

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – PUC-SP**

Pedro Bonassi Neto

**A RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER
CONSTITUINTE REFORMADOR**

**São Paulo
2013**

Ficha Catalográfica da Biblioteca

PEDRO BONASSI NETO

**A RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER
CONSTITUINTE REFORMADOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE) como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva.

A banca examinadora dos Trabalhos de Conclusão considerou o candidato:

Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva:
(Orientador)
(PUC-SP)

Examinador 1:

Examinador 2:

**A Juliana,
minha noiva, amiga e companheira, com amor.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado discernimento, coragem e muita perseverança para conseguir chegar ao final de mais um desafio.

Ao Professor Dr. Roberto Baptista Dias da Silva, profundo conhecedor da matéria, pela orientação dedicada a este trabalho, bem como por sua presteza e paciência.

Aos professores do curso de Especialização em Direito Constitucional, especialmente aos Mestres Derly Barreto e Silva Filho e René Zamlutti, que, durante o desenrolar do curso, muito contribuíram para o meu aprendizado intelectual e humano.

À Juliana, minha amada noiva e querida amiga, pelo companheirismo e pela dedicação de sempre.

Aos meus pais, Pedro e Margarida, aos meus irmãos, Elisa e Frederico, e aos meus amigos, pelo inestimável apoio em todos os momentos da minha vida.

O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?
(José Joaquim Gomes Canotilho)

BONASSI NETO, Pedro. **A relativização dos limites materiais ao poder constituinte reformador**. 2013. Monografia – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE).

RESUMO

O presente estudo pretende analisar, sob uma ótica moderna, as limitações materiais impostas ao poder constituinte reformador. De fato, a teoria clássica do poder constituinte, concebida por Emmanuel Joseph Sieyès, no século XVIII, às vésperas da Revolução Francesa, requer uma nova leitura, menos fabulosa e mais real. A ideia da superioridade do poder constituinte originário sobre o poder constituinte reformador não merece prosperar, tendo em vista que, ambos, em regra, representam a vontade popular. É inadmissível, portanto, que as gerações futuras, por força das “cláusulas pétreas” impostas pelo extraordinário poder constituinte originário, tenham que se submeter aos valores de uma privilegiada geração anterior. A prática, por sua vez, mostra a falência desse ultrapassado modelo. No Brasil, por exemplo, o Congresso Nacional – órgão constituído, limitado e condicionado –, contrariando todos os ensinamentos da teoria clássica do poder constituinte, elaborou a Constituição Federal de 1988. As normas constitucionais, sob pena de ineficácia e descrédito, devem acompanhar as constantes mudanças do meio social, mesmo quando protegidas materialmente. Para tanto, basta a revogação da norma protetora para, em um segundo momento, atingir a matéria anteriormente protegida. Trata-se da tese da dupla reforma que, relativizando o valor das limitações materiais, apresenta uma legítima solução para que a soberania das gerações subsequentes não seja dificultada. Por fim, caberá ao Judiciário declarar a constitucionalidade deste importante e democrático procedimento agravado.

Palavras-chave: PODER CONSTITUINTE, LIMITES MATERIAIS, RELATIVIZAÇÃO, DUPLA REFORMA.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	TEORIA GERAL DO PODER CONSTITUINTE.....	12
2.1	Considerações iniciais	12
2.2	A polêmica relacionada à origem da Constituição Federal brasileira de 88.....	15
2.3	A solução da questão	20
2.4	Origem do poder constituinte.....	21
2.5	Natureza do poder constituinte	24
2.6	Titularidade do poder constituinte.....	26
3	ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE.....	28
3.1	Posicionamentos doutrinários.....	28
3.2	Poder constituinte originário	31
3.3	Poder constituinte derivado	34
4	PODER CONSTITUINTE REFORMADOR.....	36
4.1	A adequação da Carta Magna à realidade fática.....	36
4.2	As ferramentas para manifestação do poder constituinte reformador e algumas questões polêmicas.....	38
5	LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR.....	41
5.1	Considerações preliminares	41
5.2	Limitações circunstanciais	42
5.3	Limitações temporais	44
5.4	Limitações formais.....	45
5.5	Limitações materiais	46
5.6	Limitações implícitas.....	48
6	POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO PESO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR	51
6.1	Introdução.....	51
6.2	Negação dos limites materiais.....	51
6.3	Defesa dos limites materiais absolutos.....	53
7	A DEFESA DA RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR	57
7.1	Ponderações iniciais.....	57

7.2 Justificativas	60
7.3 O protagonismo do Judiciário	63
7.4 A dupla revisão	65
8 CONCLUSÃO	71
BIBLIOGRAFIA	73

1 INTRODUÇÃO

Como ponto de partida para esse trabalho, necessário se faz que levantemos algumas questões problemáticas acerca das “cláusulas pétreas”, ou seja, dos limites materiais ao poder constituinte reformador. Qual o valor destas limitações? As “cláusulas pétreas” são realmente intangíveis? Admitir a supressão de “cláusula pétrea” resulta em fraude à Constituição?

Três correntes doutrinárias analisam essas disposições constitucionais. A primeira, considerando-as inúteis, nega-lhes valor; a segunda as enxerga como válidas e absolutamente intangíveis; e a terceira, encontrando um aparente meio termo entre a primeira e a segunda, relativiza o seu valor.

Sem dúvida, esse antigo embate doutrinário continua despertando o interesse do mundo acadêmico. Isso porque, historicamente, em diversos Estados, havendo profundas mudanças na realidade social, temos observado a ação do poder constituinte originário para que seja possível a compatibilização das normas constitucionais à nova realidade. Afinal, a interpretação usualmente dada às “cláusulas pétreas” leva ao engessamento do direito constitucional positivo vigente.

Com efeito, sabemos que uma das funções do poder constituinte reformador é a de adaptar a Constituição a novas necessidades, novos valores e novas aspirações, evitando-se, assim, o aparecimento do poder constituinte originário. No entanto, justamente por conta da existência das “cláusulas pétreas”, tal adaptação, na maior parte das vezes, não pode ser concretizada. Consequentemente, levando a Constituição à ruína, a revolução surge como única solução para o problema criado. Esse é um dos paradoxos apontados pela doutrina.

A ideia de que as “cláusulas pétreas” só possam ser superadas com a atuação do poder constituinte originário, elaborando-se um novo texto constitucional, parece-nos equivocada e ultrapassada. Assim, torna-se imperiosa outra interpretação acerca do controvertido tema.

O pensamento de Heráclito, por volta do século VI, já demonstrava o ininterrupto movimento do cosmo... A realidade, com o passar do tempo, transforma-se e, invariavelmente, essa transformação deve ser acompanhada pelas normas que regem a sociedade, sem que seja cogente a incômoda produção de uma nova Carta Magna.

De fato, o ajuste das normas constitucionais à realidade social, pela via reformadora, deve ser concretizado mesmo quando recaia em ponto protegido por “cláusula pétrea”.

Convém ressaltar que este trabalho não visa criticar a existência dos limites materiais ao poder constituinte reformador. Pelo contrário, entendemos que são de extrema importância para a estruturação do Estado, pois protegem o cerne essencial do sistema. Além do mais, proporcionam, ou visam proporcionar, a estabilidade institucional e a segurança jurídica. Contudo, devem ser vistos como obstáculos legalmente transponíveis e não como insuperáveis. É o que buscaremos demonstrar com o presente estudo.

Inicialmente, antes de nos aprofundarmos na polêmica proposta, para melhor compreensão, é importante que sejam feitas breves considerações a respeito da teoria geral do poder constituinte.

2 TEORIA GERAL DO PODER CONSTITUINTE

2.1 Considerações iniciais

O poder constituinte é aquele que funda ou reforma uma Constituição.¹ Tem como objetivo primordial o estabelecimento da base jurídico-principiológica que regerá um Estado. A Constituição, por sua vez, é fruto do exercício deste poder.

Além disso, justamente por conta da superior posição ocupada pelas normas constitucionais, no ordenamento jurídico, Celso Ribeiro Bastos explana que:

[...] a sua criação suscita caminhos próprios, uma vez que os normais da formação do direito, quais sejam, aqueles ditados pela própria ordem jurídica, não são utilizáveis quando se tratar de elaborar a própria Constituição.²

Com relação à demarcação do significado do vocábulo “Constituição”, Tercio Sampaio Ferraz Junior, com propriedade, ensina o seguinte:

Entende-se usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, a formas, limites e competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar).³

Por seu turno, Paulo Bonavides aponta que:

Limitando poderes, estabelecendo competências e declarando direitos, toda Constituição, segundo o sentido em que a tomamos, é, em primeiro lugar, um sistema de valores. Serve de base ao Estado social, que ela provê de um denso teor democrático. A Constituinte e a Constituição significam passos fundamentais no processo de legitimação do poder em cada sociedade democrática.⁴

Mais do que isso, a liberdade do povo está estreitamente ligada à sua Constituição. Nesse passo, um povo pode ser considerado livre caso tenha uma

¹ Sobre algumas concepções de Constituição, bem como suas classificações, verificar SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 19-28. Para a compreensão da Teoria da Constituição e de diversos entendimentos de autores, estrangeiros e nacionais, que contribuíram para o desenvolvimento dessa área de conhecimento, verificar CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*, p. 45-64.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 20.

³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembleia, processo, poder*, p.11.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, p. 15.

Constituição que, de fato, assegure os seus direitos e reconheça a vontade da maioria.

Como forma de ilustrar as considerações deste tópico, podemos rememorar o caloroso debate ocorrido às vésperas da construção da Constituição Federal brasileira de 1988. Na ocasião, o Brasil vinha de um longo e tenebroso período de ditadura militar, instituída em 1964, após o golpe que derrubou o contestado presidente João Goulart, o Jango.

O povo clamava por eleições diretas para presidente da República. Entretanto, indiretamente, a chapa Tancredo Neves/José Sarney foi eleita pelo Colégio Eleitoral. A partir de 21 de abril de 1985, sucedendo Tancredo Neves, que, por conta de triste fatalidade, não tomou posse, Sarney exerceu a Presidência.

Naquele importantíssimo momento, os temas “Constituinte” e “Constituição” foram abordados por incontáveis estudiosos. Os problemas da representatividade e da legitimidade da Constituinte vieram à tona. Assembleia Constituinte, Congresso Nacional com poderes constituintes ou Comissão Constituinte integrada por doutos juristas? A pergunta era respondida pelos doutrinadores pátrios com comovente paixão.⁵

Muitos deles, como Dalmo de Abreu Dallari,⁶ defendiam que o meio “mais próximo do ideal de exercício do poder constituinte pelo próprio povo” era a Assembleia Constituinte, que, para ser autêntica, deveria ser “livre e representativa” de toda a sociedade. Uma Constituição necessitaria estabelecer uma “ordem justa” e seria legítima quando fruto de uma Assembleia Constituinte, com representantes escolhidos pelo povo. Um Congresso Nacional com poderes constituintes não estaria preparado para fazer adequadamente uma nova Constituição. Já uma Comissão Constituinte, integrada por renomados juristas, não teria legitimidade e representatividade, “por não ter sido escolhida pelo povo”.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides,⁷ na ocasião, defendia uma Constituinte livre, exclusiva e soberana, assinalando que, do ponto de vista formal, o Congresso Nacional era poder constituído “para fazer a reforma da Constituição,

⁵ Acerca destes e de outros embates, verificar FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*, capítulos 3, 5, 8 e 9; GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, capítulos 5-7 e 9; CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, capítulo 3; BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, capítulo 1; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*, capítulo 4.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*, p. 33-49.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, p. 31-7.

nunca para fazer a própria Constituição”. Do ponto de vista material, ressaltava que a Constituinte Congressual seria “mais representativa de uma estrutura partidária decadente” e estaria divorciada “das aspirações maiores da coletividade brasileira”.

Por sua vez, Eros Roberto Grau⁸ argumentava, ainda, que Assembleia Constituinte e Congresso Nacional seriam “órgãos não homólogos”, visto que aquela era “constituída apenas por representantes do povo”, enquanto este era “constituído de representantes do povo – na Câmara dos Deputados – e de representantes dos Estados-membros – no Senado Federal”. A Constituinte, com a participação de senadores, não seria “dotada de título legítimo para expressar o querer do nosso povo”.

Por fim, Tercio Sampaio Ferraz Junior,⁹ dentre outros apontamentos, esclarecia que a Assembleia Constituinte permitiria “ao povo uma identificação das posições adversas”, superando, “com atividade e mobilização, a apatia e a indiferença”.

No entanto, adeptos da defesa de um Congresso Nacional com poderes constituintes, para a feitura da Constituição, lembravam o elevado custeio decorrente da coexistência de uma Assembleia Constituinte e de um Congresso Nacional e, também, a inexistência de pessoas competentes para o preenchimento de ambos os órgãos. Bastaria, assim, delegar poderes constituintes ao Congresso Nacional em funcionamento.¹⁰

Oscar Dias Corrêa,¹¹ na época Ministro do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que não falava em nome da referida Corte, evidenciava preocupação com a possível convocação de uma Assembleia Constituinte, que somente deveria ocorrer quando houvesse uma ruptura profunda da ordem jurídica. Além disso, Dias Corrêa alertava sobre a exploração demagógica e ideológica da Constituinte que, para os demagogos, seria capaz de resolver “todos os males da República”. Correr-se-ia “o risco de serem eleitos os que mais e melhor” prometessem.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 30 e 48.

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*, p. 64.

¹⁰ Eros Roberto Grau discorda desses argumentos: “O pretexto da despesa que a Assembléia Constituinte ocasionará não resiste ao bom senso, especialmente quando se observe a economia que é assegurável pela existência de uma Constituição legítima, sob o regime da qual não há lugar para escândalos financeiros e negócios especiais. O pretexto da carência de competências, entre nós, para o preenchimento de dois colegiados como tais é ofensivo da sabedoria do povo. E tudo recomenda que não se brinque com a sabedoria do povo” (GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 33).

¹¹ CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, p. 99-106.

Foi então que, nadando contra a maré e caminhando contra a vontade do povo, o Legislativo, por maioria e de forma conservadora, preferiu um Congresso Nacional com poderes constituintes para elaboração de uma nova Constituição.

É verdade que a eleição de representantes do povo, para comporem uma Assembleia Constituinte – exclusiva, livre e soberana –, seria a solução mais legítima. Entretanto, sabemos que pouquíssimas vezes a teoria do poder constituinte se consolida/consolidou na prática.

Deste modo, a Constituição Federal brasileira de 1988, obra do poder constituinte reformador, nasceu viciada. Muitos dos que hoje defendem, com unhas e dentes, a impossibilidade da transposição de nossas “cláusulas pétreas”, esqueceram-se deste fundamental detalhe. Esse será o assunto analisado a seguir.

2.2 A polêmica relacionada à origem da Constituição Federal brasileira de 88

A Carta Magna brasileira de 88 é obra do poder constituinte originário?

Essa polêmica questão, apesar de já ter sido por nós respondida, merece maiores explicações.

De fato, conforme também já afirmamos, em meados dos anos 80, diversos autores demonstravam preocupação quanto à legitimidade da Constituição que seria criada.

Na oportunidade, Tercio Sampaio Ferraz Junior,¹² com exatidão, assinalou que a resposta para essa questão tem a ver “com um problema que, tecnicamente, se refere às noções de poder originário e poder derivado”. Segundo esse autor:

Em tese, o poder originário seria aquele que, a partir do zero, sem nenhum pressuposto que o limite (salvo os limites do Direito Natural, para os que o aceitam), elabora a lei fundamental. Já o poder derivado retira sua competência das normas estabelecidas pelo poder originário. [...] ¹³

Após esses e outros apontamentos, Tercio Sampaio¹⁴ ressaltou que a distinção entre poder originário e poder derivado “está na base das discussões em

¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*, p. 22.

