

AS ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E OS LIMITES DO PODER DE REFORMA

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA*

1. Classificação das Constituições — 2. Esferas ou momentos do poder normativo — 3. As alterações constitucionais — 4. A alteração constitucional formal: a reforma da Constituição — 5. Limites ao poder de reforma — 6. Pontos polêmicos atinentes às limitações materiais — 7. Controle de constitucionalidade da reforma da constituição — 8. Polêmica acerca da necessidade de limitações ao poder de reforma — 9. Conclusão

Conforme apontou NELSON DE SOUSA SAMPAIO, na nota à 1ª edição de obra clássica no Direito brasileiro em matéria de Reforma constitucional,¹ o prazo para apresentação da monografia, destinada à competição universitária, não lhe permitiu que tratasse do tema “mudanças constitucionais”, restringindo-se a cuidar da reforma como o processo formal pelo qual cresce e evolue a Constituição viva (*the living constitution*). Do mesmo modo, o presente trabalho, bem mais limitado que a obra de NELSON SAMPAIO, não terá a abrangência de cuidar de todas as alterações constitucionais (ou processos de mudança da Constituição).

1. Classificação das constituições

Vários critérios são apontados pela doutrina a respeito da classificação das constituições, sendo que muitos deles têm importantes reflexos e conotações. Relevante se faz, no entanto, observar que entre a norma e a realidade “*a distância pode ser muito grande, a ponto de, sob uma Constituição que o jurista classifique como democrática, o sociólogo descobrir a prática de um regime autoritário*”.²

¹ Trata-se do livro *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. rev. atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.

* Juiz Federal da 6ª Vara - Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

No que diz respeito ao critério relativo à formulação de suas normas, as Constituições podem ser classificadas em: a) *constituições escritas*, ou seja, aquelas que se apresentam em documentos; e b) *constituições costumeiras*, as fundadas em costumes e usos. De acordo com NELSON DE SOUSA SAMPAIO, “*hoje podemos dizer que não mais existe constituição totalmente costumeira*”³. O exemplo contemporâneo da Grã-Bretanha só em parte merece a caracterização de Constituição costumeira, já que as normas tidas como constitucionais têm várias fontes históricas consignadas em documentos escritos. A doutrina aponta alguns documentos históricos sobre o tema: Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos de 1628, a Declaração de Direitos de 1689, entre outros.

Alguns motivos ensejaram a adoção das normas escritas pela constituição, quais sejam: “*luta contra as normas costumeiras da monarquia absoluta, a idéia de contrato social, a confiança no valor de uma codificação das normas jurídicas supremas como instrumento de limitação do governo e de educação do povo, o desejo de assinalar o começo de uma nova vida política com o marco de uma carta asseguradora das liberdades conquistadas*”⁴.

Dentro do critério anteriormente indicado, a Constituição escrita pode estar contida em um único documento ou em vários, daí falar-se que a Constituição é *codificada* ou *não-codificada*. Normalmente, o modelo é o da Constituição codificada. Mas há exemplos de Constituição não-codificada, como o da Constituição da Terceira República Francesa, representada por três leis constitucionais de 1875, e, posteriormente acrescidas das reformas de 1879, 1884 e 1926. NELSON SAMPAIO cita ainda como exemplo de Constituição não-codificada a Constituição de Weimar (1919) devido ao seu processo de reforma: a Constituição podia ser revista por via legislativa desde que contasse com a maioria ali exigida.⁵

Outro critério de classificação das constituições, no magistério de NELSON SAMPAIO, refere-se ao seu estabelecimento: a) *constituições históricas*, que correspondem às constituições costumeiras, são aquelas em que não há como identificar o titular do Poder Constituinte, que é exercido de modo difuso pela comunidade (ou parte dela), tratando-se de obra anônima⁶; b) *constituições pactuadas* são aquelas em que é necessário que o Poder Constituinte seja titularizado por mais de uma pessoa ou ente. Em épocas mais recentes, tem-se apontado o exemplo da Carta francesa de 1830, *resultante de um compromisso entre o princípio monárquico e a soberania do povo*⁷. O exemplo mais famoso é o da Magna Carta que os barões ingleses fizeram João Sem-Terra jurar em 1215; c) *constituições outorgadas*, são aquelas que resultam de uma concessão do Chefe de Estado que age como titular do Poder Constituinte, aplicando-se normalmente no governo monárquico. NELSON

2 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 26.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*, p. 27-28.

5 *Ibid.*, p. 30.

6 *Ibid.*, p. 32.

7 *Ibid.*, p. 33.

SAMPAIO aponta os exemplos da Carta francesa de 1814, da Constituição do Brasil de 1824, da constituição japonesa de 1889, e a da Iugoslávia de 1931,⁸ d) *constituições populares* são aquelas que derivam do Poder Constituinte do povo, admitindo variações.

As constituições populares, segundo o modo de exercício, por sua vez, subdividem-se em: a) modo *delegado*, em que a Constituição é votada por uma Assembléia Constituinte; b) modo *semidireto*, em que a Constituição é referendada pelo povo, depois de votada pelo órgão constituinte representativo; e c) modo *direto*, representado pela constituição plebiscitária. Nesta, *é o voto popular, sem decisão de qualquer órgão representativo, que lhe confere valor jurídico*⁹. Na Constituição popular, através do modo direto, a autoridade apenas apresenta uma proposta ao eleitorado, poupando a esse a tarefa de redigir o documento. Para ilustrar, citam-se, entre outros exemplos, as Constituições cantonais da Suíça, votadas pelas Assembléias populares dos eleitores do cantão.

Napoleão I fez aprovar a Constituição do ano VIII, mas de fato ela foi outorgada. Como assinala NELSON SAMPAIO várias irregularidades foram cometidas: antes da proclamação do resultado, a Constituição já havia sido posto em vigor por motivo de urgência, em 24/12/1799¹⁰ Hitler adotou a mesma técnica para legitimação de vários atos que representavam reforma irregular da Constituição de Weimar. A Constituição brasileira de 1937 também se referia, no seu art. 187, ao plebiscito (posteriormente supresso pela Lei Constitucional nº 9, de 28/02/45). A menção ao plebiscito não lhe tirou o caráter de outorga da Carta, pois ela se cumpriria em todo o país, independentemente do plebiscito, daí a observação de NELSON SAMPAIO no sentido de que ela “*seria, quando menos, uma Constituição provisória, ou sujeita à condição de ser confirmada pela vontade popular*”.¹¹

Há, ainda, o critério de classificação das Constituições quanto à sua reforma. Como observa JORGE REINALDO A. VANOSSI, “*la categoría de constituciones que en la clasificación de Bryce se denominan flexibles es más aparente que real. En efecto, no existe una flexibilidad absoluta en el sentido que la reforma se practique por igual procedimiento que la sanción de las leyes ordinarias. siempre hay alguna diferencia*”¹² e, em complementação cita o exemplo da Inglaterra: quando há questão que em outros países se faria através de reforma, no sistema inglês há dissolução da Câmara dos Comuns para que o povo se pronuncie diretamente, elegendo novos representantes. Há, desse modo, uma nota de dificuldade (ou rigidez) para as mudanças constitucionais.

Assim, consoante o critério relativo à reforma constitucional, NELSON SAMPAIO indica quatro tipos de Constituição: a) *constituições imutáveis*, ou seja, *aquelas que pretendem ser eternas, não admitindo que nenhum poder as possa legitimamente*

8 *Ibid.*, p. 34.

9 *Ibid.*, p. 37.

10 *Ibid.*, p. 37.

11 *Ibid.*, p. 38.

12 VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 126.

reformular, e, muito menos, revogar.¹³ Não há órgão competente para rever tais constituições, daí a sua imutabilidade; b) *constituições fixas, aquelas que somente podem ser modificadas por um poder de competência igual ao que as criou*,¹⁴ demandando, assim, nova manifestação do Poder Constituinte originário; c) *constituições rígidas, ou seja, aquelas cuja reforma se verifica por processos diferentes da elaboração das leis ordinárias*¹⁵. Nesses casos, a competência revisora pertence a um poder distinto do Poder legislativo ordinário e do Poder Constituinte Originário; d) *constituições flexíveis, aquelas que se reformam pelos mesmos métodos de feitura e alteração das leis ordinárias*.¹⁶ Neste caso, o órgão competente para revisão é o mesmo Poder legislativo ordinário.

2. Esferas ou momentos do poder normativo

Nas lições de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, Poder constituinte, Poder reformador, Poder legislativo devem ser entendidos como *círculos concêntricos de competência*: “O de raio maior, o poder constituinte, representa a faculdade de organizar o Estado, sem nenhuma limitação de direito positivo interno.”¹⁷ As únicas limitações são algumas normas de direito internacional. A teoria do Poder Constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Como assevera CLAUDE KLEIN, “*le pouvoir constituant originaire, c’est-à-dire en fait la représentation d’un tel pouvoir ou encore la simple référence à un tel pouvoir, joue dès lors un rôle que l’on pourrait assimiler à celui d’une sorte de roman des origines ou encore à celui si bien décrit par Bruno Bettelheim dans la Psychanalyse des contes de fées. qui souligne bien l’importance des contes de fées pour l’équilibre de l’enfant*”.¹⁸ Cuida-se de pôr em prática um sistema de legitimação mágica, através do Poder Constituinte originário utilizando o recurso ao mito fundador: uma espécie de romance de origens (psicanálise dos contos de fadas) para o equilíbrio da nação.

A teoria do Poder Constituinte tem raízes relativamente remotas, com destaque para a contribuição dos juristas dos séculos XVII e XVIII (escola do direito natural), “*que distinguiam entre leis (normas) constitucionais e leis (normas) ordinárias*”,¹⁹ designando aquelas como leis fundamentais (sob a concepção de ato inicial da soberania nacional, servindo como fonte de todos os poderes constituídos).

13 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 39.

14 *Ibid.*, p. 39.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, p. 40.

18 KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 198.

19 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988, p. 10.

SIEYÈS, na sua obra “*O que é o Terceiro Estado*”, sustentou que todo Estado tem uma Constituição, a qual é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, portanto, e que gera os poderes do Estado, ditos poderes constituídos, sendo superior a estes.²⁰ Pertence à Nação a autoridade anterior à própria Constituição de estabelecer a ordem jurídica, nas lições do abade EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS.²¹

Como menciona o Professor PAULO GALVÃO, há acentuada polêmica a respeito das limitações do Poder Constituinte originário. De acordo com FERNANDO WITAKER, o Poder Constituinte Originário “*não é mais absoluto, porque não pode comprometer a paz, nem vulnerar os direitos humanos*”.²² UADI LAMEGO BULOS aponta, no contexto dos limites transcendentais ao Poder Constituinte Originário, aqueles ligados à dignidade do homem: “*Objetivam impedir a decretação de normas constitucionais que estabeleçam o arbítrio, em detrimento das liberdades públicas. Estas últimas são poderes em virtude dos quais o homem, nos diversos domínios da vida social, escolhe o seu próprio comportamento.*”²³

Nos Estados semi-soberanos — vassallos e protegidos —, as limitações ao Poder Constituinte Originário são mais claras e aparentes, levando-se em conta a evidente dependência em que se acham para com o Estado suserano ou Estado protetor. Da mesma forma, lembra NELSON SAMPAIO, nos Estados-membros de uma federação, “*sua faculdade se contém nos lindes traçados pela constituição federal*”.²⁴

Assim, é correta a assertiva segundo a qual “*desde que existe Estados, existe, materialmente, ao menos, a função constituinte, pois não se compreende grupo estatal sem essa função*”.²⁵ Normalmente, nos Estados que seguem o sistema de constituição escrita, o comum é que o Poder Constituinte tenha uma organização transitória e se limite à tarefa de fazer a Carta Constitucional, apresentando o documento fundamental. “*Feita a Constituição, a Assembléia Constitucional se dissolve, a função constituinte entra em fase de latência, e somente volta a manifestar-se de modo intermitente, quando é trazida à tona por subversões revolucionárias, ou por convocação pacífica.*”²⁶ Já nos Estados de constituição flexível, há, ao contrário, uma organização permanente do Poder Constituinte, que se exercita pelo órgão legisferante do Estado (para formular as leis, a constituição, para refor-

20 *Ibid.*, p. 12.

21 BULOS, Uadi Lamêgo. *Elaboração e reforma das Constituições*. Revista de Direito Administrativo 203, jan./mar. 1996, p. 81. Analisando as posições de SIEYÈS, o mesmo autor comenta: “... para ele, a Nação existe antes de tudo, sendo a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, porque é a própria lei, só existindo acima dela o direito natural” (p. 81).

22 *Apud* GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 13.

23 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 92. A respeito das limitações ao Poder Constituinte Originário, importante é o artigo citado que aponta três ordens de limitações, proibições ou vedações: de caráter ideológico, de natureza institucional e de ordem substancial. A dignidade da pessoa humana é inserida no contexto das limitações de natureza substancial.

24 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 40.

25 *Ibid.*, p. 41.

26 *Ibid.*, p. 43.

má-la e substituí-la), desde que obedecidos certos requisitos. Nos Estados de *constituição rígida*, o Poder Reformador se identifica como uma competência intermediária, entre o Poder Constituinte (Originário) e o Poder Legislativo ordinário. JORGE REINALDO VANOSSI leciona, a propósito, que o Poder Constituinte originário atua na etapa fundacional do Estado como uma potência, uma energia, enquanto o Poder Constituinte derivado, que atua na fase de reforma, é uma competência, ou seja, uma manifestação da aplicação da própria normatividade prevista por aquele Poder Originário.²⁷

Há, reconhecidamente, duas espécies de Poder Constituinte Derivado: a) Poder de revisão da Constituição; b) Poder que recebe da Constituição a tarefa de estabelecer a Constituição das entidades componentes do Estado federal, ou seja, aquele que visa completar a obra do Poder Constituinte originário, estabelecendo a constituição dos Estados componentes do Estado Federal. Aquele que nos interessa mais de perto é o Poder Reformador, ou poder de revisão, para efeito do presente estudo, razão pela qual não será cuidada a outra espécie de Poder Constituinte Derivado.

O Poder reformador é, nitidamente, de natureza constituída, “*pois encontra a sua base na constituição que lhe traça os contornos e estabelece o processo de sua atuação*”²⁸. Como reconhece a doutrina, o poder de reforma nunca poderá representar a ilimitação relativa do Poder Constituinte Originário. Daí as diversas denominações dadas ao poder de reforma: *Poder Constituinte constituído* (AGESTA), *Poder Constituinte Derivado* (PELAYO), *Poder Constituinte Instituído* (BURDEAU) ou *atividade constituidora diferida* ou *Poder Constituinte de segundo grau* (PONTES DE MIRANDA). NELSON SALDANHA critica a denominação Poder Constituinte Instituído: “*o poder de reforma é por assim dizer um poder cirúrgico, um poder reconstituente*”²⁹, já que ela apenas refaz a Constituição. Contudo, deve-se levar em conta a observação de PAULO BRAGA GALVÃO: “*substancialmente, o criar e o reformar a constituição representam aspectos ou momentos de um mesmo fenômeno*”³⁰. O poder de reformar a Constituição “*é um poder constituinte de tipo especial, pois que, pela sua própria natureza e definição, é limitado nas suas possibilidades de modificar o texto constitucional*”³¹.

NELSON SAMPAIO indica a obra de VATTEL (*Le Droit des Gens*), em meados do século XVIII, como sendo o germe da distinção entre os círculos concêntricos dos poderes normativos, ao diferenciar o poder de estabelecer as leis fundamentais do Estado e o Poder Legislativo, alertando que o poder de alterar a Constituição não era afeto aos legisladores ordinários.³² Atualmente, a teoria dos limites do poder de reforma da Constituição está firmada em bases sólidas. E, tão aceita que, *a distinção*

27 VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 129 e ss.

28 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 44.

29 *Apud* GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 14.

30 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 15.

31 *Ibid.*, p. 16.

32 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 45.

