

Igor bandeira de Mello Dourado Lopes



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL
POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DAS CLÁUSULAS
PÉTREAS**

por

IGOR BANDEIRA DE MELLO DOURADO LOPES

ORIENTADORA: REGINA COELI LISBÔA SOARES

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL: POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

por

IGOR BANDEIRA DE MELLO DOURADO LOPES

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Regina Coeli Lisboa
Soares

2009.2

RESUMO

São impostos diversos limites ao Poder Constituinte Reformador, que garantem a identidade e a estabilidade da Constituição. Dentre estes limites, encontramos as cláusulas pétreas, que impedem a modificação de determinadas matérias, tidas como o núcleo fundamental da Constituição. A doutrina se divide quanto à validade e eficácia de tais limites materiais. Para a doutrina majoritária, são limites absolutos e insuperáveis mediante reforma constitucional. Para outra parte da doutrina, são limites ilegítimos e ineficazes juridicamente. Para uma terceira corrente, são limites necessários, mas relativos, pois admitem superação mediante mecanismos legítimos, sem que seja necessário o recurso à revolução. Nesta corrente, há os que defendem a dupla revisão e os que defendem a manifestação popular direta (teoria do Poder Constituinte Híbrido ou Pontual). De fato, as cláusulas pétreas são importantes e exercem relevante papel na Constituição. Porém, não resistem à manifestação democrática direta, pois enquanto titular do Poder Constituinte, o povo não está sujeito às limitações impostas ao Poder Constituinte Reformador. Dessa forma, as cláusulas pétreas podem ser superadas mediante plebiscito e referendo, sem que seja necessário o recurso à revolução. Tal mecanismo pode ser perfeitamente adotado no Brasil, tendo em vista que a atual Constituição consagrou definitivamente a soberania popular e a democracia participativa como um de seus princípios fundamentais.

Palavras-chave: Constituição; Poder Constituinte; Teoria do Poder Constituinte; Alterações Constitucionais; Limites da Reforma Constitucional; Limites Materiais; Cláusulas Pétreas; Dupla revisão; Poder Constituinte Híbrido

Sumário

INTRODUÇÃO.....	05
1. CONSTITUIÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988....	09
1.1. Constituição: conceito, histórico e classificações	09
1.1.1. Conceito	09
1.1.2. Histórico	10
1.1.3. Classificações	11
1.2. Constituição Federal de 1988: contexto histórico e classificação	13
1.2.1. Contexto Histórico	13
1.2.2. Classificação	14
2. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE	17
2.1. Origem da teoria do Poder Constituinte	17
2.2. Conceito de Poder Constituinte	20
2.3. Espécies de Poder Constituinte	21
2.3.1. Distinção.....	21
2.3.2. Fundamento de existência do Poder Constituinte Derivado	26
2.4. Titularidade e legitimidade do Poder Constituinte	28
2.5. Formas de exercício do Poder Constituinte	30
3. ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS	33
3.1. Mudança, estabilidade e permanência da Constituição.....	33
3.2. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais	38
3.3. Processo formal de mudança da Constituição: reforma constitucional.....	42
3.4. Reforma constitucional na Constituição brasileira de 1988: emenda e revisão.....	45

3.5.	Controle de constitucionalidade da reforma constitucional	50
4.	LIMITES DA REFORMA CONSTITUCIONAL	53
4.1.	Fundamentos dos limites ao Poder Constituinte Reformador	53
4.2.	Tipologia dos limites impostos ao Poder Constituinte Reformador...	57
5.	OS LIMITES MATERIAIS E A POLÊMICA DOUTRINÁRIA: ABSOLUTOS, ILEGÍTIMOS OU RELATIVOS?	75
5.1.	Limites materiais absolutos e insuperáveis. Em defesa das cláusulas pétreas.....	76
5.2.	Limites ilegítimos e ineficazes. A negação das cláusulas pétreas	78
5.3.	Limites relativos. As críticas às cláusulas pétreas absolutas. A teoria da dupla revisão (dupla reforma) e teoria do Poder Constituinte Híbrido.....	80
6.	COMENTÁRIOS ACERCA DA POLÊMICA RELATIVA AOS LIMITES MATERIAIS. A NOSSA POSIÇÃO	91
	CONCLUSÃO	102
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

Apresentação do tema

Diante da enorme quantidade de informações e formas de interação do mundo globalizado, são geradas mudanças profundas e cada vez mais frequentes na sociedade moderna.

A evolução das sociedades é uma consequência direta de sua mobilidade, de sua capacidade de variação, que é cada vez mais contínua e acelerada, gerando transformações sociais, culturais e econômicas que influem diretamente na mutação dos princípios e instituições sociais.

As mudanças ocorridas podem fazer com que valores antes tidos como fundamentais, não tenham mais tamanha relevância para a próxima geração e talvez nada signifiquem para uma terceira geração seguinte.

Tendo em vista que o Direito é um, “processo de adaptação social”¹ ou “fato social”², é evidente que também deva estar sujeito às transformações sofridas pela sociedade. Em decorrência do dinamismo desta, cujos entendimentos estão em constante alteração com o decurso do tempo, deve haver um mecanismo que possibilite ao ordenamento constitucional acompanhar as evoluções das ideologias sociais, a fim de que seja garantida a soberania popular.

Neste sentido, o direito não pode ser estático, e deve, por sua própria natureza, estar sempre se renovando, se atualizando de acordo com os valores da sociedade a qual serve.

¹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 22.

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 02.

Dessa forma, na elaboração do Direito, deve-se atentar para o fato de que os valores sociais são constantemente mutáveis, de maneira que se deve fornecer ao Direito os meios de adaptação a estas transformações.

Neste contexto de frequentes transformações, torna-se imprescindível discutir, no plano constitucional, o processo de adaptação das Constituições às novas realidades, uma vez que é nas Constituições que encontramos os valores e regras supremas de um povo.

Nos dias atuais é pacífica e comum a existência de alterações constitucionais. No entanto nem sempre foi assim, houve um tempo, em épocas remotas, em que as constituições eram consideradas eternas. Resta evidente que esse entendimento não poderia perdurar no contexto sócio-cultural em que vivemos, uma vez que as constituições devem refletir as condições sociais, que detêm grande mobilidade, conforme destacado anteriormente.

Segundo José Afonso da Silva, “não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social.”³ É inconcebível, pois, no nosso tempo, imaginar uma Constituição inalterável.

Sendo assim, os assuntos referentes à reforma constitucional serão sempre tema de permanente interesse tanto para estudos jurídicos quanto para estudos políticos.

A problemática das reformas sempre esteve relacionada às Constituições rígidas, que possuem um processo mais dificultoso e solene para que se realizem adaptações, evidenciando-se nitidamente os limites às reformas impostos pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42.

Derivado. E é exatamente neste tipo de Constituição que focaremos nossos estudos.

A análise dos limites impostos ao Poder Constituinte Reformador ganha ainda maior relevância no caso brasileiro, tendo em vista que possuímos uma Constituição rígida, em virtude da figura das cláusulas pétreas (limites materiais) que, segundo a doutrina majoritária, são imodificáveis, pois protegem e garantem o valor integrativo da Constituição, sua substância e seu núcleo. Cumpre destacar, ainda, que é justamente devido à barreira representada pelos limites materiais que a Constituição Federal de 1988 é considerada por alguns doutrinadores como super-rígida, conforme observa Alexandre de Moraes:⁴

“Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas).”

O problema surge quando a adaptação das Constituições à realidade social passa por estas cláusulas imutáveis. E a dificuldade é recorrente, na medida em que em diversas ocasiões em que há uma proposta de reforma constitucional é invocado o óbice representado pelas cláusulas pétreas, neste sentido observa o professor Celso Ribeiro Bastos:⁵

“diante da incrível velocidade das mudanças no mundo globalizado, faz-se necessária uma adequação da rígida Constituição brasileira às novas tendências do direito público moderno, a começar por uma redução do seu conteúdo. Em contra partida, vê-se que a situação política brasileira vive hoje num impasse, diante da dificuldade em implementar as aclamadas reformas constitucionais.

Este impasse causa graves prejuízos à população e ao Estado, que estão visivelmente em crise, diante das distorções causadas pelos privilégios e

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *A reforma da Constituição: em defesa da revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>> Acesso em: 26 ago. 2009.

contradições que a Constituição estabeleceu e "engessou" no ordenamento jurídico pátrio."

Então como proceder às adaptações à Constituição quando estas são contrárias às cláusulas pétreas? A doutrina majoritária aponta que a única solução possível, para a superação dos limites materiais, seria o rompimento da ordem constitucional em vigor e a elaboração de uma nova Constituição, ou seja, a revolução. À luz deste entendimento verifica-se um absoluto paradoxo, apontado por alguns autores: as cláusulas pétreas, dotadas do caráter de imutabilidade, justamente para proteger e dar estabilidade ao núcleo da Constituição, exigem o rompimento da ordem constitucional que visam proteger ou o abandono do texto formal da Constituição.

Seria a ruptura constitucional o único mecanismo para alteração de cláusulas pétreas? Segundo outra parte da doutrina não, pois apontam a existência de mecanismos legítimos e democráticos para superação dessas cláusulas imutáveis, que seriam cláusulas de superagravamento.

A questão não é nem recente nem pacífica, e é nessa discussão acerca dos limites impostos à reforma constitucional e sobre a possibilidade de superação desses limites que será pautada a presente monografia.

Diante disso, serão estudadas as diversas correntes que se formaram acerca da validade dos limites materiais impostos ao Poder Constituinte Reformador.

São basicamente três as correntes a serem estudadas: uma aceitando e defendendo tais limites como absolutos; outra que não admite a existência dos limites materiais, por ilegitimidade e ineficácia jurídica; e outra que os aceita como necessários, porém não com um conteúdo absoluto, pois admitem sua superação através da dupla revisão, mecanismos de consultas populares, etc.

1. CONSTITUIÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Constituição: conceito, histórico e classificações

1.1.1 Conceito

A palavra “constituição” possui diversos significados, que exprimem uma idéia de modo de ser alguma coisa, modo pelo qual alguma coisa (entidade, ser vivo, instituição, etc.) é formada, organizada.

Nesse sentido, qualquer Estado organizado possui constituição. Mas o conceito que a nós importa determinar, não é este genérico, e sim o conceito de Constituição Estatal, o qual se refere ao modo como o Estado é juridicamente organizado. Assim, podemos entender a Constituição como o estatuto fundamental que organiza os elementos essenciais do Estado.

Atualmente, além dos ideais liberais, os autores acrescentam ao constitucionalismo contemporâneo o ideal democrático. Não é suficiente apenas a democracia (pois há o risco de opressão de uma maioria sobre uma minoria) nem apenas o constitucionalismo liberal (pois a sociedade onde a maior parte do povo é alijada das decisões não realiza os direitos fundamentais), é necessária a presença de ambos, considerando-se essencial a garantia das liberdades, juntamente com a participação política⁶. Dessa forma, atualmente, com o estágio de evolução alcançado, pode-se dizer que constitucionalismo e democracia são faces integrantes da mesma moeda.

⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 56, o professor acrescenta, ainda, como elementos essenciais ao conceito ideal de Constituição a divisão de poderes e a Constituição como documento escrito.

1.1.2 Histórico

Os doutrinadores que se dedicam ao estudo da origem das Constituições vislumbram já nos povos da Antiguidade o embrião do que hoje vem a ser Constituição.

Karl Lowenstein aponta os hebreus como os primeiros praticantes do constitucionalismo. André Hauriou, por sua vez, enxerga na Grécia o berço do Direito Constitucional. Há ainda outros autores que vêem no Egito algumas práticas constitucionais.⁷

É certo, porém, que a origem formal do constitucionalismo⁸ se deu somente no séc. XVIII, na Europa Ocidental, quando surgiu a idéia de Constituição escrita, e o termo “Constituição” passou a designar o conjunto de regras que determinam a organização fundamental do Estado, com o intuito de limitar o poder estatal, delineando direitos e garantias fundamentais.

Dalmo de Abreu Dallari salienta que o constitucionalismo, assim como a moderna democracia, “tem suas raízes no desmoronamento do sistema político medieval, passando por uma fase de evolução que iria culminar no séc. XVIII, quando surgem os documentos legislativos a que se deu o nome de Constituição.”⁹

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 197.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03, entende-se por constitucionalismo o movimento político e jurídico, que alimentado pelo conceito de Constituição, visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, ou seja, baseados em governos moderados, com poderes limitados, e sob a égide de uma Constituição escrita.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p. 197.

1.1.3 Classificações

Diversas são as classificações que podemos empregar às Constituições. Dentre as mais importantes e citadas por diversos autores, destacamos que as Constituições podem ser classificadas quanto ao conteúdo (material e formal), quanto à forma (escritas e não-escritas), quanto ao modo de elaboração (dogmáticas e históricas), quanto à origem (populares e outorgadas) e quanto à estabilidade (rígida, super-rígidas, flexível e semi-rígida).¹⁰

Quanto ao conteúdo

Constituição material é o conjunto de regras materialmente constitucionais, presentes ou não na Constituição escrita. Por regras materialmente constitucionais entendem-se aquelas referentes à forma do Estado e governo, modo de aquisição e exercício do poder, estruturação dos órgãos do poder e seus limites de ação.

Por outro lado, Constituição formal é o documento solene estabelecido pelo Poder Constituinte, independentemente de seu conteúdo ser ou não materialmente constitucional.

Quanto à forma

Diz-se escrita a Constituição sistematizada, codificada em um único documento elaborado pelo órgão constituinte. Não-escrita é a Constituição formada por um conjunto de normas que se encontram em leis esparsas, costumes, convenções e jurisprudência.

¹⁰ A classificação por nós adotada é a sugerida por TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 65.

Quanto ao modo de elaboração

As Constituições dogmáticas, que serão sempre escritas, são aquelas elaboradas por um órgão constituinte, a partir de institutos e instituições já consagrados na doutrina, teoria e dogmas políticos.¹¹ Já as Constituições ditas históricas, sempre não-escritas, resultam de um processo histórico lento e contínuo.

Quanto à origem

As Constituições classificadas de populares ou promulgadas são aquelas que se originam de um órgão constituinte, composto de representantes eleitos pelo povo para este fim. Por seu turno, temos por outorgadas as Constituições elaboradas e estabelecidas sem a participação popular. Quanto à origem, os doutrinadores ainda falam em Constituições cesaristas ou bonapartistas, que seriam aquelas que embora outorgadas, dependem de ratificação popular, o que mesmo assim não lhe tira o caráter antidemocrático.

Quanto à estabilidade

Por fim, classificamos de rígidas as Constituições cuja alteração se dá por mecanismos mais solenes e dificultosos do que os exigidos para as demais espécies normativas. Dentre as consequências dessa rigidez, que aqui cabe ressaltar, podemos destacar a supremacia da Constituição perante as demais espécies normativas, a identificação de órgão que colocará em prática o

¹¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 67.

processo especial de reforma e o espírito de permanência da Constituição, embora este não lhe seja exclusivo.

As Constituições super-rígidas são aquelas caracterizadas pela impossibilidade de alteração, pela pretensão de eternidade, estão dotadas de imutabilidade. São aquelas onde haveria somente uma única manifestação da atividade constituinte, tornando-se eternas após esta manifestação, impossíveis de serem modificadas a qualquer tempo.

São flexíveis aquelas cujo processo de alteração se dá de forma semelhante às demais espécies normativas, pelo processo legislativo ordinário. E por semi-rígida, entendemos as Constituições que possuem uma parte rígida e outra flexível.

1.2 Constituição Federal de 1988: contexto histórico e classificação

1.2.1 Contexto Histórico

O Brasil encontrava-se sob o regime da ditadura militar desde o ano de 1964, embora existisse uma Constituição formal, essa servia para legitimar um regime antidemocrático, caracterizado por Atos Institucionais, sem qualquer intenção de garantir o equilíbrio entre aqueles que detinham o poder e os seus destinatários.

Tratava-se de uma Constituição imposta, na qual os direitos individuais e sociais eram gradativamente diminuídos, configurando-se frequentes as restrições às garantias fundamentais.

Durante a vigência do regime militar, direitos foram arbitrariamente afastados e leis sumariamente revogadas, o que gerou imensa insegurança jurídica entre os cidadãos, principalmente após o ano de 1967 quando o país foi arrasado por Atos Institucionais que suprimiam cada vez mais as garantias fundamentais e as liberdades individuais em nome da segurança nacional.

É nesse contexto histórico que nasce a Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988, foi marco do processo de restauração do estado democrático de direito e superação do regime autoritário.

Destaque-se o caráter democrático da Constituição, tendo em vista que a Constituição foi elaborada com ampla participação popular.

Justamente em decorrência do período conturbado que precedeu a sua elaboração, foram prioridades do texto constitucional os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos políticos e civis. O processo de redemocratização foi pontual para a criação de alguns dos princípios constitucionais que norteiam o nosso ordenamento jurídico, como o princípio da isonomia.

Nesse contexto, dentre outras peculiaridades, a Constituição Federal de 1988 contemplou diversas obrigações para o Estado, deveres passíveis de serem exigidos pelos próprios cidadãos, razão pela qual foi batizada por Ulysses Guimarães de Constituição Cidadã.

1.2.2 Classificação

A Constituição de 1988, quanto ao seu conteúdo, possui o aspecto formal, haja vista que é um conjunto de normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene, e seu conteúdo é hierarquicamente superior às leis comuns, independentemente de qual seja o seu teor.

Quanto à forma, verifica-se que é escrita, uma vez que se apresenta em um documento positivado, e é fruto de um processo de codificação do Direito Público. De modo que se encontra sistematizada em um único corpo textual.

A Constituição Federal de 1988 é promulgada e dogmática, pois teve origem em um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos

com a finalidade de estabelecer e elaborá-la, a partir de institutos já consagrados.

No entanto, a classificação da Carta Magna de 1988 que se demonstra mais relevante ao nosso estudo é aquela quanto à sua estabilidade, sendo certo que diversos autores a definem como rígida. Conforme explicitado anteriormente, para classificar uma Constituição como rígida o seu processo de alteração deve ocorrer por meio de mecanismos mais solenes e dificultosos do que os exigidos para as demais espécies normativas.

Com efeito, pode-se afirmar que esses processos mais dificultosos se dão de duas maneiras: o estabelecimento de um procedimento mais árduo do que aquele de elaboração das leis ordinárias e a exigência de uma deliberação especial para a aprovação das alterações, que no caso brasileiro se reflete na exigência de um *quorum* de aprovação maior. Destaque-se que o estabelecimento de um dos critérios supracitados, por si só, já é capaz de caracterizar a rigidez.

Na Constituição Federal de 1988 foram adotados os dois critérios concomitantemente, de modo que há um processo mais lento, mediante os dois turnos de votação nas Casas do Congresso Nacional, e exige-se, também, a deliberação qualificada, por meio do *quorum* de aprovação de, no mínimo, três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional.

Verifica-se, ainda, que a emenda constitucional cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, excluindo do processo o Poder Executivo, uma vez que foi afastada a figura do veto ou sanção pelo Presidente da República.

Ademais, por meio das cláusulas pétreas, foram impostas limitações materiais ao poder reformador, uma vez que, segundo a doutrina majoritária, são imodificáveis. Em virtude disso a Constituição Federal de 1988 é considerada por alguns doutrinadores como super-rígida¹². A classificação

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10

mais apropriada para o momento, é a aquela que define a Constituição Federal de 1988 como um exemplo de Constituição super-rígida e rígida simultaneamente.¹³

Cumprе salientar que no decorrer deste estudo podemos encontrar uma classificação mais adequada, diante da possibilidade de superação da barreira representada pelas cláusulas pétreas.

¹³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 65

2. Teoria do Poder Constituinte

A Constituição rígida¹⁴ é a lei suprema de um Estado, organizadora e estabelecadora dos seus elementos fundamentais. Tal supremacia decorre de sua origem: a Constituição é produto de um poder especial, maior que todos os outros, porque lhes é anterior e fundamento de sua validade. A esse poder especial a doutrina chama de Poder Constituinte.

Por sua natureza o Poder Constituinte não se subordina a nenhum outro poder, é incondicionado, permanente e ilimitado, uma vez que se traduz na expressão maior da soberania popular.

2.1 Origem da teoria do Poder Constituinte

A idéia de um poder anterior e superior aos outros, fonte da Constituição e, portanto, dos poderes constituídos, é contemporânea do surgimento das Constituições escritas.

