” (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 7-12-2005, Plenário, DJ de 27-10-2006.)

“Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento – sedimentado na jurisprudência do Tribunal – para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/1998): **submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social**: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a ‘forma federativa do Estado’ (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. A ‘forma federativa de Estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto, as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. À vista do modelo ainda

acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/1998 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. Já assentou o Tribunal (MS 23.047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/1998), nela, pouco inovou ‘sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ‘é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial’, assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos – inclusive a do seu regime previdenciário – já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando – com base no art. 149, parágrafo único – que a proposta não altera – organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores’: análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/1993, até a recente reforma previdenciária. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF de 1988, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) – ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos – não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. A autoaplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.” (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-2007, Plenário, DJ de 22-6-2007.)

“Na espécie, **cuida-se da autonomia do Estado, base do princípio federativo amparado pela Constituição, inclusive como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I).**

Na forma da jurisprudência dessa Corte, se a majoração da despesa pública estadual ou municipal, com a retribuição dos seus servidores, fica submetida a procedimentos, índices ou atos administrativos de natureza federal, a ofensa à autonomia do ente federado está configurada (RE 145.018/RJ, Rel. Min. Moreira Alves; Rp 1426/RS, Rel. Min. Néri da Silveira; AO 258/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, entre outros).” (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.)

“EC 15/1996, que deu nova redação ao § 4º do art. 18 da CF. **Modificação dos requisitos constitucionais para a criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Controle da constitucionalidade da atuação do poder legislativo de reforma da Constituição de 1988. Inexistência de afronta à cláusula pétrea da forma federativa do Estado, decorrente da atribuição, à lei complementar federal, para fixação do período dentro do qual poderão ser efetivadas a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios.** Precedente: (...). Ação julgada improcedente.” (ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2007, Segunda Turma, DJE de 23-5-2008.) No mesmo sentido: ADI 2.381-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20-6-2001, Segunda Turma, DJ de 14-12-2001.

“Mais do que isso, **a ideia de Federação – que tem, na autonomia dos Estados-membros, um de seus *cornerstones* – revela-se elemento cujo sentido de fundamentalidade a torna imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional**, por representar categoria política inalcançável, até mesmo, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I).” (HC 80.511, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-8-2001, Segunda Turma, DJ de 14-9-2001.)

“Emenda constitucional: limitações materiais (cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos

(CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar.” (MS 23.047-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-2-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.)³¹ (Grifos nossos)

7.5 O VOTO DIRETO, SECRETO, UNIVERSAL E PERIÓDICO

A Lei Maior vigente, ao declarar no art. 1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”, não se satisfaz em completar-se com a afirmativa de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição”. Foi mais além: ampliou o modo e o universo dos que poderão participar deste exercício do poder e admitiu, em seu art. 14, que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º. Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

31 *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Último acesso em: 16 dez. 2014, 16h48.

O *caput* do artigo 14 da Constituição Federal diz que a manifestação livre da vontade do povo será exercida pelo “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.” Mas o que isto quer dizer?

No Brasil, temos que o sufrágio - instrumento de participação popular na organização da atividade estatal - realiza-se, materialmente, mediante voto. Por outro lado, os cidadãos brasileiros têm direito de sufrágio (direito público subjetivo), exercitado por meio do voto. Ademais, esse direito de sufrágio tem natureza universal, porquanto:

O eleitor não é submetido a nenhum tipo de restrição, em razão da fortuna, da educação, da instrução, da classe social, dos títulos de qualquer natureza. A qualidade de eleitor é, no sufrágio universal, atribuída a todo cidadão que tenha os direitos políticos (CRETELLA JR., 1997, p. 1.093).

O voto (meio pelo qual se exerce o sufrágio) é: direto, pois o eleitor escolhe o nome de seu candidato, não havendo nenhum corpo, singular ou colegiado, entre aquele (eleitor) e este (nome sufragado/candidato); secreto, pois o eleitor não é identificado na cédula, apenas identificando-se na lista de presença, ou seja: o escrutínio é secreto, pois a escolha do candidato somente é do conhecimento do votante (geralmente, o escrutínio realiza-se numa cabine indevassável); de igual valor, pois todos têm o mesmo peso, inexistindo distinção entre natureza e categoria do eleitor; exercido nos termos da lei federal ordinária, que dará o balizamento para o exercício dos direitos políticos (votar e ser votado), obedecidos os parâmetros fixados na regra jurídica constitucional.

Autoridade doutrinária acerca dos processos político-eleitorais, em que Monica Herman Salem Caggiano (1987, p. 102) leciona acerca do voto secreto:

Outra das envolventes questões em matéria eleitoral, intimamente ligada ao problema da liberdade que deve adornar o exercício do direito de sufrágio, é a pertinente ao isolamento do eleitor das pressões que invariavelmente atuam sobre sua pessoa. Poderíamos afirmar, até, que o voto deve ser emitido com total assepsia, ou seja, afastada toda e qualquer espécie de ingerência de ordem externa sobre a manifestação da preferência eleitoral. Para tanto, indispensável a conotação do sigilo.

Sustentamos, assim, que o inciso II do parágrafo 4º do art. 60 só é imutável se sua modificação tiver um sentido de restrição, hipótese em que, como em todos os demais incisos, nem ao menos poderá ser objeto de deliberação. Evidente que a Constituição, ao mencionar “voto direto, secreto, universal e periódico”, o faz no sentido de processo político, processo de escolha dos governantes, exatamente como meio de caracterizar o regime político como democrático, e não autocrático ou misto. Fiquemos com as observações de Ivo Dantas (1994, p. 144):

Para finalizarmos estas considerações, renovamos que tais assuntos só não poderão ser objeto de modificação constitucional, se esta vier no sentido de ser tendente a aboli-los, sendo permitidas, entretanto, se o conteúdo da proposta for ampliativo como, por exemplo, tornar obrigatório o voto do maior de dezesseis, ou ampliá-lo para, digamos, quinze anos. Outra hipótese que de logo haveria de ser rejeitada a partir do parecer, seria a exigência de que o futuro eleitor comprovasse possuir determinada renda ou patrimônio, caracterizando-se, dessa forma, o sufrágio restrito-censitário, oposto, portanto, ao direito de sufrágio universal. O mesmo aconteceria com alguma tentativa de excluir-se a mulher do corpo eleitoral, pois o que a Constituição pretendeu resguardar foi o regime democrático, tanto mais perto de sua perfeição, quanto maior for o universo daqueles que poderão participar do processo de escolha dos governantes.

Partimos do pressuposto de que ao analisar emendas que supostamente violem o art. 60, § 4º, II, da Constituição, o intérprete terá em mente que o voto é apenas um meio destinado a permitir a plena realização da cidadania e do pluralismo político, que constituem fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a substituição do voto pela participação direta da população não deve ser vista como violações aos limites materiais ao poder de emendas, mas como aperfeiçoamento da realização dos valores da cidadania. Para Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 243), a proteção de minorias políticas em face da manifestação majoritária das votações também deve ser vista de maneira positiva “pois o voto como meio de realização da democracia não pode ser utilizado com a finalidade de provocar erosão nas bases da própria democracia, a infringir direitos de minorias políticas isoladas”.

Caso concordemos com a existência do “direito à democracia”, esse inevitavelmente marcaria definitiva que há interesses jusfundamentais pétreos de caráter individual, coletivo e difuso. Para contribuirmos com alguma outra reflexão:

De outro modo, a democracia direta é vista por muitos como superior à representativa. Mas a democracia moderna marca a presença estrutural dos direitos humanos, que a tornam, neste sentido, isenta de comparações. Destaquemos que a democracia se tornou, efetivamente nos tempos correntes, um primordial valor. Embora as palavras democracia e política expressem, tecnicamente, compreensões distintas, o fato é que a principal característica hoje atribuída à política, de solucionadora de conflitos por palavras, e não pela força, convém como uma luva à democracia. Difícil, destarte, encontrarmos alguém que se diga antidemocrata (mesmo certos espíritos de tendências autoritárias, ao cunharem termos como “democracia relativa”, buscam beneficiar-se da aura que o ideário democrático carrega).

Por fim, apesar das críticas que frequentemente são elaboradas em face do modelo democrático ateniense, devemos reconhecer que a partir das reformas de Clístenes, ou antes, uma verdade política fundamental ecoa pelos séculos, resgatada para o âmbito do discurso político teórico e pragmático ocidental, sobretudo nos séculos XVIII e XIX. A democracia, desdobrada no tempo em tipos diversos (diretas, semi-diretas, indiretas), em constante diálogo, atualmente, com a noção tão marcadamente moderna e contemporânea de representação política, ademais deve ingressar, sobretudo, nos sentimentos, para que o sujeito-cidadão tenha espiritualmente incorporados os valores democráticos de maneira vital, a triunfar, ao menos na cotidiano e em cada indivíduo, sobre toda e qualquer manifestação política autoritária negadora da liberdade humana, neste estudo manifesta em história política tão distante, tão próxima (SOUZA DANTAS, 2006, pp. 122-123).