*das órbitas (a constituinte e a revisora) torna-se mais saliente nos regimes que estabelecem expressamente um cerne imodificável.*³³

A respeito da natureza do Poder Constituinte reformador, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO leciona que não há qualquer discussão doutrinária: “O Poder Constituinte instituído é um poder de direito, ninguém o nega. Em realidade, para o positivismo jurídico, este é o único jurídico dos poderes constituintes.”³⁴ Para CARL SCHMITT, o Poder Constituinte Instituído é um dos poderes constituídos do Estado, ao lado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, assim, tem competência legalmente regulada e, por isso, limitada. Há outros autores que defendem a ilimitação do Poder Constituinte Instituído, tratando-se de posição minoritária na doutrina, como a do suíço BURKHARDT.³⁵ No que toca aos caracteres do Poder Constituinte Instituído, segundo o magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,³⁶ podem ser citados: a) a *Derivação*, ou seja, o Poder Constituinte Instituído é um poder derivado, pois retira sua força do Poder Constituinte Originário, e não de si próprio; b) *Subordinação*, i.e., o Poder Constituinte Instituído é um poder subordinado, limitado pelas regras de fundo fixadas pelo Poder Constituinte Originário, aqui inserido o tema dos limites expressos e implícitos ao poder de reforma; c) *Condicionamento*, ou seja, o Poder Constituinte Instituído é um poder condicionado, sujeitando-se às regras de forma impostas pelo Poder Constituinte Originário, que prevê o modo pelo qual poderá ocorrer a modificação constitucional. Em contrapartida, o Poder Constituinte Originário é um poder inicial — já que cria a ordem jurídica —, poder ilimitado — no sentido de autônomo e soberano —, além de ser um poder incondicionado, não possuindo um modo prefixado de manifestação.

De acordo com a doutrina, em relação às Constituições imutáveis, há a crença de que somente existe uma única manifestação da atividade constituinte, não ensejando o reaparecimento da função constituinte. Daí a observação de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, segundo a qual a Constituição imutável “é a *Constituição que declara a si mesma eterna*”.³⁷ A característica da imutabilidade por ora vinha expressa em regra escrita, mas era mais facilmente encontrada nos sistemas consuetudinários, como, por exemplo, os dos povos primitivos. No entanto, como bem notou NELSON SAMPAIO, os costumes não estacionam, não ficam estagnados, mas como a sua marcha geralmente é imperceptível para a mesma geração, o homem primitivo considerava tal lentidão como imobilidade, insuscetível, portanto, de qualquer mudança. Um dos exemplos de Constituição imutável foi o Código de Hamurabi como a mais eloquente expressão dessa ânsia de perenidade: “*Nos dias que hão de vir, e para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre o meu obelisco. Ele não alterará o direito do*

33 *Ibid.*, p. 46.

34 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado — I — o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974, p. 137.

35 Tais posições são expostas por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 138.

36 *Ibid.*, p. 138-140.

37 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 47.

Estado, por mim formulado, ou as leis, por mim promulgadas, nem danificará as minhas esculturas”³⁸. Outro exemplo histórico é o de Licurgo, que também quis tornar as leis de Esparta imutáveis e eternas, “fazendo todos os seus concidadãos — governantes e governados, jurarem mantê-las inalteradas durante a sua viagem para Delfos, a fim de consultar o oráculo sobre as instituições que fundara. Obtendo de Apolo a resposta de que suas leis eram perfeitas, não retornou à sua pátria e pôs fim aos seus dias, exigindo do seu povo o cumprimento da promessa de manter imodificadas suas leis”³⁹.

Um exemplo mais recente quanto à tese da imutabilidade, é o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, defendido por DUGUIT. Nas palavras de NELSON SAMPAIO, analisando o pensamento de DUGUIT, “uma vez que a Declaração é superior ao constituinte, e não podia ser revogada por este, ela continua em vigor na Terceira República, tendo sobrevivido a todas as alterações constitucionais da França”⁴⁰. Como normas positivas, as declarações de direito somente terão o poder de limitar o Poder Constituinte “se o seu conteúdo for considerado de natureza supraestatal”,⁴¹ devendo, assim, merecer a consideração de limites de direito positivo internacional, e não de direito interno. Há algum tempo, o Direito Internacional “vem reivindicando para sua órbita os direitos verdadeiramente fundamentais, que pertencem ao homem seja qual for a latitude em que viva, como direitos anteriores e superiores ao Estado, e dos quais este não pode despojá-lo.”⁴² Tal consideração não significa a imutabilidade de determinada Declaração, já que novas formulações são possíveis, desde que não atinjam a essência desses direitos: eles são a chave da dignidade da pessoa humana.

Como advertia NELSON SAMPAIO, uma constituição imutável dificilmente pode ser concebida atualmente, “pois enquanto vigorar o princípio da soberania popular, continuará prevalecendo o direito de o povo mudar o que foi decidido anteriormente”⁴³. Toda regra em sentido contrário será nula e ineficaz em face do princípio da soberania popular, daí a referência no art. 28 da Declaração de Direitos que precede a Constituição francesa de 1793: “o povo tem direito de sempre rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às leis as gerações futuras”. A Constituição francesa de 1791, no seu título VII, art. 1º, já firmara tal princípio. Associado a tal regra aparecia o princípio enunciado por ROUSSEAU, segundo o qual a Constituição não pode ser revista ou modificada senão pelo órgão e de acordo com o procedimento que ela própria determinara.

Relativamente às Constituições fixas, ou seja, aquelas que, expressa ou implicitamente, estabelecem que a sua reforma somente se verifica por meio de uma assembléia constituinte de poderes iguais da que a criou, a sua consideração somente

38 *Apud* BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 75.

39 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 75.

40 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 50.

41 *Ibid.*, p. 52.

42 *Ibid.*

43 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 54.

possui valor histórico, sem qualquer aplicação prática, de acordo com a doutrina contemporânea. NELSON SAMPAIO aponta, em relação a tal matéria, que a hipótese mais comum era a da inexistência de regra concernente à reforma constitucional, como nos seguintes textos: *Agreement of the People, Instrument of government* e algumas constituições originais de certos Estados da União norte-americana. Indica-se, ainda, a Constituição do Ano VIII (1799), obra de SIEYÈS, completada por NAPOLEÃO: “*parece admitir que somente através do poder constituinte a nação exerce esse direito*”.⁴⁴ (o de *reformular sua constituição*). Outros textos também omissos a respeito do processo de reforma são a Constituição francesa do ano X (1891) e as Cartas francesas de 1814 e 1830.

A respeito dos textos constitucionais considerados fixos — que somente admitiam reforma através de Poder Constituinte Originário —, mormente os franceses, houve acirrada discussão acerca da competência para a reforma constitucional e sobre o processo a ser adotado. Alguns juristas consideram que toda Constituição que silencie sobre sua reforma é de caráter flexível, enquanto outros sustentam que é possível considerar-se qualquer uma das duas soluções: flexibilidade ou fixidez constitucional. A opinião de NELSON SAMPAIO a respeito da polêmica é clara: as constituições escritas têm objetivo de estabilidade, buscando impedir as mudanças institucionais frequentes, compensando com o documento formal a força frenadora da tradição (esta, própria dos países de constituição costumeira). Assim, “*sendo excepcional a flexibilidade de uma constituição escrita somente deve ser admitida quando o seu texto permita, expressa ou implicitamente, a sua reforma pelos trâmites da legislação ordinária*”⁴⁵. No mesmo sentido, observa-se o posicionamento de PAULO BRAGA GALVÃO: se o Poder Legislativo se funda na constituição, como poder constituído, e se não consta entre suas atribuições o poder de emendar ou rever o texto constitucional, o exercício de tal faculdade excepcional consistiria “*usurpação por parte do legislador ordinário*”⁴⁶, implicando a configuração de *reformas inconstitucionais*. Daí a conclusão acertada de NELSON SAMPAIO: “*o verdadeiro silêncio leva à fixidez constitucional, se não for possível deduzir de algum dispositivo ou do contexto da Constituição que a faculdade de reforma pertence ao legislador ordinário*”.⁴⁷

A divisão das Constituições em *flexíveis e rígidas* é atribuída a JAMES BRYCE que associou a flexibilidade às constituições consuetudinárias (*common law constitutions*) como atributo necessário, embora não exclusivo. Importante se faz transcrever a observação de JORGE MIRANDA a respeito: “*As Constituições das democracias pluralistas são rígidas ou flexíveis, as Constituições dos regimes marxistas leninistas, todas ou quase todas rígidas*”⁴⁸. NELSON SAMPAIO considera que

44 *Ibid.*, p. 55.

45 *Ibid.*, p. 57-58.

46 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 8.

47 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 61.

48 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II — *Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 143. Contudo, o mesmo autor observa que

*“a rigidez é absolutamente inconciliável com uma constituição absolutamente costumeira, porque em tal hipótese não se poderá identificar o órgão que porá em prática o processo especial de reforma.”*⁴⁹ Há outros fatores, além dos jurídicos, que influem na frequência das reformas constitucionais, sem significar que os obstáculos jurídicos sejam de pequena monta. A opção a respeito de qual é o tipo mais recomendável de Constituição, se rígida ou flexível, é de natureza política e não jurídica, não sendo possível fornecer-se uma solução apriorística, sem levar em consideração as particularidades do povo ao qual ela se destina.

NELSON SAMPAIO anota: *“uma sociedade tradicionalista, de esclarecido tato político e senso de medida, prescindirá dos freios jurídicos para a reforma constitucional, porque estes estão compensados pela existência de outros elementos estabilizadores”*⁵⁰. Não é, portanto, imotivadamente que a flexibilidade das constituições passou a ser verdadeira exceção, diante do contexto sócio-político-econômico atual. O fator decisivo, como aponta JORGE MIRANDA, é a instabilidade ou estabilidade política e social dominante no país; o grau de institucionalização da vida coletiva que nele se verifica; a cultura política-constitucional; a capacidade de evolução do regime político.⁵¹ Mesmo no Reino Unido, há atribuição de diferença entre a função legislativa ordinária e a elaboração da ordem constitucional, através da renovação da Câmara dos Comuns.

Há, em todos os regimes, um sentimento da necessidade de *“fixar-se algo permanente ou que se subtraia às variações caprichosas das maiorias ocasionais”*,⁵² mas há necessidade de ponderação por parte do Poder Constituinte Originário para que não engesse de tal modo a ordem jurídica e social que enseje a ruptura desta ordem. Nos conselhos de NELSON SAMPAIO, a solução para o problema da rigidez das constituições seria encontrada no *“espírito de medida e lúcida discriminação do que é e do que não é fundamental para determinada estrutura política”*.⁵³ É indispensável que se evite *“uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a idéia de segurança do regime sob que se vive”*.⁵⁴ Surge, portanto, a idéia do equilíbrio constitucional como fundamental para assegurar a ordem jurídico-constitucional, inclusive no que toca às suas mudanças. Nas lições de JORGE MIRANDA, *“a rigidez nunca deverá ser tal que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais”*⁵⁵: a exata medida da rigidez é fundamental para servir também como garantia da própria Constituição.

nos regimes marxistas-leninistas, a rigidez do texto constitucional possuir menor alcance, diante do sentido de *“Constituição-balanço que possuem e à desvalorização em geral da autonomia do jurídico”* (p. 143).

49 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 62.

50 *Ibid.*, p. 63.

51 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 130.

52 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 64.

53 *Ibid.*, p. 64.

54 *Ibid.*, p. 65.

55 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 144.

A doutrina em geral considera que as disposições referentes à reforma constitucional devem objetivar conciliar os *requisitos do progresso* com os da estabilidade, funcionando como verdadeiras *válvulas de segurança*, na expressão de NELSON DE SOUSA SAMPAIO.⁵⁶ Nas palavras de RAUL MACHADO HORTA, “o segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infreqüentes não abalam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo”.⁵⁷ Toda Constituição rígida é, em parte, fixa, como corolário das limitações ao poder de reforma, possuindo, assim, uma parte imodificável mesmo pelo Constituinte Derivado.

Há, ainda, as denominadas Constituições mistas, que são, em parte, rígidas, e em outra, mutáveis ou flexíveis. Exemplos históricos podem ser citados de constituições mistas: a Constituição brasileira de 1824, a Constituição irlandesa de 1922, art. 50, que previu nove anos de possibilidade de reforma pelos processos de legislação ordinária, sendo que ao final do período, tornou-se rígida; a Constituição da Prússia de 1850, que estabeleceu grau mínimo de rigidez, ao prever que a reforma poderia ser realizada por via legislativa só com a exigência de duas votações espaçadas por intervalo de vinte e um dias pelo menos. Como observa JORGE MIRANDA, “a Constituição flexível não se define senão pelo objecto: a regulamentação do poder político”⁵⁸. Mesmo nos regimes que adotam Constituição flexível há limites intrínsecos a que se sujeitam as normas e atos administrativos: “e também por isso é a Constituição, e não a lei, dentro do Estado, a norma jurídica superior: pode haver inconstitucionalidade em Constituição flexível”⁵⁹. Cabe, portanto, a seguinte indagação: é impossível a limitação nas Constituições flexíveis? A resposta é inexoravelmente negativa: mesmo nos Estados que têm Constituição flexível há determinados limites impostos ao Poder Legislativo considerando a supremacia das normas constitucionais.

3. As alterações constitucionais

Nas palavras de JORGE MIRANDA, “a modificação das constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica”,⁶⁰ imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. É imperioso reconhecer que “nenhuma Constituição se esgota num momento único — o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo — o da sua aplicação — no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional”.⁶¹

56 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 66.

57 HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de direito administrativo* 188, abr./jun. 1992, p. 17.

58 MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 146.

59 *Ibid.*, p. 147.

60 *Ibid.*, p. 129.

61 *Ibid.*, p. 130.

Assim, não se pode considerar a Constituição como algo estático, imodificável, petrificado, sob pena dela se distanciar da realidade e tender, por isso, a não ser efetiva. Daí a precisa observação de UADI LAMÊGO BULOS no sentido de que toda Constituição é, por natureza, modificável: “*seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução*”.⁶² A estabilidade, necessária à Lei fundamental, não é inconciliável com a mudança, indispensável quando se verifica o liame constitucional entre o texto escrito e as forças presentes na sociedade. As Constituições são, verdadeiramente, organismos vivos.

A doutrina aponta duas formas de exteriorização de mudança na Constituição: a reforma constitucional e a mutação constitucional. Mesmo as constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudanças, formando o conjunto das denominadas vicissitudes constitucionais, na expressão de JORGE MIRANDA, ou seja, “*quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas*”.⁶³ O processo de mudança mais conhecido, no mundo contemporâneo, é o “*rotulado sob a designação genérica de reforma constitucional*”,⁶⁴ tratando-se do processo formal de mudança da Constituição, “*revestido de forma, requisitos e limites próprios, previstos no texto da Lei Fundamental*”.⁶⁵ Mas, além desta, há outras modificações constitucionais resultantes de processos não previstos pela própria Constituição. As *vicissitudes constitucionais* são de gama variadíssima, conforme critérios apontados por JORGE MIRANDA: a) *quanto ao modo* — expressas ou tácitas; b) *quanto ao objeto* — parciais ou totais; c) *quanto ao alcance* — de alcance geral e abstrato ou de alcance individual e concreto; d) *quanto às conseqüências na ordem constitucional* — na evolução constitucional ou com ruptura; e) *quanto à duração dos efeitos* — de efeitos definitivos ou de efeitos temporários.⁶⁶ Nas exatas palavras de JELLINEK, “*la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales*”.⁶⁷

Como afirmou KARL LOEWENSTEIN, em certa feita, “*as Constituições não mudam somente mediante emendas, mas, em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes*”.⁶⁸ A mutação constitucional envolve alteração “*do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial,*

62 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 75.

63 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 130.

64 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 6.

65 *Ibid.*, p. 6.

66 A respeito de tais classificações, ver MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 130-132.

67 JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

68 *Apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 6.

ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais, em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”.⁶⁹

Ao delimitar a noção conceitual sobre o instituto, ANNA CÂNDIDA observa que: “a expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição, sem contrariá-la”.⁷⁰ As alterações inconstitucionais ou seja, as modalidades de processo que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, são designadas mutações inconstitucionais, na expressão utilizada pela autora. JELLINEK acentua a distinção entre reforma da Constituição e mutação constitucional: “la reforma de la Constitución consiste en la modificación de los textos constitucionales producida mediante acciones voluntarias, intencionadas”, ao passo que “la mutación constitucional estriba en una modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente”,⁷¹ não estando acompanhada de intenção ou consciência da modificação.

As alterações constitucionais informais, ou seja, aquelas que se verificam fora das modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Instituído (ou Derivado) são resultado ou manifestação de uma espécie inorganizada de Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na expressão de GEORGES BURDEAU.⁷² Tal função constituinte difusa objetiva completar a Constituição, preenchendo lacunas constitucionais, prosseguindo com a obra do constituinte. “É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior”.⁷³ A função constituinte difusa é forçosamente função limitada, tendo limites mais amplos do que os impostos ao Constituinte Derivado. Como aponta ANNA CÂNDIDA FERRAZ, o Poder Constituinte Difuso “não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição”,⁷⁴ restringindo-se a delimitar ou alterar o sentido, o significado e o alcance da Constituição, mas sem vulnerá-la.