¹³ *Ibid.*, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

torno de Assembléia Constituinte ou poderes constituintes ao Congresso”, explicando:

Os que pugnam por uma Assembléia Constituinte eleita com o fim precípua de elaborar a Constituição entendem que o Poder Constituinte tem de ser originário. Já os adeptos da segunda alternativa, não se melindram com o fato de o Poder Constituinte vir a ser exercido por um Congresso eleito ainda sob o regime da Constituição atual. A discussão, na verdade, culmina numa questão de legitimidade, posto que, se argumenta, o povo, sede do poder originário, não foi ouvido quando da elaboração da Constituição de 1967, conforme a Emenda n. 1 de 69. Por outro lado, diz-se, qualquer Assembléia Constituinte tem de ser eleita em eleição conforme certas regras. [...] ¹⁵

Paulo Bonavides, por sua vez, convidado a participar de um projeto de estudos a respeito da Constituinte e da Constituição, no Espírito Santo, externou sua apreensão com os rumos que o país estava tomando, conforme podemos observar neste trecho a seguir transcrito:

Se o Congresso Nacional faz a Constituição, ele defere contra si mesmo um verdadeiro golpe de Estado. Formalmente, do ponto de vista da teoria constitucional, não se justifica que um poder constituído, como o Congresso Nacional, se converta em poder constituinte de primeiro grau. Que haja exemplos históricos em sentido contrário, nem por isso a história poderá derrogar a validade e o rigor conceitual da teoria do poder constituinte, senão violentando-o. Esse aspecto, a meu ver irretorquível, que nos faz menosprezar a possibilidade da utilização do Congresso Nacional como Poder Constituinte de primeiro grau, em toda a sua plenitude. E como vamos seguindo historicamente, nesta ocasião, no sentido da solução inadequada, da solução inconveniente, o que teremos em breves anos, em dois ou três anos, talvez, não será rigorosamente uma Constituinte – e nem teremos rigorosamente uma Constituição, mas tão-somente uma reforma constitucional. E com isto, o povo brasileiro será mais uma vez vítima de um engodo histórico de suas elites. ¹⁶

Além do aspecto formal, Bonavides encontrou uma resposta, sob a ótica material, para invalidar a Constituinte Congressual:

[...] se nós fizermos, como estamos fazendo, se caminharmos como estamos caminhando, e como tudo indica que caminharemos para a Constituinte congressual, ela já, de início, do seu ponto de partida, se divorciou das aspirações maiores da coletividade brasileira. E não haverá desastre maior do ponto de vista institucional do que se a sociedade brasileira – nos seus fundamentos, nas suas bases sociais, nas suas classes mais sofridas, mais injustiçadas, mais esmagadas pela espoliação econômica –, se estas massas, se estes elementos sociais derem as costas à Constituição e à Constituinte. E eu creio que elas já estão de costas

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*, p. 23.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, p. 32.

voltadas para a Constituinte congressual que aí se prepara. E nesse dia, nessa ocasião, não haverá possibilidade, por mais esforços que se faça, por mais diligências que se empreguem, de arregimentar o povo; nada se poderá fazer no sentido de dar credibilidade e legitimidade indispensáveis ao consenso. Consenso que é a base da eficácia e da normatividade da Constituição.

De modo que, colocando a questão capital, a questão prévia, a questão, a meu ver, crucial da opção da Constituição, eu inculco da parte da sociedade brasileira, de uma parte ponderável que não pode ser marginalizada, uma resposta negativa à iniciativa do Poder, à forma como se está convocando a Constituinte. De sorte que isto não é acadêmico, não é formal, não é metafísico, não é abstrato; é perfeitamente concreto. [...] ¹⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, à época, explicou sua visão:

Tancredo Neves, ou melhor, o seu grupo político, pois os fados não lhe deixaram assumir a Presidência, não chegou ao Governo por intermédio de uma quebra das regras constitucionais. Ao contrário, as regras da Constituição vigente foram escrupulosamente cumpridas, ou, ao menos, os litígios que a seu propósito surgiram foram decididos pelos órgãos competentes – Tribunal Superior Eleitoral, Mesa do Senado Federal – e, acrescente-se, em benefício de tal grupo ou candidatura. Lembre-se a tese de que a fidelidade partidária não se aplicava às deliberações do Colégio Eleitoral, adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, sem a qual a vitória de Tancredo Neves seria improvável.

Assim, a *Nova República* não nasceu de uma revolução, surgiu do exato cumprimento da Constituição em vigor. Não lhe é dado, em consequência, invocar o Poder Constituinte revolucionário. Não detém ela o Poder Constituinte originário. E o terreno em que pisa é movediço demais para que ouse quebrar a Constituição, visto que esta é o seu título ao Poder. E, sem este, talvez não possa contar com o outro – a força – para nele se manter.

Como pode, então, determinar ou preparar a perda de eficácia dessa Constituição vigente, a fim de ensejar uma Constituinte e como obra desta uma nova Constituição?

No plano jurídico, só lhe resta a alternativa da reforma constitucional. ¹⁸

Ferreira Filho, por fim, defendeu que a Constituinte, sendo convocada por meio de uma Emenda Constitucional,

[...] será sempre, apesar dos disfarces que a possam vestir, *Poder Constituinte derivado*, poder de reforma. Em razão do que terá de respeitar as condições postas na Emenda que a provocar. Claro, se esta as puser. Terá de respeitar as condições de fundo: princípios fundamentais que quiser ressaltar (como a federação e a república). Terá de observar condições de forma: rito, prazos, maioria e aprovação. E quanto a este último ponto, convém reiterar que a estabilidade da Constituição dependerá do *consensus* que a escorar. A maioria qualificada é melhor sinal deste *consensus* do que a simples, que pode ser ocasional. ¹⁹

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, p. 36.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 155 (grifo no original).

¹⁹ *Ibid.*, p. 157 e 158 (grifo no original).

Por outro lado, Michel Temer²⁰, em obra escrita após a Constituição Federal de 1988, assevera “o despropósito de pretender atribuir à Constituinte poderes derivados”, tendo em vista que a Emenda Constitucional 26/85 não foi utilizada como instrumento de reforma constitucional, limitado formalmente e materialmente. Para ele, trata-se de ato político, revolucionário, que transformou o Congresso, a ser eleito, em Assembleia Constituinte, rompendo – pacificamente e sem golpear as instituições – com a ordem jurídica constitucional. Assim, conclui que tal Emenda “não é mais fundamento de validade da Assémléia Constituinte”, já que “seu suporte, a partir das eleições, passou a ser a vontade popular manifestada por meio do voto”.²¹

Paulo Bonavides, reexaminando a matéria, parece ter modificado o seu entendimento quanto à legitimidade do ordenamento constitucional em tela, pois afirma que,

Quanto à produção constitucional haurida no exercício de um poder constituinte legítimo, a história política do Brasil apresenta como principais frutos a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a Constituição de 16 de julho de 1943, a Constituição de 18 de setembro de 1946 e, de último, a Constituição de 5 de outubro de 1988. São os quatro únicos documentos de organização constitucional do País que resultaram em rigor de Constituintes soberanas, livremente eleitas pelos cidadãos, representativas da vontade nacional e legitimadas pelo princípio democrático, cuja aferição conceitual deve traduzir sempre a eficaz participação dos governados na obra criadora de suas instituições.²²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,²³ também em estudo mais recente, mantendo, contudo, o seu posicionamento, afirma que o texto da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de outubro de 1985 “é propositalmente enganoso”, ao dar, por razões políticas, “a ideia de que haveria manifestação do Poder Constituinte originário”. Para esse autor, “inexistiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário”. Na verdade, a Constituinte “veio convocada por intermédio de uma Emenda Constitucional,

²⁰ TEMER, Michel. *Constituição e política*, p. 115 e 116.

²¹ Para uma análise detalhada acerca dos trabalhos constituintes de 87/88, verificar SARMENTO, Daniel. *21 anos da Constituição de 1988: A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*, p. 7 e segs. Esse autor, no mesmo estudo, posicionando-se no mesmo sentido de Michel Temer e Virgílio Afonso da Silva, assinala que: “[...] a Assembleia Constituinte, ‘livre e soberana’ de 1987/1988 traduziu autêntica expressão do poder constituinte originário” (p. 12).

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 175 e 176.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 57.

adotada com o exato respeito das normas que regiam a modificação da Constituição”.

Ainda segundo Ferreira Filho,²⁴ a Emenda Constitucional nº 26 apenas “alterou o procedimento de modificação da Constituição”, simplificando-o e, também, liberando-o dos limites materiais e circunstanciais anteriormente impostos. Assim, conclui que o atual ordenamento constitucional é “resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes”.

Virgílio Afonso da Silva, na mesma linha de pensamento de Michel Temer e mirando o trabalho de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, argumenta que:

[...] a EC 26/85 não pode ser encarada como mera manifestação do poder constituinte derivado, mas como um *artifício político para uma ruptura na ordem constitucional então vigente*. Tivesse sido a mesma Assembléia Nacional Constituinte convocada por intermédio de qualquer outro ato – de um ‘decreto revolucionário’, por exemplo – teria ficado (mais) nítida a existência dessa ruptura na ordem constitucional estabelecida em 1969. O que se quer deixar claro é que, qualquer que fosse o ato, seria ele, segundo o ordenamento constitucional que se desejava enterrar, *um ato inconstitucional* e essa é uma conclusão inevitável, pois não há como se imaginar que, constitucionalmente, uma emenda constitucional possa convocar uma Assembléia com plenos poderes para destruir a própria constituição emendada. [...]

Não há, portanto, outra alternativa que não considerar a EC 26/85 como o que von Wright chama de *ato de usurpação*, pois a autoridade que a promulgou extrapolou sua competência. Com isso, houve a já mencionada ruptura na ordem constitucional vigente, uma ‘usurpação revolucionária do poder’. Como salienta Moreso, todos esses termos – usurpação, ruptura, revolução – significam tão somente a quebra de uma cadeia de validade e o início de outra, pouco importando haver ou não uma contrapartida social desse fato.²⁵

Postos, sucintamente, os principais argumentos apresentados por alguns autores a respeito da questão levantada, continuamos convencidos de que a razão está com aqueles que, cientificamente, advogam a ideia da ordem constitucional vigente ser fruto da ação do poder constituinte reformador, conforme vamos demonstrar.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 57 e 58.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais*, p. 28 e 29 (grifo no original).

2.3 A solução da questão

A resposta para a polêmica apresentada, conforme acima explicitado, gira em torno da legitimidade do texto constitucional de 1988. Devemos, assim, analisar se, formalmente e materialmente, o nosso atual ordenamento constitucional pode ser considerado legítimo.

Os irrestritos defensores dos ensinamentos da teoria clássica do poder constituinte sabem que, sob o prisma formal, o Congresso Nacional, além de condicionado e subordinado, é poder constituído para a reforma constitucional, não podendo criar um novo ordenamento. Mesmo que na EC nº 26, de 27 de novembro de 1985, contenha a expressão “livre e soberana”, referindo-se à Assembleia Nacional Constituinte.

De fato, essa ilegitimidade formal da Constituição Federal de 88 poderia ter sido sanada, desde que a referida Emenda tivesse sido plesbicitada pelo povo. Outra saída seria a sujeição da nova Constituição, antes de sua promulgação, a um referendo popular.²⁶ Entretanto, sabemos que tais instrumentos de participação direta popular não foram utilizados.

Por outro lado, sob o prisma material, a legitimidade também passou longe da Constituição vigente. Afinal, o Congresso Nacional,²⁷ eleito de acordo com as regras da Constituição anterior, elaborada sem a devida participação popular, pouco refletia as aspirações da sociedade brasileira. Na verdade, o povo foi intencionalmente afastado do debate constituinte. Esta problemática foi apenas parcialmente remediada com o plebiscito, ocorrido em 1993, referente à forma e ao sistema de governo que deveriam vigorar no País.

Apesar dos bons argumentos apresentados por Michel Temer e Virgílio Afonso da Silva, no sentido de ter havido a manifestação originária Constituinte – para a criação da Constituição Federal de 88 –, bem como da Emenda

²⁶ Nesse sentido, verificar BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, capítulo 116 e 117.

²⁷ A composição da Assembleia Nacional Constituinte pode ser encontrada em SARMENTO, Daniel. *21 anos da Constituição de 1988: A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988*, p. 12: “A Assembleia Nacional Constituinte que se reuniu em 1º de fevereiro de 1987 era composta por 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores. Entre os constituintes, todos os deputados federais e 49 dos senadores haviam sido eleitos no pleito ocorrido em 1986. Os demais 23 senadores eram ‘biônicos’: tinham sido eleitos indiretamente nas eleições ocorridas em 1982”.

Sem dúvida, a legitimidade da Constituinte congressional de 1988 ficou ainda mais ferida com a participação dos senadores biônicos, tendo em vista que estes, de forma alguma, possuíam procuração do povo para a produção de normas constitucionais.

Constitucional nº 26/85 ter sido um instrumento político-revolucionário, que, usurpando o poder, rompeu pacificamente com as regras constitucionais então vigentes, entendemos, assim como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, na realidade, essa Emenda tão somente tornou menos gravoso o processo de alteração constitucional, libertando-o das limitações materiais e circunstanciais de outrora. Sem dúvida, pretensa ruptura não ocorreu, uma vez que a Constituição Federal de 88 nasceu do perfeito e irrestrito cumprimento das regras em vigor naquele momento. Manifestou-se, deste modo, o poder constituinte reformador.

Entretanto, é importante ressaltar que tanto Michel Temer quanto Virgílio Afonso da Silva, procurando respostas para legitimação formal da atual Magna Carta, não se aprofundaram na resolução do grave problema de sua ilegitimidade material, decorrente da infeliz opção por um Congresso Nacional com poderes constituintes.

Isso nos leva, mais uma vez, a refletir acerca da aplicabilidade dos ensinamentos preconizados pela teoria clássica do poder constituinte. Percebemos, ao final, que a realidade se mostra relutante em aceitá-los por completo.

2.4 Origem do poder constituinte

O ponto inicial para a análise do poder constituinte, largamente aplicado pelos Estados ao longo da História, ocorreu na então absolutista França, mais precisamente no século XVIII, o Século das Luzes, na proximidade da Revolução Francesa, tendo como ideólogo o padre Emmanuel Joseph Sieyès (1748/1836).

Através de um manifesto, publicado em forma de panfleto e com o título *Que é o Terceiro Estado?*, Sieyès, crítico ferrenho da aristocracia, incendiou a França do século XVIII, o que, ligado a diversos fatores, acabou por resultar na Revolução Francesa.

A principal reivindicação do abade era a defesa da participação da nação na condução dos interesses do Estado, “com a restituição de seus direitos políticos e a plenitude de seus direitos civis”.²⁸

²⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa / que é o Terceiro estado?*, Org. e introd. de Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo, p.130.

O Terceiro estado buscava o seu espaço e os seus direitos, os quais, naquele momento, estavam sendo completamente ignorados pelo Sistema Absolutista. O poder estava nas mãos do clero e da nobreza, ordens privilegiadas que, segundo Sieyès, além de nada produzirem, enfraqueciam e prejudicavam a nação. O padre defendia que o Terceiro estado (formado por aqueles que realmente trabalhavam, produziam e movimentavam a economia, ou seja, os camponeses, industriais, agricultores, comerciantes, negociantes e profissionais liberais) era uma nação com força, um tudo, mas que, humilhanamente, encontrava-se inteiramente oprimido e marginalizado da vida nacional e do processo político.²⁹

Sieyès sustentava, ao menos, a igualdade de direitos entre as três ordens – nobreza, clero e Terceiro estado – na composição da Assembléia dos Estados Gerais. Era inconcebível que o Terceiro estado, a ordem impulsionadora do Estado, estivesse excluído de suas decisões políticas mais importantes.³⁰

Além do mais, o abade também diferenciou o poder constituinte do poder delegado. Somente a nação, origem de tudo, teria o direito de, livremente, exercer a sua vontade e criar a Constituição, respeitando-se apenas o direito natural. Já o corpo de delegados não poderia modificar os limites do poder que lhe foi confiado. Os representantes ordinários de um povo, obedecendo aos limites estipulados na Constituição, estariam incumbidos de manter a boa ordem administrativa. Por outro lado, sem se submeter a formas especiais, os representantes extraordinários teriam nas mãos, por tempo determinado e para um único assunto, o poder que a nação lhes concedeu para criar a Constituição. Sieyès defendia que os princípios retro mencionados seriam essenciais à ordem social, concluindo que só uma representação extraordinária, formada sem se considerar a distinção das ordens, poderia tocar na Constituição ou criar uma nova.³¹

Neste rumo, Eros Roberto Grau, a partir da leitura da obra de Sieyès, o qual denomina “o oráculo do Terceiro Estado”,³² enfatiza:

O que importa salientar é que Sieyès afirma que a representação constituinte não deve ter em conta a divisão da sociedade em classes, ou –

²⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa / que é o Terceiro estado?*, Org. e introd. de Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo, p.130., capítulos I e II.

³⁰ *Ibid.*, capítulo III.

³¹ *Ibid.*, capítulo V.

³² GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 9.

em termos mais adequados ao tempo em que doutrinava – a distinção entre ordens.³³

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴, Sieyès indicou “o modelo lógico que presidiria o estabelecimento da Constituição”.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, analisando *Qu'est ce le Tiers État?*, anotam:

Sieyès sustentou que a formação da sociedade política podia ser separada por três estágios distintos. O primeiro, caracterizado pela existência de indivíduos isolados, aos quais, entretanto, somente pela vontade de desejarem reunir-se, deveriam ser atribuídos os direitos de uma nação. O segundo, peculiarizado por uma espécie de democracia direta, onde os indivíduos, reunidos, deliberariam sobre os assuntos de interesse comum. E o terceiro, em que a deliberação das questões de interesse comum seria delegada a representantes, escolhidos dentre os membros dessa sociedade. Nessa terceira fase, a instrumentalização da representação demandaria a estruturação de órgãos de governo, tornando necessária a existência de uma Constituição.

Sieyès posicionou a Constituição como documento criador do Estado e, por via de consequência, ponto inaugural do sistema jurídico. Destarte, o poder que cria a Constituição não encontra limites de qualquer espécie, senão no direito natural. Estabeleceu, assim, uma divisão linear entre o Poder Constituinte - que cria a Constituição – e o Poder Constituído – órgãos e funções criados pela Constituição. O Poder Constituinte seria ilimitado, autônomo e incondicionado. O Poder Constituído, contrariamente, restrito e condicionado.³⁵

Explanando acerca da influência do direito natural sobre o direito positivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que:

[...] O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um direito natural, anterior ao Direito do estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito.³⁶

A partir da leitura da mais famosa obra do abade, algumas considerações não podem deixar de serem efetuadas.

A primeira delas é que Sieyès critica as ordens privilegiadas de modo contundente, mas, visivelmente, suas palavras são mais duramente dirigidas aos nobres. Seria uma espécie de inconsciente corporativismo para com o clero, ordem

³³ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 10.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 12.

³⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 08.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 49.

privilegiada original de Sieyès? De todo modo, não podemos deixar de reconhecer a admirável coragem do padre em defender os anseios do Terceiro estado em detrimento de seus próprios interesses pessoais.

A segunda é a contradição existente na ideia pregada por Sieyès, que enxerga somente no Terceiro estado a nação. Ora, com esse pensamento, a opressão, humilhação, servidão e coação, tão criticadas pelo abade, não desapareceriam. O Terceiro estado passaria de oprimido a opressor (privilegiado), enquanto a nobreza e o clero de opressores (privilegiados) a oprimidos. Mudar-se-iam apenas os personagens oprimidos e opressores. Entendemos que o melhor caminho seria excluir somente os privilégios e não aniquilar os privilegiados.

Finalmente, a terceira consideração importante é a seguinte: Sieyès defende ser útil a distinção entre representantes extraordinários e ordinários. Diferentemente do que prega esse autor, não seria uma simples nomenclatura que faria os representantes agirem de acordo com o interesse nacional ou conforme o interesse do próprio corpo que iriam formar. Quando existem má-fé e imoralidade nas almas dos representantes, extraordinários ou ordinários, seus atos serão daninhos em qualquer situação. Deste modo, os primeiros não deveriam prevalecer sobre os segundos. Talvez a distinção seja útil apenas didaticamente. A verdade é que ambos, da mesma forma, representam, em regra, a vontade majoritária do povo.

Pensamos, assim, que a doutrina precursora de Sieyès, indubitavelmente, possui extremo valor jurídico e continua influenciando estudiosos pelo mundo afora. Entretanto, não deve ser enxergada como perfeita e incontestável, uma vez que, em verdade, mais se aproxima da fantasia. Quanto a esse ponto, será mais bem analisado adiante.

2.5 Natureza do poder constituinte

É bastante controversa a questão da natureza jurídica do poder constituinte originário. Várias são as correntes que tratam do tema. Tal controvérsia ultrapassa o campo do Direito, sendo necessário, ainda que de maneira superficial, adentrarmos na Filosofia para melhor compreensão do assunto abordado.

Das diversas posições, as que mais se destacam são as defendidas pelos positivistas e pelos jusnaturalistas.

O poder constituinte originário possui natureza de “poder de fato”, para os positivistas (normativistas), e de “poder natural”, para os jusnaturalistas.

Celso Ribeiro Bastos comenta a respeito destes posicionamentos da seguinte forma:

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 fatilidade histórica, suscetível de ser estudada por outros ramos do saber, como força ou energia social. Autores há, entretanto, que sustentam a juridicidade do poder constituinte, com base na tese jusnaturalista de que, além do direito positivo, há um direito superior decorrente da própria natureza humana, ou, de um modo geral, de que o direito precede o Estado. O pensamento de Sieyès é jusnaturalista.³⁷

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, posicionando-se junto à corrente jusnaturalista, assinala:

A primeira indagação que ocorrerá é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do direito.³⁸

Colocadas superficialmente as teses dos positivistas e dos jusnaturalistas, quanto à natureza do poder constituinte originário, filiamo-nos ao pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³⁹ que esclarece ser tolice pretender, “no campo de um estudo de Direito Constitucional, apontar qual é a certa e qual é a errada.”

Com relação à natureza jurídica do poder constituinte derivado, não há polêmica doutrinária. Entendem os estudiosos que sua natureza é “de direito”. Afinal, toda a base (procedimental, material, circunstancial) do poder constituinte derivado está fundada no texto constitucional.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 24 e 25.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Poder Constituinte*, p. 69.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 57.

2.6 Titularidade do poder constituinte

A titularidade do poder constituinte também é um tema extremamente controverso, todavia, levando-se em consideração o princípio democrático da soberania popular, ficará evidente que o legítimo titular deste poder será o povo. Nesse sentido, Eros Roberto Grau ensina:

Cumpra deixar bem esclarecido, aos constituintes, que o Poder Constituinte pertence ao povo, que não o delega a eles, constituintes. Estes apenas recebem do povo mandatos para o exercício daquele Poder. Assim como o advogado, ao escrever e firmar petições em nome de seus clientes, não é titular dos direitos destes, sob sua defesa, assim também os constituintes não são titulares – nem mesmo delegados – do Poder Constituinte, mas apenas o exercem em nome do povo.⁴⁰

Contudo, para alguns doutrinadores, em se tratando, por exemplo, de Constituições outorgadas ou Cartas Constitucionalistas, o titular será o rei ou ditador. Por outro lado, no caso de movimentos revolucionários, serão os respectivos líderes dos movimentos. Nesse diapasão, Aricê Moacyr Amaral Santos assinala:

[...] os vocábulos Nação e povo presentemente se identificam, pode-se concluir que no mundo não-marxista o Poder Constituinte pode ter por titular um rei, um monarca ou ditador; um grupo dominante; ou o povo, isto é, os cidadãos de um Estado.⁴¹

Embora admitam que a titularidade do poder constituinte pertença ao povo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior esclarecem que:

[...] o seu exercício pode, muitas vezes, afastar-se do controle democrático. Por isso, costuma-se distinguir duas formas de exercício do Poder Constituinte: a) a revolução, caso em que o grupo revolucionário, que se tornou hegemônico, edita uma Constituição; b) a Assembléia Constituinte, que, ainda, pode tomar o cuidado de submeter à vontade popular direta (plebiscito ou referendunum) as suas conclusões.⁴²

Já Dalmo de Abreu Dallari, ressaltando seu entendimento em sentido diverso, assevera que,

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*, p. 39.

⁴¹ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte (A Natureza e a Titularidade do Poder Constituinte Originário)*, p. 85.

⁴² ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 09.

Na realidade, desde que se reconheça que todos os seres humanos têm o mesmo valor natural, nada justifica que as regras básicas de organização da sociedade e de definição dos direitos e obrigações fundamentais sejam estabelecidos por alguns e impostas à obediência dos demais. Nenhum indivíduo, nenhum grupo de indivíduos, nenhuma classe social pode impor com legitimidade seus valores, suas preferências ou suas conveniências a todo um povo. Uma Constituição que não seja produto da vontade de todo o povo não é legítima.⁴³

Conforme anteriormente mencionado, não restam dúvidas de que a legítima e inalienável titularidade do poder constituinte pertence ao povo. Caminhando em sentido diverso, atentar-se-á, inegavelmente, contra a Democracia.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*, p. 33 e 34.

3 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

3.1 Posicionamentos doutrinários

Parte da doutrina aponta a existência de duas espécies de poder constituinte: originário e derivado (constituído, instituído, secundário, delegado).

O primeiro, como o nome diz, dá origem à Constituição. O segundo, por sua vez, deriva do primeiro, tendo, conforme ensina Michel Temer,¹ a reforma do texto constitucional e a instituição de coletividade como destinações.

Sem embargo, é interessante mencionarmos a posição daqueles que, quanto à denominação do poder que reforma parcialmente a Constituição, divergem do clássico entendimento. Nelson Saldanha, por exemplo, não identifica o poder de reforma com o poder constituinte, anotando que:

O poder de dar constituição se encontra na base de toda e qualquer carta constitucional. A Constituição estabelece uma determinada organização para um Estado, o qual pode entretanto ter vivido milênios sem Constituição. Tanto há poder constituinte na base do surgimento da primeira Constituição surgida para um Estado, como na de qualquer Constituição 'nova' que se integre na sequência de um regime constitucional existente. Tanto na criação de uma ordem constitucional como na substituição de uma Constituição (no moderno sentido formal) por outra. Mas só nestes casos: pois o poder constituinte quer dizer poder de constituir, de fazer Constituição.

Feita uma Constituição, ou será modificada, segundo ela própria permita e disponha, ou será substituída. A substituição reclamará nova intervenção do poder constituinte; a modificação, não. A modificação pedirá apenas a presença do poder de reforma.²

Michel Temer, na mesma esteira do entendimento de Nelson Saldanha, expõe:

Parece-nos mais conveniente reservar a expressão 'Poder Constituinte' para o caso de emanção normativa direta da soberania popular. O mais é fixação de competências: a reformadora (capaz de modificar a Constituição); a ordinária (capaz de editar a normatividade infraconstitucional).

É apropriado, assim, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como competência reformadora.

¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 32 e 33.

² SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*, p. 86.

Sendo tal competência derivada da atividade constituinte originária, esta lhe impõe limitações.³

Em sentido diverso, Maurício Antonio Ribeiro Lopes esclarece seu posicionamento, enfatizando:

[...] a idéia fundamental que justifica e comprova a existência de um Poder Constituinte secundário é a de que o Poder Constituinte não se esgota na edição da Constituição, não desaparece na sua obra realizada.⁴

Existe, também, a corrente que divide o poder constituinte em três espécies. Esta é a tese defendida por José Carlos Francisco, que, após enaltecer os legítimos amparos democrático e racional que fundamentam tal corrente, explica:

[...] por classificação tricotômica do Poder Constituinte quer se referir a Originária (em suas múltiplas variações referidas), Derivada (também com suas espécies) e Poder misto ou intermediário (capaz de promover alteração da identidade do texto constitucional, de forma híbrida entre a Originária e a Derivada, sem a elaboração integral de um novo texto constitucional). Para efeitos didáticos, sugerimos a denominação Poder Constituinte Pontual para nos referirmos a essa espécie.⁵

Ainda a respeito desta corrente doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes, analisando obra de Otto-Brun Bryde, assegura:

É possível [...] proceder-se à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade. Por isso, observa Bryde, que se pode substituir a tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.⁶

Observa-se que a doutrina diverge quanto à classificação do poder constituinte, ou seja, a amplitude deste conceito origina acalorados debates. De todo modo, na sequência, apresentaremos as principais características dos poderes

³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 35. Roberto Baptista Dias da Silva esclarece que, “do ponto de vista técnico, é mais adequado chamar o poder constituinte reformador de competência reformadora ou de poder de reforma. Em outras palavras, esse poder somente pode ser chamado de constituinte porque cria norma constitucional. Mas, na realidade, ele é exercido por um órgão constituído – no caso brasileiro, o Congresso Nacional – para alterar a Constituição dentro dos limites impostos por ela mesma. Sendo assim, trata-se de uma competência reformadora, e não de um poder constituinte propriamente dito” (SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 7 e 8).

⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, p. 118.

⁵ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 56.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?*, p. 50.

constituintes originário e derivado, com base na didática teoria clássica. No momento oportuno, esta discussão será retomada.

Entretanto, agora, vale a pena novamente salientarmos que, na realidade, o modelo proposto pelo abade Sieyès e defendido por uma infinidade de juristas mundo afora é, sem dúvida, algo difícil de concretizar.

Outro ponto que, neste instante, vale a pena ser mencionado é que a própria teoria clássica não segue à risca os ensinamentos precursores do padre francês. Afinal, em suma, ela prega a existência do poder constituinte originário, que cria a Constituição, e do poder constituinte constituído (derivado),⁷ que a reforma.

Tal reforma poderá ser realizada através de representantes ordinários do poder legislativo. Já o pensamento de Sieyès não percorre por esse caminho.

De fato, em sua obra *Qu'est-ce que le Tiers État?*, o abade diferencia o poder constituinte do poder constituído. Todavia, para ele, somente representantes extraordinários (constituintes) podem tocar na Constituição ou criar uma, ou seja, representantes ordinários estariam excluídos destas tarefas.⁸

Isso decorre da superioridade das leis constitucionais, tidas como fundamentais, em relação aos poderes constituídos (delegados), que nada podem mudar nas condições de sua delegação.

Acreditamos que essa incongruência seja resultado e culpa daqueles constituintes que, além das normas que regulam a base do Estado, estruturam seus corpos (órgãos) e asseguram direitos fundamentais, incluíram, no texto magno, matérias que não são essenciais ao sistema jurídico.

Fica claro que, para Sieyès, a lei fundamental – a Constituição –, obra do Poder Constituinte, equivale às normas materialmente constitucionais, protegidas, habitualmente, pelas “cláusulas pétreas”.

Por essa razão, adequando a teoria do abade aos novos tempos, a tradicional doutrina, quando se trata da análise de constituições rígidas, defende que somente os constituintes originários (representantes extraordinários) podem modificar o cerne do sistema – composto pelas normas materialmente constitucionais –, criando uma nova Constituição, enquanto os constituídos (representantes ordinários do legislativo) podem criar/reformar leis

⁷ Neste ponto, referimo-nos ao poder constituinte reformador.

⁸ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa / que é o Terceiro estado?*, Org. e introd. de Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo, p. 115 e segs.

infraconstitucionais, bem como reformar normas constitucionais que não fazem parte do referido cerne.

Feitas estas considerações, conforme prometido, analisaremos as principais características dos poderes aqui estudados.

3.2 Poder constituinte originário

A doutrina de Sieyès foi o ponto de partida para o estudo da teoria geral do poder constituinte, bem como do poder criador da Constituição, ou seja, o originário, conforme já mencionamos anteriormente. Nesse diapasão, Aricê Moacyr Amaral Santos expõe que:

[...] já à época da afirmação do constitucionalismo, a inteligência atilada do Abade Sieyès, modesto cura, mas proeminente político e jurista da Revolução Francesa, concebia a idéia da existência de um poder criador da Constituição.

Sieyès concebeu-o como um poder que antecede à Constituição e que não se confunde com os demais poderes. Este poder recebeu do Abade a denominação de Poder Constituinte.

Em seu famoso opúsculo *Que é o terceiro estado?*, entretanto, não se limitou Sieyès à sua idealização, tendo, em verdade, desenvolvido toda uma doutrina sobre o Poder Constituinte.

A primazia da idéia e da teorização do Poder Constituinte, no que se estabeleceu a íntima relação deste poder com a Constituição, e, assim, com a Ciência do Direito, deve-se, sem dúvida, a Sieyès.⁹

Nas palavras de José Carlos Francisco,¹⁰ a transformação da ordem social “é a circunstância que justifica o exercício do Poder Constituinte (originário ou reformador)”.

Tal transformação advém do câmbio dos valores populares em relação a determinado assunto. Com o passar do tempo, o mundo evolui. Princípios, ideais, valores e aspirações se modificam. Consequentemente, necessário se faz a adequação da lei à nova realidade, isto é, à nova ordem social. Acerca da função preponderante do povo no processo constituinte, Dalmo de Abreu Dallari enfatiza:

[...] A vontade do povo deve estar acima de qualquer outra vontade. Assim sendo, torna-se indispensável que a Constituição fixe regras garantindo os

⁹ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte (A Natureza e a Titularidade do Poder Constituinte Originário)*, p. 16 (grifo no original).