7.5.1 JURISPRUDÊNCIA

“O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 12.034/2009, que dispõe sobre o voto impresso (...). Asseverou-se que, nos termos do *caput* da norma questiona-

da, seria permitido ao eleitor conferir seu voto, pois associado o conteúdo desse ato de cidadania com a assinatura digital da urna. Entretanto, anotou-se que a inviolabilidade e o segredo do voto suporiam a impossibilidade de se ter, no exercício do voto ou no próprio voto, qualquer forma de identificação pessoal. Registrou-se, ademais, que o sigilo da votação também estaria comprometido caso ocorresse falha na impressão ou travamento de papel na urna eletrônica, visto que necessária intervenção humana para resolver o problema, o que exporia os votos registrados até então. Além disso, em eventual pedido de recontagem, seria novamente possível a identificação dos eleitores. Salientou-se que a introdução de impressoras potencializaria falhas e impediria o transcurso regular dos trabalhos nas diversas seções eleitorais. O módulo impressor, além de apresentar problemas de conexão, seria vulnerável a fraudes. Ademais, haveria a possibilidade de cópia, adulteração e troca de votos decorrente da votação impressa. Seria também maior a vulnerabilidade do sistema, porque o voto impresso não atingiria o objetivo de possibilitar a recontagem e a auditoria. Lembrou-se que o voto impresso teria sido anteriormente previsto, por força da Lei 10.408/2002, mas não teria sido levado a efeito em razão das dificuldades jurídicas e materiais constatadas. Por esse motivo, promulgara-se a Lei 10.740/2003, que abandonara aquele modelo, segundo o qual o voto digital era impresso e depositado em urna lacrada. Rememorou-se, ademais, que a partir da implementação paulatina do voto eletrônico, desde 1996, abandonara-se a impressão de votos, para incrementar o segredo desse ato, tal qual assegurado na Constituição. A respeito, discorreu-se que o segredo do voto seria conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão. Registrou-se que a história do País conteria diversos vícios nos processos eleitorais, que teriam sido consideravelmente atenuados com o sistema de votação eletrônica. Retroagir nesse ponto configuraria afronta à Constituição, e a impressão do voto feriria o direito ao segredo. Consignou-se que o cidadão não poderia ser compelido a prestar contas sobre seu voto, porquanto a urna seria espaço de liberdade cidadã, onde ele poderia realizar sua escolha livre e inquestionável, não podendo ser tolhido pelo exigir do outro, sob pena de viciar todo o sistema. Frisou-se que, se o ato de votar seria próprio, não haveria necessidade de prová-lo ou de prestar contas. Corroborou-se que o sistema seria dotado de segurança incontestável, como

reiteradamente demonstrado. **Acentuou-se que eventual vulneração do segredo do voto comprometeria não apenas o art. 14 da CF (...), mas também o art. 60, § 4º, II (...), que é núcleo imodificável do sistema.** Acresceu-se que o § 2º do dispositivo questionado retiraria o segredo do voto, pois o número de identificação associado à assinatura digital poderia favorecer a coação de eleitores pela possibilidade de vincular o voto a compromissos espúrios. O eleitor seria identificado e poderia ser compelido a comprovar sua ação na cabine de votação. Explicou-se que o sistema atual permitiria que o resultado fosse transmitido às centrais sem a identificação do eleitor e com alteração sequencial dos eleitores a cada sessão, a reforçar o segredo. Sublinhou-se, ademais, que a impressão do voto criaria discriminação em relação às pessoas com deficiência visual e aos analfabetos, que não teriam como identificar seus votos, razão pela qual pediriam ajuda de terceiros, em violação ao direito de sigilo constitucionalmente assegurado. Destacou-se o princípio ‘um eleitor, um voto’, conquista recente que seria reforçada no sistema eletrônico, pois somente seria aberta a urna após a identificação do eleitor, que não seria substituído e não votaria mais de uma vez. Entretanto, vedada a conexão entre o instrumento de identificação e a respectiva urna, nos termos da lei questionada, possibilitar-se-ia a permanência da abertura da urna, e o eleitor poderia votar mais de uma vez, a contrariar a garantia da unidade eleitor e voto. Esse princípio sustentaria a democracia representativa, haja vista que asseguraria a correlação entre o conteúdo das urnas e a vontade do eleitorado. Pontuou-se que a Justiça Eleitoral estaria em constante aperfeiçoamento de rigoroso sistema de segurança, paralelamente ao sistema de informatização, o que garantiria total inviolabilidade e transparência da votação eletrônica. Destacou-se, ainda, a Lei 10.740/2003, que instituiu o Registro Digital de Voto (RDV), a permitir o armazenamento dos votos em formato digital e a resguardar o sigilo. Com o RDV seria possível recontar os votos de forma automatizada, sem comprometer o segredo dos votos ou a credibilidade do sistema de votação. Além disso, os interessados poderiam auditar o sistema antes, durante e depois das eleições. **Mencionou-se, também, outro sistema de segurança, a denominada ‘votação paralela’, uma simulação realizada um dia antes das eleições, monitorada por empresa de auditoria externa e acompanhada pela imprensa, pelo Ministério Público, pela OAB e por fiscais dos partidos.** O min. Celso de Mello sublinhou o art. 312 do Código Eleitoral, a

tipificar o crime de violar ou tentar violar o sigilo do voto, o que demonstraria a gravidade dessa prática. Além disso, destacou que esse diploma estabeleceria, em seu art. 220, a sanção da nulidade de votação, quando preterida a formalidade essencial do sigilo dos sufrágios.” (ADI 4.345, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 6-11-2013, Plenário, Informativo 727.)³² (Grifos nossos)

7.6 A SEPARAÇÃO DE PODERES

Como terceira cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, III) aparece a separação dos poderes, antes já expressa no art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No decorrer de nossa história constitucional, apesar do princípio nunca ter aparecido na condição de cláusula pétrea, foi referido no texto de 1891 (art. 15), em 1934 (art. 3º e § 1º), em 1946 (art. 36, §§ 1º e 2º), em 1967 (art. 6º, parágrafo único, tendo idêntico conteúdo ao de 1946), em 1969 (art. 6º e parágrafo único).

A separação de poderes institucionalmente fixada nasce da confluência histórica da política prática, das disputas entre grupos humanos, e da reflexão sobre essa prática tendo em vista aperfeiçoá-la ou modificá-la. A reflexão sobre o poder dividido coloca-se desde a Grécia antiga e a principal preocupação que a animou permaneceu ao longo dos tempos: como evitar a tirania. A divisão do poder é velha solução. As teorias das formas de governo são as primeiras a identificar o formato dos governos e qual a sua melhor organização. A teoria do governo misto, de longa trajetória, nasce então sugerindo que a melhor forma de governo é aquela que combina as diferentes modalidades de governo (monarquia, aristocracia, democracia), sugerindo a existência de três corpos: o do monarca, o dos aristocratas e o do povo. Essa repartição tríplice tem, então, como critério mais evidente o número de soberanos governantes (um, poucos e muitos), mas trazendo consigo certa acoplagem aos elementos da formação social do meio onde foram produzidas. O importante, contudo, é a referência

32 *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Último acesso em: 16 dez. 2014, 17h03.

à separação de corpos ou agências de poder. Na teoria do governo misto não há a necessária delimitação funcional desses corpos, nem escopo de especialização. A crença fundamental é de que o poder repartido, por si só, é capaz de limitar a possibilidade do governo absoluto.

Tal noção foi ajustada pela teoria do governo equilibrado, já na trajetória inglesa renascentista, que trouxe a ideia de que os poderes, além de ser repartidos com potências parecidas deveriam um controlar o outro. Até aí a divisão desses corpos se pautava pela própria existência das forças sociais politicamente organizadas, catalisadas pelas figuras do Monarca, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns.