O objetivo do presente trabalho não é esmiuçar o tema “alterações constitucionais”, nas suas modalidades, mas não podem deixar de ser apontados os diversos tipos de vicissitudes constitucionais, considerados como gênero, portanto, na tipologia apresentada por JORGE MIRANDA:⁷⁵ a) revisão constitucional é “a modifi-

69 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 9.

70 *Ibid.*, p. 10.

71 Trecho do *Estudio preliminar* de PABLO LUCAS VERDU, que introduz a obra *Reforma y mutacion de la Constitución*, de GEORG JELLINEK, p. LXIX.

72 *Apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 10.

73 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 10.

74 *Ibid.*, p. 11.

75 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 134 e seguintes.

cação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstracto e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional”, ou, ainda, é a modificação da Constituição nos termos nela própria previstos; b) derrogação constitucional (ou quebra ou ruptura da Constituição) é aquela que se processa em tudo idêntico ao da revisão, divergindo pelo resultado: é a violação, a título excepcional, de uma prescrição legal-constitucional para um ou vários casos concretos⁷⁶; c) interpretação evolutiva da Constituição, já que qualquer Constituição é um organismo vivo e está sujeita à dinâmica da realidade, que jamais poderá ser captada através de fórmulas fixas; d) revisão indireta é uma forma particular de interpretação sistemática, alcançada como reflexo sobre certa norma da modificação operada por revisão (revisão direta) ou diante da introdução de nova norma constitucional (seu sentido — da norma não objeto da revisão — vem a ser alterado em virtude da sua interpretação sistemática em face da nova norma constitucional ou da alteração ou da eliminação de norma preexistente); e) costume constitucional *praeter e contra legem*; f) revolução, que representa uma ruptura da ordem constitucional; g) ruptura não-revolucionária, ou seja, uma ruptura na ordem constitucional, situação em que se continua a reconhecer o princípio de legitimidade no qual assenta a Constituição, mas há apenas a introdução de um limite a tal princípio ou o aplica de novo, sob a forma originária; h) transição constitucional é a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, sem ruptura: altera-se a Constituição material, mas permanece a Constituição instrumental e, eventualmente, a própria Constituição formal; i) desenvolvimento constitucional, correspondendo a um fenômeno complexo que envolve interpretação evolutiva da Constituição, revisão constitucional e costumes *secundum, praeter e contra legem*: “uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se realizando através da congregação destas vicissitudes tanto quanto através da efectivação de suas normas”,⁷⁷ trazendo uma reorientação do sentido da Constituição ainda em vigor (exemplo da doutrina: foi-se alargando, durante mais de cem anos nos países ocidentais, a atribuição do direito de voto até o sufrágio universal); j) suspensão da Constituição, ou seja, a não-vigência da Constituição durante certo tempo, medida adotada em razão de certas circunstâncias, de algumas normas constitucionais, como nas hipóteses de estado de sítio, estado de emergência, situação de exceção.

Não se pode deixar de considerar a advertência de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, acerca da possibilidade de alguns destes processos informais de mutação constitucional, na prática, extrapolarem os limites que lhes são impostos, acarretando mudanças inconstitucionais “que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade”.⁷⁸ Há outras modalidades de processos informais que conduzem a mudanças não admitidas na Constituição, daí serem denominadas de mutações inconstitucionais.

76 A respeito de tal vicissitude, confira a posição de JORGE MIRANDA: a) derrogação de princípios fundamentais deverá ter-se por inadmissível e inconstitucional; b) derrogação de regras que não sejam princípios fundamentais parece ser admissível (*op. cit.*, p. 137).

77 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 141.

78 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 13.

Dentro do estudo das alterações constitucionais, cabe tecer ainda algumas considerações a respeito dos processos de mutação constitucional mais frequentemente apontados pela doutrina, e especialmente analisados na obra de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ: a) interpretação constitucional; b) usos e costumes constitucionais.

A) *Interpretação constitucional*

A interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional, tema dos mais importantes e atuais no Constitucionalismo moderno, deve ser considerada quando, através do trabalho interpretativo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem modificação na letra da Constituição Federal. Dentro do tema, é relevante a distinção feita por KARL LOEWENSTEIN entre Constituição ideal e Constituição compromissória. Constituição ideal é “*ordem normativa conformadora do processo político, segundo a qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política, como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessária a mudança das normas conformadoras*”, ao passo que Constituição compromissória “*tem caráter de compromisso, pois que, sendo um organismo vivo, está submetida à dinâmica da realidade, que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas*”.⁷⁹ A partir de tal distinção, fica patente que somente a Constituição compromissória é aquela que comporta mutação constitucional, enquanto a Constituição ideal dispensa, por completo, a idéia de alteração constitucional pelo seu próprio significado e conteúdo.

Como leciona ANNA CÂNDIDA, “*interpretar a Constituição é conhecê-la, não apenas em sua letra, mas também, em seu espírito, em seus significados mais profundos e em seu verdadeiro alcance*”.⁸⁰ A Constituição, como Lei das Leis, não pode prescindir de interpretação, sob pena de se transformar em apenas um papel sem qualquer efetividade. A interpretação constitucional é *conditio sine que non* para a aplicação da norma constitucional. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, ao tratar do tema, considera que a Constituição, em grande parte, é uma autêntica “*norma jurídica singular que voluntária e conscientemente deixa muitas questões reguladas de maneira relativamente incompleta e aberta. Utiliza expressões sumamente gerais e suscetíveis, em consequência, de ser interpretadas de maneira diferente*”.⁸¹

No contexto da teoria da interpretação constitucional, devem ser consideradas algumas peculiaridades que derivam dos atributos específicos da matéria constitucional, distinguindo-a da interpretação de outras normas jurídicas. ANNA CÂNDI-

79 *Apud* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 21.

80 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 22.

81 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. *Revista de direito administrativo* 198, out./dez. 1994, p. 50.

DA FERRAZ aponta, principalmente, o elemento político e a tipologia das normas constitucionais.

Quanto ao *elemento político*, sua atuação em matéria de interpretação constitucional é importante sob três aspectos: a) para definir o conteúdo dos princípios constitucionais que realizam os princípios políticos correspondentes; b) para determinar a atualidade do regime político à base do qual é analisada a norma na interpretação; c) para concretizar o fim público, que dá a medida da discricionariedade atribuída pelas normas constitucionais aos órgãos constitucionais.⁸² “*A natureza política da norma constitucional é intrínseca à Constituição, que rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, assegura os direitos humanos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos*”.⁸³ A norma constitucional, objeto de interpretação conforme o elemento político nela entranhado, pode ganhar conteúdo novo, servindo como espécie de mutação constitucional.

No que diz respeito à tipologia das normas constitucionais em matéria de interpretação constitucional imperioso distinguir as categorias das normas constitucionais. Coube inicialmente à doutrina italiana classificar as normas constitucionais em dois grandes grupos: a) normas preceptivas, que por sua vez, se subclassificam em: normas obrigatórias (de que resultam direitos e deveres) e institucionais ou organizatórias (aquelas que criam as instituições constitucionais, sem estabelecer regras de conduta); b) normas diretivas, ou também denominadas normas programáticas, já que prevêm diretrizes para a ação, vinculantes para o legislador e o administrador, no futuro. Na doutrina brasileira, mostram-se inigualáveis a obra de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais, com a classificação introduzida no Direito Constitucional brasileiro, e, mais recentemente, o trabalho de LUIS ROBERTO BARROSO acerca da efetividade das normas constitucionais. Como aponta ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “*interpretar a Constituição pode significar: a) buscar o sentido dado ao texto expresso, à letra constitucional; b) procurar o espírito da Constituição; c) identificar a vontade do legislador constituinte; d) identificar valores ou grupo de valores, de modo a lhes dar aplicação em ordem preferencial e hierárquica; e) buscar o sentido da norma que mais se adapte à ardem social ou à realidade social no momento da aplicação do texto; f) identificar o significado atual da norma constitucional, o significado adequado às exigências concretas; g) buscar um dentre os vários significados ou conteúdos entranhados na norma constitucional*”.⁸⁴

Em matéria de interpretação constitucional, alguns exemplos de mutação da Constituição podem ser indicados. Através da interpretação legislativa, utilizando-se o método gramatical, é apontada a Constituição Republicana de 1891 que, no seu art. 70, previa que seriam eleitores os *cidadãos* maiores de vinte e um anos e excluía, expressamente, os mendigos, os analfabetos, os praças de pré, os religiosos e os

82 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 26.

83 *Ibid.*, p. 28.

84 *Ibid.*, p. 36.

inelegíveis. Na época, entendeu-se que além daquelas exclusões expressas inseridas no texto, também existia a das mulheres, já que não foi aprovada qualquer das emendas, durante a constituinte que lhe atribuíam o direito de voto político. No entanto, em 1932, sem alteração da letra da Constituição, o voto feminino foi consagrado, por interpretação constitucional legislativa, diante da edição do Decreto nº 21.076, de 24/02/32 — Código Eleitoral. Outro exemplo que é indicado pela doutrina é o do emprego da analogia: no sistema italiano a Constituição não previa a recomposição ministerial quando dissolvido o ministério por dissensões internas, e assim, a solução tem sido a de apresentar a nova composição do gabinete, diante do Parlamento, para obter o voto de confiança. Tal conclusão decorre do princípio da solidariedade do gabinete e dos poderes atribuídos ao Presidente da República para escolher ministros, considerando a lacuna constitucional sobre o tema em específico. Como exemplo de interpretação evolutiva, é citado o caso da Constituição do Uruguai de 1830, que vigorou até 1919: através da interpretação constitucional, diante do texto vago e genérico, concretizou-se, por lei, efetiva descentralização político-administrativa, atribuindo-se autonomia às municipalidades e aos departamentos, subtraindo-se da hierarquia da administração centralizada.⁸⁵

Espécies de Interpretação Constitucional

ANNA CÂNDIDA FERRAZ distingue, inicialmente, as modalidades de interpretação em orgânica e não-orgânica. Como se sabe, em regra a aplicação da Constituição é atribuição de alguns órgãos, de modo claro e específico, cabendo-lhes, assim, “*direta ou primariamente, ou de modo indireto, aplicar a norma constitucional, desdobrando-a ou completando e desenvolvendo o sistema por ela fixado, ou, ainda, imprimindo-lhe atuação efetiva*”.⁸⁶ Tal modalidade de interpretação, por ser desenvolvida por órgão que retira da própria Constituição a força para aplicá-la, é conhecida como interpretação orgânica. Assim, o desdobramento legislativo dos princípios constitucionais representa interpretação orgânica, da mesma forma que a decisão judicial que aplica o texto constitucional. No entanto, a interpretação constitucional não fica, única e exclusivamente, sob o domínio dos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário: há espécies de interpretação constitucional que se realizam não com o objetivo de aplicação concreta da Constituição, mas sim com o de encontrar a significação do texto constitucional sem concretude constitucional. Nesse caso, deparamo-nos com a interpretação constitucional não-orgânica, como a interpretação constitucional doutrinária, por exemplo.

Como espécies de interpretação orgânica, a doutrina enuncia a interpretação constitucional legislativa, a interpretação constitucional judicial e a interpretação constitucional administrativa.

85 Todos os três exemplos foram fornecidos por FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 39-45.

86 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 55.

A interpretação constitucional legislativa é “a atividade desenvolvida pelo órgão, dotado de poder legislativo, que busca o significado, o sentido e o alcance da norma constitucional para o fim de, fixando-lhe o conteúdo concreto, completá-la e, conseqüentemente, dar-lhe aplicação”.⁸⁷ Sabe-se que a Constituição não exaure o conteúdo do assunto que está contido nas suas normas, não podendo regular, em detalhe, toda a matéria constitucional. Daí a necessidade do órgão legislativo de interpretar o alcance das normas, ao expedir a lei para aplicá-las. Além disso, há outras particularidades da interpretação constitucional legislativa. ANNA CÂNDIDA FERRAZ anota que “a via legislativa é meio tão hábil para interpretar textos constitucionais duvidosos, de alcance impreciso ou obscuro, como o é a interpretação constitucional jurisdicional”.⁸⁸ A doutrina considera que a lei que complementa ou integra a norma constitucional é uma força operante, objetivando tornar viva a Constituição, com o propósito de aperfeiçoá-la e desenvolvê-la de modo a atender as finalidades e objetivos visados, adaptando-a à realidade e às necessidades sociais contingenciais. Alguns exemplos de interpretação constitucional legislativa podem ser apresentados para suprir lacuna constitucional: a) a *Lei de Sucessão Presidencial*, de 1886, dos Estados Unidos da América, foi editada para solucionar lacuna constitucional devido à omissão da Constituição de 1787, já que não era prevista a forma de preenchimento do cargo de Presidente quando inexistissem presidente ou vice-presidente eleitos para ocupá-lo; b) o controle direto, em tese, de lei ou ato municipal frente à Constituição Federal, sendo matéria não constante expressamente no texto constitucional, passou a ser previsto em São Paulo, através da Constituição Estadual que instituiu ação direta de controle de constitucionalidade de leis e atos municipais.⁸⁹ Nas palavras de ANNA CÂNDIDA, “the living constitution é o que a interpretação constitucional diz que ela é”.⁹⁰

A interpretação constitucional judicial tem sido considerada, pela doutrina, como a de maior importância, entre as espécies de interpretação orgânica, mesmo porque no desempenho da função jurisdicional, exercida pelos juízes e tribunais, há a inafastabilidade do controle judicial sobre os atos dos demais poderes. Também há importante papel no controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário. No entanto, não se pode deixar de notar que, historicamente, há exemplos de limitações impostas ao controle jurisdicional, como na hipótese do artigo 181, da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, por exemplo. Ainda quando não há expressa referência a determinadas matérias como estando excluídas do controle jurisdicional, verifica-se na própria atuação do Poder Judiciário algo que pode ser definido como uma auto-limitação: no caso das questões políticas. “A auto-limitação do Poder Judiciário, ou a sua relutância no exame de tais questões é, de modo especial, notada no sistema

87 *Ibid.*, p. 65.

88 *Ibid.*, p. 87-88.

89 Exemplos apresentados por FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 90-91.

90 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 92.

americano e tem aflorado, também na prática constitucional brasileira”.⁹¹ Para não permitir um predomínio do Poder Judiciário na prática, após a efetivação da interpretação constitucional judicial, tem-se recorrido ao processo de alteração formal da Constituição (como, por exemplo, através de emenda), “*para modificar decisões judiciais, quer as que declaram inconstitucionais leis de aplicação do texto constitucional, quer para afastar interpretação judicial de normas e disposições da própria Constituição*”.⁹² Vocábulos como igualdade, bons costumes, moral, liberdade, justiça, ordem pública assumem significados e conteúdos muitas vezes circunstanciais, conforme a época. Alguns exemplos de interpretação constitucional judicial podem ser lembrados: a) a interpretação constitucional do capítulo dos direitos individuais da Constituição norte-americana, em especial da cláusula do devido processo legal, que de simples comando de observância das leis passou a ser interpretada pela Corte Suprema como garantidora de direitos e condicionadora da ação governamental; b) *constitutional construction* (construção constitucional), como processo de mutação constitucional bastante representativo e, entre os exemplos históricos, são citados a *construction* do *judicial review* no julgamento do juiz John Marshall, de 1803, no caso *Marbury x Madison*, e a doutrina da proteção dos direitos individuais. No Brasil, a doutrina do *habeas corpus* com a proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticados por abuso de autoridade pública, com as importantes contribuições de Ruy Barbosa e Pedro Lessa, representa a mais significativa contribuição do Poder Judiciário no desenvolvimento da *construction*. Outro exemplo brasileiro é o da aplicação mais ampla do mandado de segurança contra atos jurisdicionais, algumas vezes até contra a expressa previsão da lei ordinária em sentido contrário.

Na espécie da interpretação administrativa, a atuação se realiza “*mediante atos, resoluções ou disposições gerais ou não, que não tenham por objetivo a elaboração de leis integrativas ou complementares à Constituição ou decisões jurisprudenciais visando à aplicação da Constituição a casos concretos ou à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos*”⁹³. O Poder Executivo, normalmente, desenvolve suas atribuições constitucionais através da prática de atos, quer se trate do exercício do poder regulamentar, ou do exercício de atribuições constitucionais, como o de nomeação de ministros de Estado, no sistema presidencialista, ou de Ministros da Corte Suprema. No contexto da tipologia das normas constitucionais, avulta a importância da interpretação constitucional administrativa no que pertine às normas programáticas, de eficácia limitada, e às normas de eficácia contida. Quanto à integração de normas programáticas, a doutrina cita o artigo 179, parágrafo único, da Emenda nº 01/69 — que previa que o Poder Público incentivaria a pesquisa e o ensino científico e tecnológico — como hipótese típica dependente de atuação direta do Poder Executivo, inclusive com discricionariedade de escolha, de caminhos e meios para o desenvolvimento dos fins desejados constitucionalmente. Da mesma forma, quanto à eficácia das normas constitucionais, é possível a sua contenção “*por*

91 *Ibid.*, p. 108.