Os autores apontam o panfleto político *Qu'est-ce que le Tiers État?* (“Que é o Terceiro Estado”),¹⁵ publicado na iminência da revolução francesa,

¹⁴ Conforme expusemos na Introdução desta monografia, focaremos nosso estudo nas Constituições rígidas, espécie de Constituição adotada no Brasil. Nas Constituições flexíveis as normas constitucionais são modificáveis pelo legislador ordinário sem quaisquer restrições e formalidades especiais. Consequência disso é o fato de não haver distinção formal entre as leis ordinárias e leis constitucionais (não há supremacia da Constituição), motivo pelo qual não há que se falar em um Poder Constituinte Reformador, visto que o poder de reforma da Constituição se confunde com o Poder legislativo ordinário. Por sua vez, as Constituições rígidas possuem um processo mais dificultoso para realização de reformas, e a emendabilidade sofre nítidos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Reformador. Esta monografia concentra-se justamente no estudo dos limites à reforma constitucional e na possibilidade ou não de superação das cláusulas pétreas.

¹⁵ “[...] pois o *Qu'est-ce que le Tiers État?* não é senão isso [um panfleto político], nem tinha outra pretensão [...]” in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*. Revista de Direito Administrativo 202, out./dez. 1995. p. 12.

de autoria do abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), como a primeira manifestação explícita da teoria do Poder Constituinte.¹⁶

Neste estudo, publicado poucos meses antes da Revolução Francesa, Sieyès apresentava reivindicações da burguesia na sua luta contra o privilégio e o absolutismo então vigente. Baseava-se na idéia de que o Terceiro Estado (burguesia) é quem suportava os trabalhos que sustentavam a sociedade e, dessa forma, o Terceiro Estado era a própria nação. E mesmo sendo “tudo”, naquela época ele nada podia na França, pois a classe privilegiada (clero e nobreza) havia “usurpado os direitos do povo, oprimindo-o, instituindo privilégios e exercendo as funções essenciais da coisa publica”.¹⁷ Exigia para o Terceiro Estado, uma efetiva participação nas decisões, o que por justiça lhe cabia.

O Terceiro Estado devia ser representado por cidadãos escolhidos entre os que verdadeiramente compunham o Terceiro Estado, seus deputados deveriam ser em número igual aos das classes privilegiadas e os Estados Gerais deveriam votar por “cabeça e não por ordem.”¹⁸

Fundamentando sua reivindicação no direito, Sieyès parte da forma representativa de governo e chega à distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos. O abade defendia a idéia de que o estágio de formação da sociedade política exigia que os governos já não mais atuassem uma vontade comum real e sim uma vontade comum representativa, o que exigia a formação de um corpo de representantes. A criação deste corpo de representantes traz consigo a idéia de Constituição, onde estariam definidos os

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1996. p. 120, faz a seguinte ressalva: “Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra de sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês com sua concepção de sociedade.”

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 20-21.

¹⁸ Ibid. p. 22.

seus órgãos e as funções que lhe são destinadas. E esta Constituição seria obra de um Poder Constituinte, e não do poder constituído.

Defendia, então, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes da nação (em contraponto ao Estados Gerais) que seria responsável pela elaboração e promulgação de uma Constituição que correspondesse aos anseios deste Terceiro Estado, restaurando, dessa forma, a legitimidade do poder político.

É, pois, no pensamento de Sieyès, que pela primeira vez aparece explicitada a distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos. Conforme Uadi Lammêgo Bulos,¹⁹ para Sieyès, “a nação existiria antes de tudo e seria a origem de tudo. Sua vontade seria sempre legal, porque é a própria lei, só existindo acima dela o *direito natural*”[grifo do autor].

Da teoria original, que foi construída como fundamento de legitimidade de uma nova forma de poder, extraímos algumas conclusões: Para Sieyès, o Poder Constituinte é um poder de direito, ilimitado pelo direito positivo (encontra limites somente no direito natural); inicial, pois é o fundamento de validade dos demais poderes; incondicionado, pois sua manifestação não está sujeita a qualquer formalidade; inalienável, pois a nação não pode perder o direito de querer mudar à sua vontade; e permanente, pois subsiste num estado de latência após estabelecer a Constituição.

A teoria do poder constituinte revela-se direcionada para resolver a questão, problemática, da legitimidade do poder político, atribuindo a sua titularidade ao povo, enquanto conjunto de cidadãos.²⁰ O titular do poder, para

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Elaboração e reforma das Constituições*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.203, jan./mar. 1996 p. 80.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Ver. E atual.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

Sieyès, era a nação. Atualmente, como veremos adiante, não resta dúvida ser o povo o titular deste poder supremo.²¹

2.2 Conceito de Poder Constituinte

Não há uma definição consensual para Poder Constituinte. Basicamente, pode-se conceituá-lo como o poder de elaborar ou modificar a Constituição.

Luís Roberto Barroso, destacando o caráter inaugural, define Poder Constituinte como “a energia inicial que institui uma determinada ordem jurídica, criando ou reconstruindo o Estado através de uma Constituição, que é a primeira expressão do direito positivo.”²² Maurício Antônio Ribeiro Lopes, por sua vez, conceitua Poder Constituinte como “o poder de fazer a Constituição, de fixar a ordem constitucional, modificá-la, transformá-la, e, inclusive substituí-la por outra.”²³ Para Guilherme Peña de Moraes, Poder Constituinte é o “poder de produção das normas constitucionais, por meio do processo de elaboração e/ou reforma da Constituição, com o fim de atribuir legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado.”²⁴

²¹ Veremos a questão da titularidade do Poder Constituinte mais adiante no trabalho, mas desde já podemos esclarecer que diferentemente da idéia inicial de Sieyès, entende-se hoje que a titularidade pertence ao povo e não à nação: “[...] malgrado a concepção de Emmanuel Joseph Sieyès, pela qual o titular do poder constituinte seria a nação, em contraposição ao povo, ao argumento de que a nação consistiria na comunidade permanente de pessoas, ao passo que o povo corresponderia ao conjunto de pessoas que, em determinado momento histórico, compõem uma comunidade, para que os interesses permanentes da comunidade prevalecessem sobre os interesses momentâneos de seus componentes, a doutrina moderna salienta que a titularidade do poder constituinte reside no povo.” MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris: 2004, p. 15.

²² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. p. 72.

²³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 21.

²⁴ MORAES, Guilherme Peña Op cit., p. 11.

2.3. Espécies de Poder Constituinte

2.3.1 Distinção

Dos conceitos acima expostos, realmente se verifica que o Poder Constituinte possui diversas funções. Dependendo destas funções, a doutrina clássica costuma classificar o Poder Constituinte segundo duas espécies: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado.²⁵

A) Poder Constituinte Originário

Poder Constituinte Originário é o poder de elaborar uma Constituição, criando ou recriando o Estado, organizando e instituindo os demais poderes. É ele quem dá origem à organização jurídica fundamental. Essa criação da ordem jurídica pode se dar ou a partir do nada, no caso de surgimento de um novo Estado, ou mediante a ruptura da ordem jurídica anterior, com a implantação revolucionária de uma nova ordem.

A doutrina não é unânime quanto à sua natureza. A resposta dependerá da convicção jusfilosófica de cada um que se propõe a enfrentar o tema. Para os adeptos do positivismo, que entendem que o Direito só é Direito quando positivo, o Poder Constituinte Originário não tem natureza jurídica, é um poder de fato, uma vez que é ele quem inaugura o Direito.²⁶

Para os jusnaturalistas, o Direito não se resume ao positivado pelos órgãos estatais, há um Direito anterior e superior ao positivo, que o informa e condiciona, que é o Direito natural. Então, o Poder Constituinte Originário

²⁵ Mais adiante no trabalho, ao expor a corrente que reconhece as cláusulas pétreas como limites relativos ao Poder Constituinte derivado, apresentaremos a figura do Poder Constituinte Híbrido.

²⁶ Por todos que se filiam a essa corrente, BASTOS, Celso Ribeiro. *in op. cit.* p.24 “Poder Constituinte significa poder de elaborar uma Constituição. Sendo esta o primeiro documento jurídico do Estado e fundamento de validade de todos os demais, negam os normativistas a natureza jurídica desse poder, reconhecendo-lhe a sua faticidade histórica, suscetível de ser estudada por outro ramos do saber”

seria um poder de direito, decorrente de um poder natural do homem, de organizar a vida social. A teoria original de Sieyès foi construída com base na crença no Direito natural.²⁷

Por fim, temos a corrente dos políticos, que sustentam uma natureza extrajurídica deste poder, colocando-o no campo essencialmente político. Por esta corrente, caberá ao estudioso decidir sob qual ótica pretende ver o Poder Constituinte: ou como um poder de fato, cuja sua ação independe de configuração jurídica, ou como um poder associado à figura da legitimidade.²⁸

Parece-nos que a terceira corrente é a melhor, ou seja, que o Poder Constituinte deve ser concebido em um ambiente eminentemente político, associado à questão da legitimidade, fora do ordenamento jurídico, já que é ele quem elabora a Constituição, fundamento de validade desse ordenamento. Trataremos da legitimidade ao enfrentarmos a questão da titularidade.

Das características inerentes a este poder, algumas já vistas quando tratamos da origem da teoria do Poder Constituinte, destacamos: é um poder *inicial*, pois dá início, inaugura a ordem jurídica de um Estado, sem que precise buscar fundamento de validade numa regra jurídica precedente a ele, seu fundamento encontra-se somente na soberania popular; *ilimitado*,²⁹ pois se é ele quem funda a ordem jurídica, não há nada que lhe possa limitar os caminhos, não há direito antes dele que possa limitá-lo; e *incondicionado*, pois não se submete às formas pré-fixadas para sua manifestação, não tem que seguir qualquer procedimento estabelecido para elaborar a Constituição.

²⁷ Segundo FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *in Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20, "o Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior à este. [...] Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito."

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1996. p.125.

²⁹ Há polêmica doutrinária quanto à ilimitação do Poder Constituinte Originário. Alguns autores apontam limites de direito natural, internacional, de direitos humanos, limites institucionais, etc. Não cabe a análise dessa polêmica na presente monografia.

Cumpra deixar registrada a distinção que Jorge Miranda faz entre Poder Constituinte Originário material e formal. O primeiro, corresponderia às forças que mobilizam sociedade e Estado, evidenciando a transformação de valores e idéias que justificariam a elaboração de uma nova Constituição, segundo as novas concepções. O segundo está associado à codificação das novas concepções, consagrando os valores atuais expressos pelo Poder Constituinte Originário material.³⁰

B) Poder Constituinte Derivado³¹

Poder Constituinte Derivado é o poder criado pelo Poder Constituinte Originário para proceder reformas na Constituição. Sua função é modificar a Constituição, quando as necessidades assim exigirem. E como é um poder que encontra sua validade na Constituição, deve proceder conforme o estatuído por ela.

É absolutamente necessária a existência do Poder Constituinte reformador, haja vista a mobilidade da sociedade e a necessidade de adaptação da Constituição a essas mudanças, neste sentido:³²

“Embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir a alterar a Lei Maior.”

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II - Constituição. 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 75

³¹ A doutrina subdivide o Poder Constituinte Derivado em Reformador e Decorrente. O primeiro, o qual nos interessa, é o poder de reforma da Constituição, chamado também de Poder Constituinte Reformador, instituído, constituído, de 2ª grau, etc. O segundo, que não será objeto de análise nesta monografia, é o Poder que recebe da Constituição a tarefa de estabelecer a Constituição das entidades que compõe o Estado Federal. No decorrer da monografia, quando ao nos referirmos à Poder Constituinte Derivado, estaremos nos referindo sempre ao Poder Constituinte Reformador.

³² MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213.

Alguns autores, como Carl Schmitt, Luis Recaséns Siches e Celso Antônio Bandeira de Mello,³³ sustentam que o único Poder verdadeiramente constituinte é o Originário, por ser inicial e ilimitado, ao passo que o Derivado retira sua força da Constituição, estando por ela pautado. Para doutrina clássica de Sieyès, seguido por Kelsen e Hauriou,³⁴ no entanto, Poder Constituinte é tanto o que cria quanto o que modifica a Constituição, sendo, em ambos os casos, distinto dos demais poderes constituídos. Celso Ribeiro Bastos critica esta doutrina, pois, para ele, ela esbarra numa dificuldade insuperável diante das características antagônicas entre Poder Constituinte Originário e Derivado.³⁵

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, partindo da doutrina de Carl Schmitt, faz uma interessante distinção entre o que seria o Poder Constituinte e função Constituinte. Segundo este autor, o Poder Constituinte Reformador seria menos um poder do que uma função. A questão não estaria na análise teórica do problema e sim na avaliação do caso concreto, na análise do grau de flexibilidade e intangibilidade da própria Constituição. Reconhecendo que o tema Poder Constituinte Reformador só tem pertinência nas Constituições rígidas, o autor ressalva que a rigidez não está vinculada à flexibilização temática da reforma constitucional, isto é, uma Constituição pode ser rígida mas materialmente alterável em todo o seu corpo, desde que respeitando requisitos formais, ou menos rígida em seu aspecto formal e materialmente menos flexível. Sendo assim, se a Constituição oferecesse um exercício amplo de faculdades revisoras, estar-se-ia diante do Poder Constituinte Reformador. Do contrário, quando houvesse estreitos limites para as modificações, estar-se-ia diante de uma função Constituinte.³⁶

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 30.

³⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. op. cit. p. 119.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 30.

³⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 133-134.

José Afonso da Silva³⁷ prefere falar não em Poder, mas tomando o problema como uma questão de técnica constitucional, chamá-lo de “*competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau*”[grifo do autor]. E conclui o constitucionalista: “No fundo, contudo, o agente, ou o sujeito da reforma, é o poder constituinte originário, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto [...] [procedendo] modificações na Constituição, que a realidade exige.” Com muita razão, considerando exagerada a tentativa de distinção radical entre Poder Constituinte Originário e Derivado, Paulo Braga Galvão conclui: “[...] substancialmente, o criar e o reformar a constituição representam aspectos ou momentos de um mesmo fenômeno.”³⁸ E a nós parece que assim realmente é.

De toda sorte, não resta dúvida que o Poder Constituinte Derivado retira seu fundamento de validade da Constituição, é um poder jurídico, informado e condicionado por regras de Direito. Ainda que tenha este Poder natureza de Poder Constituinte, pois por ele se recria e revigora o sistema constitucional, não terá a mesma caracterização do Poder Constituinte Originário, pois possui seus contornos pré-traçados, determinados, pela Constituição.³⁹

Dentre as características principais desse Poder de reforma da Constituição podemos citar: é um Poder *derivado*, pois encontra sua origem na própria Constituição, de modo que não possui sua força num fato, mas retira-a do Poder Constituinte Originário que o institui; *limitado*,⁴⁰ pois encontra na sua atuação limites (explícitos e implícitos) impostos pelo Poder Constituinte

³⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 64-65

³⁸ GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988 p. 15.

³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993, p. 26.

⁴⁰ Trataremos minuciosamente dos limites impostos ao Poder Constituinte Derivado quando tratarmos dos limites da reforma constitucional.

Originário, tais como materiais, circunstanciais e procedimentais; *condicionado*, pois está sujeito às regras de forma estabelecidas no estatuto fundamental do Estado.

Em outras palavras: deve atuar conforme o previsto na Constituição e respeitar os limites estabelecidos para sua atuação, de modo que o seu descompasso com esta será eivado de inconstitucionalidade.

Ressaltamos que figura do Poder Constituinte Reformador só tem importância nos Estados que possuem Constituição rígida, posto que somente aí haverá diferença entre o Poder de reforma da Constituição e o Poder legislativo ordinário. Onde adota-se Constituições flexíveis, não há distinção formal entre estas e o ordenamento comum.

Assim,

“As constituições rígidas, como a nossa, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, como garantia real da superlegalidade das normas constitucionais.”⁴¹

2.3.2 Fundamento de existência do Poder Constituinte Derivado

O Direito não é estático, evolui de acordo com as necessidades da vida. A Constituição, como norma jurídica que é, deve acompanhar essas mudanças, sendo atualizada sempre que preciso. O fundamento deste poder é exatamente manter a Constituição atualizada diante das novas realidades, pois o Poder Constituinte Originário não pode prever o futuro.

Tendo em vista a necessidade de adaptação da sua obra frente à realidade social cambiante, o Poder Constituinte Originário dotou a

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 214.

Constituição de mecanismos (formais) para proceder as reformas necessárias. Daí deriva o Poder Reformador.

Nos ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz

“A idéia fundamental que justifica e comprova a existência de um Poder Constituinte *constituído* é a de que o Poder Constituinte não se esgota na edição da constituição, não desaparece na sua obra realizada. Segundo Nelson de Sousa Sampaio, esse Poder permanece em estado de latência e volta a manifestar-se ou quando trazido à tona nas revoluções e convocações pacíficas, hipótese esta mais rara, ou quando por delegação sua, na sua própria obra, parte de suas funções passam a ser exercidas para que se modifique ou se complemente a Constituição.”[grifo da autora]⁴²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma brilhante, quanto ao Poder de reforma, sintetiza:

“é aquele poder, inerente à Constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que a mesma estabelece. Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, permitir a mudança da Constituição, adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte originário.”⁴³

Trataremos mais detalhadamente da questão da mutabilidade e estabilidade da Constituição no capítulo referente à reforma constitucional. Por ora, cumpre deixar registrado que o Poder Constituinte Reformador é criado, pois a realidade social, variável de tempos em tempos, exige mudanças no ordenamento jurídico e, conseqüentemente na Constituição.

⁴² *Apud* AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n.73, nov. 2003, p.31-32. Na mesma linha de entendimento, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *op. cit.* p. 118.

⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado - I - o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

2.4 Titularidade e legitimidade do Poder Constituinte

A titularidade do Poder Constituinte guarda íntima conexão com titularidade da soberania, posto que o Poder Constituinte é a mais alta expressão do poder político, no sentido que elabora e reforma a estrutura fundamental do Estado e da sociedade.⁴⁴

Mas a simples indagação sobre quem é o titular não basta. A teoria do Poder Constituinte é, acima de tudo, uma teoria sobre a legitimidade do poder,⁴⁵ construída para legitimar o poder soberano da nação. Buscar o titular deste poder é buscar quem legitimamente o detém.

Segundo Paulo Bonavides, “o poder constituinte manifesta fora de toda a dúvida um conceito de legitimidade, uma crença nas virtudes ou valores que aderem ao seu titular, de que é inseparável, ou com o qual ordinariamente vem a confundir-se.”⁴⁶

Na doutrina de J. J. Gomes Canotilho:

“A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de “valores jurídicos”. O critério da legitimidade do poder constituinte não é mera posse de poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as “ideias de justiça” radicadas na comunidade.”⁴⁷

⁴⁴ MORAES, Guilherme Peña. op. cit. p. 14.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 120.

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev., Coimbra: Livraria Almedina, 1996. pág. 111.

Conclui-se que a legitimidade do detentor do Poder Constituinte encontra-se no campo das crenças dominantes nas comunidades, na idéia de justiça prevalente no seio da sociedade, variável dependendo do momento histórico vivido. O titular do poder soberano corresponderia, então, à concepção política e ideológica predominante em cada época. Só assim seria possível se falar num Poder Constituinte cujo titular fosse Deus (Estado Teocrático), ou o rei (Estado Absolutista), ou o povo (Estado Democrático).

Ressalte-se que, nos Estados ocidentais contemporâneos o princípio da democracia encontra-se nos textos constitucionais e na consciência coletiva, além do que a própria concepção do Poder Constituinte já nasce vinculada à de legitimidade democrática, de soberania popular, pelo que apenas formalmente seria possível imaginar um titular do Poder Constituinte que não fosse o povo.

Sobre a questão, José Carlos Francisco leciona que a legitimidade encontra-se no grau de conformidade do ordenamento jurídico produzido com o consenso social acerca do assunto. Disso decorre que a legitimação do Poder está, indubitavelmente, na amplitude da realização dos valores democráticos de uma sociedade.

Dessa forma, nos Estados ocidentais contemporâneos, não se questiona que o titular do Poder Constituinte é o povo:

“Hoje, a opinião predominante é de que o poder pertence ao povo. É o povo, então, o depositário da capacidade de estabelecer e constituir as bases da sociedade, e de decidir o seu destino, justamente porque é dele o esforço produtivo. [...] o poder de constituir tem como berço a soberania popular (vale dizer, a democracia), sendo o povo, então, o seu legítimo titular nos Estados Modernos. Tanto assim é que mesmo os Estados Totalitários, atualmente, criam uma imagem democrática para suas ações no plano interno e internacional.”⁴⁸

⁴⁸ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 28-29.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho finaliza a questão: “se todo poder, em última análise, repousa no consentimento, na aceitação dos governados, pode-se dizer que a soberania e, portanto, o Poder Constituinte Originário pertence ao povo.”⁴⁹

A titularidade do Poder Constituinte não se confunde com a do seu agente, a não ser na hipótese democrática de exercício direto do Poder Constituinte, que veremos a seguir. O mais comum, é que o Poder Constituinte seja exercido não por seu titular, mas pelo agente (Assembléia Constituinte) que, representando o povo, estabelece a Constituição.

