Mutações Constituçionais e os processos de reforma

WALBER DE MOURA AGRA
RENATO RIBEIRO DE ALMEIDA

Sobre os autores:

Walber de Moura Agra. *Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE e pela Uni Università degli Studio di Firenze. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux. Professor da Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Professor Visitante da Universitá degli Studio di Lecce. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.*

Renato Ribeiro de Almeida. *Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SP. Professor de pós-graduação em diversos cursos. Advogado.*

RESUMO

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Historicamente, ela funcionou como a ferramenta para sepultar o absolutismo feudal. A Constituição seria o substrato de validade das demais normas jurídicas, formando uma estrutura vertical, em que a norma inferior seria validada pela superior. Ela legitima os detentores do poder político, mantendo o status quo. Contudo, nenhum texto pode ser mantido eternamente da forma original como foi implementado. Toda vez que há uma modificação nos fatos sociais, ocorre um envelhecimento das leis, porque não acompanham pari passu os eventos ocorridos. Para manter a simetria das normas com os fatos, quando houver uma modificação e a força normativa indispor de capacidade de regulamentação, é chegada a hora da modernização das normas. Uma Constituição tem uma maior duração enquanto mantém entrelaçados o fato e a norma. Como o desenrolar dos fatos tem uma velocidade assombrosa em uma sociedade pós-moderna, esse tipo de Lei Maior passa a ser importante unicamente em uma perspectiva histórica. Se quem cria a Constituição é o Poder Constituinte Originário, apenas este mesmo poderia modificá-la. A contribuição deste artigo está na apresentação das diferentes formas de mutação do texto constitucional e os conseqüentes processos de reforma.

Palavras chave: Constituição; Reforma Constitucional; Modernização das Normas.

ABSTRACT

The Constitution comes from 18th century rationalism. Historically, it has functioned as the tool to stop feudal absolutism. The Constitution is the substratum of validity of all legal norms, forming a vertical structure, in which the inferior norm would be validated by the superior one. It legitimizes the actors of political power, maintaining the status quo. However, there is no text that remains unchanging forever. Every time there is a change in the social facts, there is an aging of the laws, in orther to follow the events to come. For norms and facts to be symmetrical, when there is a social modification and norms cannot regulate it, it is time for their modernization. A constitution will be so long while keeping fact and the norm together. According to the speed of events in a postmodern society, this kind of Major Law becomes important only from a historical perspective. If the Original Constituent Power is the one who creates the Constitution, this alone could change it. The contribution of this article is the presentation of the different forms of mutation of the constitutional text and the consequent reform processes.

Keywords: Constitution; Constitution Reform; Norms Modernization.

1. A CONSTITUIÇÃO

A Constituição, com a conceituação que concebemos atualmente, provém do racionalismo do século XVIII. Com uma conotação liberal, conforme transparece no art. 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, a Carta Magna que não dividisse o poder, nem outorgasse direitos, não poderia ser concebida como tal. Historicamente, ela funcionou como a ferramenta para sepultar o absolutismo feudal.

Entretanto, o vocábulo Constituição (do latim *constituere, constitutio*), em seu significado de ordenamento político do Estado, existiu desde os primórdios. Aristóteles, no seu livro *Athenaton Politeia*, a Constituição de Atenas, distinguiu as leis ordinárias do Estado – *nomoi* – daquelas que estabeleciam os seus alicerces e fundamentos – politeia.[1] Cícero e Maquiavel a concebiam no mesmo sentido.

Para Marcel Prélot, foi o Abade Sièyes o formulador da moderna conceituação de Constituição que conhecemos.[2] Para Rudolf Smend, ela seria um objeto unitário, conectando sua parte formal e material através da integração pessoal, funcional e material. Doutrina Smend: *"Para la doctrina dominante la constitucion es, ante todo, una ordenación de la formación de la voluntad de un grupo social y de la situtuación jurídica se sus miembros."* [3] O jurista pernambucano Pinto Ferreira, prefere enfocá-la como um edifício de quatro andares, no qual cada um é ocupado respectivamente pela economia, sociologia, filosofia e pelo direito, mostrando como se configura complexo o universo constitucional.

Por qual motivo um vocábulo se reveste de tão variada pluralidade de significados, quando para a construção de um ciência a precisão semântica se reveste de forma premente, além de um objeto e metodologia próprias? A resposta nos é dada por García-Pelayo: *"por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particulamente abocado a convertise en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad de conocimiento, in o en su adecuación instrumental para la controversia com el adversario. Sin duda que el conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia com el adversario."* [4]

Dentro dos diversos prismas de análise da Constituição vamos enfocar os principais.

O normativismo Kelseniano, no seu intento de afirmar a pureza metodológica da ciência do direito, expurga a interferência das demais ciências sociais, estudando-o de forma pura, com objeto e método próprios. Para isso, recorre a um corte epistemológico, reduzindo o objeto do fenômeno jurídico às normas e a um corte axiológico, evitando valorações e garantindo-lhe neutralidade.[5] Para assegurar esse desiderato ele parte da intransponibilidade do ser ao dever ser, ou seja, não existiria interferência dos fatos na concretização das normas.

A Constituição seria o substrato de validade das demais normas jurídicas, formando uma estrutura vertical, em que a norma inferior seria validada pela superior. A Lei Excelsa seria respaldada pela norma hipotética fundamental, um imperatismo categórico de formato kantiano que tem a função de dar uma lógica formal inquebrantável ao pensamento kelseniano. As normas para ter condição de existência deveriam ter validade e eficácia.

O estudo da Lei Maior poderia se dar pelo prisma lógico-jurídico e pelo jurídico-positivo. Consonante o primeiro seria dado relevo a compatibilidade das normas inferiores as leis superiores, formando o escalonamento vertical kelseniano. No segundo, seria privilegiado o aspecto de produção das normas seguindo os procedimentos expressos na Constituição.

Carl Schmitt vislumbra o Direito como uma decorrência de uma decisão política, o denominado decisionismo político. Expõe Schmitt: *"El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde com una regla crea derecho. Esta fuerza jurídica de las decisiónes no conformes a una norma es propia de todo orden jurídico."* [6]

Ele busca eliminar o normativismo Kelseniano e a axiologia jusnaturalista. A Constituição seria moldada de acordo

[1] **ARISTÓTELES**. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires.São Paulo: Hucitec, 1995.

[2] " Sièyes s'est donné pour l'inventeur de l'idée de constitution, dans son discours de l'una III sur le projet de constitution et sur la jurie constitutionnaire." **PRÉLOT**, Marcel e **LESCUYER**, Georges. *Histoires des Idées politiques*. 12º ed., Paris: Dalloz, 1990. p. 522.

[3] **SMEND**, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. P. 129.

[4] **PELAYO**, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3º ed., Madrid: Alianza Universidad, 1991. P. 33.

[5] "Quando a si própria se designa como pura teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos." **KELSEN**, Hans. Teoria Pura do Direito. 4º ed., Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976. p. 109.

[6] **SCHMITT**, Carl. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996. p. 27.

com a decisão política realizada e no seu conteúdo haveria a divisão de constituição e leis constitucional. Constituição seria as normas dentro da Texto Maior que estruturassem o poder firmado na decisão política e leis constitucionais às demais normas que não versam sobre esse assunto e deveriam se diferenciar das demais por ter imutabilidade relativa.

Schmitt vislumbra a Carta Magna de forma absoluta, relativa, ideal e a positiva.

A forma absoluta é dividida em quatro espécies. Em uma primeira espécie, a Constituição representa a existência política de um Estado, o modo como o ente político posiciona a estrutura de poder, bem ao estilo de Constituição no sentido das *polis* gregas. Na segunda espécie, seu significado seria o de estruturar a forma de governo de um Estado, delineando a atuação do poder político na sociedade. Na terceira acepção, ela é vista como o elemento dinâmico que regulamenta o processo político, abrindo caminho para que o ordenamento seja modificado por novas decisões políticas. Na última variação, ela é individualizada como norma, a suprema do ordenamento, a lei das leis, a normatização imperiosa de toda a vida estatal.

A relativa analisa a *Lex Mater* sob uma ótica formal, como Constituição escrita, em que aquelas normas que estão inseridas no seu texto se diferenciam das demais por necessitarem de um procedimento mais difícil para sua modificação. Não havendo, entre as normas contidas na Lei Maior, distinção objetiva ou de conteúdo; são características formais, que são externas e acessórias.[7]

Pelo conceito ideal de Schmitt, a análise da Constituição é feita sob o prisma da sua sincronia com o desenvolvimento dos fatos sociais. A normalidade e a normatividade atuam de forma integralizada, tendo como finalidade básica evitar contradições da norma com a realidade.

E, finalizando, a forma positiva. Ela parte da distinção entre Constituição e leis constitucionais. Aquela são as normas pertinentes ao modo da unidade política; as demais seriam leis constitucionais. Neste sentido, a Constituição significa o ato constituinte sobre a forma e o modo da unidade política. Ela é uma decisão sobre a unidade política adotada para organizar a repartição das competências estatais, residindo sua substância no mundo do 'ser'.

Há um liame muito grande entre o pensamento de Kelsen e o de Schmitt; um prima pelo normativismo jurídico e o outro por um normativismo sociológico.

Ferdinand Lassalle tem uma visão sociológica da Constituição. Como ela é a norma suprema, estruturando o ordenamento, seria palco de embate dos mais variados interesses existentes na sociedade para a formulação de normas que atendesse aos seus propósitos. Como Schmitt, ele concebe o direito sem autonomia, dependente de fatores sociológicos ou de uma decisão política.

As normas constitucionais para ter eficácia deveriam obedecer aos fatores reais de poder, as forças dominantes em determinado período histórico, caso contrário, seriam relegadas a não possuir força normativa, a serem 'folhas de papel', figura decorativa. Ensina Lassalle: " *Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la lei y es castigado.*"[8]

A crítica que se faz a teoria lassalliana é descurar da força normativa da Constituição, da sua capacidade de produzir efeitos, da sua coercibilidade. Ela não é apêndice das influências das classes dominantes porque estas classes não atuam de forma monolítica; há fissuras no seu interior que podem ser aproveitadas pelas forças populares. As normas, ao mesmo tempo que são moldadas pelos fatos sociais, também interferem nos fatos sociais, modificando-os no sentido das suas estipulações.

Karl Loewenstein classifica a Lei Maior, segundo critério de sua realização constitucional, como normativa, nominal e semântica. O vetor eficácia foi escolhido porque as normas constitucionais não são dotadas de auto-funcionamento, tendo sido criada pelo povo, ele atua de acordo com a vontade de seus criadores.[9]

Normativas são aquelas que são efetivamente obedecidas pelos detentores das diretrizes políticas e por todas parcelas da população. Ela oferece a normatização para a estruturação dos órgãos políticos, regula a disputa partidária

[6] Conceitua Schmitt: " Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la sisolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales. Para este concepto formal es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier outro contenido." **SCHMITT**, Carl. Teoria de la Constitución. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1985. p. 37.

[7] **LASSALLE**, Ferdinand. Qué es una Constitución. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969. p. 10.

[8] **LOEWENSTEIN**, Karl. Teoria de la Constitucion. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 217.

e outorga os direitos fundamentais que são entraves ao absolutismo estatal. O pressuposto para a sua existência é a sincronia com os fatos sociais.

O segundo tipo, as nominais, as quais não logram confirmação pela realidade. Essas representam aquelas que, no procedimento de sua formulação, desrespeitaram a realidade fática ou que, pela dinâmica dos fatos sociais, tornaram o seu texto escrito ultrapassado. Por isso carecem de força normativa, não tendo condições de impor condutas.

E por fim, a Constituição semântica, que na realidade se configura em um monumento retórico. Ela legitima os detentores do poder político, mantendo o *status quo*. Seu escopo não é limitar a concentração de poder, regulando a disputa pela hegemonia social dentre todas as classes sociais, mas sim dispor de métodos para que a classe detentora do poder possa se perpetuar sem o risco de ter que vir a compartilhar ou perder sua hegemonia. Pinto Ferreira denomina-as de alibi normativo, para ele as Constituições semânticas foram os textos de 1937 e o de 1967/69.

2. NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Nenhum texto pode ser mantido eternamente da forma original como foi implementado. Ao longo da história, pouquíssimos foram os que tiveram essa pretensão, com um começo definido e um ocaso indeterminado; porém, nenhum logrou êxito.

Como o fluir dos fatos é constante na sociedade, decorrência da dialética primeiramente formulada por Heráclito e depois desenvolvida por Hegel, em contradição com a imutabilidade defendida por Parmênides, toda vez que há uma modificação nos fatos sociais, ocorre um envelhecimento das leis, porque não acompanham pari passu os eventos ocorridos. Para manter a simetria das normas com os fatos, quando houver uma modificação e a força normativa indispor de capacidade de regulamentação, é chegada a hora da modernização das normas. Ensina-nos Miguel Reale *"(...) sejamos dos primeiros a reconhecer toda a vantagem que há para o jurista de não perder o contato com a realidade histórico-social."* [9]

Não que, inexoravelmente, seja necessário modificar leis por outras. Pode haver a sua reforma ou, até mesmo, sua mutação. É interessante o desenvolver das normas atrelado aos acontecimentos sociais devido ao fato de elas não perderem eficácia concretiva, podendo incidir na realidade, saindo da abstração e adentrando na esfera factual, num fenômeno denominado de subsunção.[10]

Uma Constituição tem uma maior duração quando entrelaçar o fato e a norma. A normatividade forma uma relação, de dupla via, com a normalidade criada pelos acontecimentos sociais, havendo uma interpenetração recíproca de influências. Ao mesmo tempo que a norma influencia a realidade, sofre os efeitos dela resultantes.

A normatividade deve ser entendida como a proeminência do conteúdo das normas jurídicas e a normalidade é a força que os eventos sociais impõem às leis.

Para Heller, haveria uma interferência recíproca entre o *sein* e o *sollen*. Ao contrário de Schmitt para quem o *sein* da decisão política determinaria o *sollen* ou Kelsen que inadmitia contatos entre a normalidade e a normatividade.

Explica Hermann Heller: *"Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tão pouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser a que são forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam."*[11]

Esta simbiose deve ser levada em consideração pelo Poder Constituinte Originário na elaboração da Constituição para que suas normas possam ter uma maior preponderância. Constituições que restringiram a incidência das modificações foram as denominadas de imutáveis e as fixas, que tiveram relevância em determinados períodos históricos.

Constituições imutáveis são aquelas que tencionam ser eternas, perdurando por todo o sempre. Aquelas que estariam imunes à ação do tempo, mantendo sua vigência mesmo em detrimento da evolução das relações sociais.

---

[9] **REALE**, Miguel. Fundamentos do Direito. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83.

[10] A eficácia, dentro de uma perspectiva kelseniana, se configura como pressuposto de validade.

[11] **HELLER**, Hermann. Teoria do Estado. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre jou, 1968. p. 296.

[12] **CAVALCANTE**, Enoque Soares. O Poder de Reforma Constitucional. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 1981. p. 45.

[13] **CAVALCANTE**, Enoque Soares. O Poder de Reforma Constitucional. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, p.67.

Elas entram em contradição com o direito que o povo tem sempre de modificar sua Constituição; a população tem a prerrogativa de exercer a qualquer momento sua soberania, concretizada com o surgimento de um Poder Constituinte Originário, e consequentemente, uma nova Constituição.

Aristóteles referia-se às Constituições de Lacedemônia, Creta e Cartago como imutáveis, dado o alto nível de sua adequação com a realidade.[12] Outro exemplo são os doze mandamentos, revelados por Moisés, que, por terem conteúdo divino, não poderiam ser modificados, apesar de não serem um Texto Constitucional propriamente dito.

Como o desenrrolar dos fatos tem uma velocidade assombrosa em uma sociedade pós-moderna, esse tipo de Lei Maior passa a ser importante unicamente em uma perspectiva histórica.

Constituições fixas são aquelas que podem ser modificadas exclusivamente por um Poder Constituinte Originário, ou seja, deverá haver um novo processo constituinte para que haja a modificação do seu texto. Não há, consequentemente, o Poder Constituinte Reformador.

Seu objetivo é bastante similar ao das constituições imutáveis, porque ambas têm o desiderato de se perpetuarem. Constituições deste tipo foram as napoleônicas de 1799, 1802 e 1804, que não previram reforma de seus textos.[13] Elas partem do pressuposto que, como o Poder Constituinte cria os demais poderes tornando-os subordinados, nenhuma outra disposição normativa poderia revogar partes do seu texto, nem mesmo o Poder Reformador. Tal tarefa torna-se cabível a apenas um poder de semelhante hierarquia. Se quem cria a Constituição é o Poder Constituinte Originário, apenas este mesmo poderia modificá-la.

3. MODIFICAÇÃO PELA REFORMA

A reforma constitui qualquer modificação no Texto Constitucional realizada por meio de procedimentos jurídicos. Ela foi regulamentada por meio de normas previstas no seu interior, em que se estatuem os órgãos que têm competência para a iniciativa de sua concretização e a forma como devem ser realizadas. A modificação implícita, ao arrepio de moldes constitucionais, denomina-se de mutação. José Afonso da Silva considera que ambos os casos são espécies de mutação; sendo mutação informal quando não for realizada sob parâmetros previstos em norma e formal quando assim for prevista.[14]

A Constituição tem como características a supremacia, a supralegaligade (formal e material) e a imutabilidade. Por esta última, ela somente pode ser modificada por procedimentos mais dificultosos que os necessários para a modificação das normas infra-constitucionais; o que ocorre por causa da sua supremacia. Os procedimentos necessários à modificação, exclusivos da emenda e revisão, foram delineados ao Poder Constituinte Originários e deixados ao encargo do Poder Reformador, que é exercido pelo Congresso Nacional.

Canotilho e Vital Moreira nos ensinam que a reforma consiste no acréscimo, supressão ou modificação na Constituição. Quando as normas são retiradas de âmbito constitucional, temos o fenômeno da desconstitucionalização; quando são inseridas no Texto Constitucional, chamamos de constitucionalização. O que vai determinar se deve haver estes institutos e quais são as normas que eles devem atingir é uma decisão política da sociedade.[15]

As modificações constitucionais têm o escopo de assegurar uma razoável estabilidade da Lei Maior, possibilitando o alcance do que Canotilho denomina de *solidificação da legalidade democrática*, aumentando a sua eficácia e o seu caráter sistêmico.[16] As constantes emendas à Constituição, introduzindo elementos estranhos ao sistema jurídico, possibilita o surgimento de antinomias, diminuindo a sua capacidade concretiva e aviltando a sua força normativa.[17]

A reforma é o gênero do qual defluem duas espécies: as emendas e a revisão. A primeira foi regulamentada permanentemente no art. 60 e a segunda art. 3º do ADCT. O plebiscito, previsto no art. 2º, acerca da forma e sistema de governo, é considerado como meio de reforma porque, de acordo com seu resultado, poderia ser introduzido a monarquia e o parlamentarismo.

Sendo o Poder Reformador limitado, derivado e subordinado, a revisão está condicionada a limites. A hodierna Constituição agasalhou os limites materiais e circunstanciais. Os temporais foram estabelecidos apenas para a revisão que não poderia ocorrer antes de cinco anos da sua promulgação. O última texto que estipulou limites temporais para as emendas foi o de 1824, no seu art. 174, cerceando alterações pelo prazo mínimo de quatro anos.

[14] **SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11º ed., São Paulo: Malheiros, 1996. P. 64.
[15] **CANOTILHO**, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 294.
[16] **CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998. p. 946.
[17] **HESSE**, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 14.

Os limites materiais, também denominado de cláusulas pétreas explícitos, são os seguintes (art. 60 § 4º inc. I a IV): a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Os limites circunstanciais adotados foram o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.

Ao lado das cláusulas pétreas explícitas, existem os implícitos, que não foram estruturados de forma positiva. Se existem críticas contundentes contrárias as explícitas, como as propugnadas por Ruffia e Vanossi, as intentadas contra as implícitas são maiores devido a sua indeterminação.[18] Contudo, defendem-as: Pinto Ferreira, Nelson de Souza Sampaio, Paulo Bonavides, Michel Temer, Carmem Lúcia Antunes, entre outros. Como cláusulas pétreas, podemos elencar a titularidade do Poder Reformador, os procedimentos e limites da emenda e revisão e os direitos e garantias fundamentais.

4. EMENDA

A reforma, sob a modalidade de emendas, na Constituição de 1988, partindo-se do princípio de que não pode mais haver a ocorrência de uma nova revisão - pois esta já ocorreu em 1993 - constitui a única forma possível de alteração do texto jurídico maior do país.

Seu procedimento está regulamentado em sede constitucional. Compõe-se de duas fases básicas: a propositiva e a deliberativa.

A primeira explicita quais são os órgãos que dispõem de competência para propor a modificação da Constituição. Esta elencação é taxativa, não admitindo que possa provir de outros órgãos ou que novos sejam acrescentadas; a existência de restrições ao número daqueles que podem propor modificações tem o objetivo de propiciar uma maior duração à Constituição e de legitimar as reformas, garantindo-lhe estabilidade jurídica.

A segunda fase regula o modo de concretização das emendas, evidenciando os procedimentos necessários para a sua vigência jurídica.

A fase propositiva pode ser exercida: I- por iniciativa de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- por iniciativa do Presidente da República; III- por iniciativa de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.[19]

O *quorum* qualificado para as proposituras partidas do Congresso se justifica no escopo de evitar as propostas demagógicas, alienadas da realidade, destituídas de apoio parlamentar e social, evitando-se emendas ocasionais que possam ferir a rigidez constitucional.

A iniciativa por parte do Presidente da República adentrou como conteúdo nas Constituições de 1937 e 1967, tendo sido agasalhada pelo texto atual. Ocorre que, enquanto as duas constituições anteriores eram típicas de períodos autoritários, esta é a Constituição mais democrática que o país já teve. Entretanto, ainda contém pequenos resquícios da ditadura.

A titularidade do Poder Reformador pertence ao Congresso Nacional, bem como a primazia da competência legislativa. Portanto, não se justifica que o Presidente da República possa exercer a competência propositiva.

Essa, mesmo que simbólica, não deveria ter sido atribuída ao Presidente devido se mostrar inócua. Se ele quisesse aprovar uma emenda, não iria se expor com uma iniciativa própria; as modificações do seu interesse poderiam ser postas por sua base parlamentar. A simbologia reside na possibilidade de intromissão do Presidente na reforma constitucional, significando o teor autoritário dessa iniciativa, intrometendo-se em uma competência que não lhe pertence.

No Brasil, o Poder Legislativo foi praticamente suprimido da competência de elaborar leis; no procedimento legislativo, a categoria que ocupa primazia são as medidas provisórias. No procedimento de reformulação constitucional,

[18] **RUFFIA**, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 231. Vanossi também dispõe contrariamente as cláusulas pétreas: "…. cremos últil que las constituciones no cierren el paso de su posible reforma 'total', pues aparte de la inutilidad comprobada de cláusulas com esse fin, su único efecto visible es la excitación temeraria de quienes sostienen irracionalmente que la única forma de mejorar las cosas es provocando la destrucción y el cambio violentos del régimen existente. Las prohibiciones de reforma 'total' no consiguen aquietar los impulsos reformistas, al próprio tiempo que consiguen alentar temerarios de cambios por vías ilegales" VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 199.

[19] Art. 60, incisos I, II e III da Constituição Federal.

podendo o Presidente propor as alterações que quiser, vemos uma preponderância do Poder Executivo em relação aos demais poderes, uma hipertrofia desse poder, que se assemelha a uma ditadura com prazo determinado, quebrando o princípio constitucional da harmonia e independência dos três poderes .

A possibilidade de emenda por parte das Assembléias Legislativas reflete uma substância do federalismo, do *pactum foederis*, podendo os Estados-Membros, integrantes da Federação, proporem alterações à Constituição que delineia os moldes da repartição do poder e serve de substrato para dar segurança contra as arbitrariedades da União. José de Oliveira Baracho dispõe que a competência para a propositura de emendas por parte dos Estados fortalece o equilíbrio federativo, pois propicia adequações constitucionais na direção do fortalecimento da federação.[20]

Nos Estados Unidos, a força dos Estados-Membros é mais relevante que no Brasil porque lá foram treze Estados independentes que primeiramente formaram uma Confederação e, depois, a Federação, e aqui foi um Governo Unitário que se fragmentou em Entes Federativos.

Nota-se a assaz influência que têm os Estados-Membros e, consequentemente, a Federação, nos EUA, pois eles têm que participar sempre e diretamente para concretizar as emendas; podemos falar em uma dupla atuação, pois são representados pelo Senado e passando pelo Congresso, devem ratificar as emendas por um *quorum* de 3/4.

No Brasil, só participam da fase propositiva quando obtêm o consentimento da maioria absoluta das Entidades Federativas e, na fase deliberativa, no Senado. A Constituição americana é passível de ser modificada pelo Congresso com o *quorum* de 2/3, depois deve ser ratificado por 3/4 dos Estados.

Depois da fase denominada de propositiva vem a deliberativa. Esta fase se compõe das seguintes etapas: a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos; a emenda será aprovada se obtiver, em cada Casa e em cada turno, 3/5 dos votos dos respectivos membros. Se este número exigido não for alcançado, a propositura será arquivada e não será levada, obviamente, para o segundo turno.

O Presidente da República termina sua competência em relação ao Poder Reformador na fase propositiva, quando realizar a iniciativa; ele não exara sua sanção ou veto. As emendas serão promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que são os órgãos que ultimam os atos do Poder Reformador, com o respectivo número de ordem. A emenda adentra no ordenamento depois da sua promulgação, e após a publicação, que é uma comunicação destinada a levar o conhecimento da Constituição ao público, torna-se exigível perante todos.

Já é pacífico, na jurisprudência e doutrina, que incide controle de constitucionalidade em relação as alterações provindas das emendas e da revisão.[21]

5. REVISÃO

A revisão, como uma das modalidades do gênero reforma, diferenciando-se das emendas, foi concebida em dois Textos Constitucionais Brasileiros, o de 1934 e o atual, de 1988.

No primeiro, de 1934, art. 178, ela foi prevista quando a reforma tratava de alterações na estrutura política do Estado, na organização ou competência dos poderes inerentes às prerrogativas da soberania e dos direitos e garantias dos cidadãos.

Na sua parte propositiva, ela deveria contar com o apoio mínimo de 2/5 dos membros do Senado ou da Câmara dos Deputados ou de 2/3 das Assembléias Legislativas, com a deliberação da maioria absoluta de cada uma delas.

Na sua parte deliberativa, seria elaborado um ante-projeto e na próxima legislatura, mediante três discussões e votações em duas sessões legislativas, em cada uma das Casas, seria aprovada se obtivesse o *quorum* de maioria absoluta e seria promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado.

BEÇAK, Rubens; *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Departamento de Direito do Estado. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

[20] **BARACHO**, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 60.

[21] Nesse sentido o mandado de segurança nº 23.087-5/SP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, que doutrina: o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do Poder Reformador (Constituição Federal, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art 60, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício quanto às categorias temáticas ali referidas."

A revisão de 1934 foi feita, assim, para impedir celeumas na vida constitucional, porque estas matérias deveriam gozar de maior estabilidade, propiciando segurança para o desenvolvimento e o progresso das relações jurídicas. Uma segunda linha de argumentação seria no sentido de que se constituem em normas constitucionais estipuladoras de órgãos e definidoras de competências, estando as normas conexas com elas dispostas consonante o seu posicionamento adotado.

Diferenciação entre emenda e revisão ocorre por causa que, em detrimento das emendas que sofrem influência jurídica, a revisão tem conexão política, ligando-se à conceituação de Constituição Dirigente, bem ao gosto da Constituição Portuguesa de 1976, que é considerada programática, visando à concretização de programas estipulados pelos dirigentes políticos.

A revisão disciplinada na 'Constituição Cidadã', ontologicamente, difere da normatizada pelo Texto de 1934.[22] Para que ela pudesse ocorrer, deveria ser necessária a ocorrência de um pressuposto: que houvesse passado cinco anos da sua promulgação, após esse lapso temporal é que seria possível a sua concretização.

Uma outra diferença entre o Texto de 1934 e o de 1988 diz respeito à matéria passível de modificação. Neste ela pode incidir em todos os artigos referentes à forma e ao sistema de governo, e naquele a revisão poderia incidir na estrutura política do Estado, na organização e na competência dos poderes inerentes à soberania e nos direitos individuais. Podemos afirmar que a revisão seria pertinente apenas na parte material da Constituição e para as modificações da parte formal seria utilizado o procedimento das emendas.

Para a alteração da parte material, na Constituição de 1934, seria necessária uma deliberação mais rígida do que para a parte formal, estabelecendo-se uma verdadeira hierarquia constitucional, entre matéria constitucional formal, passível de troca por emenda, com procedimento mais fácil, e matéria constitucional material, passível de modificação por revisão, com procedimento mais dificultoso. Foi seguida a diferenciação formulada por Carl Schmitt entre constituição e leis constituicionais.[23]

Os constituintes se posicionaram neste sentido porque a revisão modificava essencialmente a estrutura de poder e esta estrutura, para ter eficácia, necessitava de uma estabilidade mais perene, ficando longe das maiorias fugazes, variáveis como o correr dos ventos. Quanto maior a rigidez constitucional, maior será a diferenciação entre poderes constituídos e poderes constituintes, conforme diferenciação proposta por Sieyès.

Na revisão vigorante, o *quorum* para a sua aprovação é o de maioria absoluta e ainda mais em votação unicameral, reunindo-se em conjunto os membros do Senado e da Câmara dos Deputados.[24] O *quorum* de maioria absoluta num total de 513 (quinhentos e treze Deputados) mais a soma de 81 (oitenta e um) Senadores perfaz o número de 297 (duzentos e noventa e sete) votos entre Senadores e Deputados, o que é muito pouco para se configurar a imutabilidade relativa do texto e sua rigidez.

Foram tolhidas as restrições da revisão de 1934; o atual texto permite quaisquer tipos de modificações, desde que sejam as limitações ao Poder Reformador respeitadas.

E por fim, no Texto de 1934, ela era estipulada como parte constitucional, indicando sua existência pelo tempo que a Constituição estivesse em vigor; no Texto de 1988, foi ensejada como parte dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Quanto à freqüência da sua utilização, foi idealizada para ser realizada uma única vez, não podendo conjeturar a existência de uma nova revisão. A revisão na Constituição de 1934 poderia ter sido realizada quantas vezes fossem entendidas como necessárias e que fossem atendidos os procedimentos necessários.

Somos de acordo que o gênero reforma tenha de modo perene duas espécies, a emenda e revisão. A emenda seria a forma adequada para modificar artigos constitucionais que não tivessem relacionamento com a parte material da Constituição; a revisão seria a forma propícia para alterações de artigos constituintes da parte material.

Pela importância da matéria objeto da alteração, a reforma na espécie revisão seria mais dificultosa, impedindo

[22] Expressão Lapidar, com que o Deputado Ulisses Guimarães denominou a Constituição de 1988, no discurso proferido na sua promulgação em 05.10.88, pela prodigalidade dos direitos nela amparados.

[23] **SCHMITT**, Carl. *Teoria de la Constitución*. 2º ed., Madrid: Alianza Universidade, 1992. P. 49.

[24] Em capítulo próximo, iremos estudar a inconstitucionalidade desta reunião unicameral, que fere a forma de Estado federativa, protegida como princípio fundamental (art.1º, caput) e cláusula pétrea (art.60º, § 4º).

[25] **MIRANDA**, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967/69*. Tomo III. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 133.

modificações constantes, concordando com a mencionada estruturação, Pinto Ferreira, Raul Machado Horta e Meirelhes Teixeira. Para Pontes de Miranda, qualquer modificação à *Lei Mater* é denominada de reforma ou revisão, sem maior precisão terminológica.[25]

O atual texto errou ao não inserir a revisão como forma constante de modificação constitucional, desligado do resultado plebiscitário, incidindo na parte material, contribuindo com isto para aumentar a rigidez constitucional e a sua eficácia.

A localização da reforma na Constituição de 1988 foi feita de forma separada, pois as emendas foram localizadas no processo legislativo e a revisão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Os Constituintes cominaram o mesmo assunto, Poder Reformador, em partes diversas.

A revisão foi regulada no ADCT para ser realizada uma única vez, portanto, tem uma notória efemeridade no texto, por isso a localização escolhida foi acertada.

Mas, se a revisão fosse estipulada para modificar a sua parte material, como ocorreu em 1934, e tivesse, em decorrência, uma existência constante, deveriam as emendas e a revisão terem sido disciplinadas conjuntamente, em uma parte distinta tanto do processo legislativo, como das Disposições Constitucionais Gerais, localização adotada por várias Constituições.

A emenda foi regulamentada no processo legislativo. Não concordamos com esta localização porque avilta o Poder Reformador, confundindo-o com um procedimento legislativo.

Deveria haver uma seção para o Poder Reformador e nela seriam inseridas a revisão e a emenda. Esta seção específica preservaria os apanágios deste poder, inclusive relevando-o 'visivelmente'. Não pode ser regulamentado junto com os demais processos legislativos, simplesmente porque não se configura em um procedimento deste tipo, e sim, um processo de modificação constitucional.

Pensa em contrário, com o que defendemos, Nelson de Souza Sampaio: *"Julgamos que andaram acertadamente os elaboradores da Constituição Federal de 1967, que incluindo a reforma constitucional na seção dedicada ao processo legislativo, fugindo da sistemática tradicional que colocava essa matéria entre as disposições gerais ou em capítulos finais do Texto Constitucional."*[26]

A respeito da revisão foram conjecturadas quatro teses: a condicionada, a restrita e a ampla. A condicionada, que tem como corifeu o professor Paulo Bonavides, parte da premissa que a revisão somente teria razão de existência se a forma ou o sistema de governo fosse modificado, por isso foi prevista no ADCT e próximo ao plebiscito. A restrita, defendida por Pinto Ferreira e José Afonso da Silva, defende que a revisão poderia ser realizada a qualquer momento depois dos cinco anos da promulgação da Lei Maior e que poderia modificar todo o seu conteúdo, afora as cláusulas pétreas e as limitações circunstanciais. A ampla, corroborada por Ives Gandra e Celso Ribeiro Bastos, partindo da assertiva que a Constituição foi criada por um Poder Reformador, a emenda 26/85, poderia modificar totalmente os dispositivos constitucionais, mormente as cláusulas pétreas.

A tese vencedora, que guiou a revisão de 1993, a despeito de defendermos a revisão condicionada, foi a da revisão restrita.

6. MODIFICAÇÃO PELA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Mutação constitucional são as modificações operadas na Constituição gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade da implementação do Poder Reformador, por meio de emendas ou revisão, ou seja, de procedimentos jurídicos.

Entende Maurício Ribeiro Lopes que ela se configura na mudança do Texto Constitucional por processos não previstos nas normas jurídicas.[27] Raul Machado Horta entende que a mutação constitucional, por seus predicativos, finda obnubilando a norma constitucional escrita, fragilizando a segurança do seu texto, contudo, acaba por ter relevo pro-

[26] **SAMPAIO**, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2ª ed., Belo horizonte: Del Rey, 1996. p. 65.

[27] **LOPES**, Maurício A. Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da Revisão Constitucional Brasileira.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. p. 128.

[28] **HORTA**, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 114.

[29] **LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 165.

eminente nas Constituições consuetudinárias.[28] Afirma Loewenstein: *"En la mutación constitucional, por outro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político de la estructura social o del equilibrio de intereses sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto."*[29]

Sua terminologia é ainda imprecisa, existindo autores que a chamam de vicissitudes constitucionais, transições constitucionais, mudança constitucional, processos de fato etc.

A norma jurídica tem que se adequar às exigências da comunidade e, para cumprir esta finalidade, deve estar em simetria com o progresso social. Por isto, as Constituições, em seu texto, preveem o procedimento de emenda ou revisão. A mutação constitucional também tem a finalidade de atualizar os preceitos do Texto Magno, somente de modo não formal, não previsto nas suas cominações.

Ela atribui diferentes diretrizes à literalidade do texto até então dada, quer pela interpretação constitucional, quer por meio da construção, quer por práticas constitucionais ou por usos e costumes. Ela pode acontecer tanto em Constituições ditas flexíveis como nas consideradas rígidas, sem diferenciação fundamental.

Nas rígidas, por ser dotada de superioridade, terá que ser mais lenta e gradual. Uadi Lammêgo Bulos classifica da seguinte forma as fontes da mutação: *"a) mutação constitucional operada em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) mutação através da construção constitucional; e d) mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais."*[30]

Elas são ocasionadas de modo difuso, inexistindo um órgão próprio que tenha como função sua criação; podem ser oriundas da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão, dentre outros.

Não dispõem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase desapercebida, espontânea, sem previsibilidade esperada, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia. Por serem lentas e graduais não acarretam rupturas ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia.

García Pelayo esboçou, embora inexista consenso na doutrina, uma classificação das mutações constitucionais da seguinte forma: a) a mutação resulta de uma prática política que não contradiz a Constituição e incide em um fato no qual carece de cominação constitucional; b) mutação por impossibilidade de concretização normativa ou por desuso das atribuições e competências estabelecidas na Constituição; c) mutação por oposição à infração dos preceitos constitucionais e d) mutação através da interpretação constitucional, de forma a obter uma aplicação diversa da que antes tinha eficácia.[31]

O controle de constitucionalidade incide nas mutações constitucionais, da mesma forma que nos demais preceitos normativos, tanto a inconstitucionalidade formal quanto a material. Então, não a aceitamos como viável juridicamente, quando ela contraria o texto constitucional, quando for *contra-legem*, devendo ser declarada inconstitucional e expurgada do ordenamento jurídico.

A doutrina não definiu, com parâmetros claros, os limites para a concretização das mutações; entretanto, defendemos que seus limites devem ser os das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o 'cerne inalterável' da Constituição não é passível de modificação pelo processo de reforma, o que dirá pelo procedimento de mutação constitucional que não encontra respaldo em cominações legais.

A incidência das mutações ocorre com mais frequência nos princípios constitucionais que, por maior abstração, permite que sua extensão possa ser calibrada, de forma extensiva ou restritiva, de acordo com os fatores sociais vigentes. Os princípios podem ser calibrados no seu conteúdo, até mesmo provocando o seu esvaziamento, como o conceito da soberania contido no art. 1º, inc. I. Entretanto, as normas constitucionais são um sistema, em que os princípios se adequam um ao outro, aumentando ou diminuindo sua incidência em decorrência de uma legitimidade no tecido social; por isso a mutação constitucional não poderá tornar um princípio incompatível com o sistema, antagônico com os demais. Aumentando a eficácia de um princípio, a do outro terá que ser restrita.

---

[30] **BULOS**, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 71.

[31] **PELAYO**, Manoel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 2ª ed., Madrid: Aliança, 1991. p. 137

[32] A expressão está contida em uma carta aberta que o professor Paulo Bonavides lançou à Nação Brasileira, intitulada de " A Emenda nº554 à Constituição é Golpe de Estado". **Manifesto à Nação**. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.

7. POSSIBILIDADE DE UMA NOVA REVISÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição no art. 3º do ADCT previu a revisão constitucional que se realizou, no final de 1993, na qual foram aprovadas seis emendas de revisão.

Agora, setores ligados ao poder econômico, que sempre pregaram contra a Constituição, taxando-a logo nos seus primeiros anos vida "de tornar o país ingovernável", retornam com uma teoria que tem a finalidade de afrontá-la: a convocação de uma nova revisão.

Inexistem condições para a feitura de uma nova revisão. Segundo as palavras do jurista Paulo Bonavides *"se configura como ameaça de destruição do Estado Constitucional."*[32] O instituto da revisão foi previsto no art. 3º do ADCT e não dentro do corpo constitucional, justamente porque uma vez realizado, como foi, não poderia ser novamente aventada.

A revisão estipulada no texto de 1988 foi criada para adaptar o Texto Magno à decisão do plebiscito, no qual o povo foi chamado a optar pela forma e pelo sistema de governo. Mesmo contrariando o objetivo da revisão, devido ao plebiscito não ter modificado a forma ou o sistema de governo, o Congresso a realizou, aprovando alterações na Constituição.

As normas dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias são partes efetivas da Constituição, não incluídas no seu texto próprio, mas suas normas gozam também de imutabilidade relativa, sendo suas alterações realizadas somente pelo procedimento inerente às emendas.

Afora a numeração própria, diferença marcante entre o Texto Constitucional e os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é que estes não dispõem de divisão em Títulos, Capítulos ou Seções; podemos apontar ainda sua natureza transitória ao contrário das normas contidas no corpo da Constituição que têm uma pretensão de manutenção no tempo em que for a duração da Lei Maior.

As normas contidas no ADCT tratam de questões menores, algumas de natureza administrativa, tentam fazer a transição das normas do ordenamento anterior para o atual ou, ainda, trazem exceções temporárias para a vigência das normas do Corpo Constitucional.

Depreende-se que a revisão está localizada no ADCT porque é uma disposição transitória, e uma vez realizada, não pode ser novamente configurada.

Uma modificação ou acréscimo ao ADCT significaria um ato do Poder Reformador, e, portanto, não poderia se confrontar com o disposto pelo Poder Constituinte Originário, devendo se ater aos limites nele vislumbrados. As mudanças na Constituição têm sua extensão limitada pelos preceitos dispostos no Poder Constituinte. Do contrário, ter-se-á verdadeira fraude à Constituição.

O Poder Reformador recebe delegação do Poder Constituinte Originário para realizar a sua modificação e, por isso, tem que atuar dentro dos limites dispostos pela delegação.[33] José Tarcízio de Almeida ensina que, sendo o poder revisor uma espécie de poder delegado, não pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação, a não ser para tornar mais rigorosas as exigências que a Constituição Federal prescreve para sua reforma. Assertiva final da qual discordamos.[34]

Depois da realização da revisão, o único meio propício para a reforma da Constituição são as emendas, em que cada uma das Casas, separadamente, têm que aprovar, com o *quorum* de 3/5 dos votos, em dois turnos, a sua proposta. Outro meio de reforma da Constituição seria de gritante inconstitucionalidade. E não se pode querer modificar ou acrescentar uma outra fórmula porque seria uma burla à cláusula pétrea implícita que veda modificações na titularidade e no procedimento do Poder Reformador.

A finalidade das cláusulas pétreas implícitas é manter a inviolabilidade das limitações explícitas. Se fosse possível modificar as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário, o Poder Reformador não teria sentido e a Constituição passaria a ser flexível. O acinte às limitações é uma afronta ao próprio Poder Constituinte. O único meio possível de modificar as cláusulas pétreas se configura na feitura de uma nova Constituição, dando ensejo ao fenômeno denominado de transconstituicionalização.

---

[33] Defende Pedro Vega: (...) ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente." **VEGA**, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1995. p. 235.

[34] **MELO**, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 134.

Acrescentando novas fórmulas de modificação, esfrangalham-se as cláusulas pétreas implícitas e quebra-se a rigidez constitucional, transmudando a Constituição de rígida para flexível. Não se pode agredir, deliberadamente, o art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

A alegação de que a Constituição de 1988 é fruto de um Poder Reformador, a Emenda Constitucional 26/85, também não convence. Realmente, a sua causa formal foi uma emenda (a EC 26/85), contudo, a causa material foram a campanha das "Diretas Já" e a falência econômica do modelo implantado pela ditadura civil-militar. Em virtude dos fatos, não houve limites na realização dos seus trabalhos. No próprio conteúdo da emenda, no seu art. 1º, ela foi declarada como livre e soberana; então como algo que se configura em livre e soberano pode ser rotulado de reformador?

Qualquer tentativa de salvar a malsinada emenda por um plebiscito que a legitime se mostra estéril e despudorada. O plebiscito está regulamentado no art. 14, II da CF e no art. 2º do ADCT e se constitui em um tipo de democracia semi-direta, a chamada democracia participativa, em que o Congresso Nacional ausculta a vontade popular para tomar decisões.

Como criação do Poder Constituinte, o plebiscito não tem condições de suprimir cláusulas pétreas; ele serve para legitimar leis ordinárias e nunca fraudes à Constituição.

Leciona o professor Pinto Ferreira: *"O plebiscito é contudo controverso. Escreve a propósito Gladio Gemma: "Ele é, pois, uma votação popular constitucional, sendo, por isto, um instrumento de democracia direta, se bem que, como todos os dispositivos deste tipo, possa ser instrumentalmente usado por correntes autoritárias ou totalitárias para legitimar o seu poder autocrítico".*[35]

A soberania popular exige um maior grau de legitimidade do que o ofertado pelos plebiscitos, não havendo possibilidade de confundi-los. Ela atinge seu apogeu durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, em que a população é levada a discutir a forma como a sociedade deva ser moldada. A respeito de eventual tentativa de modificar a Carta Magna através do plebiscito, são as palavras de Paulo Bonavides: *"é o plebiscito das ditaduras e da democracia cesariana, dissimulando em vestes constitucionais. De estofo tão roto e esfarrapado lembra por igual o de Napoleão, há cerca de duzentos anos, instituindo a vitaliciedade do Consulado e estreando os primeiros passos de uma escalada rumo ao poder imperial e absoluto."*[36]

8. FRAUDE À CONSTITUIÇÃO

Fraude à Constituição, ou como os franceses gostam de pronunciar *la fraude à la Constitution*, são modificações radicais ocorridas em seu texto, que, contrariando preceitos inerentes a sua modificação, infringem o procedimento da reforma constitucional, principalmente incidindo contra as cláusulas pétreas, explícitas e implícitas. São modos de burlar o Poder Reformador. São uma espécie de inconstitucionalidade que incide precipualmente no Poder Reformador.

Segundo o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, por sua importância histórica se constitui no preâmbulo das Constituições Francesas, um povo tem o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição, toda vez que achar conveniente.

Este artigo lapidar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de forma alguma é discutível. Um povo tem sempre o direito de rever sua Constituição. Acontece que ou a modificação tem ensejo dentro dos mecanismos delineados no Texto Constitucional ou providencia-se a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Uma modificação total da nossa Lei Maior não é factível devido às cláusulas pétreas. Estas formam o elo de ligação que garante o caráter sistêmico do texto, constituem-se na essência norteadora da interpretação constitucional.

Nas Constituições que não dispõem de cláusulas pétreas, torna-se possível sua reforma total; na nossa não, ela tem que obedecer aos limites impostos. Para modificar estes limites, a solução se configuraria em convocar uma As-

[35] **FERREIRA**, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*.. Vol. 1. São Paulo: Saraiva: 1989. P. 300.

[36] **Manifesto á Nação**. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.

[41] **FERREIRA**, Pinto. *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional*. 3ª ed., Recife: Sopece, 1993. p. 239.

[42] **SCHMITT**, Carl. *Teoria de la Constitución.* 2ª ed., Madrid: Alianza Universidade, 1992. p. 119.

[43] "Elle peut également établir une constitution entiéremente nouvelle. Toutefois, dans ce dernier cas, le respect apparent des formes constitutionnelles joint à un chagement radical de l'esprit des institutions ne laisse pas de donner à l'activité de l'organe de révision un esprit assez paradoxal. C'est ce qui explique que l'on ait proposé de qualifier fraude à la constitution." **BURDEAU**, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. p. 68.

No mesmo sentido: " Esse poder secundário e limitado é vedado atingir a estrutura básica da ordem constitucional..." **MALUF**, Sahid. *Teoria Geral*

sembléia Nacional Constituinte; do contrário, o que se estaria realizando seria um crime, um ato ilícito, uma Fraude à Constituição.

Ensina o professor Pinto Ferreira que: *"uma reforma ilimitada é um golpe contra a ordem jurídica; uma Constituição não prevê a sua autodestruição, somente prevê a sua modificabilidade, respeitando determinados elementos básicos de seu ordenamento jurídico."*[41]

Carl Schmitt se posiciona de modo contrário a mudanças que alterem elementos fundamentais da Constituição, alterando a sua identidade histórica.[42] Burdeau define que as modificações totais na Lei Excelsa, mesmo que respeitando o procedimento reformador, operando uma radical modificação no espírito constitucional, não passam de uma Fraude à Constituição.[43]

Recasens Siches defende igualmente limitações ao Poder Reformador: *"Ahora bien, la reforma normal o legal de la constitución está limitada por barreras infranqueables: puede abarcar una serie de puntos, pero nunca el relativo a la titularidad legítima, del supremo poder. Para que una modificación de la constitución pueda ser considerada como reforma legal, normal - y no como otro tipo de alteración completamente diverso - es necesario que respete la titularidad originaria del supremo poder, que siga apoyando sobre el mismo poder primariamente consagrado como legítimo."*[44]

Exemplo de uma Constituição que permite a modificação total é a da Suíça.[45]

As Constituições deveriam estar amparadas na soberania popular, na vontade popular. Esta é o alicerce legitimante mais eficaz e que propicia uma duração perene ao seu texto. Quando não estiverem amparadas pela soberania popular, inexoravelmente estarão arrimadas pela força, em uma das suas espécies. O custo para manter a legitimidade pela força é altíssimo, e ao menor arrefecimento de sua intensidade, esvai-se a concretude normativa.

As que são promulgadas propiciam à população um momento ímpar para discutir seus problemas e tomar consciência da realidade que a cerca. A sociedade, como um todo, se organiza em prol de seus interesses mais prementes e aqueles setores que se organizarem de forma mais eficiente irão fazer com que a Carta Magna em construção agasalhe direitos do seu interesse.

A Constituição nasce fruto do embate das variadas classes sociais e contempla seus anseios. Por isso, e em maior grau em uma sociedade cheia de contradições como a brasileira, ela não segue um direcionamento único, busca uma composição em torno dos interesses conflitantes.

Pelo medo de propiciar um amplo debate na sociedade, que pode levar a uma conscientização da população e à organização de segmentos marginalizados pela política governamental, há sempre o risco de setores das classes dominantes quererem modificá-la substancialmente, preferindo recorrer à fraude. De outro modo, se o contexto sócio-político-econômico propiciar e se detiver força suficiente, intentam um simples e puro golpe de Estado.

A Fraude à Constituição não suscita amplos debates sociais, nem mobiliza a atenção da população. Ela reveste aparência de legalidade, de cumprimento dos mandamentos constitucionais, quando, sem disfarce, anseia destruí-la. As discussões ficam restritas ao âmbito do Congresso Nacional, sem a participação popular e, restringindo o debate, os parlamentares ficam propícios a serem direcionados pelo poder da mídia, pelos conglomerados econômicos, pelo governo, etc.

Não querem suscitar o debate público porque as modificações intentadas são anti-populares e inconstitucionais. Tiram direitos históricos e centralizam o poder em torno do Governo Federal.

Para sua concretização, o primeiro passo é o lançamento de uma campanha difamante contra a Constituição, provocando o seu descrédito e a perda de sua concretude normativa. Culpam-na por todos os males que afligem a população. Mentem ao dizer que os direitos contidos em seu texto, muitos deles conseguidos sob muita luta e até então tidos como consensuais, tornam o país ingovernável por seu alto custo. A população menos esclarecida passa a ter uma visão deturpada de que a Constituição serve para nada, é *uma folha de papel*, e esta caí em descrédito.

---

do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 185.

[44] Continua Recasens Siches: "Una reforma normal o legal de la constitución no puede llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no puede modificar el supremo poder del Estado." **SICHES**, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. 7ª ed., México: Editorial Porrua,1981. p. 304.

[45] Art. 120 da Constituição Federal da Suíça dispõe que se uma secção da Assembléia Federal decretar a revisão total da Constituição Federal e a outra se opuser ou se 50.000 cidadãos suíços com direito de voto pedirem a revisão total, a questão de saber se a Constituição Federal deve ser revista será submetida à votação do povo suíço, que se pronunciará por sim ou por não.

A Fraude à Constituição padece de crassa inconstitucionalidade, por descurar do procedimento que deveria ser seguido e das limitações constitucionais. Ela confronta as cláusulas pétreas, notadamente as implícitas, pertinentes ao poder reformador.

Conforme expomos anteriormente, o Poder Reformador se configura em uma cláusula pétrea implícita porque uma modificação no seu conteúdo é uma violência ao Poder Constituinte Originário e acarreta enfraquecimento na rigidez constitucional, tornando o texto mais fácil de ser modificado. A alteração freqüente da Constituição, ao talante das forças dominantes à época, gera casuísmo constitucional e contribui para o seu ocaso.

Exemplos clássicos de Fraude à Constituição foram os praticados por Hitler na Constituição alemã de Weimar de 1919, Mussolini na Constituição italiana de 1848 e o Marechal Pétain, na francesa de 1875. Neste último caso, pelo fato de a França ter sido derrotada pela Alemanha em 1940 e ter parte do seu território ocupado por forças alemãs, Pétain, colaborando com as forças de ocupação, incentivou a Assembléia Nacional a se reunir e modificar a organização constitucional francesa. Após o término da guerra, muito se discutiu acerca da validade desta alteração. A conclusão a que se chegou foi que era inconstitucional porque destoara dos procedimentos necessários à modificação.

Não há uma escala para se aferir quão acintosa é uma fraude. Tanto faz incidir em uma cláusula pétrea explícita quanto implícita: a afronta à Constituição e ao Estado Democrático de Direito é a mesma.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad. Francisco Murari Pires.São Paulo: Hucitec, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BEÇAK, Rubens; *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Departamento de Direito do Estado. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes e **MOREIRA**, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTE, Enoque Soares. *O Poder de Reforma Constitucional*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 1981.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva: 1989.

----------. *A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional*. 3ª ed., Recife: Sopece, 1993.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre jou, 1968.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4º ed., Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución*. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Trad. Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, Maurício A. Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador. Limites e possibilidades da Revisão Constitucional Brasileira.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MANIFESTO Á NAÇÃO. Jornal O Judiciário. Recife, nº 12.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967/69*. Tomo III. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PRÉLOT, Marcel e **LESCUYER**, Georges. *Histoires des Idées politiques*. 12º ed., Paris: Dalloz, 1990.

PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. 3º ed., Madrid: Alianza Universidad, 1991.

REVISÃO CONSTITUCIONAL. Jornal do Conselho Federal. Brasília, nº 60/1998.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo.* 2ª ed., Belo horizonte: Del Rey, 1996.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Trad. Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

----------. *Teoria de la Constitución*. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1985.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*. 7ª ed., México: Editorial Porrua,1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11º ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

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

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1977.

VEGA, Pedro de. La *Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1995.