A teoria da separação pura de poderes pura introduz pelo menos uma importante modificação: a atribuição de funções específicas para cada poder. Além disso, aqui como tributária das teorias anteriores, pugna que cada poder não pode se imiscuir nas atividades relacionadas à função de outro poder, proibindo-se que os ocupantes dos cargos em um e outro poder sejam os mesmos simultaneamente. A fusão das três teorias (separação de poderes, governo misto e governo equilibrado) proporcionou o surgimento, nas figuras de Locke, Montesquieu e os Federalistas, da teoria da separação parcial de poderes, em que se é permitido certo grau de compartilhamento funcional, especialmente da função legislativa. Desse modo, por exemplo, outro poder (Executivo) também dispõe de atribuições legislativas, como o veto.

O resultado desse compartilhamento inscreve-se na perspectiva da teoria do governo equilibrado, em que um poder controla o outro. Não é outro o seu objetivo. Tal compartilhamento funcional, entretanto, não é positivo. É viesado, no sentido de cumprir com uma determinação: ser um procedimento de freios e contrapesos.

O princípio da separação de poderes, registre, é elemento essencial para a realização do constitucionalismo democrático. Tal princípio tem-se manifestado de maneira distinta em diversas Constituições. Nos regimes parlamentares, por exemplo, há um afrouxamento da separação de poderes, permitindo interpenetração orgânica entre Executivo e Legislativo.

Com relação a essa última observação, abrimos espaço para ressaltarmos que significativa parcela da doutrina sustenta não ser possível a adoção no Brasil do sistema parlamentarista de governo, mormente por considerar esse sistema incompatível com o princípio da Separação de Poderes. Reforça essa tese o fato de o presidencialis-

mo ter saído vitorioso no plebiscito ocorrido no ano de 1993, tendo sido prevista sua realização em disposição do art. 2º do ADCT. Assim, após o povo ter soberanamente decidido sobre a forma de governo e o sistema de governo, optando pela república³³ e pelo presidencialismo, ambos restaram implicitamente petrificados, resguardados do Poder de reforma constitucional, impassíveis de abolição.

Entendemos, primeiramente, que nenhum elemento da Constituição sugere que a matéria decidida no plebiscito de 1993 estaria excluída do poder reformador. Além disso, não encontramos incompatibilidade entre separação de poderes e sistema parlamentarista de governo. De fato, o mencionado princípio, como todo princípio, pode ser realizado de diferentes modos, sendo compatível por exemplo tanto com um sistema de articulação quanto com um de coordenação entre entre Executivo e Legislativo.³⁴ Por fim, a ausência de qualquer alusão ao presidencialismo no Título I da Constituição (“Dos Princípios Fundamentais”) reforça a ideia de que o sistema de governo é um dado estranho no contexto da legitimidade da Constituição.

Encerradas essas considerações, entendemos que a concretização do princípio da separação de poderes no Brasil poderia ser significativamente aperfeiçoada. Exemplificando: um dos aspectos mais incompatíveis com o princípio da separação de poderes instituído pela Constituição foram as medidas provisórias, pelas quais o Executivo foi autorizado a legislar sobre várias matérias, vinculando condutas sem a intermediação do Legislativo. Incompatíveis, acreditamos, com sistema presidencialista de governo, foram elas reconfiguradas por força da Emenda Constitucional nº 32 que operou substanciais alterações no modo como estão configuradas em nossa

33 Há autores, como Geraldo Ataliba (1998, p. 39), que entendem estar o princípio republicano – muito embora não expressamente – fixado na Constituição de 1988 como cláusula pétrea (dependente apenas do resultado do plebiscito, que ocorreu), eis que estaria ele consagrado nos demais princípios estabelecidos no parágrafo 4º do art. 60: voto direto, secreto, universal e periódico, separação de poderes, direitos e garantias individuais. Porém, importa dizer que as monarquias modernas afirmam estes direitos, princípios e valores, o que, de alguma forma, é contra-argumento a ser levado em consideração.

34 Neste sentido, muitas Constituições invocam o princípio da separação dos poderes e instituem o sistema parlamentarista. Por exemplo: na Austrália, tendo por base sua Constituição de 1900, o princípio da separação dos poderes concentra-se principalmente na exigência de independência e imparcialidade do Poder Judiciário.

Lei Maior, com acréscimo de doze parágrafos ao art. 62 da Constituição Federal. O ideal, na realidade, seria o Poder Reformador extinguir tais espécies normativas, aperfeiçoando, quiçá, o modelo das leis delegadas. Não tendo feito isto, contribuiu para razoável restrição do uso dessas medidas pelo chefe do Executivo federal, elaborando, no entanto, o parágrafo 10º do novo texto, que foge à ideia que estamos tratando de aperfeiçoamento do princípio da Separação de Poderes.

De fato, se a MP poderá vir a ter prazo de 120 dias (com a prorrogação) e se tais prazos não correm nos recessos (acrescente por isso mais 90 dias durante um ano), a MP pode ter validade por, na verdade, 180 dias e ainda, consoante dispõe o parágrafo 10, pode ser reeditada, desde que em nova sessão legislativa. Teremos, então, a possibilidade de voltarmos, mesmo após esta emenda, a vivermos situação parecida com as antigas e abusivas reedições de medidas provisórias, só que agora com a chancela expressa do texto constitucional.

7.6.1 JURISPRUDÊNCIA

[art. 14, § 3º, V, da CF]

Nota: O Plenário do STF, no julgamento das ADI 3.999 e ADI 4.086, confirmou a constitucionalidade da Resolução 22.610/2007 do TSE, que disciplina o processo de **perda de mandato eletivo por infidelidade partidária**.

“Fidelidade partidária. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos TRE, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de tribunais, juízes e juntas eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I; arts. 48 e 84, IV, da

Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e parágrafo único), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e parágrafo único; e art. 8º), a resolução também teria violado a reserva prevista no art. 22, I; arts. 48 e 84, IV, da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo STF nos precedentes que inspiraram a resolução, no que se refere à atribuição ao MPE e ao terceiro interessado para, ante a omissão do partido político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (art. 128, § 5º, e art. 129, IX, da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato ‘pertenceria’ ao partido.) Por fim, dizem os requerentes que **o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição)**. O STF, por ocasião do julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro relator. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever instrumento para assegurá-lo. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE. ” (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008, Plenário, DJE de 17-4-2009.) (Grifos acrescentados)

[art. 2º, CF]

“Ação direta. **EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrati-**

vo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.” (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, Plenário, DJ de 22-9-2006.) (Grifos acrescentados)

“A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. **Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.** O art. 78 do ADCT, acrescentado pelo art. 2º da EC 30/2000, ao admitir a liquidação ‘em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’ dos ‘precatórios pendentes na data de promulgação’ da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. **Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta ‘a separação dos Poderes’ e ‘os direitos e garantias individuais’.**” (ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 19-5-2011.) (Grifos acrescentados)

7.7 OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

O processo de racionalização do Direito, em particular dos direitos fundamentais, deu-se por meio de fases, que, de certa forma, coincidem com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno. A evolução dos direitos fundamentais pode ser dividida em duas fases, conforme expõe Canotilho:

Uma, anterior ao Virgínia Bill of Rights (12-6-1776) e à Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26-8-1789), caracterizada por uma relativa cegueira em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais. (1982, p. 374)

A fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada no âmbito dos direitos fundamentais pelas cartas e declarações inglesas. Os documentos mais conhecidos são a Magna Carta (1215-1225), que, segundo José Afonso da Silva (1995, pp. 149-157), não é propriamente de natureza constitucional, mas sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres; a *Petition of Rights* (1628) que “é um documento dirigido ao monarca em que os membros do parlamento de então pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos de sua majestade”; o *Habeas Corpus Amendment Act*, (1679) que visou à supressão das prisões arbitrárias; e a *Bill of Rights* (1688), o mais importante documento, pelo qual se firmara a supremacia do parlamento em face do monarca.

As declarações do final do século XVIII (em particular a francesa) tiveram papel mais importante no destino da humanidade. Os direitos fundamentais, a partir de então, assumiram caráter universal, de fundamento de legitimidade de toda e qualquer sociedade. É presente a influência da declaração francesa nas Constituições ocidentais. Célebre também seu art. 16, que dispunha que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes

não possui Constituição”. Observemos, neste ponto, como bem anota José Afonso da Silva (1995, p. 169), que a Constituição Brasileira de 1824 foi a primeira, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem (art. 179 “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”).

Como consequência de todo processo revolucionário, a nova ordem burguesa liberal impôs perante às Constituições a ideia fundamental de limitação da autoridade estatal por meio da técnica da separação dos poderes (funções legislativa, executiva e judiciária atribuídas a órgãos distintos) e da declaração de direitos. As Constituições liberais clássicas limitavam-se a esses dois aspectos. No tocante aos direitos, esses consistiam numa atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual (os chamados direitos de primeira geração, os direitos civis e políticos).