¹⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p.61.

meios para a formação livre da vontade popular e para que essa vontade se expresse com liberdade. Por outro lado, tendo em vista que se torna impossível a existência de uma sociedade democrática sem a participação do povo, este tem o dever de participar, devendo ser prevista na Constituição essa função do povo, com a responsabilidade correspondente.¹¹

Com efeito, a transformação da ordem social poderá se revelar de dois modos distintos: pela revolução ou pela evolução. Por revolução, que poderá se dar com ou sem o uso de armas, entende-se uma mudança profunda nos valores e princípios basilares que regem a sociedade. Por sua vez, a evolução abarca uma mudança mais branda, sem quebra, pois recai em certos ideais e princípios que não fazem parte da base comportamental da sociedade.¹² Jorge Miranda, com propriedade, ensina que:

O modo mais frequente de mudança de regime é a revolução; o outro é a passagem sem ruptura, a mudança na continuidade, a reforma política (*stricto sensu*) ou transição constitucional.¹³

O poder constituinte originário, manifestando-se pela revolução¹⁴ (armada ou pacífica), criará um novo conjunto de normas que regerão a sociedade. Tais normas deverão corresponder aos atuais valores existentes no seio do povo. Em outros termos, a Carta Magna anterior será substituída por uma nova, condizente com os novos valores e com a nova realidade.

É importante salientar que o poder constituinte originário apresenta algumas marcas merecedoras de melhor análise. A primeira é o seu caráter inicial, ou seja, tal poder é responsável pela elaboração do novo ordenamento – criando as novas normas jurídicas que serão a base da sociedade – e pela quebra do antecessor; a segunda marca: “é ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária”,¹⁵ assim, juridicamente falando, inexistem quaisquer espécies de limitações à sua atuação; e, finalmente, a terceira marca, decorrente da segunda, é a sua incondicionalidade, pois poderá se manifestar de modo livre.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*, p. 29.

¹² Conferir, nesse sentido, FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 61.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 79 (grifo do autor).

¹⁴ Para uma análise dos vários sentidos da expressão “revolução”, verificar FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 61 e 62.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 106.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, aprofundando a questão, traça as principais peculiaridades do poder constituinte originário:

Ele é inicial porque não se funda noutro mas é dele que derivam os demais poderes.

O seu segundo traço é diversamente designado conforme a corrente doutrinária. Todas estas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é ilimitado em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de autônomo, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural. Enfim, ele é incondicionado no sentido de que não tem fórmula prefixada nem forma estabelecida para a sua manifestação. [...] ¹⁶

Além do Direito natural, apontado pelos jusnaturalistas, alguns autores defendem que o pensamento dominante da comunidade,¹⁷ o Direito internacional¹⁸ e os direitos humanos¹⁹ também limitam a atuação do poder constituinte originário.

Ainda com relação ao poder em análise, quanto à ordem de surgimento, poderá ser histórico ou revolucionário.

O poder constituinte originário histórico, como o nome demonstra, é o responsável pela elaboração, sistematização e estruturação da primeira Constituição de um Estado recém-instituído.

Já o poder constituinte originário revolucionário traduz em um texto constitucional todos os ideais, pensamentos e valores existentes no momento revolucionário, criando-se, dessa forma, uma nova base normativa-principiológica que será aplicada em determinado Estado pré-existente.

Como exemplo do primeiro tipo, podemos citar a Constituição Federal do Timor Leste de 2002²⁰ e, do segundo, a Constituição Federal Portuguesa de 1911.²¹

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 52 e 53.

¹⁷ Nesse sentido, verificar: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 34.

¹⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, respondendo indagação formulada por Paul Bastid sobre se o poder constituinte originário estaria limitado ou não pelo direito internacional, explica o seguinte: “[...] o direito internacional não é superior ao direito interno, isto é, o direito internacional não subordina o Poder Constituinte às suas normas. É certo que o direito internacional tem a pretensão de fazê-lo, e essa pretensão cada vez mais se afirma. Por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948. Porque essa Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem sentido se ela não significar uma tentativa de limitar o Poder dos Estados, em benefício dos cidadãos desses Estados.

A realidade dos fatos, porém, desmente a superioridade do Direito Internacional. Assim, reduz os limites de Direito Internacional ao Poder Constituinte à mesma situação (e à mesma impotência) dos direitos naturais.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 72.)

¹⁹ Esta posição é encontrada em LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, p. 110.

3.3 Poder constituinte derivado

Outra espécie de poder constituinte é o derivado, também chamado de instituído, constituído, secundário ou delegado.

Este poder, como o próprio nome reflete, deriva/provêm/brota do poder constituinte originário. Vem daí a sua primeira característica: deriva da ordem jurídica constitucional. Deste modo, sua natureza é jurídica.

A segunda característica do poder constituinte derivado é a sua subordinação, ou seja, terá que respeitar os limites estabelecidos pelo poder constituinte originário. Entretanto – e este é um ponto fundamental que será aprofundado neste trabalho –, no que diz respeito ao poder constituinte reformador, espécie do derivado, resta-nos discutir se, por exemplo, as limitações materiais a ele impostas seriam absolutas ou relativas, intransponíveis ou transponíveis.

E, por fim, como terceira característica, a doutrina aponta o seu condicionamento, já que tem uma forma especial de manifestação.

Paulo Bonavides,²² avaliando algumas dessas características, explana que esta categoria de poder constituinte toma “feição jurídica e se exercita necessariamente dentro de um quadro de limitações tácitas ou expressas”.

O poder constituinte derivado apresenta duas espécies: decorrente e reformador; este, tamanha a importância para o desenvolvimento do presente estudo, ganhará um capítulo na sequência.

Ao estabelecer a Constituição, o poder constituinte originário institui não só os poderes de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), mas também “um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais”, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.²³ Trata-se, nesse caso, do poder constituinte reformador, cujo papel será o de rever/reformar parte do texto constitucional, adequando-o à realidade.

²⁰ Sobre esse exemplo, conferir SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 1, 2, 5 e 6.

²¹ O prólogo da Constituição Federal Portuguesa de 1911 dispõe: “A Assembleia Nacional Constituinte, tendo sancionado, por unanimidade, na sessão de 19 de Junho do 1911, a Revolução do 5 de Outubro de 1910, e afirmando a sua confiança inquebrantável nos superiores destinos da Pátria, dentro de um regime de liberdade e justiça, estatui, decreta e promulga, em nome da Nação, a seguinte Constituição Política da Republica Portuguesa”.

²² BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*, p. 87.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 102.

Por sua vez, o poder constituinte decorrente é aquele atribuído aos entes institucionais dotados de autonomia. Esses devem complementar, com suas respectivas constituições estaduais,²⁴ o ordenamento imposto pelo poder constituinte originário para que, assim, consigam exercer a auto-organização e a auto regência.

No mesmo sentido do acima exposto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após assinalar a existência de duas espécies de poder constituinte derivado, explica que:

Uma é o poder de revisão. Trata-se do poder, previsto pela Constituição, para alterá-la, adaptando-a a novos tempos e novas exigências.

Outra é o Poder Constituinte dos Estados-Membros de um Estado federal. O chamado Poder Constituinte decorrente. Este deriva também do originário mas não se destina a rever sua obra e sim institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja.²⁵

Feitas estas breves considerações, em seguida, já no próximo capítulo, estudaremos a mais conhecida das espécies de poder constituinte derivado: o reformador.

²⁴ No caso brasileiro, quanto ao Distrito Federal, a complementação deverá ser feita por sua lei orgânica.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 54.

4 PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

4.1 A adequação da Carta Magna à realidade fática

O objetivo almejado pelo constituinte, ao elaborar uma Constituição, é que sua obra seja eterna. Em palavras outras, pretende o constituinte que a Constituição, fruto de seu suor, perdure infinitamente no tempo.

Contudo, com base mais uma vez em Heráclito,¹ o cosmo “é e será fogo sempre vivo, acendendo-se segundo medidas e segundo medidas apagando-se”.² Assim, invariavelmente, o mundo evolui, os valores se modificam e a sociedade, com o transcorrer do tempo, transforma-se.

É da natureza humana a constante renovação. Além disso, sabemos que a realidade é dinâmica. A globalização, sem dúvida, acelerou ainda mais o processo evolutivo.

Por sua vez, a Constituição deve se adequar às mudanças que ocorrem no âmbito social, cultural, político, econômico, filosófico, ideológico etc. Do contrário, não será efetiva e eficaz.

Michel Temer, abordando esse assunto, ensina:

¹ HERÁCLITO, de Éfeso. *Heráclito : fragmentos contextualizados*. Tradução, apresentação e comentários Alexandre Costa, p. 135.

² Alexandre Costa, contextualizando os fragmentos heraclíticos de forma pioneira em língua portuguesa, interpreta: “Creio já ter considerado o que há de essencial sobre o fogo ao tentar demonstrar o caráter da sua relação com o *lógos*, ressaltando o liame que funde o lógico e o cosmológico, a ‘harmonia inaparente’ e a ‘harmonia aparente’ (7).

A função do fogo na presente série de fragmentos só pode ser plenamente compreendida a partir das relações essenciais acima descritas. A novidade aqui refere-se à descrição heraclítica de como o fogo opera cosmologicamente, sustentando a dinâmica do cosmo. Ele é tão essencial a essa cosmologia, que o próprio cosmo é definido como um ‘fogo sempre vivo’ (29): o mundo é um fogo a arder. Através da queima o fogo une e separa (25), promovendo as transformações (28) que mantêm o cosmo em contínuo movimento e alteração. O fogo também expressa o jogo das antíteses, pois é alterando que mantém e perpetua o cosmo. Por isso o cosmo é sempre e sempre o mesmo (29): é preciso transformar para que tudo permaneça igual. É em função disso que Heráclito afirma que é com medida que o fogo acende e apaga (29), pois o equilíbrio entre retração e expansão, união e separação, é o que mantém a ordem – o cosmo. Faltassem o movimento, a alteração e o acende-apaga, o cosmo desmanchar-se-ia (31). Trata-se de um jogo em cada que cada peça ao mesmo tempo resiste e compõe-se com as demais, proporcionando a harmonia e a manutenção do conjunto.

O cosmo alimenta-se dessa dinâmica de acender e apagar, e por isso tem o princípio e fim em si mesmo: ele se destrói e se refaz continuamente, alternando-se para continuar a ser o mesmo. Essa noção inviabiliza a ideia de um mundo gerado, seja por homens ou deuses (29), justamente porque o cosmo, com sua dinâmica endógena, é em si mesmo bastante, dispensando portanto qualquer força que lhe seja exterior” (HERÁCLITO, de Éfeso. *Heráclito : fragmentos contextualizados*. Tradução, apresentação e comentários Alexandre Costa, p. 179 e 180). Substituindo-se: o cosmo pela constituição; o fogo pelo poder constituinte reformador; e o jogo das antíteses pelo embate poder constituinte reformador x “cláusulas pétreas”; percebemos que esse trecho da interpretação dos fragmentos escritos por Heráclito, feita por Alexandre da Costa, sem dúvida, poderia constar em qualquer obra jurídica que trate do poder constituinte.

As Constituições se pretendem eternas, mas não imodificáveis. Daí a competência atribuída a um dos órgãos do poder para a modificação constitucional, com vistas a adaptar preceitos da ordem jurídica a novas realidades fáticas. [...] ³

Essa adaptação pode, ainda, ocorrer de modo informal – sem a necessidade de alteração expressa do texto constitucional –,

[...] pela interpretação nova que se dê a um antigo preceito, pela alteração dos usos e costumes e, sobretudo, pelas mudanças de mentalidade. ⁴

Por outro lado, as constituições, estabelecendo a forma de proceder e os limites ao poder constituinte reformador, fixam, conforme mencionado, a possibilidade de sua modificação formal. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Claro está que, seguindo-se a doutrina clássica, a qualquer momento o Poder Constituinte pode manifestar-se, mas editando nova Constituição. Tal situação traz o inconveniente de importar numa quebra da ordem jurídica, o que não é desejável. Sim, porque este rompimento é visto pela teoria como revolução.

Para evitar este extremo, preveem as Constituições, como já o fazia a de Filadélfia, de 1787, o modo de alterar a Lei fundamental, sem romper com ela, mas de acordo com ela. ⁵

Por sua vez, Jair Eduardo Santana, de forma bastante contundente, conclui:

Não se concebe [...] a adoção de um modelo constitucional que não se adeque à realidade presente. Ainda mais se se tiver em conta que não só o cidadão, o homem comum, mas também as próprias circunstâncias modernas estão a reclamar respostas constitucionais para problemas tão complexos. ⁶

Com efeito, as modificações formais tornam possíveis as respostas constitucionais para a solução destes problemas, corrigindo-se as discrepâncias entre o que está no papel, isto é, no texto constitucional, e a realidade fática (quando não for possível a utilização das alterações informais).

Uma constituição analítica, como a brasileira de 88, é um prato cheio para a pontual intervenção do poder constituinte reformador. Este terá que efetuar a

³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 34.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*, p. 8.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 59.

⁶ SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*, p. 35.

adequação e a correção dos preceitos constitucionais aos novos tempos. Conforme criticado por Celso Ribeiro Bastos,

Logo após a sua publicação, já ficava evidente que a Constituição de 1988 demandaria, para o futuro, uma imensa atividade de reforma, uma vez que as suas imperfeições técnicas, a sua prodigalidade irresponsável e o apreço a teses estatizantes não poderiam perdurar.⁷

Entretanto, a impossibilidade de superação das “cláusulas pétreas”, pelo poder constituinte reformador, poderá resultar no emperramento do necessário processo de adequação das normas constitucionais à realidade do mundo. E, como consequência de tal proibição, o poder constituinte originário, para afastar o forjado estado de dúvidas e incertezas, manifestar-se-á revolucionariamente, causando, repita-se, a inconveniente ruptura do ordenamento jurídico. Não é isso o que queremos.

4.2 As ferramentas para manifestação do poder constituinte reformador e algumas questões polêmicas

A emenda à Constituição é um recurso comumente utilizado pelo poder constituinte reformador para, pontualmente, atualizar, modificar, reformar, alterar, aprimorar as normas constitucionais. Esse poder – visto pela doutrina clássica como um poder constituinte constituído – deverá seguir os ditames impostos pelo incondicionado, inicial e ilimitado poder constituinte originário.

Todavia, muitos estudiosos, questionando a mais adequada nomenclatura⁸ para o poder estudado neste tópico, chegam à seguinte conclusão: não se trata da atuação de um poder constituinte, mas sim do Legislativo, órgão constituído.

Basta uma rápida leitura do § 2º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira de 1988 para que a nossa conclusão seja a mesma.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*, p. 7.

⁸ Quando, no capítulo 3, tratamos dos posicionamentos doutrinários acerca das espécies de poder constituinte, esse questionamento já foi abordado. De todo modo, vale a pena conferir TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 34 e 35; SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 7 e 8; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 60; e SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*, p. 86.

Fato é que, tratando-se de constituições rígidas, como é o caso da nossa atual, o procedimento para se alterar formalmente o texto constitucional é mais árduo do que o percorrido em outros casos como, por exemplo, para modificar uma lei infraconstitucional.

Deste modo, proposta de emenda à Constituição Federal brasileira de 1988, discutida e votada nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, somente será aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme estipula o já mencionado artigo 60, § 2º. Exige-se, portanto, maioria qualificada para que o Legislativo possa reformar a Constituição.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, justificando o procedimento agravado que deve ser observado na reforma constitucional, comenta:

Compreende-se perfeitamente, que a distinção entre a lei constitucional e a lei ordinária, implicando na superioridade daquela sobre esta, reclame sistema de reforma mais difícil que a última, exigindo-se requisitos especiais e solenes, preestabelecidos no próprio corpo da Constituição.⁹

Sem dúvida, é digno de aplauso que a modificação das regras que se encontram no topo do ordenamento jurídico pátrio tenha que percorrer um árduo e diferenciado caminho.

Contudo, Jair Eduardo Santana, com acerto, aponta como problemática:

[...] a 'constitucionalização' de temas tratáveis e pertencentes à normação infraconstitucional, porque dito proceder acaba por criar uma rigidez extrema e dispensável àquilo que inadvertidamente se levou para o seio da Constituição. A partir do momento em que tal assunto naquela se radica, [...], qualquer intenção de reformá-lo está submissa a todas as regras modificáveis então existentes, pouco importando a essência de seus respectivos conteúdos.¹⁰

Em outros termos, nem toda reforma constitucional deveria ter de ultrapassar essa sina. Afinal, em muitos casos, a dificuldade foi artificialmente criada pelo irresponsável constituinte pátrio, que, erroneamente, abarrotou nossa atual Constituição com temas absolutamente dispensáveis.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*, p. 41.

¹⁰ SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*, p. 32.

No tocante à terminologia¹¹ utilizada quanto aos modos de alteração formal da Constituição (reforma, revisão e emenda), filiamo-nos ao entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹² para quem inexiste uma “fixada sobre o assunto”. Por seu turno, José Horácio Meirelles Teixeira assinala que esta questão não passa,

[...] como opina Pinto Ferreira, de ‘meras doutrinas produzidas pela fantasia do malabarismo jurídico, a engendrar diferenças técnicas de minguado valor, podendo-se usar indistintamente os termos de reforma, revisão ou emenda, que se nivelam na mesma sinonímia’[...]¹³

Por fim, feitas essas observações, é importante lembrar que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, incluído pela Emenda nº 45/2004, prevê outra ferramenta para modificação formal do texto constitucional. Assim, entendemos que, cumprindo-se o gravoso procedimento estipulado no mencionado dispositivo, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, por equivalerem às emendas constitucionais, também estarão protegidos pelas “cláusulas pétreas”.¹⁴

Sem mais delongas, na sequência, trataremos das limitações ao poder constituinte reformador.