O que deve ficar ressaltado é que o titular do Poder Constituinte não se exaure após sua manifestação, ao passo que o agente se esgota uma vez concluída sua obra. O Poder Constituinte estará sempre latente nas mãos do seu titular, aguardando o momento de manifestar-se novamente, de ser reativado pelo seu titular para mudar o curso e rumo da organização fundamental do Estado, o que pode ocorrer com o rompimento da ordem constitucional em vigor (nas revoluções ou convocações pacíficas) ou quando apenas modifica e complementa a Constituição vigente.

2.5 Formas de exercício do Poder Constituinte

Baseando-se no fato de que o titular do Poder Constituinte é o povo, pode-se dizer que a única forma legítima de exercício do Poder Constituinte é a democrática, onde os cidadãos podem participar ativa e efetivamente da

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *in Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21.

construção dos caminhos que eles próprios irão trilhar. Quanto maior for esta participação popular, mais legítima será a manifestação.

Alguns doutrinadores, no entanto, desconsiderando a idéia intrínseca ao Poder Constituinte, que é a legitimação do poder, e amparados na idéia falsa de que o Poder Constituinte tem seu exercício subordinado à vontade daquele ou daqueles que sobem ao poder, e não na vontade dos governados, que são seus verdadeiros titulares, apontam duas formas de exercício deste poder: a forma democrática e a forma autocrática.⁵⁰

As formas de exercício autocráticas são, por motivos lógicos, adotadas nos Estados de regime autocrático. Nestes regimes, a criação da Constituição (se é que pode chamar assim), é feita sem a participação dos governados, os verdadeiros titulares do poder. O detentor momentâneo do poder outorga a Constituição, que será de todo modo ilegítima.

José Afonso da Silva,⁵¹ descartando as formas autocráticas de se fazer uma Constituição, afirma, com muita razão, que sendo o Poder Constituinte pertencente ao povo, este o exerce por meio de representantes (democracia representativa) ou diretamente (democracia direta). E aponta quatro modos democráticos de exercício do poder constituinte, variáveis de acordo com nível de participação popular na elaboração do texto Constitucional: exercício direto, exercício indireto, exercício de forma mista e exercício pactuado.

Segundo este constitucionalista, o *exercício direto* (democracia direta) dar-se-ia por *aclamação* (hoje uma reminiscência histórica) ou por *referendo*, onde o projeto de Constituição preparado pelo governo provisório, ou de transição, ou por uma comissão restrita, é submetido diretamente ao referendo popular, sem passar pela deliberação de uma Assembléia Constituinte.

⁵⁰ RODRIGUES, Maurício Andreiulo. in *Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2000. p. 72-74.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70-72.

No *exercício indireto* (democracia participativa), o modo mais usado é uma Assembléia Constituinte (ou Convenção) composta de representantes do povo, eleitos com poderes especiais, quem elabora e promulga a Constituição.

No *exercício por forma mista*, há a combinação da forma representativa com a participação direta do povo, ou seja, a Assembléia Constituinte elabora um projeto de Constituição que será submetido à aprovação popular por meio de referendo e somente se aprovado neste caso é que a Constituição será promulgada.

No *exercício pactuado*, há uma criação consensual da Constituição. Pode ocorrer no caso de ambiguidade do Poder Constituinte ou, “nos *pactos* entre Estado ou províncias que conduzem à reunião de um congresso, assembléia ou convenção que estabeleça uma nova forma de Estado por meio de um procedimento federal [...]”

Quanto ao Poder Constituinte Reformador, pode-se dizer que o mais comum é que o Poder Constituinte Reformador se expresse pelo órgão legislativo ordinário, seguindo certas exigências mais rigorosas (especialmente quanto ao *quorum*), ou por um órgão especial convocado com a função exclusiva de promover a reforma da Constituição.⁵² Ressaltamos que uma posterior aprovação da reforma por parte do titular do Poder Constituinte resguardará este exercício de uma maior legitimidade.

⁵² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 121.

3. ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

3.1 Mudança, estabilidade e permanência da Constituição

O conceito de Constituição rígida, como lei suprema do Estado, fundadora e fundamento de validade de toda a ordem jurídica, já traz, por si só, a idéia de segurança e certeza jurídica, fundamentais para o Direito em geral. A análise dos mecanismos mais dificultosos previstos para alteração desta espécie de Constituição permite a conclusão de que estas Constituições são dotadas de relativa imutabilidade e uma tendência à permanecerem por tempo indefinido, devido ao grau de estabilidade que devem conferir às instituições sociais e à organização do Estado.

Em função desse seu caráter estabilizador da organização da sociedade e do Estado, os doutrinadores apontam como característica das Constituições a vocação à continuidade.

José Carlos Francisco mostra outra vantagem da continuidade do texto constitucional, além da estabilidade institucional que ela garante: a permanência de uma Constituição é importante também para a sua própria eficiência e eficácia, pois o tempo atuaria favoravelmente ao seu conhecimento por parte do povo e isto consequentemente daria a ela uma maior efetividade. Segundo o autor, os textos constitucionais duradouros e eficazes trazem consigo um saudável “sentimento de respeito”, uma “consciência constitucional”, tornando difícil o uso arbitrário do poder, pois as pessoas estariam atentas a qualquer ato que violasse os dispositivos constitucionais.⁵³

⁵³ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 19-20.

Ressalte-se que a vocação à continuidade não se confunde com vocação à eternidade. A Constituição do Estado, fundadora e fundamento de sua estrutura, deve ser estável, mas não imutável. A própria eficácia das Constituições encontra-se na capacidade de esta enquadrar ou fixar na ordem constitucional as vontades e instituições menores que a sustentam.⁵⁴

Não há que se falar em Constituições eternas, imutáveis. Mas há exemplos históricos da tese de imutabilidade da Constituição: Uadi Lammêgo Bulos⁵⁵ cita o Código de Hamurabi e a tentativa de Licurgo tornar eternas as leis de Esparta. Paulo Bonavides aponta exemplo mais recente da tese da imutabilidade das Constituições. Segundo ele, já no século XVIII, nos primeiros momentos do constitucionalismo, alguns iluministas “cegos de confiança no poder da razão” pretendiam tornar as leis produtos lógicos e absolutos, válidos e atualizados para todas as gerações. Chegou inclusive a ser proposta na Convenção francesa, nos debates do Ano III, a pena de morte àquele que ousasse propor uma reforma à Constituição.⁵⁶

A imutabilidade absoluta da Constituição, outrora imaginável, é uma tese absurda atualmente. A realidade social cambiante e o processo de constante evolução vivido pelos Estados e pelos homens não permite textos constitucionais inalteráveis. Para Paulo Bonavides, uma Constituição imodificável “colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade”. Sua adoção equivale ao fechamento de todos os caminhos para uma reforma pacífica do sistema político, escancarando as portas para a revolução e o golpe de Estado como solução para as crises que eventualmente surjam.⁵⁷

⁵⁴ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 129.

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 75. Conforme o autor, assim dispunha o Código de Hamurabi: “Nos dias que hão de vir, e para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre meu obelisco. Ele não alterará o direito do Estado, por mim formulado, ou as leis, por mim promulgadas, nem danificará as minhas esculturas.”

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 173.

⁵⁷ Ibid p. 173-174.

Além disso, admitir a imutabilidade da Constituição seria o mesmo que não reconhecer o princípio da soberania popular, que consagra o direito do povo de rever sempre suas decisões.

Vale frisar neste ponto os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Segundo a professora, autoridade no assunto e Ministra do Supremo Tribunal Federal, as Constituições não são mais obras construídas, como se pretendeu anteriormente, e sim um direito em permanente construção. Elas estão cada vez mais voltadas para o ser humano, de quem devem ser a “face e o feito” e a quem devem assegurar uma evolução permanente, até porque o homem é um ser em transformação. Deve-se entender a Constituição como uma “obra aberta”, que “modela-se ao sabor de momento histórico em vertiginosa e permanente mudança”. Não pode ser ela uma norma estática, desatualizada da realidade social, pois ao enrijecer e acomodar-se, fica sem o seu fundamento maior, que é a crença do povo em sua verdade e em sua eficácia.⁵⁸

Isto posto, defrontamo-nos com duas características aparentemente contraditórias da Constituição: sua vocação à permanência e estabilidade, e a sua necessidade de mudança. Como lei fundamental, organizadora do Estado e da sociedade, deve ser rígida, estável. Não pode ser facilmente modificada. Por outro lado, como organismo vivo, que interage constantemente com a sociedade e suas diversas forças (crenças, anseios populares, economia, etc.) e como instrumento de progresso da sociedade e dos homens, deve ser adaptável às transformações da realidade social. Uma Constituição estática, petrificada, se distancia da realidade e tende a não ser efetiva.

⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit., p. 23-26. Merecem transcrição as palavras da professora: “Pois a Constituição é feita para durar, mas não para se eternizar, eis que a eternidade não é própria das obras humanas. Por ser a vida dinâmica, mutável e mutante, não se permite seja a lei petrificada, menos ainda a que lhe forma e lhe conforma o modelo jurídico de ser, como é a Constituição. [...] A imutabilidade das leis, e, mais ainda, da Constituição de um povo, conduziria ao seu desuso e ao descaminho legal, pois a sociedade não rompe com seu fluxo histórico; fá-lo mesmo que contra as leis, ou à margem das leis, se estas não lhe retratarem o rosto e alma.”

Na verdade, estas características não são inconciliáveis. A busca da durabilidade não afasta a necessidade de adaptação das normas constitucionais à nova realidade. Pode-se dizer até que a adaptação das Constituições é o mecanismo que garante uma maior durabilidade da Constituição. Se não pudessem adaptar-se, logo as disposições constitucionais perderiam sua efetividade e a Constituição seria abandonada.

Nas sábias palavras de Jorge Miranda:

“Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efectividade que as tem de marcar.”⁵⁹

A solução natural para a tensão entre permanência/estabilidade e modificação é a previsão, na própria Constituição, de mecanismos que permitam sua adequação às novas realidades; de regras, procedimentos e órgãos competentes para alterar suas normas, sem que haja ruptura com a Constituição. Daí decorre a rigidez constitucional e a figura já analisada do Poder Constituinte Reformador.

A previsão de um processo de adaptação da Constituição aos valores mutantes das condições sociais e políticas é tão importante para a estabilidade do Estado, para que se evite o recurso à ilegalidade, à força ou à revolução, sendo dessa forma um dos elementos fundamentais das Constituições modernas.⁶⁰

Importante salientar que a rigidez do texto constitucional (decorrente da dificuldade de sua alteração) não pode ser absoluta. Deve ser tal que não

⁵⁹ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 131.

⁶⁰ Cf. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 130.

permita a instabilidade, mas que também não engesse o progresso social. É o equilíbrio que garante a própria Constituição.

Faz-se mister ressaltar que as modificações constitucionais devem ser refletidas, feitas serenamente, e não em decorrência de uma injunção momentânea ou de proveito e conveniência de certos grupos que se contraponham ao povo. Estas seriam ilegítimas.

José Carlos Francisco, levando a questão da modificação constitucional para o campo da legitimidade, conclui:

“Desse modo, é natural [...] que a alteração de textos constitucionais seja feita após reflexão profunda, envolvendo a concordância de significativa parcela da opinião pública (correspondendo, por exemplo, à previsão de *quorum* qualificado para a aprovação dessas alterações, coerente com o respaldo pluralista que se deve atribuir a essas modificações). Esses verdadeiros “dispositivos de proteção” contra a alteração irrefletida dos textos constitucionais, trazem, então, a legitimidade como assunto que merece particular atenção.”⁶¹ [grifo do autor]

Os mecanismos previstos na própria Constituição para adaptação desta à realidade social, são os *processos formais de mudança da Constituição*. Porém, não é só através de mecanismos formais que as Constituições se modificam. Estes processos formais não são suficientes para esgotar o fenômeno da tensão entre estabilidade e mudança, entre a estática e dinâmica constitucional, entre Constituição normativa e realidade constitucional. Até porque é impossível prever antecipadamente todas as possíveis transformações aplicáveis às novas relações jurídicas, bem como pode não haver tempo hábil para operar alterações formais.

Neste contexto, as Constituições rígidas sofrem outros tipos de mudança, não previstos formalmente. Esses mecanismos não previstos na Constituição, são os *processos informais de mudança da Constituição*.⁶²

⁶¹ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 23.

⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 2, n.5, out./dez. 1993. p.15-16.

Esclarecemos que ambos os processos (formais e informais) representam manifestações do Poder Constituinte, cujo titular é o povo, “que não renuncia a seu exercício em qualquer momento, pois o Poder Constituinte caracteriza-se por ser permanente.”⁶³

3.2 Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais

Como já adiantamos, os processos formais de alteração da Constituição não são suficientes para conciliar plenamente a tensão permanência-mudança da Constituição. O processo formal é lento, e por vezes não acompanha o ritmo das transformações ocorridas na sociedade. Com isso, a prática demonstra que as Constituições sofrem outros tipos de alterações, ainda que não previstos expressamente. Esses processos não previstos de mudança da Constituição são conhecidos como mutações constitucionais.

Mutação constitucional pode ser entendida como qualquer processo de mudança na Constituição não incluído no plano de exercício da competência constitucional reformadora e cujo resultado não é obra da competência reformadora formal prevista na Constituição.⁶⁴

Tais mudanças passam ao largo dos procedimentos formais previstos no texto constitucional, e podem ser operadas por diversas formas, tais como: por meio dos costumes, das tradições, de alterações sociológicas, de interpretação (judicial, administrativa, legislativa, popular, doutrinária, etc.), das leis, dentre outros. Cumpre ressaltar que tais alterações não modificam o

⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 26. Ressalva a professora: “Mas as reformas constitucionais [processo formal de modificação da Constituição] são atuações esporádicas, engajadas e limitadas material e formalmente. O processo de umas e outras distinguem-se, portanto, em razão de uma determinação do próprio poder constituinte originário, elaborador da Constituição.”

⁶⁴ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993, p. 26.

texto constitucional, apenas alteram o seu significado, seu sentido, ou o seu alcance.

Anna Cândida da Cunha Ferraz observa que a expressão “mutação constitucional” não é utilizada de maneira uniforme pela doutrina. Quanto ao sentido, de modo geral, admite-se que o termo significa qualquer mudança constitucional decorrente de processo diverso dos previstos formalmente na Constituição. Porém, conclui a professora, os processos informais de mudança da Constituição abrangem duas espécies: as que não violentam a Constituição, ou seja, as que submetidas à controle de constitucionalidade não são consideradas inconstitucionais; e as que contrariam a Constituição, ou seja, são inconstitucionais, e por isso não devem subsistir. Então haveria as mutações constitucionais propriamente ditas e as mutações inconstitucionais.⁶⁵

Partindo dessa dicotomia, a autora conceitua mutação constitucional como “todo e qualquer processo que, sem modificar a letra constitucional, altere ou modifique o seu sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la.”⁶⁶ Nesta, há o respeito à letra e ao espírito da Constituição. Como observa Pablo Lucas Verdú, a mutação constitucional não é um mal em si. Dependerá do alcance e do sentido da mudança. Quando há respeito à *ratio* e aos *fins* da Constituição, produz-se uma “saudável aproximação na normatividade à realidade constitucional.”⁶⁷

Já a mutação inconstitucional seria a alteração informal da Constituição que viola o texto ou o sentido da Constituição. Estes seriam os limites da mutação constitucional para Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁸. Por outro lado, reconhecendo a dificuldade de estipular limites às mutações

⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 2, n.5, out./dez. 1993. p. 17.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ *Apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 2, n.5, out./dez. 1993. p. 18.

⁶⁸ Ibid. p. 18.

constitucionais, Uadi Lammêgo Bulos sustenta que o limite para se evitar as mutações inconstitucionais estaria na ponderação do intérprete ao adequar a lei suprema à realidade social.⁶⁹ Essas mutações podem se manifestar pela inércia dos poderes constituídos, desuso, mudança tática de normas constitucionais, etc. No entanto, tais práticas somente serão consideradas inconstitucionais quando, na análise de cada caso, verificar-se que realmente violam o texto e o espírito da Constituição. Neste caso, devem ser reprimidas diante de um controle de constitucionalidade eficaz.

As mutações constitucionais devem ser admitidas e prestigiadas. Trata-se de uma manifestação não organizada do Poder Constituinte, exercido informalmente pelo povo ou por segmentos específicos da sociedade.

Ademais, as mutações são indispensáveis para dar maior efetividade à Constituição. Na verdade, elas surgem em decorrência da própria obra constitucional, que por vezes é incompleta, e para ser efetivamente aplicada, especialmente no que lhe é essencial, necessita de uma atuação ulterior, que faça valer a vontade e o espírito do Constituinte Originário.⁷⁰

Nesse diapasão, o resultado da mutação deve se incluir no aparato Magno. Assim, não é outra a consideração senão de mero evento espontâneo, tal qual a realidade social: um poder constituinte difuso⁷¹.

Não há um tratamento uniforme na doutrina para o fenômeno da mutação. Uadi Lammêgo Bulos aponta quatro categorias de mutações: a) mutação mediante prática que não vulnera a Constituição, b) mutação decorrente da impossibilidade do exercício de uma atribuição constitucional,

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 43.

⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit. p. 18.

⁷¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n.129, jan./mar. 1996. p. 28.

c) mutação decorrente de prática que contradiz a Constituição e d) mutação constitucional através de interpretação.⁷²

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz prefere destacar a mutação em dois grupos, seguindo a essência da classificação proposta por Biscaretti Di Ruffia: interpretação constitucional (em suas várias modalidades e subgrupos) e os usos e costumes constitucionais.⁷³

Nas palavras da professora, quanto à interpretação:

“A interpretação constitucional revela-se processo de mutação constitucional sempre que, pela via interpretativa, ao significado da norma constitucional se atribui novo conteúdo, ou se amplia a abrangência da norma para alcançar situações e relações dantes não consideradas como nela incluídos.”⁷⁴

Quanto ao costume:

“[...] o costume constitucional, à semelhança da interpretação constitucional, também produz mudança no sentido, significado ou alcance das disposições constitucionais, sem contudo alterar-lhe a letra e o espírito. Na verdade, é possível concluir-se que, mediante o costume constitucional, interpreta-se a Constituição, complementam-se suas disposições, preenchem-se as lacunas constitucionais, suprem-se omissões das normas constitucionais, criando-se normação para situações não previstas no texto, sem todavia feri-lo.”⁷⁵

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n.129, jan./mar. 1996. p. 30. Este doutrinador, após fazer referência a diversos autores, conclui que os métodos são inumeráveis, e aponta algumas formas que podem ocasionar a mutação, tais como: “a interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até mesmo a influência dos grupos de pressão.”

⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit. p. 19.

⁷⁴ Ibid p.19

⁷⁵ Ibid p.22

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é esmiuçar o tema alterações informais da Constituição, e sim enfatizar os limites do processo formal de alteração constitucional, mais especificamente no que se refere às emendas constitucionais, como veremos, e a possibilidade ou não de superação dos mesmos, não esgotaremos aqui a análise da interpretação e do costume constitucional. Buscamos apenas dar um panorama geral deste fenômeno de adaptação das Constituições à realidade social, diferenciando-o das mudanças formais das Constituições, que analisaremos a seguir.

3.3 Processo formal de mudança da Constituição: reforma constitucional

A necessidade de adaptação da Constituição à realidade social faz com que o Poder Constituinte Originário preveja na sua obra mecanismos de modificação dos textos constitucionais, que serão praticados pelo Poder Constituinte Reformador. Esses mecanismos expressamente previstos na Constituição para alterar, modificar, acrescentar, reduzir, suprimir ou rever o texto constitucional são considerados processos formais de mudança da Constituição.

Em outras palavras, sempre que se altere a Constituição, mediante forma, requisitos e limites próprios expressamente previstos, estar-se-á diante de um fenômeno de alteração formal da Constituição, praticado pelo Poder Constituinte Reformador.

Geralmente, esses processos formais de mudança da Constituição são rotulados de reforma, emenda ou revisão. A doutrina não é unânime no emprego dessas expressões, e muitos autores inclusive dispensam maior rigor no emprego destas. O que importa é o fato que a essência destes processos é a mesma: são modificações introduzidas no texto da Constituição existente, por órgão e sob as regras previstos na Constituição. A distinção entre estes termos

estará na própria Constituição, e girará em torno de circunstâncias, limites, prazos, etc.