Essa concepção de Constituição perdurou até a crise social do século XX. O colapso da sociedade de modelo oitocentista, e a implantação de nova ordem social, exigiu nova estrutura de direitos fundamentais, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou as Constituições liberais clássicas. Com o constitucionalismo social, as Constituições, e, em particular, os direitos fundamentais, foram prestigiados com o ingresso de novos direitos, os chamados direitos de segunda geração - os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, e à previdência. Segundo escreve Bonavides (1996, p. 518), os direitos de segunda geração “uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”.

Na evolução dos direitos fundamentais, as sociedades modernas caminham no sentido da proteção de novos direitos. Assim, fala-se nos direitos de terceira geração, concernentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação; nos direitos de quarta geração, que segundo Bonavides (1996, p. 524), pressupõe a globalização política, a única globalização que verdadeiramente interessa aos países subdesenvolvidos. A globali-

zação política introduz “os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. (...) São direitos da quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo”.

Para os fins de nosso estudo, passemos à análise dos direitos fundamentais tais como expressos em nossa Lei Maior. Da interpretação da Lei Maior de 1988, reconhecemos a existência jusfundamental das seguintes categorias de máximos direitos: 1) direitos individuais fundamentais (ao menos direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança jurídica); 2) direitos socioeconômicos fundamentais; 3) direitos de nacionalidade fundamentais; 4) direitos políticos fundamentais; 5) direitos político-partidários fundamentais; 5) direitos coletivos e difusos fundamentais (nesse tocante, registremos que todos os direitos fundamentais, por estarem substancialmente caracterizados na dignidade humana, designam interesses de natureza individual e transindividual. Assim sendo, as tradicionais liberdades públicas e suas garantias são também de interesse nitidamente metaindividual).

A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.

Ao alargar consideravelmente o universo dos direitos fundamentais, a Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo, no que respeita à matéria. Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III).

Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora. Como afirma Jorge Miranda (1996, p. 166): “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Destaque-se também que construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no artigo 3º da Carta de 1988. Para José Afonso da Silva (1995, p. 107):

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Podemos inferir, pela leitura de mencionados dispositivos, que o constituinte preocupou-se acentuadamente em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social. Neste sentido, a lição de Antonio Enrique Pérez Luño (1991, pp. 288-289):

Los valores constitucionales poseen una triple dimensión: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) orientadora – metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y c) crítica – para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. (...) Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica

*teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad.*³⁵

Sem dúvida, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como meta-princípio de todo o ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração, a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional. Comentando o modo como os tribunais de outros países assimilaram este valor, Pérez Luño (1991, p. 292) comenta:

*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania ha considerado en numerosas decisiones el sistema de los derechos fundamentales consagrados por la Grundgesetz como la expresión de una 'orden de valores', que deben guiar la interpretación de todas las restantes normas constitucionales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que se parte de que dichos valores se hallan basados y manifiestan 'conceptos universales de justicia'. También en España el Tribunal Constitucional ha sostenido expresamente que: "Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico".*³⁶

35 “Valores constitucionais têm três dimensões: a) fundacional - núcleo básico e formante de todo o sistema jurídico e político; b) orientadora - metas pré-determinadas ou propósitos que fazem ilegítima qualquer disposição legislativa que prossegue com outras finalidades, ou impeça a realização dessas declarações no sistema de valor constitucional; e c) crítico - para servir como critério ou parâmetro de valor para avaliar os fatos ou comportamentos. (...). Os valores constitucionais supõem, portanto, o contexto axiológico fundador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o parâmetro para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema da legalidade.” (PÉREZ LUÑO, 1991, pp. 288-289, tradução nossa)

36 “A jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha tem considerado, em inúmeras decisões, o sistema de direitos fundamentais consagrados na *Grundgesetz* [Constituição], como a expressão de uma “ordem de valores”, que devem orientar a interpretação de todas as outras normas constitucionais e o sistema jurídico como um todo, como supõe-se que estes valores são baseados em “conceitos universais de justiça”. Também na Espanha, o Tribunal Constitucional sustentou expressamente que: ‘Os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores e princípios de âmbito universal que (...) devem formar o todo do nosso sistema jurídico legal’.”. (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 292, tradução nossa)

Levando-se em conta que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores, podemos afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana norte hermenêutico que confere a ela unidade de sentido, informando a ordem materialmente constitucional de 1988, imprimindo-lhe feição particular, tendo em vista as contingências da realidade e a singular complexidade brasileira. Por outro lado, podemos considerar que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como os demais valores intrínsecos aos direitos e garantias fundamentais, são parâmetros exegéticos intensamente vinculativos, valores-princípios que traduzem as exigências da justiça e da jusfundamentalidade, como o caso da vida, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da saúde, do meio ambiente, da paz, entre tantos outros. Todas as cláusulas pétreas têm a sua razão suficiente na dignidade humana e dela asseguram a democracia e a liberdade-igualdade-solidariedade federativas, políticas, institucionais e humanas fundamentais.

Com efeito, a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é re-dimensionada, na medida em que privilegia e engloba os direitos fundamentais e induz a maneira como o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado. Constatada-se, assim, nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada carta de direitos e garantias. Todavia, a Carta de 1988 não se atém apenas a alterar a topografia constitucional tradicional e elevar a cláusula pétrea os direitos e garantias individuais (e todos os direitos humanos). O texto de 1988 ainda inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, não mais se limitando a assegurar direitos individuais. Passa a Carta de 1988 a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, aqueles pertinentes à determinada classe ou à categoria social e esses pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição dos destinatários e pela indivisibilidade de seu objeto.

Sem dúvida, não há como negar o que segue: o texto constitucional traz a preocupação em afirmar um rol de direitos máximos cuja supremacia formal atrela-se e justifica-se na rigidez constitucional, enquanto a supremacia material tem sua razão suficiente de ser na consagração de valores que atestam o que no plano da história e da cultura de um país é relevante para seu povo, à luz das construções internacionais que dão prevalência aos direitos humanos ou de soluções jusfundamentais de âmbito apenas interno (por exemplo, o 13º salário integra um direito de natureza funda-

mental que, no contexto nacional, caso fosse cancelado por reforma constitucional , traria violações à dignidade de indivíduos e de famílias). No entanto, não posso compreendê-lo como direito fundamental com vocação mais universalista, como o direito à vida.

Atente-se, ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, § 1º, o que, de acordo com uma primeira análise, leva-nos a interpretá-lo como a condenação do constituinte em face da inércia do Estado, quanto à concretização de direitos fundamentais, embora saibamos que muitos desses direitos necessitam, para sua viabilização, de integração normativa e atuação governamental-administrativa posteriores. No entanto, o dever de agir para garantir os direitos fundamentais e a exigência de que os poderes públicos confirmem eficácia máxima e imediata a muitos deles é algo que decorre de citado dispositivo. Para Canotilho (1992, p. 578), o sentido fundamental dessa aplicabilidade direta está em reafirmar que:

Os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são *meras normas* para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais.

Ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, a Carta de 1988 também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Vale lembrar que, ao longo da história constitucional brasileira, as Cartas de 1824 e 1891 foram Constituições liberais; já a Constituição de 1934 e seguintes (com exceção da Carta de 1937) podem ser classificadas como Constituições Liberal - Sociais. De todo modo, a Carta de 1988 expande, consideravelmente, o universo de direitos sociais, integrando-os na Declaração dos Direitos Fundamentais. Nesse passo, a Constituição de 1988, além de afirmar

no artigo 6º que «são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados», ainda apresenta uma ordem social com amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplificação, destacam-se determinados dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, dentre os deveres do Estado e direitos do cidadão, a saúde (art. 196), a educação (art. 205), a cultura (art. 215), as práticas desportivas (art. 217), a ciência e a tecnologia (art. 218), dentre outros.

A essa ordem social conjugam-se uma ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como determina o artigo 170 da Carta de 1988. Trata-se de ordem econômica complexa, porque, como atenta Celso Bastos (1999, p. 361):

Nela intervêm não só disposições ou preocupações com a geração, circulação e consumo de bens, como também princípios e normas retratadoras de realidades mais atinentes a outros planos. Exemplos: inciso III do artigo 170, função social da propriedade; inciso VI, defesa do meio ambiente; e inciso VII, redução das desigualdades regionais e sociais.