¹¹ Para a busca de um sentido mais rigoroso dos termos reforma, revisão e emenda constitucional, verificar LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, p. 158-65; e SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*, p. 55-75.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 55.

¹³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, p. 132.

¹⁴ Acerca desta e de outras polêmicas questões relacionadas à hierarquia dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, verificar SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 295-300.

5 LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

5.1 Considerações preliminares

Conforme bem observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹ parte minoritária da doutrina, seguindo o entendimento de Burkhardt, defende que o poder constituinte instituído não está sujeito a limitações de qualquer espécie.

Entretanto, antes do aprofundamento no estudo das correntes doutrinárias que tratam do tema proposto, consideramos que tais limitações sujeitam as duas espécies de poder constituinte instituído: a reformadora e a decorrente. Sem embargo, para um melhor desenvolvimento do presente trabalho, iremos nos concentrar na análise das limitações ao poder constituinte reformador.

A emenda, já dissemos, constitui-se na mais comum ferramenta para a reforma formal da Constituição. Michel Temer,² analisando a ordem jurídica brasileira, explica que “essa atividade criadora de norma constitucional”, exercida pelo Congresso Nacional, “é submetida a limitações impostas pela manifestação constituinte prévia”.

Essas limitações, previamente fixadas pelo poder constituinte originário ao reformador, na Magna Carta, decorrem da subordinação do segundo, criatura, em relação ao primeiro, criador.

A imposição de limites ao poder constituinte reformador objetiva a proteção da Constituição e do Estado e suas instituições, garantindo a preservação da estabilidade e da vontade do povo. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho³ eles “definem o que para uma geração pareceu nuclear ao Estado e assim merece das gerações subseqüentes um respeito especial”.

Além dos limites fixados na Constituição, alguns doutrinadores defendem, também, a existência daqueles que decorrem do Direito natural, de acordos internacionais etc.

Nelson de Sousa Sampaio, analisando o profundo estudo de Horst Ehmke, ressalta que:

[...] Embora esse autor coloque o problema principalmente em face da Constituição de Weimar e da Lei Fundamental de Bonn, oferece-nos a

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, p. 105.

² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 35.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 73.

maior tentativa de fundamentação jusfilosófica das limitações do poder reformador. Nela, as limitações inerentes ao poder de reforma constitucional são divididas em três espécies: transcendentais à constituição, imanentes a esta, e limitações que são, em parte, imanentes, e, em parte, transcendentais à ordem constitucional. As limitações do primeiro tipo estão representadas pelas condições técnicas, econômicas, e até pela situação geográfica da comunidade, bem como pelas normas gerais do Direito de Gentes.

Se excetuarmos estas últimas normas, que pertencem ao campo jurídico, estamos diante de limites fáticos, ou seja, meta-jurídicos, que se impõe não só ao reformador constitucional mas até ao legislador constituinte. Como limitações de fisionomia anfíbia, por serem, ao mesmo tempo, transcendentais e imanentes à constituição, Ehmke menciona: o fundamento de validade do poder constituinte; os fins da comunidade política (geralmente constantes dos preâmbulos das constituições); os direitos fundamentais ligados à dignidade do homem, reconhecida pela própria ordem internacional, os direitos da igreja e da família.

As limitações imanentes à constituição são, porém, de maior interesse. Ehmke deriva-as de um conceito material de constituição, que a define por dois aspectos essenciais: o de ser instrumento de 'limitação e racionalização de poder' e carta de garantia de uma vida política livre para as gerações presentes e futuras. [...] ⁴

Sem embargo da importância deste ensaio de Horst Ehmke acerca das limitações ao poder constituinte reformador, nesta ocasião, vamos nos concentrar na análise daquelas que mais comumente são examinadas pela doutrina constitucional: as limitações circunstanciais, temporais, formais e, principalmente, as materiais.

5.2 Limitações circunstanciais

Em nossa atual Constituição Federal, no artigo 60, § 1º, ⁵ encontramos limitações circunstanciais ao poder constituinte reformador.

José Carlos Francisco ⁶ assinala que “esses limites procuram evitar a modificação das Constituições em momentos de possível comoção e violenta emoção social”.

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho, analisando a Constituição Federal portuguesa, ilustra:

A história ensina que certas *circunstâncias excepcionais* (estado de guerra, estado-de-sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões

⁴ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 89 e 90.

⁵ Art. 60, § 1.º, da Constituição Federal: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

⁶ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 79.

favoráveis à imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo. Isso explica um preceito com o teor do art. 284, que proíbe a revisão da Constituição em situações de anormalidade constitucional (estado-de-sítio ou estado de emergência).⁷

Em outros termos, o intuito das limitações circunstanciais ao poder constituinte reformador é o de impossibilitar alterações constitucionais em tempos de anomalia. Busca-se proteger a Lei Maior. Afinal, sob a influência de determinadas circunstâncias, onde a emoção pode se sobrepor à razão, alterações constitucionais, provavelmente, não serão bem-vindas.

O legislador constituinte pátrio de 88, expressamente, cita a Intervenção Federal, o Estado de Sítio e o Estado de Defesa como momentos em que a nossa Constituição Federal não poderá ser reformada.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes, em obra que trata deste e de outros temas, assevera que:

Essa limitação ao Poder Constituinte, no Direito brasileiro, figura desde a Constituição de 1934. Aparece na Constituição de 1937 (art. 178, § 4º); é repetida na Constituição de 1946 (art. 217, § 5º); na Constituição de 1967 (art. 50, § 2º), na Ec. 1/69 (art. 47, § 2º).⁸

Sem dúvida, o constituinte age com acerto quando fixa limitações circunstanciais ao poder constituinte reformador. É importantíssimo que, durante a elaboração de emendas à Constituição ou de qualquer outro tipo de norma, o ambiente institucional esteja saudável. Além do mais, dada a relevância da Constituição no ordenamento jurídico, torna-se medida prudente e sábia a proibição expressa de quaisquer reformas no texto constitucional, enquanto persistir determinada situação de anormalidade.

Assim, concluímos que o Processo Legislativo, principalmente quando se discute projeto de emenda à Constituição, tem que se desenvolver numa atmosfera serena, favorável e estável.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 1128 (grifo no original).

⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, p. 145.

5.3 Limitações temporais

Quando previstos, os limites temporais ao poder constituinte reformador buscam a permanência dos valores constitucionais por determinado tempo. Deste modo, apenas será possível a modificação da Carta Magna em momentos pré-estabelecidos.⁹

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰ ensina que “os limites temporais costumam ser justificados pela necessidade de assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais”.

Por sua vez, Maurício Antonio Lopes Ribeiro, aprofundando o estudo dessas limitações, ressalta que:

A proibição da reforma num período imediato ao da promulgação de uma Constituição – circunstância algo frequente – visa protegê-la contra algumas tendências vencidas na fase constituinte que, muitas vezes, forçando a não aplicação de um determinado dispositivo constitucional visa eliminá-lo sob a aparência de sua inadequação social ou política. Trata-se de uma forma de proteção dos ideais constitucionais fundacionais ou, mais frequentemente, revolucionários. São exemplos de Constituições que adotaram esse sistema a francesa, de 1791, que proibiu sua modificação por duas legislaturas (dezoito anos ao todo); a brasileira, de 1824, que proibiu a sua alteração por quatro anos; a americana que garantia por um ano sua inalterabilidade, dentre outras.¹¹

Quanto à existência ou não de limites temporais ao poder constituinte reformador, na Constituição Federal brasileira de 1988, podemos afirmar que duas correntes se formaram. De um lado, a majoritária corrente prega a sua inexistência. De outro, autores como José Carlos Francisco¹² enxergam o aspecto de limitação temporal no § 5º do artigo 60.¹³

Não nos parece que esse dispositivo constitucional tenha fixado as limitações aqui tratadas. O objetivo das limitações temporais, quando previstas, é

⁹ Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando a Constituição francesa de 1791 (Tít. VII, art. 3º) como exemplo de ordenamento que estipulou limitações temporais ao poder constituinte reformador, leciona: “Constituições há que só permitem sua revisão em épocas certas, espaçadas. Vedam durante certo tempo sua alteração” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 55).

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 992.

¹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, p. 143.

¹² FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 78 e 79.

¹³ Art. 60, § 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988: “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

proteger e dar efetividade às normas constitucionais editadas e não às rejeitadas ou prejudicadas.

5.4 Limitações formais

As limitações formais¹⁴ ao poder constituinte reformador são obstáculos processuais inseridos na Constituição Federal. Em se tratando de constituição rígida, para a sua alteração, observamos um rito mais espinhoso se comparado ao processo legislativo ordinário.

José Carlos Francisco, ressaltando que apenas parte da doutrina menciona essa modalidade de limitação expressa, salienta que elas indicam:

[...] um rito específico, visando impor maior reflexão e representatividade pluralista e democrática à modificação dos textos constitucionais (por exemplo, 'quorum' qualificado, votação em dois turnos em seções bicamerais, etc. [...])¹⁵

¹⁴ Com relação às limitações formais ao poder constituinte reformador, inseridas na Constituição Federal brasileira de 1988, Alexandre de Moraes explica: "Referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal. [...] **1.Fase introdutória:** A iniciativa para apresentação de uma proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao Presidente da República; a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. **2. Fase constitutiva:** 1. Deliberação parlamentar: a proposta de emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Dessa forma, ressalte-se o *quorum* diferenciado para aprovação, bem como a necessidade de dupla votação em cada Casa Legislativa. 2. Deliberação executiva: não existe participação do Presidente da República na fase constitutiva do processo legislativo de uma emenda constitucional, uma vez que o titular do poder constituinte derivado reformador é o Poder Legislativo. Assim, não haverá necessidade de sanção ou veto. A emenda constitucional aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, à fase complementar, para promulgação e publicação. **3. Fase complementar:** a promulgação será realizada, conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. Sobre a publicação, o texto constitucional silencia, devendo-se entender, entretanto, que essa competência é do Congresso Nacional. O art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa um procedimento diferenciado para alteração da constituição, através da revisão, que iniciar-se-ia após cinco anos, contados da promulgação da constituição, pelo voto da *maioria absoluta* dos membros do Congresso Nacional, em sessão *unicameral*. A revisão encerrou-se com a promulgação das seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em 7-6-1994. Dessa forma, inadmissível, novamente, a utilização do *procedimento de revisão*. Por fim, ressalte-se ainda como limitação formal ou procedimental o § 5.º do art. 60 da Constituição Federal, que expressamente veda a possibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa" (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 539 e 540 (grifo no original)).

¹⁵ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 79.

No sistema constitucional brasileiro, a forma como se deve proceder está expressa em seu artigo 60, I, II e III, § § 2.º, 3.º e 5.º¹⁶. Michel Temer¹⁷ enfatiza que “este procedimento há de ser rigorosamente obedecido, sob pena de inconstitucionalidade em razão de desobediência à forma”.

Qual seria a intenção do constituinte ao estabelecer um procedimento agravado para a reforma constitucional? A resposta, já assinalada, é bastante simples. Com um alto grau de dificuldade para se emendar a Lei Maior, busca-se a estabilidade institucional e uma maior legitimidade democrática.¹⁸

5.5 Limitações materiais

As limitações materiais ao poder constituinte reformador visam proteger o cerne fundamental das Constituições. Tais limitações são as famosas “cláusulas pétreas”, que, enquanto vigorarem, proíbem que certos assuntos, princípios e instituições sejam objeto de reforma por meio de emenda à Constituição.

Na Constituição Federal brasileira de 1988 as “cláusulas pétreas” se encontram preconizadas no artigo 60, § 4º, incisos I a IV.¹⁹

Ainda com relação à nossa atual Constituição Federal, entendemos que a proibição, apesar de direcionada à proposta de emenda tendente a abolir os valores consagrados nos incisos I a IV do § 4º do artigo 60, também abarca qualquer proposição tendente a suprimir os tratados e convenções internacionais sobre

¹⁶ Art. 60 da Constituição Federal: “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. § 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 e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

¹⁷ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 35.

¹⁸ Paolo Biscaretti di Ruffia explica que esse procedimento tende, “essencialmente – nos *Estados de democracia clássica* – a garantir melhor tutela das minorias, tornado mais difícil a reforma do texto constitucional por parte de uma maioria, sobretudo se não é *qualificada*, transitoriamente constituída no seio das assembléias legislativas (por ex.: chamando o corpo eleitoral para participar com o *referendum*, ou por meio de uma reeleição do Parlamento, ou ao menos, tratando de chamar a atenção da opinião pública mediante repetido e prolongado debate)”. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 220 (grifo no original).

¹⁹ Art. 60, § 4.º, da Constituição Federal: “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”.

direitos humanos, que tenham cumprido o árduo procedimento estipulado no § 3º do artigo 5º.

Jorge Miranda, relatando o surgimento, no decorrer da História, das limitações materiais ao poder constituinte reformador, aponta que:

A primeira Constituição em que isso se verifica é, por sinal, a norte-americana, a primeira Constituição em sentido moderno. Nela se dispõe que nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros Estados (art. V) e que os Estados Unidos garantem a todos os Estados da União a forma republicana de governo (art. IV, n.º 3).

A segunda, e com alcance mais vasto, é a norueguesa (de 1814), a qual declara que as modificações constitucionais a fazer não deverão ser contrárias aos princípios da Constituição, nem poderão senão modificar disposições particulares que não alterem o espírito da Constituição (art. 21.º do título V).

Também, curiosamente, em Portugal, em 1821, quando da feitura da Constituição, houve quem falasse em primeiros princípios constitucionais e universais que nunca deveriam ser alterados ou modificados.

Quase no fim do século XIX, em 1884, em França, ao consolidar-se a república, estabelece-se a proibição de alterar a forma republicana de governo. Limite idêntico irá encontrar-se depois no Brasil (art. 90.º, § 4.º, da Constituição Federal de 1891) e em Portugal (art. 82, § 2.º, da Constituição de 1891).

A federação fica também consagrada no Brasil (mesmo art. 90.º, § 4.º, da Constituição Federal de 1891).

No século XX, multiplicam-se as referências a princípios ou limites que, em revisão constitucional, devem ser observados.²⁰

Conforme bem registrado por Jorge Miranda, o estabelecimento de limitações materiais ao poder constituinte reformador não é recente. Afinal, a primeira Constituição norte-americana já as impôs pioneiramente. No decorrer da história, muitas outras, seguindo seu exemplo, também estabeleceram a impossibilidade de modificação de determinados temas considerados fundamentais ao sistema.²¹

Foi então que uma grande polêmica se instaurou. Qual a importância das limitações materiais ao poder constituinte reformador? O questionamento é respondido por três correntes doutrinárias que, logo mais, serão analisadas. A primeira nega por completo a validade das “cláusulas pétreas”; a segunda as enxerga como válidas e intangíveis; e a terceira, aqui defendida, encontrando um

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 175 e 176.

²¹ Para uma análise do estabelecimento das limitações materiais ao poder constituinte reformador, na história constitucional brasileira, conferir VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, p. 91 e 92.

aparente²² meio termo entre a primeira e a segunda, consideram-nas importantes em dado momento, porém superáveis, se necessário.

Antes da prometida análise dos posicionamentos retro mencionados, cuidaremos, a seguir, das não menos polêmicas limitações implícitas ao poder constituinte reformador.

5.6 Limitações implícitas

Uma boa safra de constitucionalistas defende a existência de limitações implícitas ao poder constituinte reformador. Por outro lado, também podemos encontrar aqueles que pregam a sua inexistência.²³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, posicionando-se junto aos segundos, assinala:

Pode-se sustentar, à guisa de resposta, que numa constituição que explicita limitações, o que não foi enumerado pode ser mudado sem obstáculos jurídicos. Realmente, pode-se presumir que o legislador constituinte escolheu entre o que merecia a proteção e pôs de parte certas matérias. É a tese mais cautelosa.²⁴

Em relação àqueles que defendem a existência das limitações implícitas ao poder constituinte reformador, o grande desafio está, justamente, na demarcação de quais seriam elas. A tarefa não é nada fácil. Consequentemente, dado o alto grau de subjetivismo para se efetuar esta empreitada, não há consenso dentro desta própria corrente doutrinária.

²² Jorge Miranda, aperfeiçoando essa ideia, expõe: “Numa postura só aparentemente intermediária, afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os preveem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho, para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Nisso consiste a tese da dupla revisão ou do duplo processo de revisão” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 194).

²³ Paolo Biscaretti di Ruffia, após assinalar a incerteza quanto ao conteúdo exato dessas limitações, afasta os argumentos favoráveis à existência de “*limites implícitos absolutos*: a) tanto quando se vincula à *origem histórica* das normas e das instituições fundamentais [...]; b) como quando se baseiam na efetiva *natureza jurídica* das mesmas [...]” (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 227-229 (grifo no original)).

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 69.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁵ ensina que, provavelmente, o americano Joseph Story foi o primeiro a defender a tese da existência de limites implícitos ao Poder Constituinte Reformador. Esta tese, conforme menciona o autor, foi aperfeiçoada por Thomas Cooley, que, por sua vez, sustenta que tais limites resultam do espírito da Constituição. Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho analisa, ainda, a colocação de Carl Schmitt, assinalando que, para este, o poder constituinte reformador não pode modificar “a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política”, mesmo que tal limitação não esteja expressamente disposta na Constituição. Por fim, Ferreira Filho, examinando pioneira obra de Nelson de Sousa Sampaio, aponta que esse demarcou a existência dos seguintes limites implícitos ao poder constituinte reformador: a) a conservação dos direitos fundamentais do homem; b) a inalterabilidade da titularidade dos poderes constituintes originário e instituído; e c) o impedimento da modificação das regras que disciplinam formalmente o procedimento da reforma constitucional.

Por seu turno, Michel Temer,²⁶ meditando acerca da Carta Magna brasileira de 1988, assinala que seriam implícitas as proibições atinentes: a) à supressão do artigo que preconiza as “cláusulas pétreas”; b) à redução das competências dos Estados federados; c) à alteração constitucional que resulte na perpetuidade de mandados; e d) à modificação do procedimento rígido para a reforma constitucional.

Parece-nos que, dada à dificuldade na proclamação de quais seriam os limites implícitos ao poder constituinte reformador, parte da doutrina opta, de maneira simplista, por renegá-los.

Mesmo que, neste trabalho, defendemos o relativo valor das “cláusulas pétreas”, compartilhamos do entendimento da corrente doutrinária que defende também a existência de limites implícitos ao poder constituinte reformador. Nem por isso deixamos de reconhecer que alguns destes limites tácitos são construções desprovidas de consistência. Nestas hipóteses, deverão ser desconsiderados.

Assim, nos parece clara a existência, por exemplo, de limitações implícitas que impossibilitam o poder constituinte reformador de alterar a sua titularidade ou a do poder constituinte originário. Sabemos que a legítima e inalienável titularidade desses poderes pertence ao povo, que os exerce diretamente ou por meio de

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte, p. 110-6.

²⁶ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 36.

representantes. Qualquer ato em sentido contrário resulta numa fraude à Constituição.

E com relação à implícita proibição de supressão do dispositivo que trata das “cláusulas pétreas”? Estariam corretos aqueles que pregam a sua existência? Entendemos que não! Os argumentos que contrariam o pensar da maioria serão apresentados em capítulo próprio, com o devido embasamento.

6 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO PESO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

6.1 Introdução

Conforme anteriormente adiantado, três correntes doutrinárias se formaram quanto à análise do peso dos limites materiais ao poder constituinte reformador. A discussão ganha sentido e importância quando estamos diante de constituições rígidas.

A primeira ataca frontalmente as “cláusulas pétreas”, negando-lhes qualquer valor. Tal corrente é encabeçada por Duguit, Joseph Barthélemy, Laferrière, Duverger, Vedel, citados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹ Vanossi, conforme apontam Roberto Baptista Dias da Silva² e Jair Eduardo Santana,³ dentre outros. Este último também advoga a tese da imprestabilidade das “cláusulas pétreas”.

A segunda defende o valor absoluto das “cláusulas pétreas”. É a posição da maioria. Destacam-se nomes como Carl Schmitt, citado por Oscar Vilhena Vieira,⁴ Luiz Pinto Ferreira, José Joaquim Gomes Canotilho, José Tarcízio de Almeida Melo, Paulo Bonavides, dentre muitos outros.

A terceira relativiza o valor das limitações materiais ao poder constituinte reformador, defendendo que tais limitações não são intangíveis. Jorge Miranda, Paolo Biscaretti di Ruffia, Gilmar Ferreira Mendes, José Carlos Francisco, Manoel Gonçalves Ferreira Filho são alguns dos juristas que seguem este entendimento.

Feita esta breve introdução, na sequência, traremos alguns dos argumentos apresentados por estas três linhas de pensamento.

6.2 Negação dos limites materiais

Esta corrente nega por completo a relevância dos limites materiais ao poder constituinte reformador, isto é, das “cláusulas pétreas”.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 55.

² SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 14 e 15.

³ SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*, p. 47.

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça*, p. 54.

Defende que tais limitações não são válidas, uma vez que inexiste a superioridade do poder constituinte originário sobre o poder constituinte reformador. Ambos, igualmente, por vezes se misturando, são formas legítimas de manifestação da vontade do povo.

Assim sendo, o poder constituinte originário, permanecendo vivo após a elaboração da Constituição, pode se manifestar ilimitadamente através do poder constituinte reformador.

Os que negam a validade das “cláusulas pétreas” se apoiam na noção de que as gerações futuras, livres e soberanas, não podem ser impedidas de reformar a Constituição.

Karl Loewenstein,⁵ apesar de não ser filiado à corrente em tela, alerta:

Em geral, nota-se que as disposições de intangibilidade incorporadas a uma constituição podem supor, em tempos normais, uma luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares desejosas de emendas constitucionais – e, segundo a experiência, tampouco existe para isso uma garantia completa –, mas não se pode dizer que tais preceitos protegidos ficam imunizados contra toda revisão. Em um desenvolvimento normal da dinâmica política pode ser que até certo ponto se mantenham firmes, mas em épocas de crises são tão-só pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política.⁶

Esse ponto, levantado por Loewenstein, influenciou o pensamento de Jorge Reinaldo Vanossi, um dos grandes críticos das “cláusulas pétreas”. As incisivas ideias desse autor foram condensadas e analisadas por Celso Ribeiro Bastos, da seguinte forma:

a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário, e paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata-se de um ‘renascimento’ do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino; e) argumento de Biscaretti: admite-se

⁵ Vale conferir Loewenstein na tradução feita em espanhol: “En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales –y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa–, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, p. 192).

⁶ Este trecho, em tradução livre, da obra de Loewenstein, ou parte dele, também é citado por SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 14; e FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 8.

que um Estado pode decidir sua própria extinção; ‘não se compreende porque o Estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente’. Por esses motivos Vanossi conclui pela inutilidade e relatividade jurídica das cláusulas pétreas expressas. Sua virtualidade jurídica se reduz a zero nas seguintes hipóteses: a) a cláusula proibitiva é respeitada, e a reforma do conteúdo proibitivo torna-se eficaz, com vigência perante os órgãos do Estado e acatamento comunitário; b) superação revolucionária de toda a Constituição, em que desaparece a própria norma proibitiva; c) derrogação da norma constitucional que estabelece a proibição, mediante procedimento regular, e ulterior modificação do conteúdo proibitivo.⁷

Jair Eduardo Santana⁸, também opinando pela inutilidade das “cláusulas pétreas”, assevera que “a limitação material impede a irradiação” dos “elementos políticos, ideológicos, religiosos, morais, etc.”.

Nota-se que boa parte dos argumentos trazidos por esta corrente se mostram lógicos e convincentes. Contudo, não convém já neste momento, apontarmos quais os méritos e quais as falhas desta corrente doutrinária. Vale a pena apenas mencionarmos que ela se choca, frontalmente, com as lições inauguradas pelo abade Sieyès. E isso, a nosso ver, já é um avanço.

6.3 Defesa dos limites materiais absolutos

A corrente doutrinária agora estudada defende o valor absoluto das “cláusulas pétreas”, considerando-as intangíveis e insuperáveis. Conforme anteriormente mencionado, esse é o posicionamento seguido, sem ressalvas, pela maioria dos constitucionalistas.

Assim, o poder constituinte reformador – derivado, subordinado e condicionado –, como criatura, deve respeitar os limites impostos pelo poder constituinte originário, o Criador. Este é o argumento frequentemente utilizado, por esta corrente, para justificar a absoluta limitação material que recai sobre o poder responsável pela reforma do texto constitucional.

Oscar Vilhena Vieira,⁹ um dos expoentes desta corrente, explica que as limitações materiais ao poder constituinte reformador “não protegem apenas a

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 34.

⁸ SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*, p. 49.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça*, p. 57.

integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de direito e a democracia”.

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho, também advogando a tese da absoluta limitação material ao poder constituinte reformador, assinala:

[...] As constituições seleccionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão. Exemplo característico e muito significativo é o art. 288º da Constituição portuguesa (cfr. Também art. 82º/2 da Constituição de 1911).¹⁰

Entretanto, para essa linha de pensamento, caso tais matérias fossem tocadas pelo poder constituinte reformador, quebrar-se-ia toda a base constitucional. Em outras palavras, os fundamentos e os pilares da Lei Maior estariam arruinados. E a Constituição, por conseguinte, restaria descaracterizada.

Nesse diapasão, José Tarcízio de Almeida Melo, inadmitindo qualquer modificação pontual que afete o cerne constitucional, assevera:

A Constituição impõe-se limites, não admite ser destruída ou destruir-se. Falha será qualquer interpretação que acarrete uma incompatibilidade com seus pressupostos e com seus princípios e preceitos fundamentais. Para que uma constituição possa ser modificada em sua essência, é mister que aconteça uma revolução ou uma ruptura estrutural.¹¹

Após a leitura desse trecho, nota-se que Almeida Melo segue boa parte das lições ministradas pela teoria clássica do poder constituinte, idealizada por Sieyès e já analisada neste estudo.

Além do mais, os seguidores desta tese enfatizam, com acerto, que as “cláusulas pétreas”, frequentemente elencadas pelo poder constituinte originário, são importantes para viabilização da estabilidade institucional e jurídica. Esse juízo não é novidade no mundo acadêmico, como podemos observar nesta passagem da obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] JOÃO BARBALHO [...] elogia o preceito da Constituição de 1891 [...] considerando-o como ‘determinações de bem inspirada prudência política’, e acha que restrições desta natureza são explicáveis como meio de conseguir-se a estabilidade das Constituições e realizar-se a possível felicidade dos povos. Afirma, não se tratar de uma exceção, pois limitações se encontram em todos os Códigos Fundamentais, e sempre reconhecidas

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1129.

¹¹ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional brasileiro*, p. 89 e 90.

como não mutiladoras da soberania da constituinte próxima, visto que é da própria essência das Constituições modernas serem limitadoras das competências, fixando extremos aos poderes governamentais.¹²

Em resumo, para a corrente em estudo, o poder constituinte reformador está impedido de agir abusivamente. Sendo assim, terá que simplesmente efetuar a reforma pontual da Constituição, adaptando-a aos novos tempos, mas sem ultrapassar, em hipótese alguma, os limites materiais pré-estabelecidos pelo poder constituinte originário. A intenção, aqui, é proteger o núcleo fundamental constitucional da, por vezes temerária, ação reformadora.

Como consequência do acatamento dessa tese, sendo necessário, somente com a elaboração de uma nova Constituição, integral, torna-se possível tocar nos pontos anteriormente protegidos pelas “cláusulas pétreas”. Do contrário, praticam uma verdadeira “fraude à Constituição” aqueles que, menosprezando o espírito constitucional, desrespeitam os limites materiais impostos pelo poder constituinte originário ao reformador.

José Joaquim Gomes Canotilho, debruçando-se sobre o polêmico tema, conclui:

Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer, é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão.¹³

Com efeito, apesar de discordarmos parcialmente de sua resposta, mais relevante ainda é a indagação feita por Canotilho:

O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram nos *Writings* de Thomas Jefferson: ‘uma geração de homens tem o direito de vincular a outra’? A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e

¹² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*, p. 44 e 45.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 1130.

esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares de ‘dois terços’.¹⁴

De fato, o problema realçado por esse autor deve ser considerado, detidamente, quando da escolha da melhor interpretação acerca das “cláusulas pétreas”.

Colocados os principais argumentos de duas das três correntes doutrinárias que discutem o peso das limitações materiais ao poder constituinte reformador, vamos, finalmente, no próximo capítulo, apresentar a terceira corrente, aqui defendida, tecendo as justificativas que nos levaram a apreciá-la.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 995 (grifo no original).

7 A DEFESA DA RELATIVIZAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

7.1 Ponderações iniciais

Ao nosso olhar, esta terceira corrente doutrinária capta os melhores argumentos das duas primeiras.

Desta forma, contrariando a tese que lhe nega valor, esta reconhece a utilidade e a importância das “cláusulas pétreas”, que, enquanto vigorarem, protegem os valores fundamentais – a essência da Lei Maior – da ação do poder constituinte reformador.

Sem dúvida, a proibição da reforma do núcleo da Constituição, além de sacramentar os valores e os princípios elencados pelo poder constituinte originário, proporciona a estabilidade institucional e jurídica.

Contudo, nenhuma norma constitucional “pode consagrar a intangibilidade absoluta de uma parte da constituição”.¹ Afinal, conforme também argumenta a primeira corrente, as gerações subsequentes não podem ser privadas de sua soberania e de sua liberdade.

Deste modo, ocorrendo profundas transformações nos valores e princípios fundamentais incutidos no âmago do povo, bem como nas relações de convivência, a tese aqui defendida prega, com acerto, a legítima possibilidade de superação das “cláusulas pétreas” pelo poder constituinte reformador, para que o ordenamento constitucional possa continuar refletindo as realidades sociais. Nada mais justo, democrático e correto.

Com efeito, este é o principal ponto que diferencia as duas correntes que valorizam as “cláusulas pétreas”.

Uma advoga a absoluta proibição, direcionada ao poder constituinte reformador, da possibilidade de serem efetuadas alterações que comprometam o “espírito” constitucional. Portanto, sendo necessária a adequação das normas

¹ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 85, citando Burdeau. Sousa Sampaio (p. 85), discordando da posição de Burdeau, afirma: “Eu mesmo, tendo sustentado uma tese análoga, creio, depois de mais longa reflexão, que ela não tem fundamento. Com efeito, quando a constituição proíbe que se fira a forma do regime ou o seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Ela recusa apenas ao órgão de revisão a faculdade de operar reformas que, por sua natureza ou sua importância, ultrapassam as possibilidades de um poder instituído. Mas essas reformas podem sempre ser realizadas pelo poder constituinte originário”.

constitucionais substanciais à realidade fática, o poder constituinte originário terá que se manifestar, para elaboração de uma nova Constituição.

A outra, por sua vez, numa visão moderna e realista, patrocina a ideia de que o poder constituinte reformador pode superar as limitações materiais a ele impostas. Consequentemente, nesta hipótese, a modificação será feita pontualmente, preservando-se a Constituição.

Autores há – como Manoel Gonçalves Ferreira Filho –² que cobram, com razão, um exame “objetivo e desmistificado” da doutrina clássica do poder constituinte.

De fato, sabemos que o modelo proposto por Emmanuel Joseph Sieyès, no século XVIII, raramente é concretizado na prática. Por exemplo, conforme já demonstramos, a nossa Constituição Federal de 88, fruto da manifestação de um Congresso com poderes constituintes, não foi obra do poder constituinte originário.³

Todavia, a doutrina clássica insiste em apontar que esse poder, Criador, estabelecendo uma nova Constituição, fixa limites materiais ao poder constituinte reformador, criatura, que não poderá, de modo algum, superá-los.

Entendemos como fantasioso tal entendimento. Assim, é forçoso que o mundo da fantasia seja substituído pela realidade nua e crua.

Além do mais, alguns estudiosos assinalam alguns paradoxos decorrentes de uma equivocada interpretação acerca das “cláusulas pétreas”.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das ‘cláusulas pétreas’*, p. 12. Este autor, com acerto, observa que “inúmeras são as constituições decorrentes de outorgas, de constituintes preconicionadas, de ‘reformas’ constitucionais, de congressos investidos revolucionariamente de poder constituinte, de constituições adotadas por poder estrangeiro etc., afora os casos francamente anômalos, como os de Constituição adotada por partido...”

No fundo, quando essas (novas) constituições são estabelecidas por assembleia constituinte, ‘livre e soberana’ como enfaticamente se diz – portanto de modo próximo ao modelo, elas são feitas por representantes do povo, tão representantes deste como aqueles que, nas democracias, vão mais adiante governar o país. Com efeito, na relação com o povo não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca – decorrente da legitimidade democrática – daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários.

Assim, a obra dos constituintes – a Constituição – é a lei suprema que os representantes do povo posteriormente devem respeitar, mas *em razão de uma convenção*. Convenção esta que se justifica pela necessidade de uma estabilidade nas regras políticas, que aplaude a experiência, mas cuja natureza não é metafísica... Isso evidentemente demonstra não ser o poder constituinte um fundamento sólido para as ‘cláusulas pétreas’”.

6. Note-se que, se o poder originário não dá base sólida para as ‘cláusulas pétreas’, muito menos pode o poder derivado. A este falta autoridade para proibir para o futuro aquilo que pode no presente. [...]” (p. 13 (grifo no original)).

³ Sobre tudo isso, verificar o 2º capítulo deste estudo.

Jorge Reinaldo A. Vanossi,⁴ enumerando os principais argumentos da corrente que considera tais cláusulas como “inúteis e até contraproducentes”, explica que a função principal do poder constituinte reformador é a de evitar o surgimento do poder constituinte originário e, paradoxalmente, as “cláusulas pétreas” fazem desaparecer essa função.⁵

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho,⁶ apesar de filiado à corrente que defende o valor absoluto dessas cláusulas, ao tratar dos limites ao poder constituinte derivado, referindo-se ao chamado “paradoxo da democracia”, questiona “como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras?”

Ambas as reflexões são pertinentes e instigadoras. Ambos os paradoxos podem ser evitados com uma nova leitura da teoria geral do poder constituinte.

É certo que as gerações futuras têm o direito, livre e legítimo, de efetuar escolhas. Não devem, de modo algum, ter o seu direito totalmente limitado por normas estabelecidas por uma geração anterior.

É certo, ainda, que, caso as “cláusulas pétreas” impeçam adequação das normas constitucionais às novas escolhas, à nova realidade e aos novos tempos, o poder constituinte originário, demorando ou não, manifestar-se-á revolucionariamente. E nem sempre é prudente que cheguemos às últimas consequências!

Assim, a melhor tese a ser seguida é aquela que, reconhecendo a utilidade das “cláusulas pétreas”, não compactua com a imposição de limitações absolutas às gerações futuras, bem como almeja a preservação da desejável ordem jurídica vigente. Das três correntes, somente a que relativiza o valor das limitações materiais ao poder constituinte reformador consagra, ao mesmo tempo, todas estas ideias.

⁴ VANOSS, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional. V.I – Teoría constituyente – poder contituyente: fundacional; revolucionário; reformador*, p. 188. Em tradução livre, esse autor explica o seguinte: “[...] essas proibições ocasionam – paradoxalmente – o efeito político de privar o poder constituinte reformador de sua função essencial, que é a de evitar ou fazer desnecessária a aparição de um poder constituinte revolucionário”.

⁵ Conferir, nesse sentido, FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Esse autor, diferentemente de Vanossi, é adepto da corrente que relativiza o valor das “cláusulas pétreas”.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 70. Vale conferir a reflexão completa: “A domesticação jurídica do poder constituinte veiculada pelo estabelecimento de limites ao poder constituinte derivado ou poder de revisão originará, por sua vez, outros momentos de perplexidade jurídica e política. Referimo-nos ao chamado *paradoxo da democracia*: como pode um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma constituição colocar-nos perante um *dilema contramajoritário* ao dificultar deliberadamente a ‘vontade das gerações futuras’ na mudança das suas leis? Revelar-se-á, assim, o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo ‘cadeias para o futuro’ (Rousseau)?” (grifo no original).

Portanto, devemos quebrar alguns paradigmas! Faz-se necessária uma moderna interpretação acerca das “cláusulas pétreas”. Nesse momento, ousaremos chamá-las de “cláusulas elásticas”.

7.2 Justificativas

Faremos, nesse tópico, um apanhado das justificativas para a adoção da tese que relativiza o valor das limitações materiais ao poder constituinte reformador. Convém lembrarmos que algumas delas já foram apresentadas no decorrer deste estudo.

A primeira, importantíssima, refere-se ao fato que uma geração não tem o direito de cercear a manifestação de vontade das gerações futuras. Em outros termos, aquela não pode prevalecer sobre essas.

A segunda está relacionada com o paradoxo resultante da interpretação que assevera o valor absoluto das “cláusulas pétreas”. Com efeito, o emprego rigoroso “dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade”.⁷

É indispensável, assim, o ajustamento da Constituição às realidades fáticas mutantes,⁸ mesmo quando recaia em ponto protegido pelas “cláusulas pétreas”. Nada pode justificar a absoluta imutabilidade constitucional. A reforma pacífica, promovida pelo poder constituinte reformador, não pode ser barrada por obstáculos dessa natureza, sob pena de descrédito e ineficácia da lei fundamental. Esses obstáculos devem ser respeitados enquanto vigorarem, sendo, porém, tangíveis por meios legítimos. Por outro lado, somente restando o uso da revolução para a solução do problema, a quebra do ordenamento constitucional ocasionará indesejáveis estragos.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?*, p. 49. No mesmo sentido, conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 63.

⁸ Paolo Biscaretti di Ruffia assinala que a defesa do peso absoluto das limitações conflita com “as *necessidades práticas das ordenações constitucionais modernas*, que formaram os *órgãos legislativos* e de *reforma* sobre base representativa precisamente para permitir uma constante evolução das normas jurídicas em relação direta com as contínuas mutações das exigências sociais [...]” (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 231 (grifo no original)).

Diante disto, surge um novo paradoxo: o poder constituinte reformador foi concebido para possibilitar a formal adequação do texto constitucional à realidade fática, tornando-o, além de duradouro, estável. Todavia, quando ele se manifesta, também produz instabilidade.

Sem embargo, quanto ao grau de instabilidade gerado após a atuação do poder constituinte originário ou do poder constituinte reformador, para a necessária “adequação da Constituição ao novo perfil da sociedade”,⁹ devemos optar por aquela solução que menos cause danos.¹⁰

Nesse sentido, José Carlos Francisco, com cautela, explica que:

[...] as características ilimitadas, soberanas, incondicionais, etc., do Poder Constituinte Originário, podem criar grande instabilidade institucional e social na elaboração de toda uma nova Constituição (com sua pluralidade de assuntos). Ao contrário, uma modificação pontual por emendas ou revisões (que certamente sofrerão debates políticos, até mesmo pela identificação precisa do tema que versa), restringiria esse debate aos pontos necessários.¹¹

Além da instabilidade, outros frutos negativos dela decorrentes serão colhidos quando da ruptura ou reforma do ordenamento constitucional. É claro que, novamente, no caso de atuação do poder constituinte originário, o grau de negatividade desses frutos será extremamente maior.

Podemos, assim, destacar alguns desses frutos indesejáveis: como consequência do surgimento de dúvidas quanto a direitos e obrigações, a segurança jurídica é afetada; o prejuízo quanto à eficácia, à obediência e ao respeito incorporados por constituições duradouras;¹² o estímulo para o surgimento dos mais

⁹ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 13.

¹⁰ Porém, José Carlos Francisco, defendendo a possibilidade de superação das “cláusulas pétreas”, sem a necessidade de atuação do poder constituinte originário, com acerto, ressalta: “[...] as ideias que propomos podem não ser sugestivas para momentos nos quais há revolução popular concreta, quando a redação de toda uma nova Constituição é sugerida como símbolo do processo revolucionário e da ruptura da ordem institucional que se quer substituir. Porém, essas medidas que justificamos são pertinentes com as freqüentes ocasiões nas quais elabora-se toda uma nova constituição sem a existência de explícito processo revolucionário [...]” (*Ibid.*, p. 12).

¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹² Sobre a vocação à continuidade das Constituições, bem como as virtudes dela decorrentes, conferir FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 15 e segs. Esse autor destaca “a conscientização política e cultural”, além da já mencionada respeitabilidade, como consequências “de um texto constitucional vigente há muito tempo” (p. 14). Mais adiante, após relatar o surgimento histórico das Constituições, explicar suas funções e apresentar alguns exemplos, assinala: “[...] os textos constitucionais têm vocação à continuidade, à duração por tempo indeterminado” (p. 18). Além disso, esclarece: “A continuidade do texto constitucional se revela fundamental para a estabilidade desejada pelas sociedades por ele reguladas. Mas essa não é a única virtude de um texto duradouro.

variados grupos de aproveitadores e oportunistas, que, em detrimento do interesse coletivo, almejam a preservação de antigos privilégios ou a aquisição de novos; e, finalmente, a sociedade, por certo tempo, lembrando um carro desgovernado, torna-se confusa e desfigurada.

Outras justificativas podem ser apontadas. A terceira sucede da urgente necessidade de se adequar a, muitas vezes *fabulosa*, teoria clássica do poder constituinte aos ditames da realidade. Com efeito, frequentemente, a prática constitucional já tem se mostrado distante dos pontos capitais por ela preconizados.

A quarta é decorrência da inexistência de superioridade dos constituintes originários em relação aos reformadores,¹³ desde que ambos sejam eleitos, pelo povo, de forma legítima.¹⁴

A quinta está ligada à ideia de legitimidade democrática. De modo que, da possibilidade de superação das “cláusulas pétreas”, pelos meios que serão analisados a seguir, na verdade, resultará o agravamento da rigidez constitucional. Consequentemente, aumentando-se o grau dessa rigidez, o caminho a ser percorrido, para a modificação de pontos substanciais, será ainda mais árduo. E, finalmente, sendo mais árduo esse caminho, reforça-se a legitimidade democrática, tendo em vista que haverá a necessidade de consenso e um maior debate em torno daquilo que se busca modificar.¹⁵

A permanência e obediência à Constituição não se deve apenas à força coercitiva das normas jurídicas (que conduz à supremacia da Constituição). Essa continuidade é relevante para a própria eficiência e eficácia normativa dos textos constitucionais, na medida em que o tempo atua favoravelmente *ao conhecimento, compreensão, depuração e, afinal, à efetividade das Constituições*” (p. 19 (grifo no original)).

¹³ Nesse sentido, verificar FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 13.

¹⁴ Paulo Bonavides, analisando a teoria do poder constituinte conforme a doutrina da soberania popular, ensina: “A versão francesa, que repousa sobre a doutrina da soberania popular, parte da distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos, entre as leis fundamentais e as leis ordinárias e, portanto, entre as leis fundamentais e as leis ordinárias e, portanto, entre a função de fazer a Constituição e as funções meramente legislativas.

Tomou talvez por ponto de partida o Rousseau menos fechado e mais pragmático das ‘Considerações sobre o Governo da Polônia’ (Capítulo IX), ao contrário daquele Rousseau dogmático, rigoroso, lógico, inflexível do *Contrato Social* (Capítulo VII do Livro I).

Um, a dizer que a revogação das leis constitucionais feita com a mesma solenidade empregada em estabelecê-las não era contra a natureza nem contra a razão (adoção implícita do princípio da rigidez constitucional, fundamento jurídico da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos); o outro, a asseverar que não há nem pode haver lei fundamental que obrigue ou encadeie a soberania do povo nem sequer o contrato social (base da *volunté générale*, que não permite distinguir entre a lei ordinária e a lei constitucional).

Não haveria por conseguinte para esse derradeiro Rousseau, tomado ao pé da letra, superioridade do poder constituinte sobre o poder legislativo ordinário, distinção entre vontade constituinte e vontade legislativa; ambas seriam tão somente dois momentos indiferenciados na exteriorização de uma vontade única e soberana: a ‘vontade geral’ do povo” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 162 (grifo no original)).

¹⁵ Nesse sentido, verificar FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 97 e 98.

A sexta advém da seguinte constatação: “a limitação material do poder constituinte não é a regra, mas a exceção. Como tal há de ser interpretada restritivamente”.¹⁶

A sétima leva em consideração o conflito entre o valor absoluto das limitações materiais e “as exigências da *lógica jurídica*, que requer a *certeza do direito* e não pode prescindir do respeito ao *princípio da não contradição*” que dita a seguinte máxima interpretativa: “norma posterior no tempo pode modificar ou abrogar a norma anterior de igual eficácia”.¹⁷ Sem dúvida, essa máxima deve ser aplicada a qualquer tipo de norma, constitucional ou infraconstitucional, mesmo que, no primeiro caso, reflita, posteriormente, nas materialmente protegidas.

A oitava, no caso da nossa atual Constituição, “é que as ‘cláusulas pétreas’ em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do poder constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar”.¹⁸

Como se percebe, os pontos levantados justificam a possibilidade de superação das “cláusulas pétreas”. De modo que, abaixo, apresentaremos um legítimo meio para tanto.

7.3 O protagonismo do Judiciário

Preliminarmente, antes de cumprirmos o prometido, faz-se necessária a seguinte constatação: o Judiciário – nos sistemas que, adotando constituições rígidas, conferem-lhe a competência para realizar o controle de constitucionalidade –¹⁹ desempenha importantíssimo papel para a proteção do texto magno. Isso porque a ele caberá, quando provocado, declarar a constitucionalidade ou

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 17.

¹⁷ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 231 (grifo no original).

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 16; Conforme já mencionamos, a argumentação que nos levou a concordar com a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho se encontra no 2º capítulo deste estudo.

¹⁹ Para um estudo detalhado acerca do controle de constitucionalidade, verificar SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 89-156; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 307-55; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 59-72; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, p. 40-53; e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 310 e segs.

inconstitucionalidade de reforma constitucional levada a cabo pelo poder constituído.²⁰

Com efeito, esse controle recai sobre a forma e o fundo da alteração constitucional. “Tanto deve ele conferir se o procedimento pelo qual foi ela adotada” obedeceu com exatidão os ditames constitucionais, bem como “se o seu conteúdo não colide com as limitações materiais, explícitas ou implícitas que contém a Lei Maior”.²¹

Sem embargo, sabemos que as limitações materiais – ou seja, as “cláusulas pétreas” – fazem-se cada vez mais presentes nos textos constitucionais. Por exemplo, a nossa Constituição Federal vigente “ampliou sobremaneira o campo” por elas garantido.²² Karl Loewenstein,²³ observando a extensa quantidade dessas disposições na Lei Fundamental de Bonn, com razão, alerta: “certamente que são produtos da boa fé, mas ‘quem muito abarca, pouco aperta’”.

De todo modo, essas limitações materiais podem interditar a necessária adequação do ordenamento constitucional às novas exigências da realidade. Podem, ainda, forçar o surgimento do poder constituinte originário, por vezes indesejável, para a solução do problema criado.

A não ser que o valor dessas limitações seja relativizado...

Para tanto, o Judiciário, especialmente a Corte constitucional, exercendo esse instrumento de controle, não deve estar preso aos velhos ensinamentos da doutrina clássica do poder constituinte. Sua interpretação tem que ser evolutiva.²⁴

Isto posto, a seguir, sem que o texto constitucional seja infringido, ofereceremos um meio para alcançar a, por vezes necessária, superação das “cláusulas pétreas”.

²⁰ O controle de constitucionalidade não só incide sobre a reforma constitucional, mas também em relação aos demais atos da ordem jurídica. No Brasil, preventivamente, poderá ser realizado pelo Legislativo e pelo Executivo e, excepcionalmente, pelo Judiciário, no caso de proposta de emenda tendente a abolir os valores constitucionalmente petrificados. No entanto, repressivamente, somente será exercido pelo Judiciário, para invalidar normas inconstitucionais em vigor ou para suprir a ausência de norma exigida constitucionalmente.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 70. Esse autor explica que, “no direito brasileiro, este controle se há de fazer por todos os meios por que a Constituição o admite em geral. Ou seja, pode efetuar-se incidentalmente a partir de qualquer litígio, ou, por ação direta de inconstitucionalidade, por ação direta de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental” (p. 74).

²² IDEM. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 15.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, p. 192 (tradução nossa).

²⁴ Roberto Baptista Dias da Silva explica que, com a interpretação evolutiva, “evita-se que a idéia posta pelo constituinte imobilize o futuro e as novas gerações”. Ainda segundo esse autor, por meio deste método, “é possível manter a Constituição atual e viva, adaptando seu conteúdo a novas exigências e novas necessidades, sem contrariar seu texto” (SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 44).

7.4 A dupla revisão

No Brasil, a teoria da dupla revisão, ou dupla reforma, é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Roberto Baptista Dias da Silva, José Carlos Francisco, dentre outros. No direito constitucional comparado também podemos encontrar representantes dessa teoria. Em Portugal e na Itália, por exemplo, destacam-se, respectivamente, Jorge Miranda e Paolo Biscaretti di Ruffia.