92 *Ibid.*, p. 112.

93 *Ibid.*, p. 148.

motivos, fatos, conceitos éticos, valores juridicizados e largamente difundidos no direito público, tais como os conceitos de ordem pública, segurança nacional ou pública, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, ordem democrática, regime democrático etc".⁹⁴ Nestes casos, os elementos de contenção são desenvolvidos pelo Poder Público, notadamente no campo das limitações aos direitos individuais, através do poder de polícia. É viável, ainda, que se considere a interpretação constitucional administrativa quando se analisa a interpretação como condição prévia para a positivação de atos administrativos ou de finalidade política ou atos de governo: a nomeação de Ministro da Corte Suprema de Justiça por critérios subjetivos do Chefe do Poder Executivo torna-se, algumas vezes, instrumento de mutação constituinte, já que envolve mudança no pensamento das cortes a respeito de assuntos julgados até então pelos antigos integrantes da Corte.

Outras modalidades de interpretação constitucional são apontadas. A *interpretação autêntica*, ou seja, aquela feita pelo próprio órgão do qual procede a disposição normativa a ser interpretada, tecnicamente não existe em matéria de interpretação constitucional. A Constituição, obra do Poder Constituinte Originário, não seria interpretada autenticamente pelo Poder Reformador. Parte da doutrina considera possível a atuação do Poder Reformador no caso de reforma "*para o fim de eliminar os obstáculos opostos à aplicação ou entendimento da norma constitucional, por interpretação de outros órgãos, principalmente do judiciário, nos casos em que este tem, a seu favor, a autoridade suprema de guarda da Constituição*".⁹⁵ ANNA CANDIDA, no entanto, critica tal posição: "*uma reforma constitucional, ainda que operada para obviar obstáculos impostos à interpretação e aplicação do texto constitucional (...), não se reveste da configuração de atividade interpretativa*",⁹⁶ tratando-se de mera alteração do texto constitucional. A *interpretação constitucional popular*, aquela desenvolvida diretamente pelo povo, mas também impulsionada pelas forças vivas da comunidade (como os grupos de pressão, os partidos políticos, a opinião pública), representa importante instrumento de alteração constitucional. Há determinados instrumentos de participação popular como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, o veto popular e o *recall*, que atuam com bastante eficácia em determinados sistemas constitucionais. O referendo é obrigatório para a aprovação das reformas constitucionais nos Estados Unidos da América e na Suíça. O *recall* é previsto em determinadas Constituições de Estados norte-americanos, como meio de revisão de decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de certas leis.

De suma relevância se mostra, também, a *interpretação constitucional doutrinária*, aquela realizada pelos juristas, que sistematizam o material trazido pela Constituição, construindo teorias, elaborando doutrinas, identificando princípios e valores, explicando a matéria constitucional, extraindo novos sentidos, adaptando o texto, do mesmo modo, à realidade concreta. Não se pode olvidar o reflexo indireto que a interpretação doutrinária produz nas modalidades de interpretação constitu-

94 *Ibid.*, p. 161.

95 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 167.

96 *Ibid.*, p. 168.

cional orgânica, influenciando o processo de mudança através das interpretações judicial, legislativa e administrativa.

B) *Costume constitucional*

Ao lado da interpretação constitucional, a doutrina também insere o costume constitucional como uma das modalidades de processo não-formal de mutação constitucional. O costume representa “*o direito novo estabelecido por uma decisão tácita da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo*”.⁹⁷ Dentro da classificação existente, os costumes se dividem em: a) costume *secundum legem* (costume interpretativo), ou seja, o costume previsto ou admitido pelo direito positivo, servindo também como fator auxiliar no trabalho de interpretação das normas; b) costume *praeter legem* (introdutivo ou integrativo), aquele que objetiva suprir uma lacuna das normas positivas, substituindo a norma escrita na sua ausência, também auxiliando no campo da interpretação; c) costume *contra legem* (derrogatório), aquele que é contrário às normas escritas. Doutrinariamente, duas funções básicas são atribuídas ao costume: a de preencher lacunas e a de servir como elemento de interpretação.

Nas palavras de ANNA CÂNDIDA FERRAZ, “*o fundamento primeiro da existência do costume constitucional encontra-se no próprio poder constituinte que, dotado do caráter de permanente, não se esgota em sua obra — a Constituição — mas conserva-se latente, quando expressamente previsto, sob a forma do poder de reforma constitucional*”,⁹⁸ mas também prossegue a função constituinte, de modo não previsto no próprio texto constitucional, de maneira não-organizada, no chamado Poder Constituinte Difuso, invisível, intervindo para preencher lacunas ou interpretar disposições constitucionais obscuras. Não há incompatibilidade, pois, entre o costume constitucional e o modelo da Constituição rígida. GEORG JELLINEK acentua que a abolição das leis não implica necessariamente a extinção dos preceitos que continham: tais preceitos podem manter-se como Direito Consuetudinário, apontando o exemplo da doutrina francesa quanto a textos constitucionais franceses que não reconheciam, expressamente, os princípios da Declaração de 1789, mas nem por isso tais princípios não eram considerados no contexto constitucional. Assim, os preceitos “*pueden mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente*”.⁹⁹

Como leciona ANNA CÂNDIDA FERRAZ, “*o costume não é dotado da mesma eficácia das normas constitucionais escritas postas pelo constituinte origi-*

97 Conceito transcrito em FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 178.

98 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 183.

99 JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 10.

nário ou pelo poder de revisão”¹⁰⁰ e, sendo assim, ele não pode reformar a Constituição, exercendo as funções de preencher os vazios constitucionais na obra originária ou de interpretar as disposições obscuras. Em matéria de costume *contra legem*, é imperioso ressaltar que as Constituições rígidas prevêm o modo expreso de reforma de suas disposições, motivo pelo qual é ilegítimo o costume *contra constitutionem*.

A importância do costume constitucional se revela quando se trata do funcionamento e do relacionamento entre os poderes. Há enorme dificuldade em se reduzir as relações de natureza política a regras herméticas e a fórmulas rígidas, sobretudo entre os poderes públicos, o que leva à conclusão da necessidade de se deixar aos costumes a maior parte da disciplina do direito público, nesse campo político. Assim, há grande campo para florescimento dos costumes constitucionais. Alguns exemplos de costumes constitucionais retirados da doutrina cabem ser mencionados: a) nos termos do art. 64, da Constituição italiana, firmou-se o entendimento de que a maioria dos membros das Câmaras, necessária para a fixação do *quórum*, é calculada, subtraindo-se do número global os parlamentares legalmente ausentes ou em férias regulamentares ou em missão oficial, tratando-se de entendimento fundado em norma regimental, de base costumeira; b) o artigo 89, da Constituição italiana: para certos atos eminentemente presidenciais, a assinatura do ministro simplesmente atesta a sua regularidade; para os demais atos, tipicamente governamentais ou relativos à orientação política, inverte-se o raciocínio e é o chefe de Estado que se limita a verificar a regularidade do ato; c) nos Estados Unidos da América, há o que se chama de cortesia senatorial, um costume segundo o qual há acordo tácito em que os senadores do Partido do Presidente têm o direito de aconselhá-lo sobre a nomeação de cargos federais vagos nos respectivos Estados; d) a proibição de reeleição para Presidente da República, nos Estados Unidos da América, por mais de dois mandatos consecutivos, como emanação do regime representativo republicano fulcrado na temporariedade de mandatos.

Ainda, como exemplos de costume constitucional do Poder Executivo, no Brasil, há aquele relativo ao não-cumprimento de uma lei federal ou estadual, tida como inconstitucional, que vem sendo tendência que configura prática constitucional, atuada pelo Poder Executivo, e não infirmada pelo Poder Judiciário. No âmbito do Poder Legislativo, são apontadas circunstâncias diante das quais cabe propor um voto de desconfiança ou a dissolução do parlamento como práticas costumeiras: não são formalizadas juridicamente, de modo que costumes parlamentares tais como a obstrução, o apoio a um projeto, o arquivamento de projetos, o veto *interna corporis*, são formados no seio do Poder Legislativo e têm relevância na dinâmica constitucional. A respeito dos costumes formados no âmbito do Poder Judiciário, nos Estados Unidos da América, cita-se a regra construída pela prática constitucional que se fixou *quórum* de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade de leis.

¹⁰⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 184.

Além dos processos informais de alteração constitucional há aqueles que exatamente representam alterações que contrariam a Constituição, mas que muitas vezes não recebem o devido controle de constitucionalidade. São as mutações inconstitucionais que se subdividem em dois tipos de processos: a) *processos manifestamente inconstitucionais*, ou seja, “os que mudam a Constituição contra a sua letra ou o seu espírito”,¹⁰¹ cujo único controle é o controle constitucional não-organizado, como os grupos de pressão, opinião pública, partidos políticos; b) *processos anômalos*, que nem sempre podem, rigorosamente, ser taxados de mudanças inconstitucionais, sendo normalmente representados pela inércia dos poderes constitucionais ao atuarem a Constituição, desuso de preceitos e disposições, mutação tácita de normas constitucionais. Nas precisas palavras de ANNA CÂNDIDA FERRAZ, “na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc.”¹⁰²

Dentro de tal perspectiva aparece a inércia constitucional, ou seja, a inatividade consciente na aplicação da Constituição, a falta de plena aplicação de uma disposição constitucional por falta de atuação do poder competente para tal fim, por um tempo relativamente longo. A omissão é fruto de uma questão política, que escapa à apreciação jurídica. Dá-se como exemplo a atuação do Poder Legislativo que não aprecia a indicação de certas pessoas para o preenchimento de alguns cargos previstos na Constituição; ou, ainda, a inércia no exercício do poder regulamentar, atribuído ao Poder Executivo, o que, por via reflexa, torna disposições constitucionais letra morta; a não-realização do plebiscito previsto na Constituição Federal de 1937. Há sérias dificuldades em adotar mecanismos e instrumentos que coíbam tal prática inconstitucional, e quando existentes, as sanções políticas muitas vezes são ineficazes. Em matéria de sanções, como por exemplo no caso do chefe do Poder Executivo, há a previsão do crime de responsabilidade (*impeachment*). Nos sistemas parlamentaristas, há o voto de desconfiança, com a derrubada do Primeiro-Ministro ou do Gabinete de Ministros. Para resolver a inércia do Poder Legislativo, são apontados os seguintes instrumentos ou mecanismos: a iniciativa popular, a dissolução dos parlamentos, a iniciativa de outros órgãos.

Nessa mesma linha surge o *desuso no plano constitucional*, a saber, “a inobservância consciente, uniforme, consentida, pública e reiterada, por longo tempo

101 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 213.

102 *Ibid.*, p. 213-214.

de uma disposição constitucional".¹⁰³ O desuso pode importar contrariedade à norma constitucional, mas de modo reflexo: o comando da norma resta sem aplicação, tal como a disposição houvesse desaparecido. O desuso implica na paralisação do uso da norma constitucional, com ânimo definitivo. Na Constituição federal suíça pode-se verificar um caso de desuso: a regra que prevê que o referendo legislativo poderá ser solicitado por 30 mil cidadãos ou oito cantões, sendo que esta última parte jamais foi usada. Em regra, o desuso deve ser mutação inconstitucional, pois torna a regra constitucional sem efetividade, contrariando a obrigatoriedade inalienável de lei fundamental.

Há, ainda, a *mudança tácita da Constituição ou reforma constitucional tácita*, tendo como base uma modificação formal da Carta Magna (Reforma ou Emenda Constitucional). Dois casos podem ser apontados: a) quando a reforma constitucional não indica, com clareza e precisão, o texto alterado; b) a reforma indica, precisamente, o texto alterado, mas a modificação introduzida contraria norma existente no texto constitucional, o que se denomina de quebrantamento da Constituição. A respeito de tal processo de alteração constitucional, ANNA CÂNDIDA FERRAZ cita o exemplo da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que ao alterar vários artigos da Constituição em vigor à época, manteve os três primeiros incisos do artigo 151 do texto, mas ao dar a redação do inciso IV do dispositivo encerrou com ponto final e não reticências, o que levou se considerar, inclusive por força do Decreto-Lei nº 1.542, de 14 de abril de 1977, que o parágrafo único do artigo 151 fora revogado. No entanto, é imperioso advertir que cabe ao Constituinte evitar dar ensejo a essa modalidade de mudança da Constituição, inclusive em virtude da insegurança que tal alteração pode trazer para a ordem jurídica.

No âmbito dos processos manifestamente inconstitucionais, as violações à Constituição assumem forma variada: interpretações constitucionais, legislativa, judicial e administrativa que, ao atuarem, contrariam a Constituição; as práticas ou costumes contra *constitutionem*; a suspensão da Constituição; ilegitimidade do exercício do poder ou a supressão da Constituição. Todos estes processos trazem aspectos comuns: a) são manifestamente inconstitucionais; b) desbordam os limites de forma ou fundo fixados pelo Constituinte e de observância obrigatória pelos órgãos de aplicação constitucionais; c) ausência do controle de constitucionalidade. A doutrina apresenta alguns exemplos de processos manifestamente inconstitucionais. A Constituição francesa de 1946 proibia, expressamente, a delegação legislativa; contudo, na prática, a norma constitucional foi constantemente violada pelo governo e pelo Parlamento. No Chile, durante a vigência da Constituição, institui-se o regime de decretos-leis delegados, que somente foram admitidos pela Constituição a partir de 1970. No Brasil, vários decretos-leis eram inconstitucionais por falta de atendimento de requisito ou motivação exigidos pelo texto constitucional, mas ainda assim permaneceram em vigor, por não sofrerem qualquer tipo de controle pelo Poder Judiciário. A título de exemplo de costume *contra legem* é citado o caso do Chile, com o desenvolvimento da República parlamentar, do fim do século passado até 1925, sem

103 *Ibid.*, p. 234.

alteração da Constituição que estabelecia, como forma de governo, o presidencialismo. A Constituição brasileira de 1891, em seu art. 42 estabelecia que “*no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou vice-Presidência, se não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á à nova eleição*”, mas o Congresso Nacional, violando tal dispositivo, entendeu caber ao vice-Presidente assumir a Presidência, embora a renúncia do 1º Presidente tivesse ocorrido antes de decorridos dois anos.

Quais seriam os remédios contra as mutações inconstitucionais? Na resposta de ANNA CÂNDIDA FERRAZ, a tentativa de se coibirem os processos inconstitucionais de alteração da Constituição dependeria dos seguintes fatores: “*fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação e efetivação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, maior participação do povo no processo político, mediante aperfeiçoamento de sistemas eleitorais e do sistema de partidos*”.¹⁰⁴ ANNA CÂNDIDA aponta algumas medidas que poderiam solucionar ou minimizar as referidas questões: a) fixação de prazos de matéria de maior relevância, de natureza legislativa (ou não), e das devidas sanções para descumprimento; b) efetiva responsabilização dos detentores do poder diante da inobservância de dever constitucional, e a efetiva atribuição, a órgãos específicos, da fiscalização e controle recíprocos do cumprimento de disposições constitucionais; c) ampliação do alcance dos remédios constitucionais e fortalecimento dos órgãos de controle.¹⁰⁵ Ao cuidar do tema envolvendo o aumento do poder direto do povo e da limitação dos parlamentos por instituições democráticas, GEORG JELLINEK aponta para o surgimento de poderes sociais muito distintos que são capazes de utilizar suas forças, inclusive quanto ao próprio desenvolvimento do povo, através de certos entes. O papel da imprensa, nos últimos anos, tem sido mais influente do que a crítica parlamentar. Um fato, da maior relevância, tem demonstrado a falta de amplitude dos parlamentos: “*la difusión de una nueva organización del pueblo, que sin estar dirigida uniformemente desde un único centro, hace que aumente su importancia política. Asociaciones y asambleas de todo tipo, asociaciones de empresarios y trabajadores, representaciones de intereses multiformes en parte integradas y supervisadas por los mismos interesados o por el Estado, colocan en el lugar de la masa atomizada del pueblo, una estratificación inusitada hoy difícil de calcular y, que progresa rápidamente*”.¹⁰⁶

4. A alteração constitucional formal: a reforma da constituição

Nas palavras de PAULO BRAGA GALVÃO, “*por emenda à Constituição entende-se toda e qualquer modificação formal ao seu texto, aprovada segundo o procedimento estabelecido e atendidas as exigências fixadas na própria carta cons-*

¹⁰⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 257.