É nesse sentido que a ordem econômica da Constituição de 1988 busca combinar a livre iniciativa e concorrência (arts. 1º, IV e 170, IV) com a atuação do Estado, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja como agente econômico que desenvolve atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país (arts. 173 e 174, respectivamente). Saliente-se, ademais, que a ordem econômica na Constituição de 1988 faz opção pelo sistema capitalista que, todavia, não está em relação excludente com o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, cunhado no título definidor da ordem social dessa mesma Carta. Esclareça-se: o Estado de bem-estar social não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade coletiva dos meios de produção, mas implica modelo de Estado que seja apto a concretizar o direito a prestações positivas,

o que inclusive resulta o desafio de arquitetar estrutura tributária e fiscal condizente com esse modelo.

Em síntese, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de Direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável, confirmando o texto constitucional de 1988, a necessidade de se somar ao modelo liberal de Estado - nele também consagrado - em face do aumento de bens merecedores de tutela, um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador.

Nessa altura de nossas observações, cabe esclarecer que a definição de direitos humanos aponta uma pluralidade de significados. No dizer de Hannah Arendt, a cidadania não é um dado, mas um construído. Considerando a historicidade dos direitos humanos – da qual decorre a pluralidade de concepções –, optamos pela concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

A chamada concepção contemporânea de direitos humanos é fundada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição. Indivisibilidade, porque os direitos civis e políticos hão de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade. Essa concepção, acolhida pela Declaração Universal em 1948, veio a ser endossada pela Declaração de Viena de 1993 que, em seu parágrafo 5º, consagrou que os “direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Adotada essa concepção de direitos humanos, há que avaliar o modo pelo qual a Carta de 1988 assegura a proteção dos direitos humanos, a partir das noções de universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Com relação à universalidade dos direitos humanos, notemos que a Constituição de 1988, ao eleger o valor da dignidade humana como princípio fundamental da ordem constitucional, compartilha da visão de que a dignidade é inerente à condição de pessoa, ficando proibida qualquer discriminação. O texto

ênfatisa que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Quanto ao caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, ressalte-se que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, não separando os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

No campo das garantias fundamentais, a ordem constitucional de 1988 também introduz inovações. Ao lado de garantias tradicionais, como o *habeas corpus* (previsto pela Constituição de 1891), o mandado de segurança e a ação popular (previstos pela Constituição de 1934), a Carta de 1988 estabelece como novas garantias constitucionais o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo.

Após essas breves observações, acerca da configuração dada pelo constituinte originário aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, passaremos a tecer observações que importam mais imediatamente aos objetivos deste trabalho. Dessa forma, a última cláusula pétrea elencada pela Constituição brasileira de 1988 impede emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV). Ressalta Ivo Dantas (1994, p. 146) que a forma como o constituinte incluiu e redigiu o inciso IV dará margem ao estudioso para que este enfrente grande quantidade de questões, algumas de natureza filosófica ou sociológica, e outras de conteúdo propriamente jurídico-positivo.

Uma questão que de modo algum está isenta de polêmica é a que se volta para a expressão “direitos individuais” deste inciso IV. Realmente, compete investigar se essa expressão refere-se apenas aos direitos de liberdade ou ao conjunto dos direitos fundamentais. Em favor da primeira alternativa, aparece a terminologia utilizada na Constituição para sistematizar a regulação dos direitos fundamentais. O título II da Constituição é denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Seu capítulo I intitula-se “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, estando relacionados em seu único artigo todos os clássicos direitos de liberdade, além de outros de natureza individual (ou mesmo metaindividual, como no caso do direito de reunião. O

capítulo II denomina-se precisamente “Dos direitos sociais”. Identificados ao valor igualdade em acepção mais material do que formal, tais direitos de natureza socioeconômica colocam em evidência, mais do que a presença de interesses e titularidades individuais desses direitos sociais, a necessidade de tutela dos mais vulneráveis, ou mesmo de coletividades de hipossuficientes merecedoras de tutela afirmativa desses direitos que estão em consonância direta com a dignidade humana. Os capítulos III, IV e V ocupam-se dos direitos políticos e da regulação de aspectos a eles relacionados. Conforme acentua Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 244), alguns problemas surgem da correlação entre esta sistemática e o inciso IV do § 4º do art. 60:

O primeiro problema do inciso IV do § 4º do art. 60 é a utilização da expressão “direitos e garantias individuais em detrimento de direitos e garantias fundamentais” ou “direitos e garantias individuais e coletivos”, que são, respectivamente, as denominações atribuídas pelo constituinte ao Título II e ao Capítulo I desse mesmo Título. Em nenhum momento a Constituição utiliza-se da locução “direitos e garantias individuais” isoladamente. Isto obriga o magistrado a tomar uma série de decisões, quase todas elas passíveis de críticas.

Tomando por base tal observação, algumas saídas são postas em discussão: interpretar literalmente a Constituição e elaborar uma lista dos direitos e garantias de caráter individual que habitam toda a Constituição, além daqueles que ela não exclui, por força do parágrafo 2º; afirmar que o constituinte realizou uma opção ideológica de proteção exclusiva dos direitos liberais, deixando de fora direitos políticos e sociais indispensáveis à realização da dignidade humana e da autonomia individual na esfera pública e, como terceira saída, restringir a proteção dada pelo inciso IV do § 4º do art. 60 aos direitos elencados no art. 5º da Constituição.

O vocábulo “garantia” encerra polissemia que deve ser explorada pelo intérprete atento à necessidade de reconhecer sua complexa polissemia. Desse modo, todos os sentidos de “garantia” estariam respaldados na força hermenêutica do núcleo pétreo? Nesse sentido, somos propensos a reconhecer que a aptitude constitucional da expressão revela aspectos principiológico-normativos, jurisdicionais, processuais... voltados à efetiva proteção dos direitos maiores inscritos na Constituição, não necessariamente escritos. Extensivamente, cremos que o melhor juízo hermenêutico seja

aquele que nos permite compreender além da letra todo do dispositivo para inferirmos que todos os direitos fundamentais (e todas as garantias dos direitos individuais, coletivos e difusos fundamentais) são disposições pétreas. São limites matérias ao poder de reforma constitucional, portanto, o princípio da legalidade (e todas as suas modalidades); o princípio da proteção judiciária; o direito à segurança e derivados (direito adquirido, segurança domiciliar, das comunicações pessoais, em matéria penal e em matéria tributária, entre outros, os remédios constitucionais e demais garantias de todas as espécies de direitos de dignidade).

Por outro lado, Gilmar Ferreira Mendes (1997, p. 80) é um dos autores que recusa estender o sentido da expressão “direitos e garantias individuais” para compreender outras espécies de direitos fundamentais, filiando-se ao último entendimento supracitado:

Ao consagrar a cláusula pétrea em apreço, referiu-se o constituinte, expressa e inequivocamente, aos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º). A simples enunciação do problema e a utilização de uma terminologia diferenciada parecem demonstrar que o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas suas diversas dimensões. É certo, por outro lado, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender do disposto nos artigos 6º, 7º e 8º do texto constitucional. A cláusula pétrea do art. 60, § 4º não parece abranger os direitos sociais, que, como visto, se não confundem com os direitos individuais propriamente ditos (...). Essa tendência reflete a ideia de que, diferentemente de outros princípios constitucionais, que podem revelar-se dispensáveis ou suscetíveis de atualização no curso do desenvolvimento constitucional, os direitos individuais são apanágio do Estado de Direito, revelando-se, na sua essência, duradouros ou permanentes. Vê-se, pois, que a opção do constituinte brasileiro pela imutabilidade dos direitos individuais se explica também de um prisma estritamente material ou ontológico. É que, enquanto os direitos individuais propriamente ditos — especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade — guardam, na sua essência, uma certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito, os direitos so-

ciais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo. Também por essa razão, alguns modelos constitucionais, como é o caso da Lei Fundamental de Bonn, não contêm uma disciplina analítica dos direitos sociais, entendendo suficiente e adequada a instituição do Princípio do Estado Social, cuja concretização é confiada ao legislador ordinário. Assinale-se, a propósito que uma peculiaridade dos direitos sociais ou, se se quiser, dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do status quo. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftsgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica. Parece inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, § 4º, IV, da Constituição são, fundamentalmente, aqueles analiticamente elencados no art. 5º. (grifo nosso)

O ponto de vista transcrito, efetivamente, por mais que encontre seus adeptos, sofre severas críticas por parte daqueles que propugnam uma dilatação da expressão “direitos e garantias individuais” para que possa abarcar outros direitos fundamentais positivados na Constituição. Neste sentido, Ivo Dantas (1994, p. 147) afirma:

Correto é concluir-se que a orientação imposta pelo constituinte brasileiro é no sentido amplo, ou seja, incluir na expressão “direitos e garantias individuais” tudo aquilo que está referido no Título II, sobretudo porque, representa o conteúdo dos arts. Referidos, nada mais, nada menos, que os Princípios Fundamentais expressos nos arts. 1º e 3º.