Segundo o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, reforma e revisão são termos utilizados pelos constitucionalistas de renome para nomear a mesma realidade. Segundo a autora, para Jorge Miranda a *revisão constitucional* é a modificação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstrato, que garante a continuidade constitucional. Já para Loewenstein, todas as modificações resultantes de procedimentos e regras previstos na Constituição reúnem-se sob o rótulo de *reforma constitucional*. Este autor ainda aponta que o conceito de reforma constitucional possui um significado formal e outro material. Em sentido formal, é a técnica por meio da qual se processa mudanças no texto da Constituição. Em sentido material, por outro lado, é o resultado do procedimento de emenda constitucional, isto é, o objeto do procedimento retro-referido. Para Jean Gicquel, *revisão constitucional* é o fenômeno das mudanças constitucionais previstas pela própria Constituição.

A doutrina brasileira também não é unânime na hora de empregar os termos reforma, emenda e revisão. Na verdade, há uma certa tendência em considerar o termo reforma constitucional como gênero, englobando todos os métodos de mudanças formais das Constituições, do qual emenda e revisão seriam espécies.⁷⁶

Sendo reforma constitucional o gênero, cumpre estabelecer o que seria a emenda e a revisão. José Afonso da Silva, seguindo a doutrina de Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, entende que emenda é a modificação pontual da Constituição, mais restrita e com procedimento mais flexível que a revisão. Já

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 61- 62.

a revisão seria uma ampla modificação do texto constitucional, com formalidades e procedimentos mais lentos e dificultosos que a emenda.⁷⁷

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes,⁷⁸ no mesmo sentido de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, discorda dessas posições e adota posição diversa. Para ele, a idéia de revisão é de simples aprimoramento do texto, enquanto a idéia de reforma é mais ampla e ambiciosa, pois é a idéia de refazimento das instituições. A emenda seria o processo legislativo por meio do qual se processam modificações ordinárias na Constituição.

As Constituições brasileiras nunca adotaram um critério lógico e científico para distinguir os termos emenda, revisão e reforma, contribuindo mais ainda para a divergência doutrinária. A título de exemplo, a Constituição do Império e a Constituição de 1891 referem-se à reforma (arts. 174 e 90, respectivamente). A Constituição de 1934 fez menção à emenda e a revisão, como espécies de reforma constitucional (art. 178), sendo que a revisão abrangeria tudo o que dissesse respeito à estrutura política do Estado e à organização ou competência dos poderes, sendo dotada de processo mais complexo e solene, enquanto a emenda englobaria os demais temas, com procedimento menos complexo do que o adotado para a revisão. A Constituição de 1937 fez menção à emendas, modificações e reformas (art. 174); a de 1946 fala em reforma como gênero e emenda como espécie (art. 217) e a Constituição de 1967 e a Emenda 01/69 falam somente em emenda (arts. 5º e 47, respectivamente).⁷⁹ Já a Constituição de 1988, faz referência à emenda (arts. 59 e 60) e revisão (art. 3º ADCT), não distinguindo uma da

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 62. Este também é o entendimento de BULOS, Uadi Lammêgo, in *Elaboração e reforma das Constituições*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.203, jan./mar. 1996, p. 95.

⁷⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 160-161.

⁷⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Emenda e revisão na Constituição de 1988*. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 23, n.93, jan./mar. 1990, p. 125, GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 18-19 e LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 159.

outra quanto à matéria ou alcance, apenas quanto à observância de requisitos formais e temporais acerca do tema.⁸⁰

Adotaremos para o restante da monografia a terminologia proposta por José Afonso da Silva, segundo o qual reforma constitucional é o gênero que compreende todas os métodos de alteração formal da Constituição, do qual emenda e revisão são espécies, com a ressalva, contudo, no que se refere à atual Constituição brasileira, pois não nos parece que a revisão constitucional prevista no art 3º do ADCT possa ser considerada como reforma mais ampla que a emenda, tanto pela forma como foi processada, mediante emendas de revisão, quanto pelo procedimento mais simplificado. Ademais, como observa Paulo Braga Galvão, nada impede que uma emenda tenha uma abrangência ampla, desde que respeitado o procedimento previsto na Constituição.

3.4 Reforma constitucional na Constituição brasileira de 1988: emenda e revisão

A Constituição brasileira de 1988 prevê duas espécies distintas de reforma: a emenda constitucional (arts. 59 e 60) e a revisão constitucional (art. 3º ADCT).

A primeira espécie seria de atribuição do Poder Constituinte Reformador ordinário ou permanente (ou via permanente de reforma), enquanto que a segunda seria afeta ao Poder Constituinte Reformador extraordinário ou transitório (ou via extraordinária e transitória de reforma).⁸¹

No concernente à via extraordinária de reforma constitucional, o artigo 3º do ADCT dispunha: “Art. 3º A revisão constitucional será realizada

⁸⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira *Alterações Constitucionais e Limites do Poder de Reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 46.

⁸¹ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit. p. 09, e BONAVIDES, Paulo. op. cit. p.184-187.

após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” Dessa forma, corroboramos da posição de José Afonso da Silva, para quem a revisão constitucional “já se realizou, não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo.”⁸²

Quanto à possibilidade de uma emenda constitucional vir a convocar uma nova revisão constitucional nos termos da prevista no art. 3º do ADCT, entendemos não ser possível, tendo em vista que o processo de reforma constitucional exterioriza uma limitação implícita, como veremos adiante. Dessa forma, uma emenda nesse sentido seria inconstitucional. Acrescente-se aqui que a jurisprudência do STF é no sentido da inconstitucionalidade da emenda que vise convocar nova revisão constitucional, como observa Guilherme Peña de Moraes:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na esteira da melhor doutrina, alude à “revisão constitucional, a ser feita ‘uma só vez’”, tendo sido consignado que a inconstitucionalidade de emenda que tenha por finalidade a convocação de nova revisão constitucional “restou amplamente esclarecida na votação do destaque nº 59, relativo à emenda nº 1.763, que propunha se incluísse, no texto do art. 3º do ADCT, a elocução ‘uma só vez’, o que veio a ser considerado desnecessário”⁸³

⁸² SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 62. Neste sentido, COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 126-127.

⁸³ MORAES, Guilherme Peña de. op. cit. 49, citando a jurisprudência do STF, ADIn nº 981, Rel. Min. Néri da Silveira, J 17.12.1993, RDA 198/235.

Por não ter interesse para este estudo, uma vez que não pode mais ser utilizada a revisão constitucional para atuar reformas na Constituição brasileira, não analisaremos as questões polêmicas que giraram em torno deste artigo, tais como a forma de expressão da revisão, sua obrigatoriedade, seu conteúdo e alcance, sua vinculação ou não ao art. 2º do ADCT, seus limites, etc.

Na prática, prevaleceu que a diferença entre a revisão e emenda seria apenas relativa aos aspectos processuais, sendo o procedimento da revisão mais simplificado que o de emenda. Acrescentamos que a revisão foi processada por emendas de revisão e mostrou-se de pequeno alcance.

Neste estudo importa especificamente fazermos referência à emenda constitucional, ou via permanente de reforma, que é a única espécie de reforma constitucional atualmente possível de ser admitida no Brasil.

Dispõe o artigo 59 caput e inciso I da Constituição de 1988: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; [...]”. A matéria vem completamente disciplinada no artigo 60 da Constituição (*Subseção II Da emenda à Constituição*), o qual transcrevemos:

Subseção II. Da Emenda à Constituição.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta 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.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Como vemos, as emendas constitucionais são amplamente reguladas pela Constituição. Para atuar a reforma constitucional, o Poder Constituinte Reformador ordinário deve respeitar todos os procedimentos, requisitos e limites previstos neste artigo.

Alguns pontos merecem ser destacados quanto a este instituto. Quanto à iniciativa da proposta de emenda, além das previstas no artigo 60 incisos I, II e III, José Afonso da Silva⁸⁴ entende que deve ser incluída também a iniciativa popular, por interpretação sistemática da Constituição.

Segundo este professor diversos projetos e anteprojetos admitiam expressamente a iniciativa e o referendo populares em matéria de emenda constitucional, o que foi derrubado pelos conservadores na votação no Plenário.

Ainda assim, estes mecanismos de participação popular devem ser admitidos por interpretação sistemática da Constituição: o artigo 1º, parágrafo único, estabelece que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representante ou *diretamente*. Segundo o artigo 14, incisos II e III, a soberania popular será exercida também por *referendo e iniciativa popular*. Pelo artigo 49, inciso XV, ao Congresso Nacional cabe autorizar referendo sem especificação, o que permite o referendo facultativo constitucional.

Admitida a iniciativa popular, adotar-se-á as percentagens previstas no artigo 61, parágrafo 2º. Logo, a utilização da iniciativa e referendo populares em matéria de emenda constitucional dependerá somente do nosso desenvolvimento em relação à democracia participativa, que está albergada na Constituição como princípio fundamental.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 63-64. Neste sentido, também COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 128.

Nossa posição é a mesma do professor José Afonso da Silva. Quanto maior a participação popular, ainda mais no que se refere à assuntos constitucionais, mais legítima será a reforma.

Quanto ao procedimento para as emendas constitucionais, não há grandes dificuldades. Apresentada a proposta, esta 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 (artigo 60, §2º). Uma vez aprovada a emenda, esta será promulgada (não há veto ou sanção presidencial) pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (artigo 60, §3º). Com isso, conclui-se que a emenda é autônoma, não será incorporada ao texto da Constituição, e sim anexada ao texto.⁸⁵ Acrescenta-se que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudica não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Por fim, chegamos à questão dos limites à emenda constitucional. O Poder Constituinte Reformador, além de observar as regras procedimentais especiais previstas na Constituição para sua atuação (limites procedimentais), deve respeitar também outros limites estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, seja limites expressos, tais como limites materiais e circunstanciais, seja limites implícitos. Analisaremos detalhadamente no próximo capítulo os limites da reforma constitucional e mais adiante, a polêmica doutrinária acerca dos mesmos.

⁸⁵ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. op. cit. p. 34-35.

3.5 Controle de constitucionalidade da reforma constitucional

Antes de adentrarmos na análise dos limites estabelecidos para a atuação do Poder Constituinte Reformador, para uma melhor organização, faz-se neste momento referência ao controle de constitucionalidade da reforma constitucional.

O controle de constitucionalidade da reforma constitucional está intimamente ligado à existência de limites (explícitos ou implícitos) ao Poder Constituinte Reformador. Logo, para quem não reconhece limites à reforma constitucional, não haveria que se falar em controle de constitucionalidade da reforma, uma vez que toda reforma seria constitucional.

De fato, onde uma constituição se queira realmente rígida, com distinção entre Poderes Constituintes Originário e Reformador, deve haver previsão de controle de constitucionalidade, ao qual será submetido, inclusive, as reformas constitucionais. Caso contrário, não haverá diferença entre Poder Constituinte Originário e Derivado, tornando-se este ilimitado para o legislador, que terá amplos poderes para modificar a Constituição quando bem entender.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes, citando Gilmar Mendes, afirma que o controle contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao Poder Constituinte Derivado. Segundo ele, Poder Constituinte, Constituição escrita, rigidez e controle de constitucionalidade são institutos interligados. E conclui que “instituída a ordem jurídica pelo Poder Constituinte, este próprio poder cria mecanismos internos de resguardo e proteção a esta mesma ordem.”⁸⁶

Portanto, o Poder Constituinte Originário cria mecanismos de controle da constitucionalidade para proteger princípios e normas contidos na sua própria obra, para que esta não reste descaracterizada.

⁸⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 152-153.

Antigamente discutia-se a amplitude do controle de constitucionalidade da reforma constitucional. Embora não houvesse dúvidas quanto ao controle da constitucionalidade formal das reformas, isto é, referente à tramitação, iniciativa, *quorum*, etc., a doutrina discutia quanto ao controle da constitucionalidade material da reforma, mais especificamente onde a Constituição não proibia expressamente a modificação.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama,⁸⁷ citando Nelson de Sousa Sampaio, não há justificativa para não admitir o controle de constitucionalidade quanto às limitações expressas, até porque não faz sentido determinar a inalterabilidade de determinada disposição constitucional relativa à determinada matéria se não houvesse mecanismos de controle da atuação do Poder Constituinte Reformador.

O problema estaria nas limitações implícitas. Atualmente, como veremos, a doutrina reconhece a existência de limitações materiais implícitas, embora não chegue a um acordo sobre quais sejam essas matérias implicitamente não passíveis de reforma.

Neste momento, o que importa deixar registrado é que o desrespeito pelo Poder Reformador ao procedimento especial previsto na Constituição ou de qualquer outro limite (explícito ou implícito), fará com que a modificação padeça de vício de inconstitucionalidade formal ou material, ficando sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como as leis ordinárias.⁸⁸

O Poder Constituinte Reformador é limitado pela Constituição, que é o fundamento de sua validade, e por isso não pode extrapolar suas atribuições, indo além do que a Constituição lhe permite. Por sua natureza, deve atuar conforme os preceitos Constitucionais.

⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações Constitucionais e Limites do Poder de Reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 72.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 68.

4. LIMITES DA REFORMA CONSTITUCIONAL

Como vimos nos capítulos anteriores, o Poder Constituinte Reformador, ainda que seja um Poder Constituinte, é um poder que encontra sua validade na Constituição, de quem deriva e, conseqüentemente, traça seus limites e condições. Criado para proceder alterações formais na Constituição, é um poder de Direito, essencialmente limitado pelas regras que lhe são impostas pelo Poder Constituinte Originário. O desrespeito a estes limites sujeitará sua atuação ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, e suas modificações serão gravadas de inconstitucionalidades.

Neste capítulo propomo-nos exatamente a analisar esses limites que são impostos à atuação do Poder Constituinte Reformador e os fundamentos de tais limites.

4.1 Fundamentos dos limites ao Poder Constituinte Reformador

Alguns fundamentos podem ser apontados para a existência dos limites à reforma constitucional. A brilhante constitucionalista Cármen Lúcia Antunes Rocha⁸⁹ analisa na sua obra tais fundamentos, os quais exporemos a seguir.

O primeiro fundamento dos limites impostos ao Poder Constituinte Reformador é a necessidade de estabilidade social e institucional que a Constituição deve assegurar. Já vimos, no capítulo 3.1 desta monografia, que a Constituição possui um caráter estabilizador da organização do Estado e da

⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 28 e ss

sociedade. Dessa forma, deve resguardar-se de alterações frequentes, muitas vezes decorrentes de “injunções momentâneas, emocionais e precárias.”⁹⁰ Para isso, são criados limites, verdadeiros freios à atuação do Poder Reformador, para que as reformas necessárias sejam promovidas de forma serena, equilibrada e respeitando valores considerados fundamentais pela sociedade, evitando, dessa forma, as reviravoltas institucionais e jurídicas, desestabilizadoras do Estado. Ressalte-se o que já dissemos também no capítulo 3.1, no sentido de que tais limites não podem significar imutabilidade constitucional absoluta.

Nas palavras da professora:

“As limitações impostas pelo Poder Constituinte de primeiro grau ao poder reformador da Constituição encontram a sua razão, pois, na natureza mesma daquele primeiro, na identidade de sua obra e na certeza de que, se de uma parte é imprescindível prever-se a possibilidade de mudanças formais no sistema constitucional para adequá-lo aos novos tempos que inspiram novas necessidades a serem atendidas pelo Direito, de outra parte, urge se assegure a estabilidade do sistema jurídico, para que ele não se perca ou se deixe destruir por injunções momentâneas, interesses passageiros ou pela emoção que as multidões algumas vezes são pródigas em vivenciar.”⁹¹

A própria desejada supremacia constitucional exige a imposição de limites para a reforma da Constituição. Sendo suprema, não pode a Constituição ser submetida fácil e frequentemente à atuação do Poder Constituinte Reformador. Deve, isto sim, ter cuidados especiais, que evidenciem sua superioridade e lhe confiram o respeito necessário.

⁹⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993. p. 28 e ss

⁹¹ Ibid

Outro fundamento da limitabilidade das reformas constitucionais está na imutabilidade relativa da Constituição. A Constituição só pode sofrer modificações formais na estrita relação do que foi definido pelo Poder Constituinte Originário, que são exatamente os limites que vinculam o Poder Reformador. Assim, este último só pode atuar nas margens estabelecidas pelo seu criador, o Poder Constituinte Originário.

Como observa Cármen Lúcia Antunes Rocha,⁹² tanto a supremacia da Constituição quanto a sua imutabilidade relativa, retiram a sua força fundamental sobre o Poder Constituinte Reformador da sua própria origem, ou seja, o Poder Constituinte Originário. A Constituição traduz a superioridade formal e material deste último sobre o poder que reforma a Constituição, condição esta que se apresentará em qualquer manifestação subsequente do Poder Reformador, o que fundamenta a existência dos limites. Assim, “a supremacia deste poder [Poder Constituinte Originário] determina a superioridade da Constituição sobre todas as normas que compõem o sistema jurídico positivo tanto quanto determina que o poder derivado não tem vigor para a ele se sobrepor.”⁹³

Por fim, a própria legitimidade do Poder Constituinte Reformador recai no seu exercício limitado. Só será legítima a sua atuação se observadas as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário: “não se cogita a possibilidade de reforma feita à revelia da Constituição.”⁹⁴

Assim, a estabilidade social e institucional, a superioridade da Constituição e a sua imutabilidade relativa (decorrentes da distinção entre Poder Constituinte Originário e Derivado), e a legitimidade do Poder Constituinte Reformador, fundamentam os limites impostos para as reformas

⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993. p. 28 e ss

⁹³ Ibid p. 29.

⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993. p. 30.

constitucionais. E são estes limites que garantirão a identidade constitucional, protegendo certos valores considerados de relevância estrutural para a sociedade, e que impedirão o desabamento da Constituição diante de um emaranhado de alterações formais, que na verdade configurariam uma nova Constituição, o que é inadmissível por meio de reforma.

A ausência de limites formais e materiais para a reforma constitucional, significa a possibilidade de uma reforma total da Constituição, o que não deve ser admitido, pois isto corresponderia a uma *autofagia constitucional*. O espírito de uma Constituição deve permanecer mesmo com sua reforma, que existe não para substituir o sistema constitucional (isso é inerente ao Poder Constituinte Originário), e sim para aprimorá-lo, aperfeiçoá-lo e adequá-lo à realidade social. Daí a dificuldade de se aceitar a reforma total da Constituição como exercício legítimo do Poder Constituinte Reformador.⁹⁵ A legitimidade para substituir uma ordem jurídica por outra encontra-se nos braços do Poder Constituinte Originário, e não no Derivado.

A despeito do acima exposto, algumas Constituições prevêm a possibilidade de sua reforma total. Como exemplos, pode-se citar as Constituições francesa e suíça, ambas de 1848, sendo que a suíça foi objeto de revisão total em 1874. Mais recentemente, podemos citar a de Cuba de 1976.⁹⁶ Para Mauricio Antonio Ribeiro Lopes,⁹⁷ o que se pretende com isso é exatamente disfarçar a eclosão de processos revolucionários, criando a ilusão de Constituições “imorredouras”, que na verdade são “despretensiosamente editadas sob as considerações de mérito e de forma do Estado onde vive estéril e indigna.”

⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993. p. 31.

⁹⁶ Exemplos citados por GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 22-24.

⁹⁷ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 150-152. Nas palavras deste autor: “A previsão da reforma total tem a característica de uma autofagia constitucional; uma forma de tornar acessível pela via derivada o que só poderia ser alcançado pelo Poder Constituinte originário.”

Se o descontentamento com a Constituição em vigor é tanto, o mais legítimo é que esta seja efetivamente substituída por outra, mediante atuação do Poder Constituinte Originário, mas não reformada, pois o que se verá, ao final de tudo, é exatamente sua substituição e não sua reforma.

4.2 Tipologia dos limites impostos ao Poder Constituinte Reformador

Diversa é a linguagem adotada pela doutrina para nomear os limites ao Poder Constituinte Reformador. Celso Ribeiro Bastos⁹⁸ fala em limitações formais (processuais, temporais e circunstanciais) e limitações de fundo ou materiais (expressas ou implícitas). Cármen Lúcia Antunes Rocha⁹⁹ divide os limites em limites adjetivos ou processuais (temporais, circunstanciais e formais), e limites substantivos ou materiais (explícitos, implícitos, autônomos – de direito interno, e heterônomos – de direito internacional). Uadi Lammêgo Bulos,¹⁰⁰ por sua vez, de forma simples e completa, classifica-os em limites de natureza temporal, circunstancial, formal (processual) e material.

Na verdade, a variedade de nomes adotados pela doutrina não significa que ela divirja na substância. A análise dos limites apontados pelos diversos autores, demonstra que eles apenas adotam variações nominais para designar os mesmos fenômenos, salvo pequenas exceções.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 34-38.

⁹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 31-36.

¹⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 95. Neste sentido também RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. op. cit. p. 88-90; GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 25; e outros.