¹⁰⁶ JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 86.

titucional”.¹⁰⁷ O termo “emenda” é oriundo do direito norte-americano (*amendment*). O Poder Constituinte de Revisão objetiva permitir a mudança da Constituição, a adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem demandar revolução ou recurso ao Poder Constituinte Originário. “*Reforma, emenda e revisão são manifestações do Poder Constituinte instituído, que podem receber tratamento diferenciado, atribuindo a cada uma dessas formas objeto próprio de atividade, bem como tratamento indiferenciado, sem distinguir uma da outra manifestação pela forma ou matéria de sua atividade*”.¹⁰⁸

As constituições de 1824 e 1891 referiam-se à hipótese de reforma, ao passo que a Constituição de 1934 previu duas hipóteses de alteração formal do texto constitucional: a emenda e a revisão. A revisão abrangia as modificações que diziam respeito à estrutura política do Estado e à organização ou à competência dos poderes de soberania, enquanto que a emenda compreendia alterações que não influíssem em tais aspectos. A Constituição Federal de 1988 não distinguiu emenda da revisão no que pertine às matérias suscetíveis de emenda ou revisão, apenas trazendo diferenças quanto à observância de requisitos formais e temporais acerca do tema. As constituições de 1946 e 1967 empregaram unicamente o termo emenda.

“*A emenda pode ser uma das espécies de reforma da Constituição, mas pode também ter um sentido mais genérico, que abarque o que seria objeto de revisão*”.¹⁰⁹ O conceito de “emenda” contém a idéia de alteração parcial, mas não vinculado à menor importância ou reflexo da alteração. Daí a observação de PAULO GALVÃO, segundo a qual “*uma emenda constitucional que, por exemplo, limite as atribuições do Executivo, no tocante à decretação do estado de sítio ou à intervenção federal nos Estados, mesmo não chegando a afetar a essência de um sistema constitucional, seguramente não representa apenas mero retoque na Lei Maior, sendo inegavelmente relevantes as suas conseqüências políticas*”.¹¹⁰ Um exemplo concreto foi o da Emenda nº 25, de 1985, à Constituição de 1967, que restabeleceu as eleições diretas para Presidente da República; assegurou o voto do analfabeto, além de outras providências.

“*Não se pode admitir como emenda constitucional ato que, importando modificações no texto de uma Constituição, seja editado em desacordo com as regras nela estabelecidas*”,¹¹¹ como foi o exemplo da Emenda nº 01/69, outorgada pelos ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica. Não é possível que o Poder Reformador proceda a uma reforma total da Constituição. Observa RAUL MACHADO HORTA que “*o desconhecimento da natureza limitada do Poder Constituinte Derivado, seja ele denominado poder de revisão, poder de emenda, ou poder de reforma, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista*

107 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 17.

108 HORTA, Raul Machado, *op. cit.*, p. 25.

109 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 20.

110 *Ibid.*, p. 21.

111 *Ibid.*, p. 22.

na Constituição, conduzirá ao que se denomina 'fraude à Constituição'." ¹¹² A respeito disso, a constituição grega, em seu art. 108, é peremptória: "*a revisão total da Carta é proibida*", admitindo a revisão das "*partes não fundamentais*" da Carta após dez anos. Caso fosse possível a reforma total, reconhecer-se-ia ao poder revisor a faculdade de revogar a própria Constituição que o criou, fazendo desaparecer o fundamento de sua competência. Essa não é a opinião de JORGE REINALDO VANOSSI que considera possível obter a reforma total através da sucessão de emendas, concluindo: "*no hay forma de impedir la reforma total*". ¹¹³

Como ressalva PAULO GALVÃO, "*é logicamente possível que a própria Constituição preveja a possibilidade de sua revisão total, fixando também o processo para efetivá-la*", ¹¹⁴ como ocorreu com a Constituição francesa de 1848 e a Constituição suíça de 1848, sendo que, em tal hipótese, ficam superadas as discussões quanto aos limites materiais ao poder de reforma.

De acordo com JORGE MIRANDA, são requisitos de qualificação da revisão constitucional: a) intenção ou causa da revisão constitucional, ou seja, a vontade ou finalidade de substituir, suprimir ou editar normas formalmente constitucionais; b) órgão competente; c) tempo de revisão, ou seja, a época da revisão; d) normalidade constitucional; e) maioria qualificada. ¹¹⁵

5. Limites ao poder de reforma

Os limites ao poder de reforma e ao seu exercício podem ser classificados de acordo com alguns critérios: a) *temporais*, com a fixação de um prazo cujo transcurso é indispensável para que possa ocorrer a emenda à constituição; b) *circunstanciais*, aqueles que impedem a alteração constitucional na ocorrência de determinados fatos peculiares ou excepcionais; c) *processuais* (ou formais), os que pertinem à tramitação da proposta de reforma; d) *materiais* (ou substanciais), ou seja, aqueles que obstem a modificação de certos aspectos considerados muito importantes e fundamentais.

No que toca aos limites temporais, a maioria das Constituições pode ser reformada a qualquer tempo, sem nenhuma restrição relativa ao momento em que seria possível verificar-se tal reforma. Algumas vezes, no entanto, o Constituinte Originário proíbe que a reforma constitucional se realize durante certo tempo, sendo que uma variante é a previsão da periodicidade da proposta de reforma. Também há casos de se estabelecer a obrigação de reforma periódica, sem que evite a possibilidade de reformas em outras épocas. "*É sintomático que em algumas das primeiras constituições escritas se fizesse constar esse tipo de limitação, evidentemente pelo temor de que já no dia seguinte ao de sua promulgação se tentasse alterá-la*". ¹¹⁶ A

¹¹² HORTA, Raul Machado, *op. cit.*, p. 26.

¹¹³ VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 201.

¹¹⁴ GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 171-172.

¹¹⁶ GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 35.

Constituição norte-americana procurou se resguardar contra a possibilidade de alteração de disposições relativas à imigração e ao lançamento de impostos até o ano de 1808, como disposição transitória. A Constituição do Império, de 1824, no Brasil, estabeleceu o prazo de quatro anos de vedação de qualquer alteração. Há, expressamente, em outros textos constitucionais, o acolhimento do termo de proibição de reformas, podendo ser lembrados os seguintes textos: a) Constituição do Paraguai, de 1870, previa o prazo de cinco anos; b) Constituição da Grécia, de 1927, estabeleceu o prazo de cinco anos; c) A Constituição da Espanha, de 1812, previu o prazo de oito anos; d) Constituição da Colômbia, de 1821, fixou o prazo de dez anos; e) Constituição da Argentina, de 1853, também previu o prazo de dez anos.

Outra espécie de limite temporal é a da previsão acerca da periodicidade para as revisões, característica de várias Constituições de Estados-membros norte-americanos, como por exemplo, a Constituição de Indiana de 1816, que estabelece periodicidade de doze anos, ou a Constituição do Tennessee, que prevê o período de seis anos. As Constituições portuguesas, de 1911 e de 1933, previam que as alterações formais da Constituição somente poderiam ocorrer de dez em dez anos, o que mereceu o seguinte comentário de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “isso seria magnífico se as crises políticas tivessem data certa”.¹¹⁷ Outra hipótese de limitação temporal pode ser verificada na Constituição francesa de 1848, que estabelecia que só no último ano de cada legislatura caberia alteração de qualquer disposição constitucional, o que somente ocorreria de três em três anos.

Quanto aos limites circunstanciais, ou seja, aqueles que estão “vinculados à ocorrência de determinados fatos peculiares, ou excepcionais, que configurariam um situação tal que não seria aconselhável proceder, nessas ocasiões, a qualquer reforma constitucional”,¹¹⁸ também há algumas peculiaridades. Tradicionalmente, tem-se considerado que a Constituição não deve ser alterada em momentos excepcionais, em que muitas vezes as alterações não seriam fruto de reais necessidades de mudança. Como exemplo comum de limitação circunstancial é apresentado o da intangibilidade da Constituição durante a vigência do estado de sítio, o que se verifica desde 1934 no Brasil. Além do estado de sítio, são também consideradas situações que não ensejariam qualquer mudança: o estado de emergência; em tempo de guerra; a ocupação do território do Estado por forças estrangeiras. Em se tratando de constituições monárquicas, prevê-se como limitação circunstancial a proibição de se modificar a Constituição nos períodos de regência, como ocorreu na Constituição belga de 1831 e na Constituição japonesa de 1889. As Constituições dos Estados-membros da Federação brasileira, de 1989, quase todas proibiram emendas na vigência de intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa. Tais regras visam garantia que as deliberações quanto a possível alteração constitucional possam ser tomadas em ambiente de liberdade, evitando as imposições de força ou de interesses unilaterais. Para NELSON DE SOUSA SAMPAIO, tais limitações circunstanciais “não podem ser afastadas através de reforma da Constituição, porque,

117 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 173.

118 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 37-38.

do contrário, teríamos conferido ao poder reformador a faculdade de libertar-se das condições de tempo do seu exercício, impostas pelo legislador constituinte”.¹¹⁹ NELSON SAMPAIO defende a possibilidade do poder reformador prever ou estender o prazo de irreformabilidade da Constituição, pois, assim, ele próprio estaria “*criando ou tornando mais rigorosas as condições de tempo para o seu exercício*”.¹²⁰

Com relação aos limites processuais, também chamados formais, é apontada a Constituição norte-americana, de 1787, que exige, para aprovação da emenda, o voto de dois terços dos membros de suas casas legislativas e, como decorrência do traço federativa, prevê-se a necessidade da ratificação da aprovação pelas assembleias legislativas de, pelo menos, três quartos dos Estados. A maior parte dos Estados adota o sistema de atribuir ao próprio Poder Legislativo ordinário a competência para proceder às modificações do texto constitucional, impondo requisitos procedimentais mais dificultosos do que aqueles impostos para a elaboração das leis ordinárias. Trata-se do modelo das maiorias qualificadas, que é seguido no Brasil desde a Constituição de 1891. Há, ainda, outros modelos que impõem limitações formais, como aqueles que fixam outros requisitos processuais para que a emenda se efetive. A Constituição italiana que, ao tratar da criação ou fusão de regiões, exige, além do *quórum* qualificado, a solicitação preliminar dos Conselhos Comuns (municipais) que representem, no mínimo, um terço da população interessada, sujeitando-se a posterior aprovação via *referendum*.

Como uma das limitações processuais, há a questão relativa à iniciativa da proposta de reforma, que, de acordo com o regime político — se mais autocrático ou democrático —, comporta variação. Assim, dependendo do regime, a iniciativa da proposta pode ficar sob a reserva exclusiva do Poder Executivo, ou apenas sob responsabilidade do Poder Legislativo, ou ainda, sendo reconhecida ao corpo eleitoral. No Brasil, as Constituições republicanas reservaram, tradicionalmente, a iniciativa da proposta de reforma aos parlamentares, tendo as Constituições de 1937 e de 1967 admitido a iniciativa do Presidente da República com tratamento preferencial. Nos Estados federais, uma peculiaridade, nessa matéria, é a da proposta originária dos Estados-membros. PAULO GALVÃO, observando a sistemática introduzida pela Constituição brasileira de 1988, aponta que “*embora tivesse introduzido no sistema constitucional brasileiro o instituto da iniciativa popular, a Constituição de 1988 restringiu-a à matéria legislativa, não a prevendo em matéria constitucional*”.¹²¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA defende a possibilidade da iniciativa popular do projeto de emenda: “*Está expressamente estabelecido que o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou diretamente (art. 1º, parágrafo único), que a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa popular (art. 14, II e III) e que cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo sem especificação (art. 49, XV), o que permite o referendo facultativo constitucional.*

119 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p.80.

120 *Ibid.*, p. 81.

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

Vale dizer, pois, que o uso desses institutos, em matéria de emenda constitucional, vai depender do desenvolvimento e da prática da democracia participativa que a Constituição alberga como um de seus princípios fundamentais”.¹²²

JORGE MIRANDA apresenta oito sistemas de revisão constitucional no Direito Comparado¹²³: a) revisão pela assembléia ordinária, sem maioria diferente da requerida para as leis ordinárias, mas com requisitos especiais de outra ordem, como por exemplo prazo de dez em dez anos; a iniciativa do projeto de reforma exclusiva do rei; b) revisão pela assembléia ordinária, com maioria qualificada, tratando-se do sistema mais freqüente, com previsão ora de maioria absoluta, ora, dois terços (modelo mais comum), ora três quartos dos membros da assembléia; c) revisão por assembléia ordinária renovada, ou seja, após a tomada de decisão no sentido de reformar a Constituição, com a proposta ou a definição dos pontos a alterar, caberá à assembléia resultante de eleições gerais aprovar (ou não) as modificações, como era o modelo da Constituição brasileira de 1824; d) revisão por uma assembléia eleita específica e exclusivamente para tal fim, o chamado sistema de convenção, com a dissolução da assembléia após a deliberação sobre a reforma; e) revisão por assembléia, sujeita a referendo, dentro de determinadas condições, o que se denominou sistema de referendo possível (facultativo) ou por deliberação da assembléia, a requerimento de uma das Câmaras em oposição à outra, por decisão do Presidente da República, ou por solicitação feita por determinado número de membros do parlamento ou de cidadãos; f) revisão sujeita obrigatoriamente a referendo, ou seja, sem a aprovação popular, não haveria lei de revisão, ou ela não seria perfeita sem tal sanção, como previa a Constituição suíça de 1874; g) revisão por assembléia, com a participação adicional dos Estados federados, tratando-se de sistema adotado em Estados federais, mediante a participação dos Estados-membros, seja através das respectivas assembléias legislativas, seja através de votação popular direta, como prevê o artigo V, da Constituição norte-americana.

Os limites materiais (ou substanciais) são aqueles “*que impedem que determinadas matérias sejam objeto de modificação pelo órgão revisor da constituição*”.¹²⁴ UADI LAMÊGO BULOS denomina os limites materiais expressos de cláusulas de inamovibilidade “*porquanto, perante a observância das mesmas, o legislador reformador não poderá abolir, devido a uma determinação taxativa do constituinte, rol específico de matérias.*”¹²⁵ Historicamente, a mais freqüente disposição constitucional insuscetível de alteração tem sido a forma de governo, sobretudo no sentido da manutenção da República. Nas palavras de NELSON SAMPAIO, “*todas as constituições republicanas do Brasil, excetuada a de 1927, não permitem que sejam objeto de deliberação propostas tendentes a abolir a federação ou a república*”.¹²⁶

122 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66.

123 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 153-159.

124 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 39.

125 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 96.

126 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 84.

A monarquia era também intocável nas Constituições da Grécia de 1952, do Reino de Marrocos de 1972, e do Estado de Bahrein de 1973.

A Constituição do Reino da Noruega, de 1814, é apontada como talvez a primeira Constituição que expressamente consignou que as modificações ao seu texto não poderiam contrariar os princípios ou alterar o *espírito da Constituição*, de certa forma antecipando uma doutrina do século XX quanto aos limites implícitos ou aparentes. A Constituição da Grécia de 1927 somente admite revisão de disposições não fundamentais. Dentro do rol das Constituições que elencam determinadas matérias como insuscetíveis de alteração, pode ser citada a Constituição de Portugal de 1976, que prevê o rol mais longo de limites materiais expressos.¹²⁷ Uma peculiaridade em matéria de limite material “*é aquela que consiste em estabelecer que a matéria constante de proposta rejeitada ou havida prejudicada, somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras, ressalvadas as proposições do Presidente da República*”,¹²⁸ nos termos do artigo 58, § 3º, da Emenda nº 01/69. Outro limite expresso, de caráter peculiar, é o previsto no artigo 233, da Constituição da Bolívia de 1967, que menciona que emenda que diga respeito ao período do mandato do Presidente da República somente será aplicada no período seguinte para não violar o princípio republicano, marcado pela eletividade e periodicidade dos mandatos.

Em alguns países, como ocorreu em Portugal, tem-se observado uma tendência ao aumento do rol dos limites materiais expressos, por uma série de razões. No caso brasileiro, PAULO GALVÃO sustenta que tal fenômeno, ainda que não intenso como em Portugal, se deve ao “*descaso que na prática foi dado às limitações implícitas ao poder de emendar a Constituição, fazendo com que, freqüentemente, se os tivesse por inexistentes, por não explícitos.*”¹²⁹ Mas será que tal postura (a de aumentar as chamadas cláusulas pétreas) é correta, diante do engessamento do sistema constitucional e jurídico? A matéria, é claro, está intimamente associada à questão dos limites materiais implícitos.