Conforme se nota, tal posicionamento leva à conclusão de que o constituinte teria colocado tais matérias sob o manto das cláusulas pétreas. Referida abordagem principiológica, assim, leva-nos à compreensão dos direitos fundamentais, acima de tudo, como expressão de uma esfera de proteção indispensável à realização da dig-

nidade humana. Destarte, os direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, como elementos essenciais da dignidade humana e que habilitem a democracia, deveriam, ainda de acordo com as consequências desse tipo de posicionamento, estar protegidos em face do poder de reforma, estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, algo expressamente admitido pelo parágrafo 2º do art. 5º da Constituição:

Assim, além dos direitos e garantias que asseguram a autonomia privada e o Estado de Direito, também deve compor o rol das cláusulas superconstitucionais diversos direitos políticos – sem os quais a democracia se transforma numa fórmula vazia – e direitos de ordem econômica e social. Especialmente em países marcados por enormes desigualdades socioeconômicas, como o Brasil, a promoção e a garantia de direitos que assegurem a subsistência, a educação, a habitação, a saúde e o trabalho são essenciais não apenas para que os indivíduos estejam aptos a participar do processo democrático mas, também, como garantia da própria dignidade humana. Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia (VIEIRA, 1999, p. 246).

Conforme havíamos mencionado em outro ponto da obra, é realmente forte no meio jurídico pátrio a corrente doutrinária que propugna que os direitos sociais consagrados na atual Constituição brasileira constituiriam limitações implícitas. Carlos Mário da Silva Velloso, como já observado, adota, no entanto, posição ainda mais contundente, defendendo que tais direitos constituiriam verdadeiras limitações expressas, ao sustentar que a Constituição, ao estabelecer que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, não estaria se referindo, tão somente, aos direitos e garantias inscritos no art. 5º, já que os direitos fundamentais, ou os direitos humanos, são de várias gerações, incluindo-se os direitos sociais como direitos de segunda geração. Tal ponto de vista, lembremos aqui, encontra-se entre os votos dados no âmbito da Adin nº 939-7/DF, na qual o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e às garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e

direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias fundamentais e individuais, logo, imodificáveis.

Um dos principais defensores da inclusão dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, Paulo Bonavides (1996, pp. 594-595) expõe que a observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formariam, nos dias de hoje, o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do poder. E prossegue:

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, que é aquele do art. 1º da Carta Política da República. Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a “sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobre-dito art. 3º. Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, por seus vínculos principais já expostos – e foram tantos em sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.

De todo modo, os vários posicionamentos doutrinários relacionados aos modos de interpretação do inciso IV do § 4º do art. 60 nos indicam o quão temerário é aderirmos a uma concepção hermenêutica estrita dos dispositivos, ao arrepio do

espírito da Lei Maior, não ampliando o rol de direitos máximos explícitos e implícitos que, segundo entendemos, devam constituir o núcleo intangível da Constituição, sob o risco de incluir direitos absolutamente secundários e deixar sem proteção direitos imprescindíveis à democracia e à preservação da dignidade humana, em seus múltiplos aspectos individuais e metaindividuais. Ademais, parece pertinente observar que, para além das controvérsias, a afirmação de que a proteção contra o poder de reforma projeta-se, em alguma medida, à atual configuração dos direitos individuais não obstrui inteiramente a modificação de dispositivos constantes do art. 5º. Primeiro, pelo fato de alguns de seus incisos conterem regras acerca das quais não é possível sequer considerá-las como expressão de algum aspecto de um direito fundamental. E segundo, não lesionam a esfera da liberdade individual atualmente configurada em modificações do texto que não afetem o respectivo conteúdo, nem alterações substanciais que não diminuam o grau de proteção da respectiva garantia. E terceiro, algumas das disposições do art. 5º têm elas mesmas a estrutura normativa de princípios, sendo-lhes, portanto, imanente a abertura à reforma.

Por fim, cumpre novamente chamar a atenção para o seguinte. Partilhamos do entendimento de que a textualidade jusfundamental direcionada à interpretação conduz a algumas conclusões de caráter exegético: 1) todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas (lembramos, no entanto, que a expressão "direitos fundamentais" diz respeito ao que o poder originário positivou como fundamental, mesmo que não seja).

2) Há limites materiais de essência jusfundamental que não se encontram expressamente registrados no texto magno. O artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira estabelece: "*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*".

3) Há cláusulas pétreas que, em um primeiro exame, não aparentam constituir item do núcleo intocável da Constituição (porém, a compreensão pautada em uma hermenêutica pluralista - que concilia todos os métodos de interpretação jurídica, constitucional e jusfundamental - permite chegar à conclusão de que certas disposições encontram-se diretamente fundadas na dignidade humana, tal como o direito fundamental do menor de não ser submetido a tratamento desigual entre iguais (todo e qualquer menor - criança ou adolescente - deve maximamente amparado pelo Estado

e pela sociedade e respeitado em sua condição de indivíduo em formação intelectual e transformação biológica singular, não sendo submetido à forçosa maioria em face de um clamor público que não considera a pequena porcentagem de crimes mais graves cometidos por menores infratores. Os menores, com mais razão, devem receber suprema proteção possível que se possa dar pelas consequências de interpretações metodologicamente diversas do art. 228 de Constituição de 1988, interpretado sistematicamente à luz de diversos princípios e regras localizados na Constituição e além dela. Repelimos a interpretação que pretende negar a evolução dos direitos da criança e do adolescente, que atropela valores e princípios que, compreendidos de acordo com os interesses dos mais vulneráveis, realiza o movimento inverso voltado à afirmação de carga axiológica positiva e não antivalorativa (no lugar dos antivalores indignidade, não-liberdade, discriminação, entre outros, para todos os menores dignidade, educação, esperança, liberdade, entre outros valores que devam ser realizados de acordo com o que preceitua o art. 227 da Constituição: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*” Inferindo, hermeneuticamente: não será admitida proposta de emenda tendente a abolir direitos adquiridos de natureza máxima dos menores, entre eles, dignidade, liberdade, educação. Qualquer reação antivalorativa pode e deve ser hermeneuticamente combatida (e não será admitida qualquer proposta de emenda que, na contramão do espírito da Constituição, seja instrumento de intensificação da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão a que estão submetidos milhões de nossos menores).³⁷

37 Neste sentido, sugiro a leitura do esclarecedor artigo do professor Oscar Vilhena Vieira que lista relevantes argumentos para que não possamos admitir, à luz ao menos do que preceitua a Constituição, a redução da maioria penal (sem impedir eventual ampliação dessa maioria). Pela importância do que foi exposto pelo articulista, segue o texto na íntegra: “A questão da redução da maioria penal voltou à pauta esta semana e, com ela, a discussão das cláusulas pétreas. A Constituição de 1988 é um documento razoavelmente flexível, tanto que em apenas 27 anos recebeu mais de 80 emendas. Nem tudo, no entanto, pode ser objeto de alteração. É o que determina a Constituição Federal ao vetar emendas tendentes a abolir a federação, a separação de poderes, o voto e os direitos e garantias individuais. São as chamadas cláusulas pétreas. Essa é uma cautela que muitas constituições passaram a tomar

4) Caso seja possível compreender que a supremacia do núcleo fundamental não é apenas formal, mas é também axiológica, não nos parece ousadia demasiada sustentar a existência de um bloco de constitucionalidade que esteja amparado nas decisões pétreas do constituinte e que envolva normatividade jusfundamental.