No geral, podemos apontar quatro modalidades de limites, que podem ser de natureza temporal, circunstancial, processual e material, neste último caso, expressos ou implícitos.¹⁰¹

- Limites Temporais

Os limites temporais correspondem à fixação de um período, pelo Poder Constituinte Originário, dentro do qual a Constituição não pode ser reformada ou somente dentro do qual a reforma pode ser promovida (neste caso, referente à periodicidade da reforma).

Ao fixar um prazo no qual a Constituição não pode ser reformada, busca-se evitar que ela seja alterada imediatamente após sua promulgação, sem que tenha havido tempo suficiente para estabilização de suas instituições. Muitas vezes, as inovações trazidas por uma nova Constituição desagradam certos grupos que, insatisfeitos, podem utilizar-se do momento para tentar promover reformas que beneficiam mais à eles do que à sociedade como um todo. Para evitar esses arroubos momentâneos de insatisfação, e deixar que as normas constitucionais sejam efetivamente aplicadas e as instituições estabilizadas, é que se prevê um período após a promulgação da Constituição para que suas normas sejam sensatamente avaliadas e, só após a avaliação de seus resultados, aperfeiçoadas pela reforma.¹⁰²

¹⁰¹ A doutrina geralmente refere-se somente a limites materiais implícitos. Porém, como observa ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 33, pode haver limites processuais implícitos “quando as matérias ou um dos pontos considerados intangíveis materialmente puderem vir a ser lesados por uma determinada forma processual adotada para a modificação constitucional. Nesta hipótese, embora inexpressa, considera-se limite imanente intransponível a forma adotada.” FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 81, vai ainda mais longe, e afirma que as limitações implícitas abrangem toda a lógica versada pelo Poder Constituinte Originário e, com isso, as limitações circunstanciais, processuais, e etc. poderiam determinar o surgimento de limitações implícitas.

¹⁰² “É que às mudanças normativas de base introduzidas por uma nova Constituição podem sobrevir insatisfações e até mesmo sobressaltos que, no calor da hora, podem facilitar manifestações de apoio à reforma, sem que isto indique que ela se produzirá em benefício de toda a sociedade. É preciso, então, que as normas constitucionais se apliquem, que seus resultados sejam avaliados, para que somente então sobrevenha o seu aperfeiçoamento.” in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 32.

Como exemplos da adoção de limites temporais que proíbem a reforma constitucional durante certo tempo, podemos citar a Constituição brasileira de 1824, que previa um prazo de quatro anos¹⁰³. Paulo Braga Galvão¹⁰⁴ aponta ainda como exemplos a Constituição paraguaia de 1870 e da Grécia de 1927, com prazos de cinco anos, a da Espanha de 1812 e seu prazo de oito anos, e as Constituições da Colômbia, de 1821, da Argentina, de 1853, da Nicarágua, de 1911 e do Paraguai, de 1940 (para a reforma total), que previam prazos de 10 anos.

A outra modalidade de limite temporal refere-se à fixação de um período dentro do qual a Constituição pode ser reformada. Em outras palavras: estabelece-se uma periodicidade para as reformas, ou seja, períodos certos dentro dos quais a reforma pode ser promovida, não se admitindo modificações fora desses períodos. A previsão de uma reforma periódica visa, basicamente impedir reformas frequentes, que poderiam gerar instabilidade.

Como exemplos, Paulo Braga Galvão¹⁰⁵ aponta as Constituições dos Estados-membros norte-americanos, tais como Indiana, que previa em sua Constituição de 1816 que esta seria reformável apenas de doze em doze anos, a do Tennessee, reformável de seis em seis anos, New Hampshire, de sete em sete anos, e Vermont, de dez em dez anos. As Constituições portuguesas de 1911 e 1933, previam que a reforma só poderia ocorrer de dez em dez anos. A fixação desses limites temporais mereceu o comentário irônico de Manoel

¹⁰³ Dispunha o artigo 174 da Constituição brasileira de 1824: “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.”

¹⁰⁴ GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 36.

¹⁰⁵ GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p.37.

Gonçalves Ferreira Filho:¹⁰⁶ “isto seria magnífico se as crises políticas tivessem data certa...”.

A atual Constituição brasileira, como a maioria das Constituições em vigor pelo mundo, não estabelece nenhuma limitação temporal.¹⁰⁷ Quanto ao prazo de cinco anos estabelecidos para a ocorrência da revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT, é certo que este não corresponde a um limite temporal, pois a Constituição poderia ser reformada por meio de emenda constitucional antes disso.

- Limites Circunstanciais

Os limites circunstanciais referem-se à proibição de reforma constitucional durante determinadas situações excepcionais, de conturbação ou instabilidade institucional, onde o Poder Constituinte Originário entendeu por bem não ser aconselhável modificar a Constituição.

O fato é que as reformas constitucionais, como já dissemos, devem ser promovidas sempre serenamente, em ambientes tranquilos e de forma equilibrada, onde as propostas podem ser discutidas com liberdade pela sociedade e pelo órgão responsável, o que nem sempre é possível em momentos de crise. Nestas hipóteses, qualquer reforma constitucional seria ilegítima, o que torna perfeitamente justificável a proibição de reformas. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, as limitações circunstanciais visam

¹⁰⁶ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 37.

¹⁰⁷ Apesar de ser entendimento predominante da doutrina a ausência de limites temporais na atual Constituição brasileira, FRANCISCO, José Carlos. *op. cit.* p. 78-79, entende que o § 5º do artigo 60, exterioriza um limite temporal: “de certo modo, ainda que restrita a aspecto pontual, seria o caso do § 5º do art. 60 da Constituição Brasileira vigente (onde parece predominar o aspecto temporal e não o material).” Dispõe o § 5º que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

“assegurar que as deliberações sejam tomadas em ambiente de paz e liberdade, evitando possíveis imposições da força ou de certos interesses unilaterais.”¹⁰⁸

Diversos são os exemplos de Constituições que adotam limitações de natureza circunstancial à reforma constitucional. A proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, no qual suspendem-se temporariamente direitos e garantias individuais, vem sendo prevista nas Constituições brasileiras desde a Constituição de 1934. Como observa Paulo Braga Galvão,¹⁰⁹ nestas situações, “as restrições às liberdades poderiam obstar a amplitude dos debates e mesmo a livre manifestação do órgão incumbido da reforma.” A Constituição brasileira de 1988 prevê, além da proibição de modificações durante estado de sítio, a proibição de alterações na vigência de intervenção federal e estado de defesa (artigo 60, §1º). A inclusão da intervenção federal no rol das situações excepcionais que proíbem a modificação constitucional é vista com ressalvas por Paulo Braga Galvão¹¹⁰. Conforme os ensinamentos deste professor, ainda que se considere a intervenção federal uma medida excepcional, ela não carrega consigo as mesmas características e implicações das outras hipóteses, onde as liberdades individuais são necessariamente afetadas. E conclui seu raciocínio acrescentando que é difícil entender o motivo da Constituição não poder ser emendada num momento em que um Estado sofre intervenção da União para reorganizar suas finanças, tendo em vista o não repasse de receitas tributárias para os municípios.

¹⁰⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 95. Merecem transcrição também as palavras de ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit p. 32: “Nos momentos de crise social ou institucional, a superveniência de uma reforma na base do sistema normativo do Estado tende a voltar-se às contingências, às situações eventuais, a soluções momentâneas e atropeladas para problemas que nem sempre são momentâneos e que às vezes, são consequências dos problemas maiores e verdadeiramente determinadores da instabilidade.”

¹⁰⁹ GALVÃO, Paulo Braga. *Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ I, v. 1. Rio de Janeiro: CEPUERJ, 1993. p. 254-255.

¹¹⁰ Ibid p. 255.

Na nossa opinião, o que se vê atualmente, na prática, é a União deixar de intervir nos Estados quando necessário, para que as propostas de emendas constitucionais de seu interesse não tenham sua tramitação suspensa.

Outras Constituições prevêm outras hipóteses de situações excepcionais que justificariam a vedação de alterações.

- Limites Processuais

Os limites processuais, também chamados pela doutrina de formais ou procedimentais¹¹¹, dizem respeito ao processo especial imposto ao Poder Constituinte Reformador para a realização de reformas. Logo, os limites processuais englobam tudo o que for concernente ao processo legislativo específico para a elaboração de reformas, tais como: iniciativa da proposta, órgão competente para aprovação das reformas, *quorum* de aprovação, requisitos para promulgação e outros.

A rigidez constitucional, tal como idealizada por Lord Bryce, tem sua sede fundamental especialmente nos limites processuais.¹¹² A diferença entre Constituição rígida e flexível deriva exatamente do processo legislativo eleito pelo Poder Constituinte Originário para a realização de reformas constitucionais. Um procedimento especial, mais solene e rigoroso que o adotado para as demais espécies normativas, caracteriza a rigidez da Carta. Por outro lado, um processo semelhante ao adotado para a alteração das demais espécies normativas, caracteriza a flexibilidade constitucional.

¹¹¹ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 79-80, critica a adoção da expressão “procedimento” e justifica: “Na verdade, o emprego da expressão ‘processo legislativo’ é feita com propósito definido, tendo em vista a evidente existência do *due process of law* no âmbito do processo legislativo. A função legislativa (e, pela mesma razão, a função constituinte reformadora) se manifesta mediante um processo (e não procedimento), segundo a moderna doutrina (que insere o processo como mecanismo de controle democrático do Poder mediante o contraditório e a ampla defesa, permitindo, assim, a democratização da ação dos poderes públicos).”

¹¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 32.

Na maioria dos Estados modernos adota-se o modelo da maioria qualificada (em geral maioria absoluta ou de dois terços dos parlamentares), no qual a competência para promover a reforma é atribuída ao órgão legislativo ordinário, porém com requisitos processuais mais solenes e dificultosos do que os impostos para elaboração e reforma das demais espécies normativas.

A questão relativa à iniciativa da reforma também é afeta aos limites processuais. Dependendo do regime político – se mais autocrático ou democrático – será a proposta reservada ao Executivo, ou ao legislativo, ou ainda ao corpo eleitoral.

Especificamente no Brasil, a Constituição do Império (1824) admitia a iniciativa originária somente da Câmara dos Deputados. Já as Constituições republicanas (1891, 1934 e 1946) reservaram a iniciativa de reforma aos parlamentares, sendo que as Constituições de 1937 e 1967 admitiam iniciativa do Presidente da República.

Quanto à atual Constituição brasileira, as limitações processuais estão previstas no artigo 60, nos incisos I, II e III e parágrafos 2º, 3º e 5º. Não nos alongaremos nesta análise, pois já nos referimos ao processo legislativo de emenda constitucional quando tratamos da reforma constitucional, no item 3.4, inclusive no concernente à questão da iniciativa da proposta de emenda.

Antes de concluirmos a análise dos limites processuais, cumpre deixar aqui registrados os oito sistemas de revisão constitucional encontrados pelo grande constitucionalista português Jorge Miranda,¹¹³ ao analisar comparativamente diversas Constituições democráticas, vigentes e não vigentes.

¹¹³ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 155-161. Nesta obra vide também maiores detalhes e exemplos de Constituições que adotam estes diversos mecanismos de reforma constitucional.

Conforme o professor, as formas de revisão se dividem basicamente em dois grandes grupos: as revisões que se processam apenas por democracia representativa; e as revisões que se processam por democracia representativa cumulativamente com manifestações de democracia direta ou semi-direta.

Dessas duas formas básicas, derivam os oito sistemas de revisão por ele encontrados, quais sejam: a) *revisão pela assembléia ordinária pelo mesmo processo de feitura das leis ordinárias*, típica das Constituições flexíveis, sem maiores interesses para este trabalho; b) *revisão pela assembléia ordinária, sem maioria diferente da requerida para as leis ordinárias, mas com especialidades de outra ordem*, tais como tempo (prazo para ocorrência, por exemplo, de dez em dez anos) ou iniciativa (por exemplo, exclusiva de determinado órgão); c) *revisão pela assembléia ordinária, com maioria qualificada*, que é o sistema mais frequentemente utilizado pelas Constituições contemporâneas, variando apenas quanto ao *quorum* (maioria absoluta, três quartos, etc.); d) *revisão pela assembléia ordinária renovada após eleições gerais subsequentes a uma deliberação ou decisão de abertura do processo de revisão, e com ou sem maioria qualificada*, ou seja, após ter sido deliberado reformar a Constituição, definindo-se os pontos a serem alterados ou elaborando-se a proposta, renova-se a Assembléia para que a resultante das eleições gerais aprove ou não as modificações; e) *revisão por assembléia ad hoc, por assembléia eleita especificamente e só para fazer revisão (a que pode chamar-se convenção)*, onde elege-se uma assembléia especificamente para proceder as reformas, dissolvendo-se esta ao fim do processo; f) *revisão por assembléia ordinária (ou, eventualmente, por assembléia de revisão)*, suscetível de *sujeição a referendo*, onde, neste caso, o referendo é possível (facultativo), dependendo a sua ocorrência ou de deliberação da assembléia, ou do requerimento de uma das Câmaras em oposição à outra, ou por decisão do presidente da República, ou por solicitação de determinado número de parlamentares ou de cidadãos; g) *revisão por referendo que incide sobre projeto elaborado pela assembléia ordinária ou sobre lei de revisão carecida de sanção popular*, ou seja, o referendo neste caso é

obrigatório, sem aprovação popular não há lei de revisão; e h) *revisão peculiar das Constituições federais, em que acresce à deliberação pelos órgãos do Estado federal a participação dos Estados federados*, que pode se dar através das Assembléias legislativas dos Estados-membros ou por meio de votação popular direta.

- Limites Materiais¹¹⁴

As limitações materiais impedem que determinadas matérias sejam objeto de reforma constitucional por parte do Poder Constituinte Derivado. Isso porque tais matérias, também chamadas de cláusulas pétreas, segundo maior parte da doutrina, protegem e garantem o valor integrativo da Constituição, sua substância, sua identidade e seu núcleo.

O conteúdo dessas cláusulas guarda “a essência da Constituição, os pontos de sustentação do sistema”,¹¹⁵ e por isso merecem proteção especial, não sendo possível removê-las via Poder Constituinte Reformador. O que se procura resguardar, então, é uma maior durabilidade da Constituição e seus preceitos fundamentais, pois uma Constituição sem seus preceitos basilares, passa a ser outra Constituição.

Nas palavras de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes,¹¹⁶ quanto aos limites materiais:

“Na defesa de sua obra o constituinte originário estabelece freqüentemente cláusulas de irreformabilidade total ou parcial da Constituição. Essas cláusulas são chamadas de pétreas, intocáveis, irreformáveis ou eternas segundo a doutrina. São limites fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma

¹¹⁴ No capítulo 5, abordaremos a polêmica doutrinária acerca da natureza dos limites materiais, apresentando as correntes que se formaram sobre a possibilidade ou não de superação dos mesmos, bem como apresentaremos as críticas formuladas a eles por parte da doutrina. No capítulo 6, teceremos comentários a estas correntes e apresentaremos nossa posição. Neste momento, para fins didáticos, faremos referência apenas à posição majoritária acerca das cláusulas pétreas, ou seja, exporemos as mesmas sob a ótica de que se tratam de limites absolutos, insuperáveis.

¹¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 33.

¹¹⁶ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. op. cit. p. 145.

constitucional e que operam como verdadeiras limitações ao exercício do Poder Constituinte reformador ou derivado. As cláusulas pétreas, ou ainda de garantia, traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profundas mudanças de identidade.”

Tais limites materiais podem ser expressos ou implícitos, conforme previstos ou não expressamente previstos no texto constitucional. As cláusulas de limites materiais expressos são reconhecidamente de natureza declaratória, e não constitutiva, pois, via de regra, elas não criam os limites materiais, que decorrem da coerência dos princípios constitucionais e exercem função de garantia.¹¹⁷

Cumprе ressaltar que as limitações materiais expressas encontram-se previstas na minoria das Constituições. Em 1980, das 142 Constituições escritas vigentes no mundo, apenas 38 continham dispositivos neste sentido.¹¹⁸

Historicamente, a forma de governo é apontada como a mais frequente disposição constitucional imodificável, sobretudo no que se refere à república, como consta nas Constituições brasileiras republicanas, com exceção da 1937, bem como na Constituição italiana de 1947, na alemã, de 1949, e na francesa, de 1958.

Já a monarquia era protegida pela Constituição grega de 1952, e ainda é na Constituição marroquina, de 1972, e no Estado de Bahrein (Constituição de 1973). Nestas duas últimas, a religião oficial também é protegida contra a reforma constitucional.

Outra cláusula imodificável comumente encontrada refere-se à proteção da federação. Algumas Constituições ainda protegem as cláusulas que proíbem a reeleição, como a da Guatemala, de 1965 e a atual Constituição de Honduras que proíbe em seu art. 239 a reeleição ou qualquer proposição de

¹¹⁷ GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 53.

¹¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. op. cit. p. 33

reforma nesse sentido, o que ocasionou o recente e comentado caso de retirada do poder do até então presidente Manuel Zelaya, que foi preso e expulso do país em 28 de junho de 2009.

A Constituição do Reino da Noruega, de 1814, é apontada como a primeira que expressamente consignou que as reformas não poderiam contrariar aos princípios ou alterar o espírito da Constituição, consagrando antecipadamente a tese que, mais tarde, veio a ser acolhida por grande parte da doutrina, segundo a qual esses limites existiriam ainda que não expressos. A Constituição da Grécia, de 1927, na mesma linha da norueguesa, admitia a revisão, desde que não atingisse disposições fundamentais. A Constituição portuguesa é tida como a que prevê o maior rol de limitações expressas.¹¹⁹

Como já dissemos, as cláusulas pétreas não se restringem às expressamente previstas na Constituição. Até por serem declaratórias, e não constitutivas, conclui-se que podem existir outras ainda que não explícitas. A doutrina contemporânea majoritária reconhece a existência de limites materiais implícitos, embora não seja unânime ao indicar quais seriam estes.

Segundo o professor Paulo Braga Galvão,¹²⁰ as linhas mestras que delineiam o caráter necessariamente limitado do Poder Reformador foram traçadas por Willian L. Marbury, para quem o poder de reformar a Constituição não incluía a possibilidade de destruição da mesma. As emendas não poderiam, então, ultrapassar determinados limites, sob pena de destruir a Carta, o que não era admissível.

Porém, o desenvolvimento da teoria dos limites implícitos de forma mais completa se fez com Carl Schmitt, a partir da distinção entre Constituição e lei constitucional. A primeira seria a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política, enquanto que as leis constitucionais seriam as normas que completam ou regulam a decisão política fundamental.

¹¹⁹ Sobre este exemplos expostos e outros mais, v. GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 39-42.

¹²⁰ Ibid p. 46.

Dessa distinção, Schmitt sustenta que o Poder Constituinte Reformador só poderia alterar as leis constitucionais, mas não a decisão política fundamental, que, em última análise, é a própria fonte deste Poder Derivado. Logo, toda e qualquer reforma constitucional deveria respeitar a identidade e continuidade da Constituição como um todo.¹²¹

O fundamento da existência das limitações materiais implícitas encontra-se no próprio sistema constitucional do Estado.¹²² Toda Constituição possui uma identidade que lhe é própria, um sentimento que lhe é inerente, e, como sistema, possui regras e princípios, tanto expressos e como implícitos.

É forçoso reconhecer que esse sistema harmônico pode conter limites à reforma constitucional, ainda que tácitos. Nas palavras de Paulo Bonavides,¹²³ “o poder de reforma constitucional [...], sobre ser um poder sujeito a limitações expressas [...], é também um poder circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição”. Decerto, a nós parece que realmente há uma lógica que deve informar as reformas.

Mais até do que existentes, as cláusulas pétreas implícitas são necessárias. Como observou Liet-Veaux, há situações que mesmo formalmente constitucionais aos olhos do positivista, pois que respeitando todas as regras previstas, podem efetivamente subverter toda a ordem constitucional, desrespeitando o sistema como um todo. Trata-se, no caso, de

¹²¹ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 46-47.

¹²² Como observa BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.* p. 38., as cláusulas pétreas implícitas devem ser extraídas a partir do direito positivo de um determinado Estado, a partir do seu sistema de princípios, devendo, em princípio, serem afastadas as considerações jusnaturalistas, tendo em vista as discussões jusfilosóficas que estas envolvem.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 178.

fraude à Constituição, pois através destes mecanismos, viola-se o espírito da Carta.¹²⁴

Como leciona Paulo Braga Galvão¹²⁵:

“De fato, se o poder de emendar a Constituição não fosse ilimitado, não haveria distinção entre uma assembléia constituinte e o legislativo ordinário. Se o parlamento não estivesse assim limitado, não só expressa mas também implicitamente, estaria ele equiparado ao povo, este sim titular do poder constituinte originário, de tal maneira que seria como que indiferente fosse esse poder exercido pelo povo ou por um poder constituído.”

Sem querer adentrar na discussão doutrinária sobre quais seriam as cláusulas pétreas implícitas, pois a resposta dependerá da análise de cada ordenamento jurídico positivo,¹²⁶ a título de exemplo citamos a doutrina de Nelson de Sousa Sampaio,¹²⁷ autoridade no assunto, o qual considera implicitamente fora do alcance do Poder Reformador as normas: a) referentes aos direitos fundamentais, tendo em vista o caráter supra-estatal desses direitos, o que os tornam insuscetíveis de alteração; b) referentes ao titular do Poder Constituinte, pois não pode alterar as normas relativas à potestade que inseriu na Constituição o próprio Poder Reformador, nem pode dispor sobre o

¹²⁴ Liet-Veaux chegou à sua conclusão analisando juridicamente as transformações ocorridas a partir da ascensão do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Em ambos, a ascensão se processou dentro das formas constitucionais, porém subvertendo toda a vida constitucional. Na Itália, destruiu-se o regime político até então parlamentar e liberal. Na Alemanha, delegou-se a titularidade do Poder Constituinte a Hitler. *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 49-50.

¹²⁵ GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 52.

¹²⁶ Mesmo na análise de um único ordenamento jurídico, é bastante comum não haver unanimidade em quais seriam as cláusulas pétreas implícitas. Para AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. op. cit. p. 34, a dificuldade em traçá-las é a causa do fenômeno da ampliação do rol das limitações expressas, verificado, por exemplo, nas Constituições portuguesa e brasileira. Esta tendência de ampliação das limitações expressas, mereceu o seguinte comentário de SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 67-68: “Há, no entanto, uma certa tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a consequência de não mais se reconhecer a possibilidade de limitações materiais implícitas.” Ressalve-se que este professor ainda entende haver limitações implícitas na Constituição brasileira.

¹²⁷ *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 97-98.

que não lhe pertence (trata-se da aplicação do princípio da inalienabilidade da soberania popular); c) concernentes ao agente da reforma constitucional, pela falta de lógica do Poder Reformador alterar a vontade do Poder Constituinte Originário e estabelecer um outro Poder Reformador, em outras palavras, não é possível renunciar sua própria competência em favor de outrem; e d) referentes ao processo de reforma da Constituição, pois se a simplificação do processo de reforma fosse possível, “ter-se-ia de aceitar a possibilidade de transforma-se em flexível uma Constituição rígida, ou, em outras palavras, de que o poder Reformador usurpe a função constituinte.”¹²⁸

Quanto a esta última limitação implícita apontada por Nelson de Sousa Sampaio, a da proibição emendabilidade do processo de reforma constitucional, algumas considerações merecem ser tecidas. Para Jorge Reinaldo Vanossi,¹²⁹ não há nenhuma restrição para a alteração do processo de reforma, tendo em vista que esta não encarna um pressuposto ideológico da ordem jurídica. Registre-se que não corroboramos desse entendimento. Como observa José Carlos Francisco,¹³⁰ deve-se valorizar os limites processuais, tendo em vista que a rigidez constitucional serve à estabilidade da Constituição, pelo grau de reflexão e dificuldade impostos, e à legitimidade democrática, decorrente da maioria qualificada exigida.

Ainda quanto à modificação do processo de reforma, há aqueles que admitem uma alteração para tornar o processo mais dificultoso, como o próprio Nelson de Sousa Sampaio,¹³¹ no que é seguido por José Afonso da Silva.¹³² Segundo eles, ao dificultar o processo de reforma, o Poder Constituinte Reformador estaria respeitando todas as formalidades e condições exigidas, criando outras mais que o vinculariam para o futuro.

¹²⁸ Cf. Nelson de Sousa Sampaio (*apud* GAMA, Guilherme Calmon da. op. cit. p. 63).

¹²⁹ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 58.

¹³⁰ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 86.

¹³¹ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 60.

¹³² SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 68.

Entretanto, nem todos concordam com o entendimento acima exposto. Para Paulo Braga Galvão,¹³³ ao dificultar o processo de reforma, o Poder Reformador estaria, na verdade, fazendo as vezes de Poder Constituinte Originário, impondo regras que vão além do que sua legitimidade lhe permite. Segundo este professor, do mesmo modo que não é admissível ao Poder Reformador tornar flexível uma Constituição rígida, uma “emenda não pode tornar mais complexo o processo da reforma da constituição.”

Seguimos este entendimento, pois não enxergamos que legitimidade possui o agente do Poder Constituinte Reformador de certa época para dificultar o processo de reforma a ser seguido por um legislador constituinte de um momento posterior.

Outra questão importante e controvertida na doutrina, também ligada às limitações implícitas, refere-se à possibilidade de reforma das cláusulas que prevêm as limitações materiais.

Esta questão está ligada à aceitação ou não da teoria da dupla revisão (reforma), que será melhor analisada no decorrer dos capítulos seguintes. Porém, desde já podemos ilustrar o problema apresentando duas opiniões de peso, em sentido contrário, sobre o assunto.

Para Nelson de Sousa Sampaio,¹³⁴ seria desnecessário dizer que os dispositivos constitucionais que reconhecem as cláusulas pétreas não podem ser objeto de reforma, pois do contrário não haveria sentido em se proibir a reforma de determinadas matérias. Logo, exteriorizariam limitações implícitas.

Em sentido contrário, Jorge Miranda¹³⁵ entende não haver nenhuma restrição em suprimir as regras que prescrevem as cláusulas pétreas. Segundo ele, posição diversa desta traz consigo uma forte carga positivista e

¹³³ GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 60.

¹³⁴ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 62.

¹³⁵ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 211.

conceitualista, bem como uma interpretação subjetiva inaceitável da vontade do Poder Constituinte Originário. Sendo assim, seria perfeitamente possível uma emenda suprimir o dispositivo que veda determinada reforma e, posteriormente, uma outra emenda vir a suprimir o que antes era protegido pela cláusula proibitiva (já revogada). Em termos gerais, esta é a teoria da dupla reforma ou dupla revisão.

- Limites Materiais na Constituição Brasileira de 1988

A atual Constituição brasileira, ampliando o rol das cláusulas pétreas explícitas em relação às Constituições anteriores, prevê expressamente no artigo 60, §4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação de poderes; e IV - os direitos e garantias individuais.

Observe-se que a ampliação do rol das limitações expressas não significa que não haja mais limitações implícitas. Elas permanecem em pleno vigor no ordenamento brasileiro. As mais comumente apontadas pela doutrina seriam aquelas citadas por Nelson de Sousa Sampaio, às quais já nos referimos, acrescidas das cláusulas que prevêm as próprias limitações materiais, embora neste caso haja a polêmica já citada, e da forma republicana de governo, também controversa na doutrina.

Algumas questões relativas a estas limitações expressas merecem ser comentadas, pois geram discussões relevantes na doutrina. Basicamente, discute-se o exato conteúdo dessas limitações, a profundidade dessas cláusulas, especialmente em função das expressões “tendente a abolir” e “direitos individuais”.

Inicialmente, não parece restar dúvidas de que a expressão “tendente a abolir” não veda emendas que ampliem, reforcem os institutos constantes do §

4º. Também é certo que esta expressão veda qualquer proposta de emenda que vise efetivamente abolir qualquer das cláusulas pétreas.

O problema surge ao se delimitar o alcance da expressão “tendente a abolir”. Estariam proibidas tanto as propostas de emendas que prejudiquem diretamente as cláusulas pétreas, quanto as que indiretamente modifiquem negativamente tais institutos? Grande parte da doutrina interpreta esta expressão de forma ampla, entendendo que a estariam vedadas quaisquer propostas de emendas que visassem eliminar, suspender, ou restringir (sem extinção) as matérias protegidas pelo § 4º.¹³⁶ Outra parte da doutrina, no entanto, entende que é possível alterar matérias pétreas, desde que a modificação seja de menor intensidade.¹³⁷ A nosso ver, reside razão com a primeira corrente. Não cremos que uma emenda possa restringir, ainda que indiretamente, uma cláusula pétrea.¹³⁸

Quanto à expressão “direitos individuais”, parte dos autores entende que esta deve ser interpretada dentro do contexto sistemático da Constituição, englobando não apenas os direitos individuais, mas também os coletivos,

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 67, exemplifica sua posição da seguinte maneira: “**A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual** da Federação, ou do voto direto, **ou indiretamente restringir** a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’[...] para a sua abolição.”[grifo nosso] Para FRANCO, Glauce Mendes in *O poder reformador e a Constituição de 1988*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 3, n.4, 1990, p. 165, “não será sequer objeto de deliberação a proposta de emenda [...] tendente a abolir, em parte ou no todo, qualitativa ou quantitativamente, qualquer das matérias do parágrafo quarto. Não é necessária a exclusão total das cláusulas. Basta a potencialidade para miná-las porque a mera possibilidade de abalar os alicerces constitucionais representados por estas matérias já constitui enorme perigo para toda a ordem jurídica fundamental cuja própria existência estaria, ainda que veladamente, ameaçada.” Neste sentido, também, Raul Machado Horta (*Apud* FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 83-84), José Carlos Francisco (in op. cit. p. 83-85) e Saulo Ramos (*Apud* MORAES, Guilherme Peña. op. cit. p. 39).

¹³⁷ Neste sentido, SALAIB FILHO, Nagib, 1950 – *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47

¹³⁸ Este nosso entendimento não colide com nossa posição que será apresentada mais adiante no trabalho (capítulo 6), no sentido serem as cláusulas pétreas limites relativos, e não absolutos, ou seja, serem cláusulas superagravadas, mas não imutáveis. Dar significação ampla à expressão “tendente a abolir” não significa que as cláusulas sejam imutáveis. Ademais, conforme verificar-se-á adiante, a flexibilização destas cláusulas requerem a participação do Poder Constituinte Híbrido ou Pontual, por questão de legitimidade. Entendemos que o Poder Constituinte Derivado não tem legitimidade para tanto sem a participação popular direta.

sociais, políticos e da nacionalidade. Estes autores sustentam que o artigo 60, § 4º, inciso IV, faz alusão a todos os direitos e garantias fundamentais (Título II), sem prejuízo de demais garantias individuais previstas em outras partes da Constituição.¹³⁹ Uma outra corrente doutrinária, interpretando literalmente a Constituição, entende que só estão protegidos os direitos individuais.¹⁴⁰ Filiamo-nos ao entendimento da primeira corrente que, inclusive, é o entendimento tendente a ser prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴¹

¹³⁹ Neste sentido, GALVÃO, Paulo Braga. *Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ I, v. 1. Rio de Janeiro: CEPUERJ, 1993, p. 257; MORAES, Guilherme Peña de. op. cit. p. 39-40; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*. Revista de Direito Administrativo 202, out./dez. 1995. p. 16.

¹⁴⁰ Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos (*Apud* MORAES, Guilherme Peña de. op. cit. p. 40)

¹⁴¹ “a proposta de emenda tendente a abolir a licença maternidade a que se refere o art. 7º, inc. XVIII da CRFB – espécie de direito social – não será objeto de deliberação”. STF, ADIn nº 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, J 29.04.1999 (*Apud* MORAES, Guilherme Peña de. op. cit. p. 40).

5. OS LIMITES MATERIAIS E A POLÊMICA DOUTRINÁRIA: ABSOLUTOS, ILEGÍTMOS OU RELATIVOS?

Uma das questões centrais e mais polêmicas encontradas no estudo da Teoria da Constituição e do Poder Constituinte, geradora de profundas divergências doutrinárias e que motivou a elaboração desta monografia, refere-se à validade e eficácia dos limites materiais (explícitos ou implícitos) impostos à reforma constitucional. Note-se, como já observamos anteriormente, que focaremos nossa análise nas alterações formais da Constituição, já que podem haver também modificações informais.

A questão vem de longa data.¹⁴² Como observa Jorge Miranda, “o sentido a conferir aos limites materiais da revisão constitucional tem sido um *vaexata questio* que há cerca de cem anos divide os constitucionalistas.”¹⁴³

Seriam as cláusulas pétreas ilegítimas e ineficazes juridicamente? Ou seriam limites absolutos, imprescindíveis e insuperáveis, salvo mediante a substituição da ordem jurídica em vigor, com a elaboração de toda uma nova Constituição? Ou então seriam limites justificáveis, porém relativos, superáveis por determinados métodos legítimos, sem que necessariamente isto leve a uma substituição da Constituição? Como vemos, a doutrina se divide basicamente em três correntes (e suas variantes), com grandes constitucionalistas figurando de cada lado.

¹⁴² FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 03: “É possível afirmar que essas discussões estão presentes desde a Constituição Americana, que primeiro versou sobre limites à modificação formal, em 17 de setembro de 1787 [...]”

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 192.

5.1 Limites materiais absolutos e insuperáveis. Em defesa das cláusulas pétreas.

No capítulo 4 desta monografia apresentamos os fundamentos dos limites à reforma constitucional, bem como fizemos uma exposição dos limites materiais. Conforme já havíamos ressaltado, os entendimentos expostos naquela ocasião eram posições sustentadas por esta corrente doutrinária ora analisada. Logo, tudo o que foi dito naquele momento aplica-se também aqui.

Para os defensores das cláusulas pétreas, a estabilidade social e institucional que a Constituição deve assegurar, a identidade constitucional a ser mantida e, principalmente, a distinção entre Poder Constituinte Originário e Reformador, fundamentam a existência dos limites materiais à reforma constitucional.

Segundo os autores que sustentam este entendimento, entre eles Georges Burdeau, Maurice Hauriou, Carl Schmitt, Recaséns Siches, Costantino Mortati, Giorgio Balladore Pallieri, Paolo Barile, Marcelo Rebelo de Castro, J. J. Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, Pinto Ferreira,¹⁴⁴ as cláusulas pétreas são limites absolutos, imprescindíveis e insuperáveis via reforma constitucional, tornando a revolução o único caminho para superá-las.

O principal argumento desta superioridade e imutabilidade dos limites materiais reside na distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado (Reformador). De fato, embora sejam aspectos de um mesmo fenômeno, a legitimidade do Poder Constituinte Originário o autoriza a elaborar uma nova Constituição, a fundar uma nova ordem jurídica no Estado, constituindo e instituindo os demais poderes. Por isso é um Poder inicial, incondicionado e ilimitado.

¹⁴⁴ Todos citados por FRANCISCO, José Carlos, op. cit. p. 04.

Por outro lado, o Poder Constituinte Reformador é criação do Poder Constituinte Originário, que lhe define a competência.¹⁴⁵ Sua legitimidade restringe-se em proceder alterações formais na Constituição quando a realidade social exige. Sua função está em adaptar, completar e proteger a Constituição, seguindo procedimentos e regras pré-estabelecidos. Como encontra sua validade na própria Carta, deve respeitar os limites e condições por ela estipulados.

Em outras palavras, a *criatura não pode superar o criador*. Ultrapassar os limites fixados configura um verdadeiro desvio ou abuso de poder.¹⁴⁶ O Poder Reformador não pode ir além do que sua legitimidade lhe permite. E sua legitimidade lhe permite apenas modificar, corrigir e proteger a Constituição, de forma limitada e condicionada. Assim, as cláusulas pétreas só poderiam ser superadas por uma força semelhante à que as criaram, ou seja, pelo Poder Constituinte Originário, mediante ruptura constitucional.

Nas palavras de José Carlos Francisco,¹⁴⁷ expondo o entendimento dos adeptos desta corrente doutrinária:

“A ab-rogação ou derrogação dos limites impostos (que dão a identidade do texto constitucional), por meio de reforma, levaria à destruição dos fundamentos da própria Constituição que é, por consequência, o fundamento do Poder de Revisão. Em outras palavras, o que legitima a ação do Poder Reformador é a sua criação pelo Poder Originário. Assim, o Poder Reformador é visto com função de adaptação, correção e proteção do texto constitucional em face do processo de evolução estável (visando à sua continuidade), sem ser capaz de alterar a identidade de princípios estabelecida pelo Poder Constituinte Originário (que atua nos momentos de revolução de valores, vale dizer, modificação significativa e aguda).”

¹⁴⁵ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *As limitações ao exercício da reforma constitucional e a dupla revisão*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30, n.118, abr./jun. 1993, p. 24.

¹⁴⁶ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 04-05.

¹⁴⁷ Ibid. p. 04-05

Como vemos, o Poder Constituinte Originário, com a criação de um Poder Constituinte Reformador limitado e condicionado, busca proteger o núcleo de sua obra e garantir a identidade de seu texto. Os limites, expressos e implícitos (estes últimos decorrentes do sistema constitucional), são, pois, absolutos, insuperáveis, pois existem para “preservar o poder constituinte originário, evitando que órgão Reformador disponha contra as opções fundamentais consagradas no Código Magno.”¹⁴⁸

Por fim, pode-se dizer que a violação da identidade constitucional, que se daria com a superação das cláusulas pétreas por qualquer procedimento, configuraria uma verdadeira *fraude à constituição*.¹⁴⁹ Pinto Ferreira, sobre a questão, comenta:

“O raciocínio é concludente: se a revisão da Constituição pode atingir todos os dispositivos, pode atingir as liberdades públicas, o sistema de garantia da pessoa humana, a democracia, destruindo o Estado de Direito, como aconteceu nas épocas de Hitler e de Mussolini. Portanto, significa não uma revisão constitucional, porém uma supressão da Constituição, podendo assim transformar uma democracia em ditadura, o que é um contra-senso.”¹⁵⁰

5.2 Limites ilegítimos e ineficazes. A negação das cláusulas pétreas.

Embora a doutrina majoritária acolha as cláusulas pétreas como absolutas, imprescindíveis e insuperáveis, grandes constitucionalistas, tais como Leon Duguit, Joseph Barthélemy, Maurice Duverger e Georges Vedel e

¹⁴⁸ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 99.

¹⁴⁹ Expressão cunhada por Liet-Veaux e a qual já nos referimos nas p. 68-69 desta monografia.

¹⁵⁰ *Apud* FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 05-06. Neste sentido, BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 179, arremata: “Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.” E conclui que nestes casos, o que se tem é na verdade a ab-rogação da Constituição, “configurando-se assim o fenômeno político que os publicistas consignam de ‘fraude à Constituição’.”

outros,¹⁵¹ definem-nas como ilegítimas, ineficazes, e outras qualificações depreciativas.

Segundo os defensores desse entendimento, não há distinção entre o Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Reformador, já que ambos representariam formas de manifestação da soberania popular. São Poderes simétricos em força e legitimidade (“paralelismo das formas”),¹⁵² não existindo relação de superioridade entre o que elabora a Constituição e o que a modifica, o que faz com que não haja diferença entre as normas constitucionais originárias e as supervenientes. Assim sendo, não há justificativa para as limitações impostas por um Poder ao outro. O Poder Constituinte de um momento anterior não seria superior ao Poder Constituinte de um momento posterior.

Para eles, a soberania popular existe tanto no momento de elaborar o texto constitucional, quanto no decorrer do tempo em que se pretende aplicar os valores e princípios da Constituição. Esta presença constante da soberania popular justifica a ação reformadora pela mesma soberania que elaborou a Constituição, só que agora para adaptá-la aos novos princípios e padrões sociais.¹⁵³

Ademais, a proibição de alteração de determinadas normas constitucionais equivaleria a uma “autolimitação da vontade nacional”, já que estaria retirando-se do povo a possibilidade deste rever suas decisões.¹⁵⁴

¹⁵¹ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 06.

¹⁵² Ibid. 06-07.

¹⁵³ Ibid. p. 07.

¹⁵⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 195. Segundo Magalhães Collaço, “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?” (*Apud* MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 195)

Esta corrente doutrinária também não reconhece as diferenças entre matérias constitucionais, sustentando que todas possuem o mesmo nível e valor, desde que constem formalmente nos textos constitucionais.

Joseph Barthelémy, um dos primeiros críticos da eficácia das cláusulas pétreas, considerava que “a declaração de intangibilidade de um regime não é senão um simples voto sem força jurídica obrigatória, embora possa ter um significado político”.¹⁵⁵

Para Maurice Duverger, embora reconhecendo que as limitações se impõem ao Poder Reformador, estas não significam nada politicamente, a não ser a necessidade de se recorrer à revolução para alterar as cláusulas imutáveis.¹⁵⁶

5.3 Limites relativos. As críticas às cláusulas pétreas absolutas. A teoria da dupla revisão (dupla reforma) e teoria do Poder Constituinte Híbrido.

Por fim, esta corrente entende que as limitações materiais estabelecidas ao Poder Reformador pelo Poder Constituinte Originário possuem fundamento de validade em circunstâncias históricas (sendo justificáveis e necessárias até um certo momento) e no positivismo jurídico.¹⁵⁷ Mas apresentam diversas críticas à natureza absoluta ou, em outras palavras, de eterna imutabilidade (por quaisquer meios) que a doutrina majoritária pretende atribuir aos limites materiais.

Ressalte-se que nem todos formulam as mesmas críticas aqui apresentadas de modo genérico às cláusulas pétreas, nem concordam o mesmo

¹⁵⁵ *Apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II - Constituição*. 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 195.

¹⁵⁶ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. p. 75

¹⁵⁷ FRANCISCO, José Carlos. *op. cit.* p. 08.

mecanismo de superação. O que os colocam neste mesmo grupo é o fato de que estes autores, por um motivo ou outro, com uma fundamentação ou outra, entendem ser possível a superação das cláusulas pétreas, sem que haja ruptura constitucional, ou seja, com a manutenção do ordenamento jurídico em vigor.

Dentre as críticas mais relevantes formuladas por alguns autores ao caráter imutável das cláusulas pétreas, podemos destacar o paradoxo que elas representam. Criadas para proteger o ordenamento jurídico, dando-lhe estabilidade e integridade, a sua imutabilidade absoluta acarretaria exatamente o oposto do que visa assegurar. Em outras palavras, as cláusulas pétreas, se entendidas como absolutas, acabam provocando a ruptura da Constituição, e todas as consequências daí decorrentes.

Outro argumento forte contrário à imutabilidade absoluta das cláusulas pétreas refere-se à impossibilidade de uma geração vincular com suas verdades as gerações futuras. De fato, os valores de um determinado momento histórico não serão os mesmos de um momento posterior.

Jorge Reinaldo Vanossi,¹⁵⁸ crítico da utilidade e natureza absoluta das cláusulas pétreas, formula alguns argumentos contrários a elas, que exporemos a título de exemplo. Segundo ele, a) elas ocasionam, paradoxalmente, o efeito político de privar o Poder Constituinte Reformador de cumprir sua função primordial, que é evitar o surgimento de um poder revolucionário; b) elas, além de não se manterem nos tempos normais e de estabilidade, fracassam nos tempos de crise; c) representam o renascimento do Direito natural em face do Direito positivo; d) representam mais uma questão de crença do que um problema jurídico, que não deve servir de argumento para que uma geração pretenda vincular pelos séculos seguintes as gerações futuras; e e) por fim, menciona um argumento de Paolo Biscaretti di Ruffia, segundo o qual se o Estado pode decidir pela sua própria extinção, como então não poderia

¹⁵⁸ *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 36 e GAMA, Guilherme Calmon da. op. cit. p. 79-80.

modificar substancialmente seu próprio ordenamento supremo, ainda que atuando dentro do seu próprio ordenamento vigente? E assim conclui pela inutilidade e relatividade das mesmas. Ainda segundo Vanossi, estas cláusulas reduzir-se-iam a nada, nas hipóteses em que são desrespeitadas (e ainda assim as reformas tornam-se eficazes perante os órgãos do Estado), no caso de superação revolucionária da Constituição, e no caso de derrogação da norma constitucional que estabelece a proibição, com ulterior modificação do conteúdo proibido (teoria da dupla revisão).

Paulo Napoleão Nogueira da Silva, formula interessantes críticas às cláusulas pétreas absolutas. Segundo este autor brasileiro, as cláusulas pétreas impõem um flagrante desserviço ao desenvolvimento da cultura jurídica e da cultura em geral, na medida que “preestabelecem o ponto de partida e de chegada [...] do trabalho intelectual.” Ademais, a existência de cláusulas pétreas absolutas obstam a livre manifestação da soberania popular, o que é inadmissível numa sociedade democrática.¹⁵⁹

Para os autores que sustentam a relatividade das cláusulas pétreas, estas não resistiriam à manifestação democrática pontual (plebiscito, referendo, etc., de onde surge a figura do Poder Constituinte Híbrido) ou qualquer outro meio jurídico e legítimo para sua superação (como, por exemplo, o mecanismo da dupla reforma ou dupla revisão).

De fato, sendo os limites materiais fundamentados em circunstâncias históricas, uma vez que não estejam mais presentes estas circunstâncias conjunturais que os ensejaram, nada impediria a superação dos mesmos por mecanismos legítimos de reforma. Dessa forma, as cláusulas pétreas

¹⁵⁹ SILVA, Napoleão Nogueira da. *Clausulas pétreas, soberania popular e cultura*. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 11, n.123, nov. 1999. p. 10-15.

assumiriam uma conotação relativa, aceitáveis e justificáveis num certo momento, mas sujeitas às transformações sociais.¹⁶⁰

As cláusulas pétreas seriam, assim, uma *superpositivação do já positivado*, aumentando a estabilidade da norma mas não significando a sua imutabilidade.¹⁶¹

Para essa corrente, a modificação dos limites materiais, sem a necessidade de se recorrer às revoluções e às novas Constituições, justifica-se na medida em que esta modificação exterioriza direitos democráticos das diversas gerações, permitindo que estas adaptem a Constituição aos novos valores, ao mesmo tempo em que reconhece a validade destes limites num certo momento histórico. Ademais, evita-se a instabilidade e o sacrifício social, provocados por processos constituintes gerais, e garante-se a continuidade da Constituição, com as vantagens já analisadas por nós, quando tratamos da vocação à continuidade das constituições.¹⁶²

Como observa José Carlos Francisco:

“Sob o ângulo positivista essa idéia aceita a especial distinção dada a determinadas manifestações do Poder Constituinte Originário, mas ao mesmo tempo, viabiliza mecanismo hábil a reconhecer o necessário acompanhamento do ordenamento jurídico ao processo de transformação social (sem a ruptura institucional típica de um novo processo constituinte material e formal), enfim, *preservando o próprio ordenamento.*”[grifo do autor]¹⁶³

¹⁶⁰ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 196: “Garantias políticas justificadas por situações históricas determinadas, podem ser modificadas ou removidas mediante processo de revisão, logo que essas situações mudem.”

¹⁶¹ FRANCISCO, José Carlos *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10.

¹⁶² Ibid. p. 10-11.

¹⁶³ Ibid. p. 11-12.

Entendem que as cláusulas pétreas são dotadas de natureza relativa, entre outros, Jorge Miranda, Paolo Biscaretti di Ruffia, Emilio Crosa, Stefano Maria Cicconetti, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Fábio Konder Comparato, Gilmar Ferreira Mendes, Nelson Jobim, Cármen Lúcia Antunes Rocha, e outros.¹⁶⁴ Ressaltamos, mais uma vez, que cada autor possui sua própria fundamentação e procedimento defendido, embora todos concordem que o valor jurídico das cláusulas pétreas deve ser tido como relativo, e não insuperável por qualquer meio.¹⁶⁵

Analisemos melhor os mecanismos citados pela doutrina como legítimos para a superação das cláusulas pétreas, a saber: a dupla revisão ou dupla reforma e o Poder Constituinte Híbrido.

a) Teoria da dupla reforma ou dupla revisão

Pela teoria da dupla revisão, ou dupla reforma, num primeiro momento, observando-se o processo estabelecido para as reformas, seria alterado o texto constitucional particularmente no que se refere às regras que prevêm as matérias insusceptíveis de reforma. Já sem a restrição imposta pela regra proibitiva abolida, num segundo momento seria admitida a alteração da matéria anteriormente intangível.

Note-se que esta teoria parte do pressuposto de que as regras que proíbem a modificação de determinadas matérias não seriam limitações implícitas. De fato, havendo uma proibição expressa do Poder Constituinte Originário no sentido de não ser possível a abolição das regras que proíbem a

¹⁶⁴ FRANCISCO, José Carlos *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 09.

¹⁶⁵ Sobre as peculiaridades da posição adotada por cada um destes autores v. FRANCISCO, José Carlos *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, que traz uma análise detalhada de cada posicionamento.

reforma de determinadas matérias, a adoção desta teoria teria considerável resistência em face do positivismo jurídico.

Não havendo proibição expressa, a fundamentação contra esta teoria estaria no campo das limitações implícitas, o que merece críticas dos defensores da dupla reforma. Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁶⁶ o argumento de serem estas cláusulas que prevêm matérias pétreas também intocáveis, só se justifica se inscritas elas próprias como cláusulas pétreas, do contrário seria afirmação gratuita, fundamentada “com o apelo a cláusulas implícitas, pois estas existem por todos os gostos.” Ainda segundo este professor, as limitações materiais são exceções e devem ser interpretadas restritivamente. Desta forma, não se deve supor que o Poder Constituinte Originário quis restringir a alterabilidade das normas que prevêm as cláusulas pétreas. Se o quisesse, teria expressamente declarado tal opção.

Em suas palavras, sobre os defensores da dupla reforma, na qual ele próprio se inclui:

“Para estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor. Sim, porque enquanto todas as regras da Constituição – exceto as incluídas no núcleo fundamental – seriam protegidas pela rigidez simples, isto é, somente seriam modificadas de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão, as matérias abrangidas pelas “cláusulas pétreas” seriam *duplamente* protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a “cláusula pétrea”, depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão.”¹⁶⁷

A posição de Jorge Miranda,¹⁶⁸ que também aceita a dupla revisão, merece ser anotada. O professor faz na sua obra a distinção entre as normas de

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit. p. 15.

¹⁶⁷ Ibid. p. 14-15. e conclui: “as matérias protegidas por ‘cláusulas pétreas’ não podem ser abolidas – porque só o abolir é que estas impedem – salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusulas protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco”

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 196 e ss.

limites expressos (preceitos) e princípios (normalmente contidos nos preceitos e que representam a identidade constitucional), sendo que estes últimos seriam os verdadeiros limites materiais. Dentro de princípios, este professor faz ainda a distinção entre aqueles que seriam limites próprios (ou de primeiro grau) e limites impróprios (ou de segundo grau). Os primeiros representariam a identidade do texto constitucional, a idéia de Direito e os fundamentos da Constituição, enquanto que os outros seriam levados circunstancialmente à Constituição, sem contudo exteriorizarem a essência desta. Dessa forma, os limites próprios seriam declarados pelas normas de limites expressos e os limites impróprios seriam constituídos por essas normas.

Para este professor, as normas de limites expressos são desnecessárias e revisáveis a qualquer tempo, pois não são elas próprias limites materiais. Nas suas palavras, “como tais [...] são revisáveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão. Não são elas próprias limites materiais.”¹⁶⁹

Uma vez eliminadas as cláusulas de limites expressos, os limites próprios permanecem impondo-se ao Poder Reformador, uma vez que foram somente declarados por aquelas cláusulas. Por outro lado, os limites impróprios, por terem sido constituídos por aquelas, perdem a proteção que antes possuíam, deixam de configurar limites, podendo numa segunda revisão serem suprimidos. Esta seria a dupla revisão defendida por Jorge Miranda. Note-se que no caso de serem atingidos princípios nucleares da Constituição, ou seja, os limites próprios, mediante duplo processo reforma, estaríamos diante não de uma reforma/revisão e sim de uma transição constitucional, na falta de uma *reação* a esta situação, ou de inconstitucionalidade, no caso de

¹⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II - Constituição*. 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 209.

haver uma manifestação tempestiva contrária à alteração daquele princípio próprio.

Nas palavras deste brilhante professor:

“Repetimos: as normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; [...] 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, a este propósito, que pode falar-se em *dupla revisão*.”¹⁷⁰

b) Teoria do Poder Constituinte Híbrido. A visão tricotômica do Poder Constituinte.

A teoria do Poder Constituinte Híbrido, também chamado de Pontual, decorre de uma visão tricotômica do Poder Constituinte, sendo que o Híbrido ocupa uma categoria intermediária entre o Poder Constituinte Originário e o Derivado.

O Poder Pontual teria como meio de processamento um mecanismo agravado, acrescido de manifestação popular direta (plebiscito ou referendo), relativo ao tema objeto da emenda que pretende alterar os limites materiais previstos na Constituição.¹⁷¹

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II - Constituição*. 4ª ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 209-210.

¹⁷¹ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 95.

Em outras palavras, admite-se a superação pontual de limites materiais, sem que haja ruptura com a Constituição vigente, desde que o processo de reforma fosse submetido à consulta popular direta, seja mediante plebiscito, seja mediante referendo. Note-se que este Poder Constituinte Híbrido é revestido da legitimidade que falta à atuação solitária do Poder Reformador.

Dentre os argumentos formulados pelos defensores deste mecanismo, os mais importantes seriam o princípio democrático, inerente a todas as Constituições democráticas, e a soberania popular.¹⁷² Com estes dois argumentos, entendem os defensores do Poder Constituinte Híbrido que não há limites materiais que resistam à manifestação popular. Sendo o povo o titular do Poder Constituinte (soberania popular), este sempre poderá rever o conteúdo das suas disposições, não se lhe impondo as restrições impostas ao Poder Constituinte Reformador.

Importante ressaltar que o Poder Híbrido restringe-se a alterações pontuais da Constituição. Quando se tratar de reforma substancial da Constituição, com alteração de diversos valores e princípios, estar-se-á diante de um Poder Constituinte Originário. Registre-se também que os defensores desse entendimento reconhecem a validade das limitações materiais, porém as tomam como relativas, passíveis de alteração, por este mecanismo, sempre que houver mudanças nas situações que ensejaram a imposição das mesmas.

Com maestria, José Carlos Francisco, um dos defensores dessa corrente, leciona:

“Afinal, é lógico admitir que o povo, em plebiscito ou referendo, possa assim proceder, pois não teria sentido negar-lhe esse poder e reconhecê-lo apenas aos seus representantes, em processo constituinte formal. Ou seja, se o povo tem o poder de delegar a representantes a função de elaborar toda uma nova Constituição,

¹⁷² FRANCISCO, José Carlos *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 95-96.

a esse mesmo povo deve ser assegurado o poder de modificá-la, diretamente (ainda que auxiliado por seus representantes, que processariam as emendas sujeitas a plebiscito ou referendo), mesmo que sem produzir integralmente um novo ordenamento. [...] sem exigir o necessário recurso (por vezes indesejável) ao Poder Originário, pelo Poder Pontual é criado como meio viável e legítimo para a superação das limitações materiais, tornando-as normas relativas e de superagravamento, mantendo sua importância na efetiva e real medida que de fato possui.”¹⁷³

Vale registrar também a posição de Cármen Lúcia Antunes Rocha.¹⁷⁴

Esta professora, que valoriza a existência de limites materiais ao Poder Constituinte Reformador, admite a superação destes limites por dupla reforma, desde que acrescida de manifestação popular direta, ou seja, pela atuação do Poder Constituinte Híbrido, evidenciando a sua preocupação com a legitimidade desta reforma a ser produzida. Nas suas palavras:

“Tenho por certo, porém, que a reforma que possibilita a modificação das cláusulas irreformáveis há que ser feita para isto e após a sua concretização é que ela pode vigorar para outras reformas que sobrevenham. [...] De outra parte, considero imprescindíveis que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável.”¹⁷⁵

¹⁷³ FRANCISCO, José Carlos *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96-97.

¹⁷⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993, p. 35 e ss.

¹⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, out./dez. 1993, p. 36.

Gilmar Ferreira Mendes,¹⁷⁶ que defende tanto a revisão total quanto parcial das cláusulas pétreas, desde que mediante a participação do povo, afirma, inclusive, que seria razoável entender que esta revisão de cláusulas pétreas estaria implícita na própria Constituição:

“Se se entendesse, o que pareceria bastante razoável, que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar, mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do povo, até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda Constitucional, com o escopo de explicitar a idéia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra.”

Cumprе ressaltar que Constituições da Suíça, da Áustria, da Espanha, e da Argentina, por exemplo, prevêm expressamente a possibilidade de revisão pelo Poder Constituinte Híbrido, nos termos da classificação tricotômica do Poder Constituinte aqui exposta.¹⁷⁷

De fato, todas as correntes doutrinárias existentes acerca dos limites impostos ao Poder Reformador possuem bons argumentos, ainda que uns mais fortes que os outros. Para uma melhor organização desta monografia, deixamos para o próximo capítulo os comentários sobre cada uma dessas correntes, bem como a exposição da nossa posição.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou garantias de eternidade* - A possibilidade jurídica de sua superação. AJURIS, Porto Alegre, v. 21 ,n.60, mar. 1994. p. 254.

¹⁷⁷ Cf. FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 138.

6. COMENTÁRIOS ACERCA DA POLÊMICA RELATIVA AOS LIMITES MATERIAIS. A NOSSA POSIÇÃO.

Inicialmente, quanto à corrente doutrinária que nega as cláusulas pétreas partindo do pressuposto de que não há distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Reformador, entendemos que esta não deve prevalecer.

Como discurremos ao longo desta monografia, tais Poderes são essencialmente distintos, com legitimidades distintas. Embora sejam aspectos de um mesmo fenômeno, possuem características diferentes, o que não permite que os tratemos como iguais.

Sendo certo que é criado pelo Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Reformador deve proceder conforme o estabelecido por ele. É, de fato, um Poder constituído, limitado por natureza. Enquanto a legitimidade de um o permite elaborar o texto Maior, a do outro lhe permite apenas completar e adaptar a Carta às novas realidades sociais, seguindo regras e procedimentos pré-estabelecidos.

A própria supremacia da Constituição depende da distinção destes Poderes. Como vimos, o entendimento de que a Constituição rígida é a lei suprema de um Estado, depende essencialmente de que se aceite ser ela a obra de um Poder especial, maior que todos os outros e fundamento de validade destes.

De fato, as cláusulas pétreas são importantes. A nós não resta dúvida sobre o relevante papel que elas exercem na sociedade. Como se tratam de matérias que compõem o núcleo fundamental do ordenamento jurídico, a identidade da Constituição e que expressam os valores supremos de um povo, devem ser protegidas e prestigiadas.

Como poder superior que é, o Poder Constituinte Originário pode impor limites aos poderes constituídos, no sentido de proteger a identidade de sua obra e o núcleo fundamental do ordenamento jurídico que criou.

Diante da necessidade de estabilidade social e institucional que as cláusulas pétreas asseguram, da superioridade do Poder Constituinte Originário sobre o Derivado e da necessidade de se manter a identidade constitucional, entendemos serem os limites materiais necessários.

Paulo Braga Galvão,¹⁷⁸ defensor da necessidade e insuperabilidade das cláusulas pétreas, contesta em sua obra uma a uma as críticas formuladas por Jorge Reinaldo Vanossi¹⁷⁹ a elas. É relevante anotarmos seus comentários, com os quais concordamos:

a) Entende o professor que a função essencial do Poder Reformador não é evitar o surgimento de um Poder Constituinte revolucionário, até “porque isso dificilmente seria contido através meramente de mecanismos jurídico-constitucionais”, sendo que a história mostra que mesmo Constituições que admitiam ampla revisão não ficaram imunes a ações revolucionárias. E conclui que a excessiva petrificação pode favorecer acontecimentos revolucionários, mas que para evitar isso, são necessários bom-senso e sabedoria política do Poder Constituinte Originário ao definir o núcleo imodificável da Constituição.

b) Para ele, o fato de algumas limitações não terem sido efetivas em determinadas circunstâncias, não invalida a existência e importância dos limites, enquanto instrumentos da preservação da própria Constituição.

c) O reconhecimento de limites não significa o ressurgimento do Direito natural em face do positivismo jurídico, pois os limites existem e

¹⁷⁸ GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 85-93.

¹⁷⁹ Sobre as críticas formuladas por Jorge Reinaldo Vanossi, já as expusemos nas p. 81-82 desta monografia.

devem ser extraídos da ordem constitucional vigente, a partir do sistema jurídico positivo de cada Estado.

d) Quanto a ser mais uma questão de crença do que um problema jurídico, o que não fundamenta a tentativa de uma geração vincular eternamente as outras, o professor considera tal argumento exagerado, pois atualmente é certo que as reformas são contingências necessárias, inerentes ao processo histórico.

e) Por fim, quanto ao argumento de que o Estado pode decidir sua própria extinção, o que permite que modifique também substancialmente seu ordenamento supremo, Paulo Galvão entende que o Estado nunca poderia, por um procedimento ditado por ele próprio, ser extinguir. A extinção de um Estado somente seria possível a partir de uma deliberação do povo, enquanto titular do Poder que deu origem ao Estado.

Entendemos também que não deve prevalecer a teoria da dupla revisão. Na nossa opinião, esta teoria tende a colocar no mesmo plano os Poderes Originário e Reformador, além de não enxergar uma limitação implícita nas cláusulas que prevêm as proibições de emenda de determinadas matérias, com o que não concordamos. Na verdade, parece-nos lógico que se a norma “A” proíbe a alteração de outra norma “B”, esta mesma norma “A” não pode ser alterada. Do contrário, não haveria sentido em proibir a reforma de determinadas matérias.

Comentando a dupla revisão, observa Paulo Braga Galvão:¹⁸⁰ “é como se as limitações expressas fossem apenas autolimitações que o constituinte se impusesse e que, por isso mesmo, valeriam até serem removidas por uma ulterior manifestação igual e contrária.” E conclui pela incorreção desta afirmação, pois “o órgão revisor não está em pé de igualdade com o poder constituinte originário, este sim, e somente este, competente para estabelecer

¹⁸⁰ GALVÃO, Paulo Braga. op. cit. p. 94.

ditas limitações, não para si próprio, mas [...] para o legislador constitucional incumbido da reforma.”

Uadi Lammêgo Bulos,¹⁸¹ ferrenho crítico da dupla revisão, leciona:

“Afigura-se-nos não ser possível o legislador reformador, por intermédio de dupla revisão, suprimir os limites materiais explícitos, posto serem eles *imprescindíveis* e *insuperáveis*. *Imprescindíveis*, porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder criador da Constituição. *Insuperáveis*, pois modificar as condições estabelecidas por um poder mais alto — o poder constituinte inicial, com o escopo de se reformar o processo revisonal, é promover uma *fraude à Constituição* — *Verfassungsbeseitigung*, dos juristas alemães. Essa fraude à Lei Máxima consiste numa agressão à superioridade da atividade constituinte de primeiro grau, colocando em risco a própria garantia da Lei Fundamental. Através da aludida fraude podem ocorrer as chamadas *rupturas constitucionais*, que se traduzem pela quebra de juridicidade de certos preceitos da Constituição, em certas hipóteses excepcionais, perdurando o mesmo Texto Magno no restante dos casos. Conforme Canotilho, “A ruptura constitucional abriria ao legislador de revisão a seguinte possibilidade: criar uma disciplina especial contrária à Constituição para determinados casos concretos, mantendo-se, no entanto, a validade geral das normas constitucionais”. Seja como for, estamos que o *processo de dupla revisão* promove um despautério às normas que prescrevem a imodificabilidade de outras normas — lídimo atentado contra a ordem constitucional instituída, e, nesse caso, claro alijamento às cláusulas inamovíveis do Texto Maior.”

Dissemos anteriormente que consideramos as cláusulas pétreas importantes e relevantes para a sociedade. De fato são, pois representam o núcleo fundamental do ordenamento jurídico, os valores supremos de um povo. Dissemos também que o Poder Constituinte Originário pode impor limites aos poderes constituídos, no sentido de proteger a identidade de sua obra e o núcleo fundamental do ordenamento jurídico que criou. E ressaltamos que a necessidade de estabilidade social e institucional, bem como a manutenção da identidade constitucional tornam-nas necessárias.

Porém, e aqui externamos nossa opinião, entendemos que tais cláusulas pétreas não resistem a uma manifestação democrática direta. Com isso, aderimos à teoria do Poder Constituinte Híbrido, sustentando inclusive a

¹⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. p. 101.

aplicação desta teoria ao ordenamento brasileiro vigente. Expliquemos melhor nossa opinião.

Inicialmente, entendemos que os limites estipulados pelo Poder Constituinte Originário são dirigidos ao Poder Constituinte Reformador (no nosso caso o Congresso Nacional), nunca ao povo.

Como titular do Poder Constituinte, como poder soberano que é, o povo pode sempre rever suas disposições e, conseqüentemente, os valores que regem a sociedade. A Carta não retira do povo a possibilidade de alterá-la ou substituí-la.¹⁸² O contrário seria negar a própria soberania popular.

Não enxergamos a lógica em tentar impedir o titular do Poder Constituinte de se manifestar pontualmente sobre normas da sua Carta.

Sendo certo que a Constituição é feita pelo povo (ainda que por meio de seus representantes eleitos), e para o povo, não poderia este, num momento posterior, manifestar-se pela abolição de determinadas normas, ainda que superagravadas, como as relativas aos limites materiais? Ao nosso ver sim. Entender o contrário significa retirar do povo uma parcela de sua soberania, o que não é admissível. Para nós, seria uma verdadeira fraude ao titular do Poder Constituinte. Que titular seria esse que não pode se manifestar sobre pontos de sua obra?

Em última análise, é a vontade popular que legitima a inalterabilidade de algumas matérias constitucionais. Assim, essa mesma vontade, e somente ela, pode autorizar a alteração das mesmas. De fato, não se pode opor a Constituição àquele que a legitima.¹⁸³

Desse nosso entendimento, concluí-se que as cláusulas pétreas são absolutas e insuperáveis para o Poder Constituinte Reformador, em sua

¹⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *A reforma da Constituição*: em defesa da revisão constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>> Acesso em: 26 ago. 2009.

¹⁸³ Ibid.

atuação solitária da reforma da Constituição. Mas diante de manifestação popular direta, por meio de plebiscito e referendo, os limites materiais assumiriam uma conotação relativa, e representariam cláusulas superagravadas, passíveis de alteração diante da participação do titular do Poder Constituinte.

Dessa forma, protege-se os valores fundamentais da sociedade do ímpeto reformista do Poder Constituinte Reformador, ao mesmo tempo em que se permite ao povo alterá-las quando as transformações sociais assim exigirem, sem que seja necessário recorrer à elaboração de toda uma nova Constituição. **Ressalte-se que este procedimento é revestido da mais alta legitimidade, já que com a manifestação popular, o ordenamento jurídico produzido estará plenamente de acordo com o consenso social a respeito do assunto.**¹⁸⁴

Esta posição pode ser perfeitamente adotada diante da atual Constituição brasileira, que consagrou definitivamente a soberania popular e a democracia participativa como um de seus princípios fundamentais.¹⁸⁵ Dispõe a Constituição:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; [...].

¹⁸⁴ Já nos referimos a alguns aspectos relativos à legitimidade quando tratamos da titularidade e legitimidade do Poder Constituinte. (v. cap. 2.4 desta monografia)

¹⁸⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 64. e CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *A Constituição de 1988 e sua reforma*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=112>>. Acesso em: 26 out. 2009.

A nossa Constituição é muito clara: Todo poder emana do povo, que o exerce **diretamente** ou por meio de representantes. Além disso, estatui que a soberania popular será exercida mediante referendo e plebiscito, sendo que é competência do Congresso Nacional autorizar os mesmos.

A utilização dos institutos de democracia direta vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia no Brasil. Mas sendo um dos princípios fundamentais da Constituição, devemos buscar dar à democracia participativa a máxima efetividade possível.

Fábio Konder Comparato vai ainda mais longe do que nós, e entende que toda e qualquer reforma da Constituição deve ser ratificada e iniciada por voto popular, já que a democracia direta é um princípio constitucional, cujo afastamento pode se dar somente com previsão expressa na Constituição: “havendo a Constituição de 1988 admitido o exercício direto da soberania popular como princípio, a sua exclusão, para as emendas e a revisão, dependeria de uma norma explícita.”¹⁸⁶

Logo, caso a evolução da sociedade exigisse mudança na Constituição, e neste caso o Congresso Nacional esbarrasse numa cláusula pétrea, o mesmo poderia autorizar a convocação do plebiscito ou referendo, suprimindo, com a manifestação popular direta, a legitimidade que lhe falta para alterar ou superar uma limitação material (expressa ou implícita).

Ressalte-se que a participação popular direta é vista com reservas por parte conservadora da doutrina e da sociedade. Como observa André Luiz Vinhais da Cruz,¹⁸⁷ “a participação popular, detentor legítimo da soberania, é continuamente afastada de todo e qualquer processo constituinte, sem ter viv’alma a bradar contra tamanha incongruência.”

¹⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 128.

¹⁸⁷ CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A legitimidade do poder de reforma constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=140>>. Acesso em: 26 out. 2009.

Celso Ribeiro Bastos,¹⁸⁸ defendendo a possibilidade de uma nova revisão constitucional no Brasil (nos termos do artigo 3º do ADCT), desde que convocada por emenda acrescida de manifestação popular direta (aplicação da teoria do Poder Constituinte Pontual), explicita muita bem nossa posição:

“[...] havendo aprovação popular direta, não há nada que não possa ser alterado na nossa Constituição, haja vista que seu artigo primeiro estabelece que todo poder emana do povo. O Poder Constituinte está sempre adormecido nos braços do povo e, a qualquer momento, poderá ele ser despertado. Pontes de Miranda ao se debruçar sobre o tema, conclui com brilhantismo que *"nem a fórmula espanhola nem a brasileira traduzem bem a alemã. O que o art. 1º, segunda alínea, da Constituição de Weimar, quis dizer foi que a soberania está no povo; isto é, qualquer que seja o poder estatal, inclusive o de **constituição e emenda ou revisão da Constituição**, está no povo"* Ninguém nega que a Constituição é do povo. Aliás, aqueles que saem em defesa do Poder Constituinte originário, dizem que é preciso defender os ditames estabelecidos por este pois são conquistas populares, obtidas através dos representantes populares reunidos em assembleia. Mas o que dizer quando o povo está clamando por mudanças. Vai querer proteger o produto popular do seu próprio titular? Tal feito é sobretudo ilógico. O argumento que se arrima no fato de a Constituição ser intangível e ter algumas de suas cláusulas petrificadas por respeito à vontade popular acaba por se mostrar fundamentador da posição inversa. Se é a vontade popular que legitima a inalterabilidade de algumas cláusulas constitucionais, ela (e somente ela) pode autorizar alterações. [...]. É certo, pois, que o Poder Constituinte originário afastou do Congresso Nacional (poder constituído) a competência para alterar certas disposições constitucionais. Mas isso não significa que também o fez perante o povo. Até por uma falta de perspectiva eficaz, a Carta não retira do povo a possibilidade de alterá-la ou substituí-la. A soberania popular não é um poder constituído e, conseqüentemente, limitado juridicamente, mas é força anterior a este. Quando a Constituição faz referência a este não está criando-o, mas tão somente reconhecendo-o.”[grifo do autor]

Importante ressaltar que alguns autores retiram do poder de decisão do povo as matérias relativas aos direitos da pessoa humana, pois estes seriam princípios maiores, fora do alcance inclusive da soberania popular.

Neste sentido, vale registrar o entendimento de Fábio Konder Comparato.¹⁸⁹ Como já vimos, este professor entende que o caráter

¹⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. op cit.

¹⁸⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Legitimidade do poder de reforma constitucional*. In Perspectivas de direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes/Coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 172-173.

democrático de uma reforma constitucional só se afirma quando o povo participa decisivamente de todo o processo, o que se daria com o referendo ou com a convocação de uma assembléia especial.

Segundo ele, no sistema atualmente em vigor o povo está afastado do processo decisório, o que justifica a imposição de limites materiais ao Poder Reformador, para que se evitem as fraudes à soberania popular. Mas uma vez que se associe o povo de alguma forma às reformas (como por exemplo mediante referendo ou plebiscito), o estabelecimento de cláusulas pétreas representaria a mesma fraude em sentido contrário. E conclui que “a rigor, a única matéria insuscetível de revogação pela vontade popular é a dos direitos humanos, pois esse princípio sobrepõe-se, na democracia moderna, à soberania do povo.”¹⁹⁰

Mas não são o princípio democrático e a soberania popular os únicos argumentos que justificam a adoção da teoria do Poder Constituinte Híbrido. De fato, esta teoria surge também como um mecanismo legítimo e democrático de se evitar a elaboração de toda uma nova Constituição diante da necessidade de alterações pontuais no texto constitucional, e as consequências daí decorrentes.

Em outras palavras, a adoção desta teoria, relativizando as cláusulas pétreas, impede a ruptura constitucional diante da necessidade de alterações pontuais que incluam as limitações materiais.

Se entendêssemos as cláusulas pétreas como insuperáveis por quaisquer meios, estaríamos diante de um paradoxo: criadas para proteger a essência da Constituição, a insuperabilidade destas acarretaria justamente o que pretendem evitar.

¹⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Legitimidade do poder de reforma constitucional*. Perspectivas de direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes/Coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 173.

Se a ruptura constitucional fosse a única solução para a superação dos limites materiais, ainda que se tratassem de alterações precisas, as cláusulas imutáveis seriam a própria causa de extinção da Constituição.

A adoção da teoria do Poder Constituinte Pontual evita esse paradoxo, permitindo a continuação da Constituição e a estabilidade das instituições. Além disso, evita-se a elaboração de todo um ordenamento jurídico, muitas vezes realizado por mecanismos de legitimidade democrática duvidosa,¹⁹¹ quando, por exemplo, os demais limites poderiam ser superados ao arrepio da vontade popular e de acordo com a vontade dos grupos de pressão.

Não há dúvida que o exercício do Poder Constituinte Originário rompe com a continuidade pretendida pelas Constituições, gerando as instabilidades institucionais e os sacrifícios sociais costumeiramente verificados durante o processo de elaboração de toda uma nova Constituição.¹⁹²

Por esta teoria, protegem-se as demais limitações materiais que permanecem conforme os valores sociais, alterando-se somente aquela ou aquelas que se tornaram inconvenientes para o desenvolvimento social.

Nas palavras de José Carlos Francisco:¹⁹³

“Neste contexto, a adoção do Poder Pontual permite realizar a superação das limitações materiais por mecanismos previamente estabelecidos, mediante amparo democrático (legitimado normalmente por plebiscitos ou referendos), não se negando o interesse e viabilidade de manter outros pontos da Constituição (ainda que a “decisão fundamental” que a estabeleceu possa ser alterada).”

Importante ressaltarmos duas observações também formuladas por José Carlos Francisco em sua obra: segundo ele, se o Poder Constituinte Pontual se propuser a alterar todos ou grande parte dos dispositivos

¹⁹¹ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 92.

¹⁹² Ibid. 02-10.

¹⁹³ Ibid. p. 96.

constitucionais, estará ele se convertendo em Poder Constituinte Originário puro, de modo que ainda assim será de valia, pois estará realizando plebiscitos e referendos sobre temas de relevância institucional. E acrescenta que nos momentos de efetiva revolução, “quando o processo de toda uma nova Constituição se mostra com símbolo do processo revolucionário e da ruptura da ordem institucional anterior”, as idéias da teoria do Poder Constituinte Híbrido podem não ser as mais adequadas.¹⁹⁴

Assim sendo, diante de argumentos como o princípio democrático e a soberania popular, bem como as vantagens da continuidade do Estatuto Fundamental e as implicações decorrentes da ruptura constitucional, com a consequente elaboração de toda uma nova Carta, quando o que se pretende é modificar pontualmente a Constituição, é que entendemos ser plenamente admissível a teoria do Poder Constituinte Híbrido. Ressaltamos o caráter extremamente legítimo e democrático deste mecanismo de superação das cláusulas pétreas. Dessa forma, as cláusulas pétreas se apresentariam como cláusulas superagravadas, e não absolutas, passíveis de alteração mediante manifestação popular direta, sem que seja necessária a elaboração de uma nova Constituição.

¹⁹⁴ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 03.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou fazer uma análise das reformas constitucionais, enfatizando a polêmica doutrinária em torno da validade e eficácia das cláusulas pétreas, bem como a possibilidade ou não de superação das mesmas.

Vimos que a necessidade de alteração da Constituição, para adaptar-se às novas situações, deve ser conciliada com a estabilidade que esta deve assegurar à sociedade e às instituições. Assim, o Poder Constituinte Originário deve prever mecanismos de adaptação da sua obra, bem como, ao mesmo tempo, deve limitar esses mecanismos. Dessa forma, o Poder Constituinte Reformador, que deriva do Poder Originário, deve respeitar em sua atuação os diversos tipos de limitações que lhe são impostas.

Dentre esses limites, encontramos os limites materiais, ou cláusulas pétreas, que impedem que determinadas matérias constitucionais, representativas do núcleo da Carta, sejam objeto de reforma pelo poder de reforma da Constituição.

Os autores se dividem quanto à validade e eficácia dos limites materiais. Após discorrermos sobre todas as correntes formadas acerca do assunto, concluímos que as cláusulas pétreas são importantes e necessárias, pois protegem a identidade constitucional e os valores fundamentais da sociedade, bem como garantem a estabilidade social e institucional; válidas, pois estipuladas por um poder com legitimidade para tanto (Poder Constituinte Originário); e que devem ser observadas pelo Poder Constituinte Reformador, pois este é um poder limitado por natureza.

Porém, entendemos que tais cláusulas pétreas não resistem a uma manifestação democrática direta, aderindo, com isso, à teoria do Poder Constituinte Híbrido (Pontual). Sendo o povo titular do Poder Constituinte, como poder soberano que é, pode sempre rever sua Carta, e não está

submetido às limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Constituinte Reformador.

Assim, as cláusulas pétreas são absolutas e insuperáveis para o Poder Constituinte Reformador, em sua atuação solitária da reforma da Constituição. Mas diante de manifestação popular direta, por meio de plebiscito e referendo, os limites materiais assumiriam uma conotação relativa, e representariam cláusulas superagravadas, passíveis de alteração sem a necessidade de rompimento com a Constituição em vigor.

Ressaltamos que a superação pontual de cláusulas pétreas, sem que haja ruptura constitucional, é revestida da mais alta legitimidade, já que com a manifestação popular, o resultado produzido estará plenamente de acordo com o consenso social a respeito do assunto tratado.

Ademais, ao admitir a superação dos limites materiais por este mecanismo legítimo, evita-se o paradoxo que as cláusulas pétreas representariam: criadas para proteger a Constituição, a insuperabilidade absoluta destas acarretaria justamente o que pretendem evitar. Caso se tivesse que elaborar uma nova Constituição para a superação dos limites materiais, as cláusulas imutáveis seriam o próprio motivo da extinção da Constituição.

Dessa forma, a aceitação de um Poder Constituinte Pontual permite a continuação da Constituição em vigor e a estabilidade das instituições, evitando-se a elaboração de todo um novo ordenamento jurídico e as consequências daí advindas.

Por fim, demonstramos que no Brasil esta posição encontra amplo amparo na Constituição, que consagrou definitivamente a soberania popular e a democracia participativa como um de seus princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n.73, p. 27-38, nov. 2003.
2. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 91 , n.329,p. 87-96, jan./mar. 1995.
3. BASTOS, Celso Ribeiro. *A reforma da Constituição: em defesa da revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>> Acesso em: 26 ago. 2009.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 19º ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 502 p.
4. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1993. e 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.
5. BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n.129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

_____. *Elaboração e reforma das Constituições*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.203, p. 75-106, jan./mar. 1996.

6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. 1228 p.

7. CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *A Constituição de 1988 e sua reforma*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=112>>. Acesso em: 26 out. 2009.

8. COMPARATO, Fábio Konder. *Emenda e revisão na Constituição de 1988*. Revista de Direito Publico, São Paulo, v. 23, n.93, p. 125-128, jan./mar. 1990.

_____. *Legitimidade do poder de reforma constitucional*. In Perspectivas de direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes/Coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 153-174.

9. CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A legitimidade do poder de reforma constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=140>>. Acesso em: 26 out. 2009.

10. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 307 p.

11. DINIZ, Simone Maria Lopes Cancado. *Marcos teóricos sobre o Poder Constituinte de reforma*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte , n.77, p. 7-34, jul. 1993.

12. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 2 ,n.5, p. 5-24, out./dez. 1993.

13. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado -I - o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. 198 p.

_____. *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*. Revista de Direito Administrativo 202, p 11-17, out./dez. 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22a edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. 322 p.

14. FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 181 p.

15. FRANCO, Glaucê Mendes. *O poder reformador e a Constituição de 1988*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 3 , n.4,p. 157-70, 1990.

16. GALIZA, Carlos. *A reforma constitucional: conteúdo, procedimento e limites*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte , n.77, p. 35-48, jul. 1993.

17. GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988. 150 p.

- _____. *Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1 , n.1,p. 252-262, jan./dez. 1993.

18. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Alterações Constitucionais e Limites do Poder de Reforma*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 92 p.

19. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 287 p.

20. MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou garantias de eternidade - A possibilidade jurídica de sua superação*. AJURIS, Porto Alegre, v. 21 ,n.60, p. 249-254, mar. 1994.

21. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

22. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II - Constituição*. 4ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 326 p.
23. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. 1018 p.
24. MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris: 2004. 372 p.
25. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 499 p.
26. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. 381 p.
27. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n.324, p. 23-40, out./dez. 1993.
28. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *As limitações ao exercício da reforma constitucional e a dupla revisão*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 30 , n.118, p. 19-30, abr./jun. 1993.
29. RODRIGUES, Maurício Andreiuolo, *in Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2000. 183 p.

30. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 926 p.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002. 308 p.

31. SILVA, Napoleão Nogueira da. *Clausulas pétreas, soberania popular e cultura*. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 11 , n.123, p. 9-16, nov. 1999.

32. SLAIBI FILHO, Nagib, 1950 – *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 964 p.

33. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. 942 p.