A respeito dos limites materiais implícitos, a doutrina constitucional considerava que apenas havia limites ao poder de reforma desde que expressos na própria Constituição. “*O que não constasse explicitamente da Constituição poderia relacionar-se com o chamado direito natural, com a política, mas não faria parte do campo do Direito*”.¹³⁰ Como precursores daqueles que passaram a admitir e reconhecer limites materiais implícitos, a doutrina cita os constitucionalistas norte-americanos JOSEPH STORY e THOMAS M. COOLEY.¹³¹ JOSEPH STORY considerou existente limite implícito ao poder de reforma da Constituição norte-americana, de

127 Sobre o tema, ver MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 177.

128 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 42.

129 GALVÃO, Paulo Braga. Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988, *op. cit.*, p. 256.

130 *Idem. Limitações ao poder...*, p. 43.

131 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 90.

1787: a federação, somente admitindo a sua dissolução através da revolução, mas nunca através de reforma constitucional: "... JOSEPH STORY, *o qual se preocupou em sustentar que a Federação era inatingível por uma reforma constitucional nos Estados Unidos (a Constituição Americana só contém expressa uma proibição de se alterar a igual representação dos Estados no Senado)*"¹³² Para THOMAS COOLEY as emendas não poderiam ser revolucionárias, mas deveriam estar em harmonia com o corpo do documento constitucional.¹³³ De acordo com NELSON SAMPAIO, a doutrina dos limites implícitos é "*uma doutrina irrecusável, porque se estriba no próprio conceito de reforma constitucional e na distinção evidente entre poder revisor e poder constituinte*",¹³⁴ considerando, inclusive, a assertiva de que toda Constituição rígida é, em parte, também uma Constituição fixa. Reforma constitucional não pode representar destruição, supressão ou substituição da Carta Constitucional, como dizia CARL SCHMITT. WILLIAM L. MARBURY observou que o poder de reforma da Constituição não inclui o poder de destruição, reportando-se ao preâmbulo da Constituição norte-americana, no sentido de que o objetivo do povo dos Estados Unidos era formar uma mais perfeita União dos Estados.¹³⁵ Também CARL SCHMITT teve importante influência na doutrina dos limites implícitos, ao distinguir a Constituição e a lei constitucional: a Constituição deve ser encarada como uma decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, ao passo que as leis constitucionais são as normas que completam ou regulam essa decisão política fundamental. Assim, de acordo com CARL SCHMITT, "*O poder constituinte instituído pode alterar as leis constitucionais, mas não pode mudar a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política*"¹³⁶, ou seja, não pode alterar a decisão política fundamental. Desse modo, "*a reforma da Constituição só pode ser concebida no pressuposto de que 'fiquem garantidas a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo'*".¹³⁷

Não haveria qualquer discussão a esse respeito caso o próprio texto constitucional enumerasse quais seriam aquelas decisões fundamentais, arrolando as matérias não passíveis de modificação pelo Poder Reformador. No entanto, a despeito da ausência de previsão expressa, tal não significa que os limites materiais não-expressos não existam, diante da sua consideração no contexto das decisões políticas fundamentais. Historicamente, há alguns exemplos que demonstram o equívoco em se desconsiderar a existência de limites materiais implícitos ao poder de reforma. A lei alemã de 24 de março de 1933, que conferiu amplos poderes a Hitler, transferiu

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 145.

¹³³ SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 90. A respeito do tema, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO aponta que para COOLEY considerava que o Poder de revisão tem limites implícitos, "*limites esses que derivam do espírito da Constituição*" (*op. cit.*, p. 145).

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Confira a análise desta parte da obra de WILLIAM MARBURY no trabalho de PAULO BRAGA GALVÃO, *Limitações ao poder ...*, *op. cit.*, p. 45-46.

¹³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 146.

¹³⁷ GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 47.

para ele o Poder Constituinte, o que fez com que a Constituição de Weimar — que não vedava expressamente tal delegação de poder —, sucumbisse ao arbítrio e tirania do governante. Situação parecida ocorreu na França, com a lei de 10 de julho de 1940, que atribuiu ao Marechal Pétain de poderes ilimitados, inaugurando o denominado Governo de Vichy. Tais episódios podem ser considerados o que LIET-VEAUX denominou de fraude à Constituição, para demonstrar o significado da ilimitação do poder de reforma constitucional, mascarando, muitas vezes, uma verdadeira revolução: “a instalação do regime facista na Itália se processou, aos olhos de um positivista, dentro do respeito às formas constitucionais em vigor”,¹³⁸ não havendo dúvida de que houve total subversão da vida constitucional italiana naquela época. Daí o acerto da conclusão de PAULO GALVÃO: “se o poder de emendar a Constituição não fosse limitado, não haveria distinção entre uma assembléia constituinte e o legislativo ordinário. Se o parlamento não estivesse assim limitado, não só expressa mas também implicitamente, estaria ele equiparado ao povo, este sim titular do poder constituinte originário, de tal maneira que seria como que indiferente fosse esse poder exercido pelo povo ou por um poder constituído”.¹³⁹

A cláusula de limites materiais expressos tem natureza declaratória, e não constitutiva, pois, como regra, não cria as limitações materiais, e sim estas decorrem da coerência dos princípios constitucionais, e a sua função é a de garantia. Os limites materiais implícitos são, do mesmo modo, necessários, sendo que a sua aferição deve levar em conta o sistema constitucional como um todo.

6. Pontos polêmicos atinentes aos limites materiais

Apesar da doutrina dos limites materiais implícitos ser, contemporaneamente, objeto de aceitação na grande parte dos sistemas, como adverte NELSON SAMPAIO, “ainda não há acordo entre os seus adeptos na discriminação”¹⁴⁰ de tais limites. A maior tentativa de fundamentação jusfilosófica dos limites ao Poder Reformador se encontra na obra de HORST EHMKE, analisado por NELSON DE SOUSA SAMPAIO.¹⁴¹ De acordo com EHMKE, os limites inerentes ao poder de reforma podem ser divididos em três espécies: a) limites transcendentais à Constituição, representadas pelas condições técnicas, econômicas e até pela situação geográfica da comunidade, bem como pelas normas gerais do Direito das Gentes, tratando-se, pois, de limites fáticos, metajurídicos, que se impõem, inclusive, ao Poder Constituinte Originário; b) limites, em parte, imanentes e, em parte, transcendentais à Constituição (também nominadas de limites anfíbios), representando o fundamento de validade do Poder

¹³⁸ Apud GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder....*, p. 49-50.

¹³⁹ GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder....*, p. 52.

¹⁴⁰ SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴¹ No livro *O poder de reforma constitucional*, NELSON DE SOUSA SAMPAIO analisa, com profundidade, a obra de HORST EHMKE, retratando o pensamento do jurista alemão a respeito dos limites materiais.

Constituinte, os fins da comunidade política (geralmente constantes dos preâmbulos dos textos constitucionais); os direitos fundamentais ligados à dignidade do homem, reconhecidos pela ordem internacional; e os direitos da Igreja e da família; c) limites imanentes à Constituição, sendo estes os de maior interesse, ou seja, aqueles resultantes do conceito material de Constituição, que a definem por dois aspectos: o de ser instrumento de limitação e racionalização do poder e o de ser carta de garantia de uma vida política livre para as gerações presentes e futuras.

Construindo o seu pensamento a partir da doutrina dos limites materiais implícitos, NELSON DE SOUSA SAMPAIO sustenta a existência de quatro categorias de normas constitucionais que, ainda que não expressamente mencionadas no texto constitucional, estão fora do alcance do Poder Reformador: “a) as relativas aos direitos fundamentais; b) as concernentes ao titular do poder constituinte; c) as referentes ao titular da poder reformador; d) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional”.¹⁴² A inclusão da primeira categoria das normas constitucionais — que cuidam dos direitos fundamentais — no rol das matérias insuscetíveis de reforma é desnecessária, de acordo com tal orientação, diante do caráter supra-estatal de tais direitos, cujo respeito é obrigatório inclusive pelo Poder Constituinte Originário, proibindo-se, pois, a alteração da substância dos preceitos, mas não a da redação dos dispositivos referentes aos direitos fundamentais. Quanto à segunda categoria de normas constitucionais — relativas ao titular do Poder Constituinte —, a reforma não pode alterar o titular do Poder Constituinte, pois “o reformador não pode dispor do que não lhe pertence”,¹⁴³ aplicando-se o princípio da inalienabilidade da soberania popular que nega ao próprio povo o direito de renunciar ao seu Poder Constituinte. No que toca à terceira categoria de normas — referentes ao titular do Poder Reformador —, não se podem alterar tais normas pois o Poder Reformador não pode renunciar a sua própria competência em favor de qualquer outro órgão, sendo indelegáveis suas funções e atribuições, pois estas lhe foram conferidas para que ele próprio, e ninguém em seu lugar, as exercitasse. E, finalmente, no concernente à quarta categoria de normas constitucionais — referentes ao processo da própria reforma —, deparamo-nos com um dos temas mais polêmicos na atualidade do Direito Constitucional.

NELSON SAMPAIO distingue a natureza da reforma para analisar as limitações dela sobre as normas relativas ao processo de reforma constitucional: “se é para simplificar ou para tornar mais rigorosas as exigências que a constituição prescreve para sua revisão”¹⁴⁴ Para ele, a primeira hipótese — a de simplificação do processo de reforma —, somente seria admissível se a própria Constituição autorizasse expressamente a alteração das regras relativas à sua reforma, como fez a Constituição brasileira de 1934. Excluída tal possibilidade, o Poder Reformador não pode atenuar os requisitos previstos para a reforma constitucional: “se fosse possível admitir qualquer simplificação do processo revisor, ter-se-ia de aceitar a possibilidade de

142 SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 95.

143 *Ibid.*, p. 97.

144 *Ibid.*, p. 106.

transformar-se em flexível uma constituição rígida, ou, em outras palavras, de que o poder reformador usurpe a função constituinte".¹⁴⁵ Na segunda hipótese — agravamento dos requisitos do processo de reforma —, NELSON SAMPAIO considera legítima a reforma constitucional, já que respeitar-se-iam todas as formalidades e condições exigidas, criando-se outras que vinculariam o próprio Poder Reformador para o futuro, ora tornando insuscetíveis de reforma alguns pontos da Constituição, ora criando a exigência da aprovação por referendun popular, por exemplo.¹⁴⁶ JORGE MIRANDA considera possível a alteração das normas processuais sobre revisão constitucional contanto que guarde "*fidelidade aos princípios fundamentais da Constituição*".¹⁴⁷

Duas questões importantes são levantadas, na discussão do tema envolvendo os limites materiais implícitos, conforme bem aponta PAULO BRAGA GALVÃO: a) a emendabilidade das regras sobre o processo de emenda à Constituição; b) a emendabilidade das cláusulas que estatuem limitações materiais. No que pertine à primeira questão, PAULO GALVÃO concorda com posição já mencionada de NELSON SAMPAIO no sentido de que não é possível, a critério do Poder Reformador, transformar uma Constituição rígida em flexível: "*aí mais uma vez se torna necessário pôr em relevo a distinção entre o poder constituinte originário e o dele derivado*".¹⁴⁸ JORGE REINALDO VANOSSI considera possível a reforma da norma de revisão, ao criticar a posição e os fundamentos de ALF ROSS sobre o tema.¹⁴⁹ PAULO GALVÃO ilustra a sua posição com o exemplo de uma convenção de condomínio que estabelecesse o *quorum* da totalidade dos condôminos para aprovação acerca da realização de certas obras suntuárias no prédio, sendo que posteriormente a maioria de dois terços (diante da não-concordância de todos) resolve alterar a convenção para não mais exigir a unanimidade e sim a maioria de dois terços: trata-se de um exemplo de autonomia relativa, que não tem como ser comparado com a questão constitucional, considerando que as assembléias do condomínio representam o próprio corpo eleitoral atuando na elaboração e reforma do seu estatuto fundamental e básico.¹⁵⁰ Assim, não há como ser transplantada tal situação para o campo constitucional, diante da diferença fundamental entre Poder Constituinte originário e aquele que é instituído pelo primeiro. A respeito da possibilidade de emenda para tornar o processo da reforma mais difícil — que é aceita por NELSON SAMPAIO —, PAULO GALVÃO se coloca em posição contrária: "*Da mesma maneira que o poder constituinte originário de hoje não pode pretender sujeitar aos seus desígnios o poder constituinte originário do futuro, das gerações vindouras, parece-nos também que o poder revisor de hoje não pode criar limitações ou*

145 *Ibid.*, p. 107.

146 *Ibid.*

147 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 162.

148 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 57.

149 Trata-se do item *Un juego de lógica: Alf Ross y la autorreferencia*, na sua obra *Teoría constitucional*, *op. cit.*, p. 236 e seguintes.

150 GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 59-60.

facilidades para as futuras emendas".¹⁵¹ No entanto, a prática constitucional brasileira já experimentou alterações constitucionais das regras processuais de reforma, como no exemplo da Constituição de 1967, que previa a maioria absoluta para emenda, alterada pela Emenda nº 01/69 para dois terços dos parlamentares, novamente modificada em 1977 para maioria absoluta através da Emenda nº 08, culminando com a mudança para dois terços em 1982. Trata-se de um retrato claro das situações de casuísmos políticos governamentais, diante do maior ou menor interesse em que a Constituição pudesse ser reformada.

A segunda questão importante diz respeito à emendabilidade das cláusulas que prevêm as limitações materiais. De acordo com NELSON DE SOUSA SAMPAIO é desnecessário estipular que as disposições que proíbem a reforma de determinadas matérias são insuscetíveis de reforma, pois se fosse possível a alteração da própria norma constitucional que prevê que determinados pontos são intangíveis, não haveria sentido em se proibir a reforma dos dispositivos que tratam das chamadas cláusulas pétreas. JORGE MIRANDA considera que tal argumento "*leva consigo uma carga positivista e conceitualista evidente; significa uma hipostasiação da lei constitucional e da sua autoqualificação, visto que os limites materiais valeriam por terem sido consagrados 'ex professo' e não porque deveriam valer como limites materiais (...) e valeriam mesmo quando o legislador constituinte tivesse cometido um verdadeiro abuso de poder, estipulando limites desrazoáveis ou sem suficiente apoio na consciência jurídica colectiva.*"¹⁵² Tal manifestação mereceu comentário de PAULO BRAGA GALVÃO: "*se o constituinte elevou à condição de cláusula imodificável determinado princípio, essa escolha não poderia ser questionada pelo poder constituinte instituído a partir de critérios de razoabilidade, sob pena de se negar a própria distinção entre aquele e o poder constituinte originário.*"¹⁵³ A meu sentir, é acertada a posição de NELSON SAMPAIO e PAULO GALVÃO, considerando a básica distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. É relevante, no entanto, a advertência de que pode se verificar, eventualmente, que uma norma que impeça modificação entre em confronto com os princípios gerais ou o sistema da Constituição: "*nesse caso, todavia, se admitiria a possibilidade de revisão pela prevalência de um princípio maior ou da própria coerência do ordenamento constitucional como um todo.*"¹⁵⁴ Os limites materiais são irreformáveis, exatamente por terem assim sido considerados pelo Poder Constituinte Originário, daí a impossibilidade de alteração da própria norma que prevê a sua inalteração. "*O órgão revisor não pode tampouco estabelecer novas limitações materiais, além das já fixadas pelo poder constituinte originário. O tornar pétreas ou imutáveis determinadas cláusulas se nos afigura algo estritamente reservado ao poder que cria a constituição*".¹⁵⁵

151 *Ibid.*, p. 60.

152 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 208.

153 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 63.

154 *Ibid.*, p. 63.

155 *Ibid.*, p. 63-64.

A doutrina considera que as cláusulas que prevêem limites materiais têm a natureza declaratória,¹⁵⁶ e não constitutiva. A despeito de realmente se verificar, em regra, tal natureza, é possível questionarmos se determinadas cláusulas não possuem caráter constitutivo, ainda que em escala bem mais reduzida. Por exemplo: no caso brasileiro, a Constituição de 1967 previa a república como matéria insuscetível de alteração no âmbito constitucional, sendo que com o advento da Constituição de 1988 a república deixou de estar no rol das matérias insuscetíveis de reforma e, mais do que isso, foi prevista a realização de plebiscito para que o titular do Poder Constituinte pudesse fazer sua escolha entre república ou monarquia. No exemplo, resta evidenciado que a república ainda é matéria reservada ao Poder Constituinte Originário, não se sujeitando, pois, ao Poder Reformador, o que vem a confirmar a tese de que realmente as matérias envolvidas sob o manto da petrificação são apreendidas pelo Poder Constituinte Originário que as reconhece e não as constitui em cláusulas pétreas. O mesmo pode-se dizer da Constituição de Portugal de 1976, ainda que com a enumeração extensa do rol de matérias insuscetíveis de mudança. PAULO GALVÃO aventa a hipótese do Poder Reformador promulgar emenda constitucional prevendo novo limite material ao poder de reforma, como a aquisição da nacionalidade brasileira, esclarecendo que não haveria qualquer óbice, neste caso, a que outra emenda suprimisse tal regra impeditiva de modificação, para, posteriormente, votar nova emenda alterando as regras de aquisição de nacionalidade¹⁵⁷: a explicação consiste na circunstância da matéria não envolver qualquer limite material implícito, além do que as alterações se deram por obra do Poder Constituinte Derivado. Mas outra situação não ensejaria a mesma conclusão: suponhamos que uma emenda, na vigência da Constituição de 1967, declarasse o princípio do sufrágio universal e do voto direto e secreto como não sendo modificável. Eventual revogação de tal cláusula pétrea não permitiria a introdução do voto censitário no Brasil, através de outra emenda, por força de se tratar de hipótese de limite implícito, que persiste mesmo ante a sua retirada formal do texto constitucional.

7. O controle de constitucionalidade da reforma da constituição

Assunto diretamente relacionado aos limites do poder de reforma é o da inconstitucionalidade de emendas ou revisões constitucionais. Evidentemente que somente há de se falar em controle de constitucionalidade da reforma constitucional se houver o reconhecimento da existência de limites, mormente os implícitos, ao poder de reforma, pois para aqueles que consideram que não há limites (ou apenas não há que se falar em limites implícitos), a reforma à Constituição não poderia ter a sua constitucionalidade questionada. Mas, ainda assim, para alguns destes últimos autores, haveria a questão da constitucionalidade da reforma sob o aspecto formal, a saber, a necessidade de observância do procedimento instituído e previsto na Cons-

156 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder....*, p. 65 e MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 198.

157 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder....*, p. 65.

tituição que pode suscitar o controle de constitucionalidade das normas em caso de violação.

O tema é instigante, mesmo porque há o questionamento de como seria possível o julgamento de validade dos preceitos da Constituição — ainda que através de reforma — por um órgão que a própria Constituição criou, sem que isso representasse um golpe de Estado. Ao responder tal indagação, PAULO GALVÃO observa que o controle de constitucionalidade é perfeitamente possível a partir da idéia de que ele objetiva preservar o conteúdo da Constituição em que se baseia a sua legitimidade: “*são, assim, os princípios básicos da Constituição que expressam esse direito superior que deve obrigatoriamente ser respeitado. Em outras palavras, é dentro da própria Constituição que encontramos os princípios cuja inobservância importaria a ruptura da ordem constitucional, ou mesmo a fraude à Constituição.*”¹⁵⁸ Para NELSON DE SOUSA SAMPAIO, “*não há melhor prova de que o poder de reforma é, por natureza, constituído, pois do contrário teríamos o absurdo de um órgão constituído — o judiciário — a controlar um órgão constituinte*”¹⁵⁹, concluindo, assim, pela admissibilidade do controle de constitucionalidade incidir também nas atividades do Poder Reformador.

Historicamente, foi tardia a admissão do controle de constitucionalidade sobre atos do Poder Reformador. Houve bastante tempo até o começo da efetivação do controle de constitucionalidade. NELSON SAMPAIO aponta como uma das causas de tal atraso a equivocada identificação, que se fazia na doutrina e na jurisprudência, entre Poder Revisor e Poder Constituinte. PAULO GALVÃO informa que, durante o século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América manteve a orientação segundo a qual o exame da constitucionalidade de uma emenda à Constituição era uma questão política, cuja decisão não era afeta, portanto, ao Poder Judiciário, baseando a negação de jurisdição através de alguns fundamentos, entre os quais, a ausência de norma aplicável ao caso, a impossibilidade de afetar o princípio da divisão de poderes e a não-correspondência entre a solução judicial e a vontade do eleitorado.¹⁶⁰ No início do século XX, a mesma Suprema Corte norte-americana começou a distinguir entre as questões de conteúdo das emendas (“*matters of substance*”), representando questões políticas) e as questões de procedimento das emendas (“*matters of procedure*”), para admitir o controle de constitucionalidade em relação às últimas. A partir de 1920, ao julgar os *national prohibition cases*, a Suprema Corte passou a admitir o exame de fundo (conteúdo) da décima-oitava Emenda à Constituição norte-americana, desenvolvendo-se, cada vez mais, a partir de então.

Na precisa lição de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, ao cuidar da desnecessidade de previsão expressa no texto constitucional a respeito do controle de constitucionalidade sobre emenda ou revisão constitucional, “*não há (...) necessidade de que se consagre essa faculdade expressamente na constituição, como não houve para que o controle de constitucionalidade das leis medrasse em alguns países, a*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

¹⁵⁹ SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 108-109.

¹⁶⁰ Confira, a respeito, a análise feita por GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder*..., p. 69-71.

começar pelas Estados Unidos."¹⁶¹ Alguns textos constitucionais estabeleceram regras expressas prevendo o controle de constitucionalidade da reforma, como foi o caso da Constituição de Cuba de 1940, em seu artigo 182, alínea d. Há outras Constituições que estabelecem o controle prévio de constitucionalidade de emendas. Em alguns países europeus, em especial aqueles que seguiram o modelo do sistema concentrado de constitucionalidade, iniciado pela Constituição austríaca de 1920, como Alemanha e Itália, passou-se ao exercício do controle judicial de constitucionalidade dos atos praticados pelo Poder Reformador, a partir da concepção da existência da Corte Constitucional com competência específica para exercer o controle de constitucionalidade. JOSÉ AFONSO DA SILVA, apesar de reconhecer a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade da reforma à Constituição no Brasil, menciona que "*não se tem exemplo desse controle em relação às emendas que desrespeitem as limitações implícitas*".¹⁶²

NELSON DE SOUSA SAMPAIO trata da amplitude do controle de constitucionalidade de reforma da Constituição, asseverando que: a) o controle da constitucionalidade formal da reforma é indubitável; b) há divergência doutrinária a respeito da extensão do controle da constitucionalidade material da reforma. Quanto às limitações expressas, "*não há justificativas para vacilar-se quanto ao cabimento do controle de constitucionalidade*",¹⁶³ mesmo porque não teria sentido estatuir-se que não pode ser alterada determinada disposição constitucional que diga respeito à determinada matéria se não houvesse mecanismos de controle da atuação do Poder Reformador a esse respeito. Devem também ser consideradas neste contexto — o das limitações expressas — as normas que empreguem termos ou expressões genéricas como o *espírito da Constituição*, *princípios democráticos*, cabendo aos intérpretes alcançar a melhor exegese e compreensão de tais expressões para exercitar o controle de constitucionalidade pertinente. "*A questão é mais complexa quando a constituição não proíbe expressamente nenhuma espécie de proposta de reforma*": trata-se do tema envolvendo as limitações implícitas, inclusive mencionado por JOSÉ AFONSO DA SILVA. A respeito do assunto, MAURICE HAURIOU introduziu a expressão *legitimidade constitucional* para significar o conjunto de princípios não-escritos que servem de fundamento da Constituição e devem ser colocados em patamar superior à própria Constituição.¹⁶⁴ Assim, para evitar a imprecisão de tais expressões (*legitimidade constitucional*, *espírito da Constituição*), devem ser constatadas quais são as limitações implícitas ao Poder Reformador e, nesse particular, mostra-se de extrema importância a construção doutrinária de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro.¹⁶⁵ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI indica um precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em matéria de *habeas corpus*, em que fora pleiteado o exame da consti-

¹⁶¹ SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 109.

¹⁶² SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶³ SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁴ *Apud* SAMPAIO, Nelson de Sousa, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁵ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*, *passim*.

tucionalidade da reforma constitucional de 1926, tendo a Corte Constitucional apreciado o mérito da questão, afastando a preliminar de tratar-se de questão política.¹⁶⁶ UADI LAMÊGO BULOS concorda com a tese de NELSON SAMPAIO: “*cremos que o controle de constitucionalidade possa ser exercido em relação às vedações implícitas, desde quando a reforma atente contra os direitos fundamentais do homem, a titularidade do poder constituinte e do poder reformador, as disposições que regulam o processo da emenda ou da revisão constitucional*”.¹⁶⁷

8. Polêmica acerca da necessidade de limitações ao poder de reforma

PAULO GALVÃO apresenta a posição de JOSEPH BARTHELÉMY a respeito do tema, mencionando que ele foi um dos primeiros críticos da eficácia das limitações ao poder de reforma da Constituição, considerando que as disposições de tal natureza não deixavam de ser simples “*votos, sem força jurídica obrigatória para os sucessores dos constituintes e para as gerações futuras*”.¹⁶⁸ MAURICE DUVERGER, do mesmo modo, apesar de reconhecer que as limitações se impõem ao Poder Reformador, observava que “*politicamente elas nada significam, senão a obrigação de recorrer à revolução para modificar as disposições proclamadas imutáveis quando da promulgação da Constituição*”.¹⁶⁹ Entre os principais argumentos que contestam a eficácia das limitações ao Poder Reformador, encontram-se: a) a inexistência de diferença fundamental entre Poder Constituinte Originário e poder de reforma, já que ambos provêm de escolha popular, não havendo distinção entre matérias constitucionais, mas prevalecendo a regra da revogabilidade de normas anteriores por normas posteriores introduzidas pelo poder de reforma; b) as cláusulas pétreas geram efeito político exatamente contrário àquele que pretendiam evitar: o surgimento de um Poder Constituinte Revolucionário, que não apareceria não fosse o engessamento do Poder Reformador.

No direito argentino, JORGE REINALDO A. VANOSSI apresenta algumas ponderações da maior relevância sobre o tema: “*nos pronunciamos en un doble sentido: 1) por la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas, es decir, de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables, por supuesta afectación del “espíritu” de la constitución escrita, (...); 2) por la inutilidad y relatividad jurídica de cláusulas pétreas expresas, que si bien responden a una inquietud política de conservación y perdurabilidad tendientes a disipar el rápido cuestionamiento de ciertos apoyos constitucionales (...), su virtualidad jurídica se reduce a cero frente a hipótesis — muy posibles — de: a) violación o ‘quebrantamiento’ revolucionario, cuando no se cumplen las prohibiciones y, a pesar de ello, la reforma de un contenido prohibido alcanza efectividad por su vigencia ante los órganos del Estado y el*

166 *Apud* GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 73-74.

167 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 105.

168 *Apud* GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 75.

169 *Ibid.*

acatamiento comunitario; b) superación revolucionaria de toda la constitución, con lo cual el problema se torna abstracto, pues desaparece la norma misma que establecía la prohibición o condición pétrea; c) derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición, siguiendo los mecanismos previstos por la constitución a los efectos de su reforma regular, para proceder luego a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo".¹⁷⁰ Os argumentos apresentados são bastante significantes, daí a sugestão apresentada pelo autor no sentido de se incluírem nos textos constitucionais vários níveis de rigidez constitucional, e não se estatuírem proibições absolutas de reforma: "*... es más conveniente incluir en las constituciones varios niveles de rigidez constitucional, pero no prohibiciones de reforma*".¹⁷¹ De acordo com a sugestão apresentada em sua obra, VANOSSÍ aponta que o melhor seria que as Constituições contassem com um nível de normas que se localizassem intermediariamente, ou seja, entre as normas supremas da Constituição e as leis ordinárias do Poder Legislativo constituído. Assim, haveria diversas categorias de normas relativamente à sua possibilidade de reforma, de tal modo que alguns conteúdos pudessem ser mais facilmente modificados do que outros, mas todos eles com um certo nível de rigidez (para diferenciar do processo legislativo ordinário). A discriminação das matérias que deveriam ser mais protegidas contra o Poder Reformador e aquelas situadas em escala de rigidez hierarquizada seria uma decisão política.¹⁷²

A despeito da polêmica existente, cabe destacar a importância dos argumentos apresentados pelos autores que contestam a legitimidade da existência de limitações ao poder de reforma: "*entendemos extremadamente útil a contribuição por eles oferecida, seja quanto a evidenciar a real fragilidade dessas cláusulas, em termos práticos e concretos, seja especialmente quanto à necessidade de se lhes dar um novo enfoque, mais adequado à realidade contemporânea e enriquecido pela experiência colhida particularmente ao longo deste século*".¹⁷³ Neste século, alguns estudiosos apresentaram proposta de que a Constituição deixe de ser encarada sob uma perspectiva estática, convertendo-se em agente iniciador e promotor de alteração na realidade social, no sentido de que a Constituição não deve representar qualquer obstáculo às transformações econômico-sociais do mundo contemporâneo e, além disto, a Constituição deve servir como um fator estimulador e facilitador de tais transformações. Assim, "*pareceriam desnecessárias ou mesmo inconvenientes limitações às emendas constitucionais que fossem capazes de travar as mudanças na estrutura econômica e social, propondo-se que se confirmem maiores poderes ao órgão revisor, de modo a atender às exigências decorrentes das próprias mudanças*".¹⁷⁴ A perspectiva contemporânea, no entanto, não elimina a validade e eficácia da existência de limitações ao poder de reforma, mas elas devem ser selecionadas

170 VANOSSÍ, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 190-192.

171 *Ibid.*, p. 193.

172 *Ibid.*, p. 206 e seguintes.

173 GALVÃO, Paulo Braga, *op. cit.*, p. 78.

174 *Ibid.*, p. 80.

de tal modo que não impeçam as transformações econômicas e sociais que vêm se operando no mundo atual: “*trata-se de selecionar as que efetivamente sejam necessárias à própria coerência do sistema constitucional, o que em nada chega a se chocar com a idéia de uma constituição aberta à mudança, sobretudo no plano econômico-social*”.¹⁷⁵ É dentro de tal contexto que deve se desenvolver aquilo que LUCAS VERDÚ denominou de *engenharia constitucional* para o fim de “*aperfeiçoar ou aplicar eficazmente a organização e marcha de tais órgãos e instituições e a efetividade de tais direitos e liberdades para que se cumpram seus objetivos*”.¹⁷⁶

A noção de rigidez das Constituições escritas, nos Estados marxistas-leninistas, possui alcance menor do que aquela existente nos Estados capitalistas, devido ao sentido de *Constituição-balanço* que os textos constitucionais daqueles Estados assumem, além da desvalorização, em regra, da autonomia do campo jurídico. “*A constituição socialista seria expressão do regime econômico socialista, desempenhando, (...) ‘uma função simultaneamente de balanço do que está feito (no socialismo) e de programa do que falta fazer (a caminho do comunismo)’*”.¹⁷⁷ O exemplo da China, pós-revolução de 1949, é bastante ilustrativo a respeito do tema. A Constituição chinesa de 1954 admitia a propriedade capitalista sobre os meios de produção, sendo reformada em 1975 quando se considerou cumprida a etapa da transformação socialista da propriedade dos meios de produção. Na visão de PAULO GALVÃO, “*na prática, os Estados socialistas costumam proceder a uma revisão total do texto constitucional, cada vez que se entende haja sido superada uma fase ou etapa na construção da sociedade comunista, embora alguns países hajam optado por introduzir reformas parciais*”¹⁷⁸

Importante se faz a verificação dos principais argumentos críticos aos limites materiais ao poder de reforma, observando, ainda, os contra-argumentos apresentados, permitindo uma consideração mais ampla sobre o tema. Nessa linha, dois autores serão mencionados, tomando por base a posição já exposta de JORGE REINALDO VANOSSI. Assim, VANOSSI apresenta os seguintes argumentos contra as cláusulas pétreas: a) “*que esas prohibiciones ocasion — paradójicamente — el efecto político de privar al poder constituyente reformador de su función esencial, que es la de evitar o hacer innecesaria la aparición de un poder constituyente revolucionario*”;¹⁷⁹ b) “*que esas prohibiciones — preñadas de soberbia eternidad — no consiguen mantenerse enhiestas más allá de los tiempos de normalidad y estabilidad, fracasa-*

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹⁷⁶ *Apud*, GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 81.

¹⁷⁷ GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 82.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 84.

¹⁷⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 188. PAULO GALVÃO discorda de tal argumento, mencionando que a função essencial do Poder Reformador não é obstar a aparição de um Poder Constituinte revolucionário, sendo que a própria História demonstra que mesmo constituições que admitiam ampla revisão não ficaram imunes a movimentos revolucionários. Assim, GALVÃO comenta que para se evitar a revolução, são necessários bom senso e sabedoria política dos Constituintes ao definirem o núcleo imodificável da Constituição, além de não tornarem as limitações processuais verdadeira *camisa-de-força* para o Poder de Reforma. (*op. cit.*, p. 85-86).

sando en su finalidad cuando cobrevienen tiempos de crisis, cuyas eventualidades no pudieron contemplar o no consiguen someter”;¹⁸⁰ c) “que se trata de un ‘renacimiento’ del derecho natural como defensa frente al positivismo jurídico, que pretende fulminar con la nulidad el intento de producir ciertos cambios en las estructuras constitucionales”,¹⁸¹ d) “que antes que de un problema jurídico, se trata de una cuestión de creencias, la cual, como tal, no parece muy ‘natural’ que pueda servir de fundamento para que la generación de los constituyentes originarios pretendan atar por los siglos las manos de los futuros constituyentes reformadores, que han de pertenecer a generaciones venideras”¹⁸²; e) por último — *the last but not the least* —, que nos parece muy atendible la objeción de Biscaretti: ‘Así como se admite ampliamente que un Estado pueda decidir, con un procedimiento plenamente jurídico, su propia extinción ..., verdaderamente no se comprende por qué el Estado no podría, en cambio, modificar igualmente en forma sustancial su próprio ordenamiento supremo, o sea, su propia constitución, aun actuando siempre en el ámbito del derecho vigente’”.¹⁸³

Há, também neste tema, o posicionamento de JORGE MIRANDA, após enunciar as três orientações doutrinárias referentes ao sentido atribuído aos limites materiais na reforma constitucional: a) a que os aceita ou que os considera imprescindíveis e insuperáveis; b) a que impugna a sua legitimidade ou eficácia jurídica; c) a que, admitindo-os, os considera como relativos, ou seja, suscetíveis de remoção através do processo de dupla revisão (ou duplo processo de revisão). JORGE MIRANDA critica as duas primeiras orientações, encampando a tese da dupla revisão: “*afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os prevêem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional,*

180 VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 189. PAULO GALVÃO também não concorda com tal argumento, mencionando que a circunstância de algumas limitações não terem sido efetivas não invalida a existência de limites, ou o reconhecimento dos que são implícitos para efeito de reforma constitucional (*op. cit.*, p. 86).

181 VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 190. PAULO GALVÃO também considera improcedente tal argumento, levando em conta que a tese dos limites prevalece sem o apoio na fundamentação jusnaturalista, citando, inclusive, posição de CELSO RIBEIRO BASTOS sobre o tema quanto à construção da teoria das cláusulas pétreas a partir da extração de princípios que, desrespeitados, ensejariam a ruptura da ordem constitucional vigente (*op. cit.*, p. 87-88).

182 VANOSSI, Jorge Reinaldo, *op. cit.*, p. 190. PAULO GALVÃO considera exagerado o argumento, esclarecendo que a reforma da Constituição é continência necessária, inerente ao processo constitucional, sendo indiscutível que a Constituição não é elaborada para apenas uma geração. Ademais, as gerações se relacionam por laços de continuidade e, o novo Poder Constituinte originário poderá realizar as mudanças necessárias (*op. cit.*, p. 89-91).

183 VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 190. PAULO GALVÃO também se posiciona contrariamente a VANOSSI, pois a extinção do Estado não decorre de um procedimento ditado por ele próprio, e sim de uma deliberação do povo enquanto titular do poder que deu origem ao Estado (*op. cit.*, p. 91-92), informando ainda que PAULO BISCARETTI DI RUFFIA sustenta sua tese na não-diferenciação entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Instituído, o que é um equívoco.

ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites".¹⁸⁴ Assim, enquanto houver norma assegurando determinado limite material, a norma constitucional que prevê a matéria petrificada na cláusula não pode ser alterada, o contrário daquela, cuja alteração pode ser efetivada através de reforma constitucional, possibilitando que a matéria anteriormente imodificável seja, após a primeira reforma, objeto de reforma constitucional, no contexto do duplo processo de revisão. Mas, para que tal ocorra, na concepção de JORGE MIRANDA, é necessário que os processos de reforma se dêem sucessivamente, e não simultaneamente, o que se chama *dupla revisão não-simultânea*: "*O que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite da revisão e o outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele*".¹⁸⁵ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO também defende a possibilidade da dupla revisão para modificação de matérias até então consideradas pétreas: "*as matérias protegidas por 'cláusulas pétreas' não podem ser abolidas — porque só abolir é que estas impedem — salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco*".¹⁸⁶

PAULO BRAGA GALVÃO não concorda com a tese da dupla revisão, já que "*o órgão revisor não está em pé de igualdade com o poder constituinte originário, este sim, e somente este, competente para estabelecer ditas limitações, não para si próprio, mas justamente para o legislador constitucional incumbido da reforma*".¹⁸⁷ No mesmo sentido, verifica-se a posição de UADI LAMÊGO: "*Afigura-se-nos não ser possível o legislador reformador, por intermédio de dupla revisão, suprimir os limites materiais explícitos, posto serem eles imprescindíveis e insuperáveis. Imprescindíveis, porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder criador da Constituição. Insuperáveis, pois modificar as condições estabelecidas por um poder mais alto — o poder constituinte inicial, com o escopo de se reformar o processo revisional é promover uma fraude à Constituição*".¹⁸⁸

JORGE MIRANDA, ao fundamentar sua posição, considera que "*nada permite equiparar supra-rigidez a insusceptibilidade de modificação, salvo revolução, ou assimilar limites materiais a limites absolutos. Não há limites absolutos. Absoluto deve ser, sim, o respeito de todos os limites, de todas as regras — tanto materiais como formais — enquanto se conservarem em vigor*".¹⁸⁹ Dentro do contexto dos

184 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 194.

185 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 198. Assim, o autor português considera necessário que haja o decurso de cinco anos, no sistema constitucional português, ou de uma antecipação, a contar da supressão do limite material, para se alterar a norma constitucional anteriormente havida como imutável.

186 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". *Revista de direito administrativo* 202, out./dez. 1995, p. 17.

187 GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 94.

188 BULOS, Uadi Lamêgo, *op. cit.*, p. 101.

189 MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 198.

limites materiais ao poder de reforma, JORGE MIRANDA os classifica em: a) limites próprios (ou de primeiro grau), ou seja, aqueles que retratam os princípios fundamentais da Constituição, a idéia de Direito, o projeto, o regime em que se assenta; b) limites impróprios (ou de segundo grau), os princípios que o Constituinte alça ao nível de limites materiais, sem que, no entanto, se identifiquem com a essência da Constituição material¹⁹⁰. E, assim, considera que podem sofrer a dupla revisão os limites impróprios: *“Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que pode falar-se em dupla revisão.”*¹⁹¹ Contudo, após analisar a doutrina exposta pelo jurista português, PAULO GALVÃO comenta: *“Mesmo que doutrinariamente se possa considerar que certas cláusulas de limites não são tão identificadas como outras com a essência da Constituição, o fato de o poder constituinte originário havê-las alçado ao nível de limites materiais faz com que se iniba a possibilidade de questionamento por parte do poder revisor, sob pena de, mesmo com todo caráter peculiar dessa colocação, se apagarem as fronteiras entre um e outro”*,¹⁹² Mais uma vez deve ser realçada a distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Reformador (ou Poder Constituinte Instituído).

Não há como negar a existência concreta de normas constitucionais superiores a outras, decorrendo uma relação hierárquica, que permite a aferição da ausência de incompatibilidade ou incongruência entre normas constitucionais, influenciando diretamente na atividade de interpretação constitucional. Mas quanto às normas que estatuem matérias alçadas à proteção por cláusulas que não permitem a reforma, por obra do Poder Constituinte Originário, não há como ser reconhecida qualquer hierarquia: *“ressalve-se apenas a hipótese extrema, (...), de a limitação material estar em contradição com os próprios princípios da constituição, ou com disposições que os expressem. Aí sim, seria mesmo forçoso definir-se o que deveria prevalecer, mas, nesse caso, o órgão revisor não estaria propriamente modificando as limitações que lhe foram impostas pelo constituinte originário, mas, sim, compatibilizando, harmonizando as disposições constitucionais com o seu verdadeiro sentido e alcance”*.¹⁹³

A verificação acerca de quais são as limitações ao poder de reforma da Constituição, principalmente os limites implícitos, somente pode ser feita a partir da análise concreta de um determinado sistema constitucional, com as suas variáveis, não sendo possível arrolar, de maneira casuística e detalhada, as matérias consideradas intocáveis. Além dos próprios direitos fundamentais — que se imporiam até mesmo ao Poder Constituinte Originário —, a segunda matéria insuscetível à atuação do Poder Reformador seria a própria soberania popular, impedindo qualquer tentativa

190 *Ibid.*, p. 202.

191 *Ibid.*, p. 207. E, desse modo, JORGE MIRANDA considera possível a introdução de novos limites de segundo grau através de reforma constitucional.

192 GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 99.

193 *Ibid.*, p. 100.

de transferência do poder de criar um novo ordenamento fundamental. A terceira matéria é a impossibilidade de alteração do titular do poder reformador e, finalmente a última, seria a insuscetibilidade de mudança do processo formal de reforma, tal como instituído pelo Poder Constituinte Originário. PINTO FERREIRA, ao analisar a Constituição de 1946, se referiu às decisões políticas fundamentais daquele texto constitucional: a) decisão em favor da supremacia constitucional; b) decisão em favor do princípio democrático; c) decisão em favor do princípio liberal, com os subprincípios de declaração e separação de poderes; d) decisão em favor do princípio da igualdade; e) decisão em favor do princípio do federalismo, o que mereceu o seguinte comentário: “*Excluindo a decisão em favor do federalismo, que é objeto de cláusula expressa, as demais decisões fundamentais configurariam, no sistema constitucional brasileiro, as limitações implícitas ao poder de emendar a constituição*”¹⁹⁴ de 1946.

Ao analisar a história das Constituições brasileiras, RAYMUNDO FAORO observa que “*das quatro constituintes de nossa história, três desmentem a tese de preexistência da ruptura formal do poder e consagram o princípio da precariedade do poder diante da legitimidade.*”¹⁹⁵, o que também ocorreu com a Assembléia Constituinte que se formou para a elaboração do texto que culminou com a edição da Constituição Federal de 1988, no Brasil: “*a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, viria consagrar a tese da Constituinte, determinando que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se reuniram, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana*”.¹⁹⁶

Apesar de tais colocações, a história constitucional brasileira contém exemplos de reformas constitucionais inconstitucionais. Durante o trabalho já houve referência às modificações ocorridas na vigência da Constituição de 1967 sobre o *quorum* para aprovação das emendas. A Emenda nº 14, de 1980, que prorrogou o mandato de Prefeitos e Vereadores, afrontou claramente a limitação material atinente à república, que se funda na eletividade, na temporariedade e periodicidade de mandatos. E, a Emenda nº 01, de 1969, que estabeleceu a perda de mandato legislativo como sanção por infidelidade partidária, afrontou os princípios fundamentais da ordem constitucional.

Ainda na vigência da Emenda nº 01/69, MICHEL TEMER considerava que havia limitação implícita quanto à alteração constitucional que eventualmente buscasse a perpetuidade de mandatos, em razão do princípio republicano¹⁹⁷. No entanto, como bem observou PAULO GALVÃO, a hipótese era de limitação expressa, já que a Constituição proibia qualquer alteração que se destinasse a eliminar a República no Brasil.¹⁹⁸

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹⁹⁵ *Apud* GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 117.

¹⁹⁶ GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 118.

¹⁹⁷ Tal observação é repetida na obra de MICHEL TEMER, *Elementos de direito constitucional*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 36.

¹⁹⁸ GALVÃO, Paulo Braga, *Limitações ao poder...*, p. 123.

9. Conclusão

As disposições constitucionais sobre o poder de reforma da Constituição constituem uma das partes mais importantes do texto constitucional e, desse modo, nos trabalhos de elaboração da Constituição, no exercício do Poder Constituinte Originário, é fundamental que seja uma das primeiras questões a se resolver. A distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos, no âmbito da doutrina, deve nortear todo o estudo e a análise do tema relacionado às alterações constitucionais. De maneira decisiva, deve-se realçar e distinguir as características peculiares da atividade criadora — própria do Poder Constituinte (originário) —, e da atividade reformadora — específica do Poder Reformador (Constituinte derivado) —, da Constituição, inclusive para que tais funções não possam ser confundidas com as funções ordinárias atribuídas ao Poder Legislativo, como Poder Constituído. As funções constituinte, reformadora e legislativa são distintas e assim devem prosseguir, nos sistemas de Constituição rígida como um dos principais postulados do sistema constitucional.

Desse modo, o tema relativo às limitações ao poder de reforma ganha importância fundamental, aproveitando trecho relativo à principal conclusão de PAULO GALVÃO na sua tese de Livre-docência: “*O essencial está em que se preserve o verdadeiro sentido das limitações ao poder de emendar a Constituição, que é o de representar limites aos poderes do Estado, de forma a se assegurar, sempre, que as decisões políticas fundamentais não sejam subtraídas da apreciação e deliberação do povo, titular do Poder Constituinte originário*”.¹⁹⁹

A existência de um núcleo intangível no âmbito da Constituição, nos termos da construção teórica realizada por NELSON DE SOUSA SAMPAIO, é algo fora de qualquer questionamento, a despeito de posições doutrinárias em sentido contrário. Ou seja: todo Estado, dotado da sua própria Constituição, necessariamente terá determinados pontos imodificáveis no seu sistema constitucional. A questão que se coloca, na atualidade, é a extensão de tal núcleo, bem como quais devem ser os pontos integrantes de núcleo, dotados da característica da intangibilidade. Acerca do assunto, não se pode perder de vista que a Constituição não pode ser obstáculo para as transformações sociais e econômicas que, em especial, o século XX vem realizando e, assim, a definição do núcleo imodificável deve necessariamente levar em conta o novo perfil da Constituição. *The living constitution* é uma realidade, já percebida por grande parte da doutrina contemporânea, e nesse contexto não se deve adotar o modelo de fixidez tal como ocorre em Portugal. A tendência deve ser a da diminuição dos pontos intocáveis, e não o aumento do rol de matérias petrificadas.

Assim, é oportuno o recurso parcial às sugestões apresentadas por alguns autores, como no caso do constitucionalista argentino JORGE REINALDO VANOSSI, para distribuir e graduar a rigidez de certos preceitos, não os mantendo inalteráveis. Em outras palavras: determinadas matérias que são muito relevantes em termos de estabilidade e segurança constitucionais, mas não tão relevantes como outras que

¹⁹⁹ GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder...*, p. 137.

devem estar inseridas no contexto imodificável, devem poder ser alteradas mediante um processo de reforma mais rigoroso do que o processo normalmente previsto para as alterações de outras questões não tão importantes. Reconhecendo-se, assim, a existência de graus de importância e mesmo de hierarquia entre as diversas normas constitucionais, excluindo-se aquelas que dizem respeito ao núcleo pétreo, poder-se-ia adotar um modelo de graduação quanto à rigidez constitucional das demais normas, permitindo vários processos distintos para reforma, que deveriam ser necessariamente distintos do processo legislativo ordinário e que ficariam associados a maior ou menor importância e hierarquia de tais normas no sistema jurídico vigente em determinado país. Veja: não se trata de encampar integralmente a doutrina de VANOSSY, levando em conta que deve continuar a existir um núcleo intocável — que, diga-se *en passant*, deve ser cada vez mais reduzido —, mas aproveitar a sugestão apresentada para o modelo constitucional por ele elaborado no sentido de permitir o ingresso de graus de rigidez no que pertence às normas constitucionais. Tal graduação poderia estar associada a limites temporais, como é o exemplo da própria Constituição Federal de 1988 que, ao prever a revisão constitucional no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que ocorreria após cinco anos de vigência do texto), considerou que o *quorum* para aprovação da revisão seria menos rigoroso do que aquele previsto normalmente para aprovação de emenda constitucional. Mas é importante que a instituição da técnica de graus de dificuldade/facilidade para as alterações constitucionais possa prosseguir durante a vida constitucional de determinado texto, permitindo assim, o seu constante aperfeiçoamento.

Deve-se, no entanto, ressaltar que a adoção de tal técnica, combinando a existência do núcleo imodificável com a graduação da rigidez das normas constitucionais, somente pode ser feita pelo Poder Constituinte originário, sob pena de afronta clara e evidente à obra do Constituinte, gerando, assim, violação da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária*. Revista de direito administrativo 198, p. 50, out./dez. 1994.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Elaboração e reforma das Constituições*. Revista de Direito Administrativo 203, p. 81, jan./mar. 1996.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado — I — o Poder Constituinte*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.
- . Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de direito administrativo* 202, out./dez. 1995.

- GALVÃO, Paulo Braga. *Limitações ao poder de emendar a Constituição*. Tese datilografada, apresentada no concurso à Livre-Docência em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1988.
- _____. Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* 1, v. 1. Rio de Janeiro: CEPUERJ, 1993.
- HORTA, Raul Machado. *Permanência e mudança na Constituição*. *Revista de direito administrativo* 188, abr./jun. 1992.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. Trad. Christian Fórster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II — *Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3.ed. ver. atual. Por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975.