5) Sustentamos que o conhecimento de todas as técnicas hermenêuticas permitem ao estudioso e aplicador do direito o reconhecimento de que, pelos entendimentos que adotamos, há aparentes limites materiais que não se sustentam

após experiências autoritárias, onde emendas constitucionais foram amplamente utilizadas para solapar a democracia e os direitos fundamentais, como na Alemanha de Hitler. Na América Latina, de hoje, não parece ser uma cautela à toa. A questão a saber é se o artigo 228 da Constituição, que estabelece a maioridade penal apenas aos 18 anos, deve ser considerado uma cláusula pétrea. Se mirarmos os precedentes firmados pelo STF (Supremo Tribunal Federal) nas últimas décadas a resposta é afirmativa. Em 1993 o Supremo, pela primeira vez, deparou-se com a necessidade de julgar a validade de uma emenda constitucional. Sem maiores cerimônias entendeu que o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras), criado pela Emenda nº 3, era inconstitucional, pois violava o “princípio da anterioridade”, inscrito no artigo 150 da Constituição, pelo qual não se pode determinar a cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro que o instituiu. Em 1999, o Supremo declara a inconstitucional de parte do conteúdo da emenda nº 20, que estabelecia um teto para o pagamento da licença maternidade pela Previdência Social. De acordo com a maioria, isso geraria uma discriminação inaceitável no mercado de trabalho, onerando desproporcionalmente as mulheres. Em 2013, o Supremo fulminou a Emenda nº 62, que estabelecia novo regime para os precatórios. Entre outros pontos, entendeu que a emenda feria o direito à propriedade, por estabelecer um índice de correção monetária desfavorável aos cidadãos. Logo, se o Tribunal for minimamente consistente com os seus precedentes, não haveria outra decisão a tomar se não impedir a tramitação da PEC-173, que reduz a maioridade penal. Como reiteradamente salientado pelo STF nesses casos, os direitos e garantias fundamentais dispersos pelo texto constitucional fazem parte do núcleo irreduzível da Constituição. Não há porque se excluir deste rol os direitos dos adolescentes que, de acordo com o artigo 227 da Constituição, têm ‘absoluta prioridade’ sobre os demais interesses. O objetivo das cláusulas é impedir que paixões e interesses de maiorias circunstanciais ponham em risco a democracia ou constrem os direitos de minorias. Em especial, minorias sub-representadas e discriminadas. Este parece ser o caso dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil. Nas últimas décadas o Brasil foi o segundo país que mais matou os seus jovens, em especial negros e moradores das periferias, como deixa claro recente relatório da Unicef. Por outro lado, os adolescentes foram responsáveis no ano passado por menos de 1% do total de 56 mil homicídios cometidos no país. Imputar aos adolescentes a responsabilidade pela violência no Brasil é um ato de discriminação inaceitável. É, portanto, uma afronta à ‘maioridade constitucional’”. (<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2015/04/1612292-maioridade-constitucional.shtml>)

condição de pétreas, após o envolvimento hermenêutico mais apurado do exegeta com o texto constitucional.

7.7.1 JURISPRUDÊNCIA

“O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo limitação ao poder impositivo do Estado.” (RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, DJE de 6-5-2011, com repercussão geral.) Vide: ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, DJ de 18-3-1994.

“A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. O art. 78 do ADCT, acrescentado pelo art. 2º da EC 30/2000, ao admitir a liquidação ‘em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos’ dos ‘precatórios pendentes na data de promulgação’ da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. **Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta ‘a separação dos Poderes’ e ‘os direitos e garantias individuais’.**” (ADI

2.356-MC e ADI 2.362-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 19-5-2011.)

“Em resumo, tenho que leitura isolada do art. 37, XI, da CR, com a redação da EC 41/2003, nos termos em que o interpretaram as resoluções do Conselho, não se ajusta ao preceito fundamental da isonomia, transpondo, nessa medida, os limites do poder constitucional reformador (CF, art. 60, § 4º, IV).” (ADI 3.854-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-2-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.)

“Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/2003, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. **Nem da interpretação mais generosa das chamadas ‘cláusulas pétreas’ poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos.**” (MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-2006, Plenário, DJ de 6-10-2006.)

“No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da **aposentadoria de servidor público** o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica váli-

da que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. (...). Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da EC 41, de 19-12-2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. (...) São inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constantes do parágrafo único, incisos I e II, do art. 4º da EC 41, de 19-12-2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da CR, com a redação dada por essa mesma emenda.” (ADI 3.128 e ADI 3.105, Rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-8-2004, Plenário, DJ de 18-2-2005.)

“Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) (arts. 84 e 85, acrescentados ao ADCT pelo art. 3º da EC 37, de 12-6-2002). Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, IV, do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. ” (ADI 2.666, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-10-2002, Plenário, DJ de 6-12-2002.)

“Emenda constitucional: limitações materiais (cláusulas pétreas); controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36): alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. ” (MS 23.047-MC,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-2-1998, Plenário, DJ de 14-11-2003.)

“Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o **Imposto Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF)**, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição).” (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, DJ de 18-3-1994.)

“Proposta de emenda à CF – **Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária** – Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional. Inexistência de controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro. ” (ADI 466, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-1991, Plenário, DJ de 10-5-1991.) (Grifos acrescentados)

“**Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto.** Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado,

Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos

a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”. (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12-5-2000, p. 20)

CONCLUSÕES

Do exposto é possível inferir algumas proposições básicas relativas à temática dos limites materiais ao poder de reforma constitucional. A finalidade da rigidez e das cláusulas pétreas da Constituição não é levá-la à eternização, mas reconhecer que há valores e motivações que serviram de inspiração às aspirações dos constituintes originários, dotados de vocação à perenidade. Como portadoras dessa carga acima de tudo axiológica, configurada nos princípios não passíveis de abolição, as Constituições devem ser mantidas, não no plano absoluto, mas com relativização também dos fatores reformistas. Nesse sentido, percebemos que o núcleo jusfundamental que fundamenta as cláusulas pétreas atende à necessidade do reconhecimento hermenêutico de que todas as disposições textuais protegidas do poder de reforma constitucional – e naturalmente de outros mecanismos atentatórios às decisões de fundo, que o constituinte originário realizou para a garantia do Estado Democrático de Direito, assentado na dignidade da pessoa humana.

O autêntico núcleo fundamental de uma Constituição, em oposição a disposições equivocadamente declaradas como nele inseridas, deve ser protegido do procedimento reformador, sem olvidar que, embora a maior parte das normas que constituem esse núcleo estejam expressamente resguardadas pela intransponibilidade, outras há que merecem a mesma atenção, já que sua alteração representa verdadeira mudança na identidade de uma Constituição. Entendemos que o equívoco consiste em petrificar justamente o que pode ser maleabilizado no curso da aplicação e da vigência da Lei maior. Seria um contrassenso insistir-se ortodoxamente na observância de processos e formas de defesa da Constituição pela adjunção de normas

caracterizadoras de preceitos de irreformabilidade que poderiam, paradoxalmente, constituir-se em obstáculos à própria permanência da Constituição.

Por mais que muitas vezes a ruptura constitucional produza melhores resultados do que aqueles advindos de uma Constituição enferma e cambaleante, sustentamos a necessidade de se verificar se seus males são resultado de afronta a dispositivos de seu núcleo essencial ou decorrem de fatores alheios à identidade constitucional. Se se confirmar a segunda hipótese, deve-se, em prol, acima de tudo, da estabilidade político-institucional, sanar eventual descrédito com a ordem constitucional por meio da reiteração dos valores essenciais consagrados nos limites materiais, se ainda gozarem de correspondência social. Interpretados adequadamente, os autênticos - e não aparentes - preceitos pétreos servem para, num momento de reformulação da ordem constitucional, franquear a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, permitindo que as gerações futuras usufruam das conquistas normativo-axiológicas, sem comprometimento do direito de cada geração escolher seu próprio destino.

Deve-se ter cautela, no entanto, ao hermeneuticamente projetar limites materiais sobre amplos setores da Constituição, bloqueando-se assim seu desenvolvimento juridicamente regrado, comprometendo-se o equilíbrio entre estabilidade e dinâmica constitucional. Primordialmente, racionalidade e prudência devem apontar o conteúdo que, efetivamente pode e deve ser considerado essencial, com amparo, acima de tudo, nos princípios fundamentais da Lei Maior. Assim, fundamental será para a estabilidade constitucional a compreensão de que os limites da reforma configuram princípios, que, como tais, podem ser realizados de diferentes maneiras, e não apenas na forma como a Constituição os regula. Aliás, a existência de alternativas quanto à sua concreta realização histórico-institucional é imanente aos valores políticos que identificam as decisões fundamentais do constituinte e que são a essência daqueles princípios.

Cada uma das exigências constantes do parágrafo 4º do art. 60 de nossa Constituição deve conduzir a uma configuração positiva, diferente daquela que se encontra na Constituição. Nenhum dos princípios destacados neste parágrafo está configurado de modo incondicional e absoluto. A orientação principiológica da interpretação dos limites não conduz ao campo da certeza definitiva para toda e qual-

quer questão que venha a ser suscitada diante de uma reforma da Constituição, nem oferece critérios para instantânea aferição de sua validade. Porém, previne contra a tentação de considerar possível estabelecer, de antemão, o âmbito material reservado ao poder reformador, oferecendo racionalmente fundamentações dos juízos de validade ou invalidade dos específicos atos de reforma.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição:** um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, s.d.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, Volume nº 24, nº 96.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1999.

ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas.** São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. **A política.** São Paulo: Edições de Ouro, 1974.