Os adeptos dessa tese defendem que, enquanto estiverem em vigor, as limitações materiais explícitas devem ser respeitadas pelo poder constituinte reformador. Em outros termos, inexistindo disposições posteriores, de igual eficácia, que as revogue, terão de ser cumpridas.²⁵

A dupla reforma admite, justamente, a revogação²⁶ dos dispositivos constitucionais que preveem as limitações materiais para, num momento posterior, afastadas essas barreiras, possibilitar alterações que incidam nas matérias anteriormente protegidas.

Todavia, essa tese é refutada por aqueles que afirmam estar o poder constituinte reformador, implicitamente, proibido de modificar tais dispositivos protetores.²⁷ Nelson de Sousa Sampaio, por exemplo, assinala:

[...] É redundante [...] a cautelosa disposição da [...] Carta de Hessen, que após mencionar, no seu art. 150, os princípios constitucionais irreformáveis, ajunta que 'também este próprio artigo não pode ser objeto de uma reforma constitucional'. Se isso não estivesse sempre subentendido, tôdas essas proibições antepostas ao poder constituinte reformador seriam vãs, porque êle as poderia ladear sempre, embora fazendo um caminho mais longo. [...]²⁸

²⁵ Nesse sentido, conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 73; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 194, 209 e 210; e DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 230 e 231.

²⁶ Quanto a esse ponto, verificar a máxima interpretativa citada no item 7.2 deste estudo. Em sentido contrário, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 998 (grifo do autor). Canotilho, defendendo a inadmissibilidade da dupla revisão, afirma: “As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar”.

²⁷ Nesse sentido, conferir, também, TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, p. 36.

²⁸ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 86.

Sousa Sampaio²⁹ assinala, ainda, que o uso desse expediente resulta numa “fraude à constituição”,³⁰ pois, apesar dele se desenvolver em conformidade com a “letra” constitucional, viola, indiretamente, seu “espírito”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³¹ em sentido contrário, explica que somente seria “fraude à Constituição” se o texto constitucional “inscrevesse entre as ‘cláusulas pétreas’ o processo de modificação constitucional que consagrou”, como o fez a “Constituição do Estado alemão de Hesse”.

Essa fundamentação de Ferreira Filho é contestada, com veemência, por Virgílio Afonso da Silva, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

[...] a não-previsão expressa da impossibilidade de modificação do art. 60 da Constituição não significa, necessariamente, uma *opção* constituinte pela *possibilidade* de sua alteração, pois pode-se entender que o que é logicamente vedado não precisa ser *positivamente* explicitado. [...] ³²

Além disso, Virgílio Afonso da Silva³³ não acredita “servir como argumento a existência de tal previsão expressa” na Constituição de Hessen, pois esta,

assim prevendo, não são mais do que redundantes, e não se pode tomar a redundância como regra. Além disso, esse argumento a contrario sensu pode valer tanto a favor da dupla revisão, como contra ela, dependendo da constituição que se cita. Da mesma forma que há constituições que vedam expressamente, há constituições que autorizam expressamente mudanças nos artigos que disciplinam o processo de reforma constitucional e seus limites. Há, portanto, argumentos a contrario sensu para todos os gostos. ³⁴

Como se nota, quanto a análise do mecanismo da dupla emenda, a primeira controvérsia doutrinária recai sobre a existência ou inexistência de limitação implícita, direcionada ao reformador constituinte, no tocante à alteração dos dispositivos que disciplinam as limitações materiais.

²⁹ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, p. 87 e 88.

³⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, posicionando-se de modo parecido, anota: “[...] a supressão dos limites de revisão através da revisão pode ser um sério indício de fraude à Constituição (*fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung*) [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 997 e 998).

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 15.

³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais*, p. 16 (grifo no original).

³³ *Ibid.*, p. 16.

³⁴ *Ibid.*, p. 16 e 17.

Nesse ponto, conforme bem observado por Virgílio Afonso da Silva, o argumento positivista de Manoel Gonçalves Ferreira Filho é falho. Concordamos, totalmente, com as ponderações feitas por Virgílio.

De todo modo, outros argumentos, mais consistentes, podem ser apontados no sentido de que inexistente tal limitação implícita. Podemos encontrá-los, inclusive, em análises já citadas de Ferreira Filho e de outros autores e que, necessariamente, terão de ser recapituladas.

Por outro lado, aqueles que a sustentam, normalmente, apoiam-se na ideia da superioridade do poder constituinte originário sobre o reformador.³⁵ José Joaquim Gomes Canotilho,³⁶ nessa linha de entendimento, qualifica as normas de revisão como “*superconstitucionais*”, tendo em vista que certificam “a superioridade do legislador constituinte”.

Todavia, essa ideia não merece prosperar. Como já demonstrado, discordamos cabalmente do irrestrito apego aos fundamentos da doutrina clássica do poder constituinte, que é “um modelo, um ideal, não fornece um critério de validade”.³⁷

Nesse diapasão, Paolo Biscaretti di Ruffia, avaliando a questão referente aos limites implícitos, afirma que:

Os argumentos que se apóiam na *origem histórica* parecem muito duvidosos em seus pressupostos de [...] que o fundamento jurídico dessas disposições deva encontra-se nos órgãos excepcionais ou nos procedimentos extraordinários que as originaram [...]. Enquanto que, ao contrário, parece incontrovertível que o modo mediante o qual nasce um direito, uma situação jurídica, uma constituição não prejudica, e nem determina a maneira através da qual pode modificar-se ou extinguir-se.³⁸

³⁵ Esse ideia pode ser encontrada em SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais*. Esse autor afirma que “se um poder é outorgado a alguém, parece lógico que os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante, nunca pelo próprio outorgado”. (p. 17). Virgílio afirma, ainda, que “uma autoridade não pode dispor dos limites de seu próprio poder, visto que esse poder – e seus limites – foram outorgados por uma autoridade superior que, por isso, detém essa prerrogativa”. (p. 18).

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 997 (grifo no original). Em sentido contrário, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 207. Esse autor afirma que tais normas “são revisíveis 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”.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 12.

³⁸ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 228 e 229 (grifo no original).

Com efeito, repetimos para que fique bem claro: desde que eleitos legitimamente, inexistem inferioridade dos constituintes reformadores em relação aos originários, pois ambos, em regra, representam a vontade soberana do povo.³⁹

Quanto à acusação de que a supressão das “cláusulas pétreas” reverteria numa “fraude à Constituição”, Roberto Baptista Dias da Silva, analisando a Constituição Federal brasileira de 1988 e partilhando do mesmo entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁴⁰ ensina:

Diversamente do que se costuma afirmar, a possibilidade de dupla reforma não fraudaria a Constituição, mas simplesmente estabeleceria graus diferentes de rigidez constitucional. As disposições constitucionais não protegidas pelas cláusulas pétreas somente poderiam ser modificadas pelo *quorum* de três quintos dos votos das duas Casas Legislativas, em dois turnos (art. 60, §2º). Já as disposições protegidas pelas cláusulas pétreas exigiriam o dobro de dificuldade para ser alteradas [...].⁴¹

Conforme explicitado por Dias da Silva, a admissibilidade da dupla reforma não tornaria vãs ou inexistentes as limitações materiais ao poder constituinte reformador.⁴² Ao contrário, resultaria simplesmente no agravamento da rigidez constitucional em seu benefício.⁴³

Nas palavras de Jorge Miranda,⁴⁴ “a *ratio legis* de uma cláusula de limites é a mesma que preside à rigidez constitucional: a garantia através da dificuldade do processo, a limitação do poder”.

Com isso, para a tangibilidade das “cláusulas pétreas”, inúmeras barreiras teriam que ser sucessivamente ultrapassadas pelo constituinte reformador. O que, sabemos, apenas seria possível mediante consenso e amplo debate. Nesse sentido,

³⁹ Conferir, nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 16. Tratando das “cláusulas pétreas” esse autor, com acerto, assinala que o poder constituinte originário “não goza de uma ‘qualidade’ superior ao poder de que goza a representação popular”.

⁴⁰ Conferir FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 14 e 15.

⁴¹ SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*, p. 13 e 14 (grifo no original).

⁴² Virgílio Afonso da Silva argumenta que “se uma maioria parlamentar transitória quiser mudar algo vedado pela constituição e tiver *quorum* de três quintos favorável à mudança, é como se a barreira sequer existisse. Isso significa dizer que aquelas matérias que o constituinte elegeu como as mais fundamentais para o regime, e que por isso tentou proteger, poderão ser mudadas pelo mesmo *quorum* exigido para qualquer mudança constitucional. A única diferença é que serão necessárias duas votações, o que nada muda e nada dificulta, pois se a primeira foi feita justamente tendo em vista a segunda, em cinco minutos poder-se-á destruir a base de todo o regime” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais*, p. 29 e 30 (grifo no original)).

⁴³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 14.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*, p. 210 (grifo no original).

José Carlos Francisco,⁴⁵ defendendo a legitimidade democrática da dupla emenda, assinala que, em uma Constituinte, o debate, possivelmente, seria “menos intenso”.

Seja como for, a verdade é que, na prática constitucional, rara não é a modificação dos dispositivos que limitam materialmente a ação do poder constituinte reformador. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, exemplificando, assevera:

[...] Na França, em 1958, foram alteradas as normas que presidiam à revisão na Constituição de 1946. No Brasil, isto se deu, por exemplo, pela Emenda Constitucional nº 22/82 à Carta anterior. E certamente também o foi, num contexto político de ‘abertura’ pela Emenda nº 26/85 que ensejou a elaboração da Constituição em vigor.⁴⁶

Sem embargo, no caso de constituições concebidas pela ação do poder constituinte reformador, fica prejudicado o principal argumento da tese que contraria a dupla reforma. Afinal, não mais se torna possível justificar a existência da proibição implícita aqui tratada, com base no sobrenatural poder constituinte originário.⁴⁷

Paolo Biscaretti di Ruffia também contra argumenta aqueles que, baseados na natureza jurídica das normas e das instituições fundamentais, defendem a existência de limites implícitos absolutos ao poder constituinte reformador. Esse autor, com acerto, observa:

[...] Não convence a tese de que também os *órgãos de reforma* são *órgãos constituídos* e, portanto, não podem inovar substancialmente a mesma Constituição sem destruir ao mesmo tempo as bases da própria autoridade (já que a ordenação estatal ao nascer vive sua própria existência e pode desenvolver-se como melhor acredita, valendo-se dos procedimentos e dos órgãos destinados a ela); nem a tese de que não é possível atacar os fundamentos políticos-jurídicos do *regime* (ou da *const. em sentido material*: Mortati, Barile) próprio do Estado, sem interromper sua continuidade. Também não satisfaz a afirmação de que toda a estrutura do Estado aparece rigidamente emoldurada, desde o alto, por obra de uma *supernorma* que lhe imprime, irremediavelmente, a *forma essencial* (Bon: inspirada na *Ursprungsnorm* kelsniana); etc. Está claro, por outro lado, que para quem segue uma concepção puramente normativa do direito – segundo a qual as várias normas se reconduzem à unidade somente porque derivam e dependem de uma, ou mais, normas fundamentais – a modificação dessas normas implica, fundamentalmente, numa integral inovação de toda ordenação jurídica correspondente (que está enraizada,

⁴⁵ FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*, p. 97 e 98.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro*, p. 61.

⁴⁷ A polêmica relacionada ao autor da Constituição Federal brasileira de 1988 pode ser encontrada no 2º capítulo deste estudo.

ao contrário, segundo nossa concepção, na continuidade da instituição concreta com a qual se identifica).⁴⁸

Feitas essas considerações, podemos observar que a corrente que defende o valor absoluto das “cláusulas pétreas” se preocupa em apontar possíveis falhas na tese da dupla reforma, mas, por outro lado, comodamente, não se esforça em apresentar soluções para os problemas causados, justamente, pela intangibilidade de tais cláusulas.

Bem, na verdade, uma solução é apresentada. Proíbe-se ao poder constituinte reformador a competência para efetuar modificações que incidam no cerne constitucional. Mas deixa o caminho livre para a atuação do poder constituinte originário.

Com embargo, essa não é a melhor solução. É inconcebível que as gerações subsequentes – antidemocraticamente limitadas pela geração que originariamente elaborou a Constituição – sejam forçadas a agir revolucionariamente, quebrando o ordenamento jurídico, para fazerem valer a sua vontade.

A prudência recomenda que, relativizando o valor das “cláusulas pétreas”, seja utilizado o órgão reformador, de modo legítimo e em duas etapas, para a adequação das normas constitucionais às realidades sociais mutantes.

⁴⁸ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo, p. 229 (grifo no original).

8 CONCLUSÃO

Por tudo que foi apresentado, objetivamos ter contribuído para o saudável debate que gira em torno das limitações materiais ao poder constituinte reformador.

O constante dinamismo do mundo moderno, acentuado pela globalização, reclama uma nova leitura da teoria clássica do poder constituinte, concebida no século XVIII, por Emmanuel Joseph Sieyès.

O modelo por ele indicado, seguido por grande parte da doutrina, não proporciona respostas que possibilitem a imprescindível adequação da ordem constitucional a realidades sociais em constante mutação. Afinal, dada a absoluta intangibilidade das “cláusulas pétreas”, permite-se tão-só ao poder constituinte originário a competência para, revolucionariamente, tocar no espírito da Constituição. A ruptura do ordenamento e a instabilidade institucional serão consequências dessa paradoxal ação.

Todavia, é inaceitável que, em nome de um poder extraordinário, a manifestação de vontade das gerações subsequentes, através do poder constituinte reformador, seja embaraçada a tal ponto.

Por outro lado, inúmeros exemplos demonstram que, na realidade, muitos dos ensinamentos traçados pela teoria clássica do poder constituinte são relegados. No Brasil, a Constituição Federal de 88, formalmente e materialmente ilegítima, é obra do poder constituinte reformador.

Sem embargo, as “cláusulas pétreas” são importantes para a estruturação do Estado, pois protegem os valores fundamentais do sistema, e devem ser respeitadas enquanto vigorarem.

Entretanto, havendo necessidade, há que se relativizar o valor dessas cláusulas limitadoras, sob pena de descrédito e ineficácia da Lei Maior. A dupla reforma, defendida por autores nacionais e estrangeiros, é um meio legítimo de superação dessas barreiras.

Na verdade, ao contrário do que assinala grande parte dos estudiosos, inexistente superioridade do poder constituinte originário sobre o reformador, tendo em vista que, em regra, ambos representam a vontade do povo. Essa ideia pode, inclusive, ser encontrada nas últimas lições de Rousseau.

Como consequência dessa lição, inexistem, também, hierarquia entre as normas constitucionais. De fato, o que existe são diferentes graus de rigidez, proporcionados pela aplicação da tese da dupla reforma. Assim, a eliminação do dispositivo que impõe limitações materiais ao constituinte reformador, além de ser permitida, não resulta em “fraude à Constituição”.

Por fim, é importante que destaquemos o importante papel exercido pelo Judiciário, especialmente a Corte constitucional, que, em sede de controle de constitucionalidade, tem a possibilidade de, evolutivamente, declarar a legitimidade da dupla reforma. É o que queremos.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Poder Constituinte", *Revista de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 4, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

_____. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed., atual., São Paulo, Malheiros, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14ª ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz; Rev. de Ricardo Olivo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: assembléia, processo, poder*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37ª ed., rev.e atual., São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. *O poder constituinte*. 2ª ed. rev., corr. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1985.

_____. “Reforma, revisão e emenda constitucional, no direito brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, jan.-mar./2001.

_____. “Significação e alcance das ‘cláusulas pétreas’”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, out.-dez./1995.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

HERÁCLITO, de Éfeso. *Heráclito: fragmentos contextualizados*. trad., apres. e coment. Alexandre Costa. 1ª ed., São Paulo, Odysseus, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª. ed., 4ª reimp., Barcelona, Ariel, 1986.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucionalista brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?”, *Revista Consulex*, ano I, n. 12, dez./1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II – Constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 2ª. ed. atual., Salvador, Edição da Imprensa Oficial, 1954.

SANTANA, Jair Eduardo. *Revisão Constitucional – reforma e emendas*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Poder Constituinte (A Natureza e a Titularidade do Poder Constituinte Originário)*. 1ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1980.

SARMENTO, Daniel. “21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988”, *DPU*, n. 30, nov.-dez./ 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 20ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Cortez, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa / que é o Terceiro estado?* Org. e introd. de Aurélio Wander Bastos, pref. de José Ribas Vieira, trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*. 1ª ed., Barueri, Manole, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no ‘quorum’ de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 1998.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. V.I – *Teoría constituyente – poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Buenos Aires, Depalma, 1975.

VIEIRA, Oscar Vieira. “A constituição como reserva de justiça”, *Lua Nova: Revista de cultura e política*, n. 42, 1997.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.