ARRAIS, Monte. **O Estado novo e suas diretrizes.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1938.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** São Paulo: Malheiros, 1998.

AYALA, Francisco. **La teoría del poder constituyente.** “La Ley”, Buenos Aires, t. 29.

Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BADÍA, Juan Ferrando (org.). **Regimenes políticos actuales.** 3. ed. Barcelona: Tecnos, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. **Revista de Direito Administrativo**, 198, Rio de Janeiro, 1994, pp.39-52.

_____. **Teoria da Constituição.** São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

_____. **Teoria geral do federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTID, Paul. **Sieyès et sa pensée.** 2. ed. Paris: Hachette, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Revisão constitucional só mediante plebiscito, In: **Revista Literária de Direito**, Ano IV, nº 19, setembro/outubro de 1997.

_____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** V.4, tomo I, São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. O significado clássico e moderno de política in **Curso de Introdução à Ciência Política.** Brasília: Universidade de Brasília, 1982, v 7.

_____. **O tempo da memória:** de senectute e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Ciência política**. 10. ed (9ª tir.). São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BRITTO, Carlos Ayres. A reforma constitucional e sua intransponível limitabilidade. In: RANDA, Jorge (coord.) **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

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

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 7. ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

_____. **Traité de science politique**. Tomo IV, 2. ed. Paris: LGDJ, 1969.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Sistemas eleitorais versus representação política**. São Paulo: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARPIZO, Jorge. **Lineamientos constitucionales de la Commonwealth**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. Campinas: Unicamp, 1997.

CASTRO, Araujo. **A nova Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

CATTANEO, Mario A. **El concepto de revolución em la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1968.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLAUTTI, Carlos E. **Curso de derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CRETELLA JR. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, v. V. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

CUNHA, Fernando Whitaker da. O sistema constitucional brasileiro. In: **Espaço Jurídico**, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Revisão constitucional: legitimidade ou ilegitimidade? In: Revista Consulex, 1997. Cf. também artigo publicado em 14/06/1997, Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz140611.htm>>. Acesso em: 05/10/2015.

DANTAS, Ivo. **Poder constituinte e revolução**: breve introdução à teoria sociológica do direito constitucional. São Paulo: Jalovi, 1985.

_____. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. **Constituição federal – teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

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

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Derecho constitucional**. Madrid: 1984.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ESMEIN, Adhémar. **Éléments de droit constitutionnel français et compare**. 7. ed. (segundo tomo). Paris: Librairie de La Societé Du Recueil Sirey, 1921.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRE, Simone Goyard-Fabre. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A revisão constitucional no Brasil, **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, v. 29, n. 114, p. 14, 1992.

_____. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. **Poder constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA, Luís Pinto. **Da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

_____. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Estado de direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Uma constituinte lenta, gradual e segura in: FORTES, Luiz Roberto Salinas; NASCIMENTO, Milton Meira do (orgs.) **A Constituinte em debate**. FORTES, Luiz Roberto Salinas; NASCIMENTO, Milton Meira do (organizadores). São Paulo: Sofia/Seaf, 1986.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

FRIEDRICH, Carl. **Gobierno constitucional y democracia**. v. 1. Madrid: IEP, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Permanência e mudança na Constituição. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 71, pp. 233-263, julho de 1990.

JOBIM, Nelson. Da Constituição. Conceito, objetos, tipos... **Cadernos do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal**. Brasília: CJE, 1994, v. 6.

JOUVENEL, Bertrand. **El poder**. Madrid: Nacional, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

_____. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** 2. ed. Madri: Tecnos, 1999.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição política**. São Paulo: Global, 1987.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder constituinte reformador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas** (edição integral). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARINHO, Josaphat. Limites do poder de revisão constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1959.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. **Teoria constitucional**. Santiago do Chile: Conosur, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Ano 5, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1997, pp. 69-91.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976** (Volumes I, II e III). Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Poder constituinte, **Revista de Direito Público**, vol. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)**. Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A revisão constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. **O Estado é meio e não fim**. São Paulo: Saraiva, 1955.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Da Constituição à constituinte**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

POUND, Roscoe. **Liberdade e garantias constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo, 1962.

REALE, Miguel. Contrastes e confrontos constitucionais. In: **O Estado de S. Paulo**, 13-11-1999.

_____. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: Senac, 2000.

_____. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Propostas para revisão constitucional de 1993**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1993.

RIGAUX, Marie-Françoise **La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante**. Bruxelles: Larcier, 1985.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. A limitação material do poder constituinte derivado. **Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: Síntese, V. 2, 2000.

ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Cidade do México: Coyoacán, 1997.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais in **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 29, 1996.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **La dictadura**. Madri: Alianza, 1985.

_____. **Legalidad e legitimidad**. Madri: Aguilar, 1971.

_____. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madri: Tecnos, 1996.

_____. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SEGADO, Francisco Fernández. El regimen político británico. In: **Regímenes políticos actuales**, coord. Juan Fernando Badía, 3. ed. Madri: Tecnos, 1995.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Que é o terceiro estado?** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Poder constituinte e poder popular.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. O poder constituinte de revisão as cláusulas pétreas, **Revista dos Tribunais** 691/263, 1993.

SMEIN, Adhémar. **Éléments de droit constitutionnel français et compare.** 7. ed. (segundo tomo). Paris: Librariede La Societé Du Recuil Sirey, 1921.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à teoria do Estado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____; GARCIA; Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de política.** São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

SOUZA DANTAS, Luís Rodolfo A. de. Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (orgs.) **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Algumas problemáticas hermenêuticas acerca da Lei Maria da Penha. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margareth Anne (orgs.). **Evolução dos direitos da mulher no Brasil: a Lei Maria da Penha: comentários à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Osasco: Edifício, 2014.

_____. *A democracia nascente: Atenas depois de Clístenes.* In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Silas Rodrigues Gonçalves.** São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário/Scortecci, 2006.

_____. Considerações acerca da república da agoridade. In: **Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência.** Impetus: Niterói, 2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional.** Organização e atualização de Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoria constitucional.** Buenos Aires: Depalma, 1975.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VEDEL, Georges. **Manuel élémentaire de droit constitutionnel.** Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente.** Madri: Tecnos, 1999.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** Belém: Cejup, 1990.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Maioridade constitucional.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2015/04/1612292-maioridade-constitucional.shtml>. Acesso em: 18 mai. 2016.

Formato 160 x 230 mm

Mancha 125 x 185 mm

Tipologia Adobe Garamond Pro 9 / 10 / 11
Bernard MT Condensed 9 / 18

Papel Offset 75grs (miolo)
Cartão Triplex 300grs (capa)

Impressão

www.unifio.br
edifio@unifio.br

UNIFIO
CENTRO
UNIVERSITÁRIO FIEO



O tema abordado nesta obra, agora editada pelo EdiFIEO - Editora Universitária do UNIFIEO - é dos mais relevantes não apenas para a compreensão do Direito Constitucional brasileiro, centrado em uma constituição rígida e suprema, mas principalmente para revelar o patamar hierárquico que os Direitos Humanos Fundamentais assumem no Brasil.

Pouco explorado em obras específicas, é tema que, nos dias presentes, torna-se de conhecimento obrigatório, especialmente tendo-se em vista as discussões que se vêm travando no Supremo Tribunal Federal em torno da concepção e dos limites dos direitos humanos fundamentais: o caso do aborto, do feto anencefálico, das cotas raciais, dos direitos das minorias, da redução ou nova conformação dos direitos trabalhistas, da menoridade penal, entre outros. Não se pode ignorar também a importância do tema frente à chamada Reforma Política e Partidária, que, provavelmente, em razão de reclamo popular, deverá ser examinada pelo Congresso e pelo Supremo Tribunal Federal, já que ambas encontram óbices plantados pelos direitos fundamentais no próprio texto constitucional, razão pela qual exigirão cuidadoso exame dos limites materiais das emendas constitucionais frente às cláusulas pétreas.

Propõe-se o autor, então, não a analisar as implicações dos encontros e desencontros entre exegese e cláusulas pétreas, que exigiria uma pesquisa à parte, mas firma sua proposta no sentido de iniciar uma reflexão sobre a interpretação dos limites materiais do Poder de Reforma Constitucional à Constituição de 1988, com a finalidade de prevenir "interpretações específicas que importem sacrifício do equilíbrio entre estabilidade e transformação ou da função constitucional de limitação do poder".

Do Prefácio de Anna Candida da Cunha Ferraz.

ISBN 978-85-98366-75-3



9 788598 366753

edifio@unifio.br
www.unifio.br

UNIFIEO
CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO