

# Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

*Alguns homens encaram as Constituições com uma reverência hipócrita e consideram-nas, como a Arca de Noé, sagradas demais para serem tocadas...*(Jefferson)

## S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Natureza e fundamentos da reforma constitucional. 3. Limites da função de reforma constitucional. 4. Responsabilidade e controle da constitucionalidade da reforma constitucional. 5. Conclusões.

### 1. *Introdução*

De Carta das Liberdades à Carta de Libertação. Este o caminho da Constituição nestes últimos três séculos. De assentamento jurídico da liberdade à garantia normativa da libertação, o Direito Constitucional firmou-se, neste século que se esvai, como um Direito em construção.

A Constituição, como experimentada em sua concepção e em sua prática desde os primeiros esboços do constitucionalismo até o presente, comprometeu-se cada vez mais com o ser humano, com quem se preocupou mais que com o Estado. Fez-se progressivamente mais efetiva a certeza de que o Estado é para o homem, não este para o Estado.

Por isto, enquanto a Constituição oitocentista era uma obra construída, a Constituição, hoje, é um direito em construção. Como o próprio ser humano, de que ela deve ser a face e o feito.

Como ser dado a si mesmo para realizar-se com liberdade, o homem tem consciência do permanente movimento transformador que o impulsiona em sua existência. Esta evolução o homem a faz em si mesmo e no outro e, principalmente, com o outro. A dinâmica política, representada no Estado como espaço de interação social segundo parâmetros normativos determinados, precisa

Cármem Lúcia Antunes Rocha é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/MG.

ser tão solta, para permitir o percurso, quanto definida, para impedir o aniquilamento do grupo.

Por isto, como escrevi em outra ocasião, o Direito, como o grão, tem que "morrer para germinar", para virar trigo; tem que ceder-se ao sacrifício a cada manhã para tornar-se o pão de cada dia. Há que ser a verdade social de cada um para ser a idéia justa de todos.

Por isto também, mais que a liberdade – que é o equilíbrio estático da convivência política segundo um modelo de vida escolhido –, é a libertação – o equilíbrio do movimento sócio-político buscado incessantemente para a expansão de uma melhoria permanente do modo de viver com os outros (*con-viver*) e de sentir com os outros (*con-sentir*) – o grande objeto e objetivo do Direito Constitucional nos últimos suspiros deste século vinte.

A libertação é o salto em busca da harmonia criadora de um interagir político sempre mais justo, possibilitando à universalidade dos indivíduos viver e conviver segundo as suas aptidões e de maneira digna. E é a libertação que acolhe a angústia do homem e o conduz à transformação permanente, estimulando-o a prosseguir nesta eterna procura do caminho mais seguro que o conduza a si mesmo no mais amplo abraço e na mais perfeita convivência com os outros.

A história encarregou-se de mostrar que a concepção formal dos direitos e liberdades, arrolados em solenes documentos, é insuficiente para possibilitar e auxiliar o arremesso do homem em direção a si mesmo, ao outro, e a uma vida mais fecunda e vibrante na esteira de seus ideais. É certo que foi e continua sendo necessária a formalização de direitos reconhecidos e de exercício assegurados em norma suprema. Isto para que o Estado e suas instituições restrinjam-se aos limites de uma atuação precisa, pois, para que o homem se realize em sua plenitude é necessário um direito constitucional muito mais extenso e fértil para que dele se possa fazer brotar a flor da justiça humana, presente, eficaz e efetiva, para cada um e para todos. O papel maior, que hoje se atribui à Constituição, alterou-se, ampliou-se. É nela e com ela que se pretende fazer versar e reverter, na vida em sociedade, a idéia de justiça pensada pelos indivíduos em cada etapa de sua caminhada histórica.

Da liberdade à libertação o pólo fundamental e o objetivo maior do direito mudaram.

Percebeu-se que o tornar-se, que é próprio do ser humano, inteira o Direito e imprime-se na Constituição, que tem que assegurar essa evolução permanente da pessoa e da sociedade. O homem é um ser em transformação e assim tem que ser a Constituição: um Direito em permanente mudança, para adequar-se ao instante do homem. Por isto não é a liberdade – manifestação construída do Direito posto –, mas a libertação – o tornar-se justiça cada dia segundo o pensar livre da sociedade –, que caracterizam a Constituição neste final de século.

Norma primogênita do Direito, a Constituição deixou de ser um círculo normativo fechado, acabado em obra dada a cumprimento, com a pressão que impede o ser humano de reverter e reverter, segundo o seu pensar e viver histórico, cada momento.

Neste quase início de um novo século, a Constituição continua a ser imprescindível para a vida na sociedade estatal. Mas impõe-se *des-cobrir* as propriedades que a caracterizam no presente. De obra construída a uma obra em construção, a

Constituição modela-se ao sabor de um momento histórico em vertiginosa e permanente mudança. E dá-se à observância para ser instrumento estabilizador da convivência política dos homens, sem permitir-se ser refreador de sua história.

Cumprida a sua tarefa de firmar uma esfera de direitos ditos fundamentais do homem, renasce a Constituição como o instrumento jurídico mais sério e denso para a grande aventura de sua libertação. Pois que se verificou que a liberdade – que, primordialmente, se pensou como sendo da missão constitucional cultivar e garantir – tem o sentido aperfeiçoado, que açula e acomoda e nem a todos se permite viver integralmente. Mais que isto, na inquietude do homem na busca de sua realização como ser individual e ser social, é a libertação que conduz ao próximo passo neste caminhar sem trégua ou descanso, permitindo e facilitando a transformação, que é própria da natureza e dos pendores do ser humano.

Por isso penso ser a vocação da Constituição, no presente, não apenas conferir ou reconhecer e garantir liberdades, mas propiciar a libertação. Por isto ela é sempre e mais uma obra aberta; não é um projeto estatal construído, mas uma proposta sócio-política em permanente construção. A história do homem não tem fim, porque o homem não suporta o sossego do término. A Constituição não pode, então, ter um sentido final e acabado, pois ao invés, então, de libertar, ela teria o significado de um aprisionar ideais e mudanças nos limites de suas normas.

Dos séculos dezessete e dezoito até esta chegada, que se avizinha, ao século vinte e um, o homem mudou a sua visão e experiência no mundo. O Estado, como criação do homem fulcrada numa certa concepção do mundo e de suas possibilidades, acompanhou esta mudança. O Direito, e, principalmente, a sua manifestação mais nobre que é a Constituição, viu-se objeto da maior modificação jurídica ocorrida. Mais ainda por ser, em sua essência, o instrumento de mudança permanente e permitida de todos os subsistemas jurídicos formados, informados e conformados em seu seio, fundamento que é ela de todas as outras normas.

Hoje, não é o Direito posto o que se quer; antes, quer-se o Direito que se põe a cada dia a partir de um sistema concebido na certeza de sua contemporaneidade, a possibilitar não a uniformidade, mas a igualdade justa, que permite a preservação da identidade de cada um e a negação do preconceito, para o cumprimento do destino dos homens.

Mas se a Constituição mudou para tornar-se de instrumento jurídico magno garantidor de liberdades reconhecidas o engenho jurídico assegurador da libertação buscada, como pensar-se ela também como garantia de estabilidade e segurança mínima e permanência necessária da dinâmica institucional, que, à sua vez, é certeza precisa da estabilidade das coisas que contornam e ajudam a conservar o homem?

A resposta a esta indagação marca o conceito contemporâneo de Constituição e conduz ao repensamento do fundamento e da manifestação do poder constituinte.

Neste final de século, a Constituição apresenta-se como Lei Magna sim, mas impulsionadora de uma efetiva justiça, sem nada de retórico ou apenas formal. Tudo quanto nela se contenha deve ter vida e vez na evolução social, e a margem com que ela baliza os comportamentos públicos e privados é marcada pelo sentimento e pelo pensamento do povo que a inspira. A Constituição ganhou, contemporaneamente, uma concretude imediatista antes inexistente ou não relevada com a mesma exigência de agora. Mas as novas exigências em que se envolve a Lei Magna não

substituem, *acrescentam-se à segurança*. A qualidade de instrumento normativo estável e estabilizador do direito continua a timbrar o sistema constitucional, embora se reconheça que tal característica não a dota de imobilidade.

A Constituição, agora, é mais o cidadão no mundo que o indivíduo no Estado, como foi antes.

O Estado tem, em seu aparato burocrático, um arrastar de pés que preferem o descanso na mesma posição. O povo tem um fremir permanente de pernas que se lançam num andar sem fim em busca dos seus ideais. A Constituição não pode pré-traçar o caminho da História. Pode e deve, contudo, abrir o espaço e aplinar a andança na senda preferida pelo homem. Não lhe pode reduzir a trilha, não deve antepor muralhas nas veredas por que marcha o ser humano. Se a Constituição se converter em amarras a impedir a opção da sociedade, esta romperá as correntes da Lei e debandarà, ainda que sem normas e com menores chances de sobrevivência, por outros atalhos.

A Constituição tem, pois, o papel delineador do caminho escolhido e palmilhado pelo homem, mas não lhe compete ser ferro a diminuir o passo do caminhan-te. Deve ser a garantia de que, qualquer que seja a marcha, se dota de instrumentos que permitem a andança segundo uma organização justa para todos. Há que assegurar a direção, mas não pode dirigir a história do homem. A diretriz desta história é exclusiva do ser humano, único a escolher os seus próprios rumos.

A Constituição não pode ter o gosto do dia anterior; deve ter sempre o sabor de hoje, numa boa perspectiva do amanhã.

Não se deseja a Constituição como túmulo de normas, ou que seja a mortalha de uma idéia de justiça. Quer-se a Constituição que seja o canteiro no qual se possa semear e fazer brotar uma justiça verdadeira, vivida no dia-a-dia de cada pessoa.

A Constituição é feita da matéria-povo. Ela guarda em si a esperança política de justiça que um povo tem em dado momento. Não se acredita mais em Constituição como centro da vida política dos homens no Estado; antes, nossa fé é no homem como centro da experiência constitucional.

Este libertar-se transformando-se segundo suas necessidades e ideais a sociedade experimenta vivendo e morrendo para renascer de novo, e assim continuar eternamente. Também a norma constitucional, guardando a semente da idéia de justiça plantada pelo povo, sabe, como observado antes, que se dá a morrer num sentido para fecundar um novo, e virando o trigo propiciar o pão. Quem faz esta mudança é um ser transformador e em permanente transformação. Por isto, a Constituição não pode mais se dar a ser uma norma estática e sem vida, pois segundo suas normas se conduz o homem, não se mantém ele parado. Se ela se acomoda e enrijece o sentido de suas normas perde-se como lei suprema, despojada do seu fundamento maior que é a crença do povo em sua verdade e em sua eficácia.

A Constituição não é o esconderijo da justiça, nem o refúgio do poder; não é o recesso das liberdades, nem o atalho de direitos. É, antes, a amostragem mais óbvia e sem subterfúgios do que os homens de um tempo determinado entendem por justo e o modelo que adotam para relizar a sua vida. Logo, todas as interpretações, todas as práticas constitucionais que envoem e obscureçam a essência e embarcaram a existência ou emperrem a aplicação da Constituição são fraudes ao povo e transgressões ao Direito que dele nasce e para ele existe.

A Constituição é a expressão maior do fazer-jurídico. Assim é, porque o Direito assim quer, diria Pontes de Miranda. Hoje, neste quase amanhecer do século XXI, o povo resgatou o sentido de autor direto de sua própria história, fator único do seu próprio Direito. O Direito assim é, porque o povo assim quer.

Por isto, a identidade da Constituição do século XXI não está num estreito círculo de normas a rodear o homem com grilhões insuperáveis, impedindo-o de ousar e superar-se, ampliando os espaços da vida para encontrar outras perspectivas antes não pensadas ou inaceitas.

O grande desafio do Direito Constitucional, hoje, é equilibrar a convivência política, mantendo o movimento mais harmonioso e coerente entre o impulso social e a manutenção da estabilidade nas relações humanas para que a sociedade se propicie uma distribuição justa de oportunidades e possibilidades para todos. A Constituição tem que ter a certeza do pulsar humano e o ritmo de um pêndulo da História. Sua expressão mais justa é a que se extrai da própria hora vivida pela sociedade: nem se adiante a ela, nem se lhe atrase, porque em qualquer destes casos estará em desarmonia com o povo que a ela deve se submeter.

Então se percebe que sem a permanência do poder constituinte, como energia (re) criadora da Constituição, esta pode atrasar-se, perder valor como norma eficiente e eficaz prestante à sociedade.

O poder constituinte comparece, no Direito Constitucional contemporâneo, como a grande e permanente fonte de revigoramento e certeza da atualidade da norma constitucional, de sua transformação adequada e sintonizada com as idéias, aspirações e necessidades da sociedade, de onde ela surge e pela qual existe. O poder constituinte cadencia-se na alma do povo, a cujos pensares e ideais dá forma e eficácia. A Constituição é, por isto mesmo, aprendiz e amostragem do poder constituinte. É por ele que o povo dá vida, voz e vez ao sistema fundamental de normas, na extensão de cujas margens se movimenta politicamente a sociedade democrática.

O que seja a justiça cada povo dita e somente ele torna este valor um conjunto de princípios e normas segundo os quais busca viver. O templo da justiça não está numa norma, nem mesmo na norma constitucional, em sua plenitude; repousa no povo, naquilo que ele acredita e quer ver realizado e que se impõe pelo seu poder de ser autor de sua trajetória histórica.

O poder constituinte realiza a transformação da idéia em norma, e na norma maior do sistema criador põe a justiça ao alcance da mão de cada um e de todos os que participam da grande aventura da convivência política. Tornou-se este assim o tema de maior significação nesta passagem histórica, pois a justiça, como valor, existe no povo antes mesmo dele a conhecer.

Assim, a transformação havida na sociedade sobre o sentido e forma de realização da justiça conduz à mudança da Constituição. Esta mudança pode ser formal ou informal, mas, em qualquer hipótese, é a manifestação do poder do povo constituindo ou reconstituindo o seu sistema de normas fundamentais. Pois a Constituição é feita para durar, mas não para se eternizar, eis que a eternidade não é própria das obras humanas. Por ser a vida dinâmica, mutável e mutante, não se permite seja a lei petrificada, menos ainda a que lhe forma e lhe conforma o modelo jurídico de ser, como é a Constituição. Para acompanhar as mudanças que se processam no seio da sociedade, e que são inarredáveis da condição humana, é que o Direito formula a

possibilidade de modificação das leis, a fim de que elas se compatibilizem com as necessidades que vão surgindo nos povos. A imutabilidade das leis e, mais ainda, da Constituição de um povo, conduziria ao seu desuso e ao descaminho legal, pois a sociedade não rompe o seu fluxo histórico; fá-lo mesmo que contra as leis, ou à margem das leis, se estas não lhe retratarem o rosto e a alma. Como lecionava Pimenta Bueno: "como conservar intacta alguma disposição, que por essa força irresistível das circunstâncias, se tiver tornado evidente e formalmente contrária aos interesses públicos? Seria sacrificar a sociedade, e olvidar que as leis humanas foram feitas para os homens e não os homens para as leis"<sup>1</sup>.

Entretanto, as mudanças não podem ser atropeladas, menos ainda atropelarem a sociedade por uma injunção momentânea ou de proveito e conveniência de alguns grupos que se sobreponham ou se contraponham ao povo.

Faz-se mister, pois, que a modificação por que tenha que passar a Constituição faça-se serena e racionalmente, parcimoniosa e refletidamente, a fim de que ao invés de aperfeiçoar não se venha por ela a comprometer toda a construção constitucional, ou mesmo a estabilidade do Estado. Afinal, como acentuava aquele magno constitucionalista brasileiro do Império: "A sociedade tem, pois, embora deva usar com suma prudência, o direito de melhorar sua Constituição... a imprevidência não deixaria senão o recurso fatal das revoluções, que muitas vezes, em lugar de melhorar, abate, confunde e destrói tudo, e por fim funda sobre ruínas Constituições fantásticas e de curta duração"<sup>2</sup>.

Para que a imprevidência não se instalasse e patrocinasse o desvairio das mudanças intrépidas e impenhadas na Constituição, adotou-se no Direito Constitucional dos povos modernos a prática segundo a qual o próprio poder constituinte, dito originário, traça a ação e os limites de atuação possíveis na mudança formal que se faça mister em sua obra. O constituinte originário prevê o comportamento de modificação da sua criação de tal modo que se assegura a mudança precisa, sem o quebrantamento ou a substituição da obra em sua inteireza. Permite, assim, o Direito o caminho da estabilidade social e jurídica em perfeita harmonia com as mudanças que se façam necessárias para que cada geração se ponha o seu ideário de justiça.

## *2. Natureza da reforma constitucional e fundamentos dos limites ao poder reformador*

Posto que a Constituição é feita para durar, mas não para se petrificar e comprometer as futuras gerações como grilhões a acorrentá-las a suas normas, conduziu-se o Direito no sentido de estabelecer, no próprio sistema positivado fundamentalmente, como se haveria de exercer o poder reformador do texto magno.

É certo que as possibilidades havidas no direito de modificar o texto constitucional não se exaurem na modificação formal da Lei Magna. Podem sobrevir-lhe mudanças que não se inserem no plano de exercício da competência constitucional reformadora. São as denominadas mutações constitucionais, mudanças informais introduzidas no sistema normativo fundamental e cujo aperfeiçoamento não é obra da competência reformadora formal cuidada no texto da Constituição. Tais são as mudanças que se inserem no sistema normativo fundamental, alterando-o, por meio de costumes constitucionais, de interpretação constitucional judicial ou mesmo legisla-

<sup>1</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio - *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio. Ministério da Justiça, 1958, pl. 476.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.

tiva ou administrativa, dentre outros meios<sup>3</sup>. As mutações constitucionais são permanentes e informais; as reformas são intermitentes e formais.

As mutações, como as reformas constitucionais, são manifestações do poder constituinte titularizado pelo povo, que não renuncia a seu exercício em qualquer momento, pois o poder constituinte caracteriza-se por ser permanente. Mas as reformas constitucionais são *atuações constituintes esporádicas, engajadas e limitadas* material e formalmente. O processo de umas e outras distingue-se, portanto, em razão de uma determinação do próprio poder constituinte originário, elaborador da Constituição.

A reforma constitucional põe-se como possibilidade de alteração formal, racional e planejada do texto constitucional, segundo uma condição legitimamente amparada nos anseios do povo, manifestados expressamente, a fim de que a Lei Magna se dê ao cumprimento dos ideais e idéias tidas como justas em dado momento histórico.

A reforma constitucional tem natureza de poder constituinte, pois por ela se recria ou se revigora o sistema constitucional, colocando ele em acordo aos reclamos sociais do momento mesmo de sua ocorrência. Mas não se dota da mesma caracterização do poder constituinte originário, de cuja atuação nasce a Constituição em sua essencialidade e identidade originárias. Os seus contornos e o seu conteúdo são pré-traçados pelo próprio poder constituinte criador da Constituição. É que a obra inaugural do sistema pode ser substituída por outra, mas demanda, então, um novo momento constituinte originário de um povo, e ocorre quando, rompido o sistema anterior pela superação de uma idéia de Direito presente naquele, uma nova busque ser abrigada num sistema que então se positive sem vínculos com o quanto anteriormente adotado.

Não sendo a Constituição absolutamente imutável (pois que, então, se esclerosaria), não se cogitaria de poder constituinte que não convivesse com o rejuvenescimento e atualidade permanente de sua obra, pelo que volta ele a atuar sempre que tanto se fizer historicamente preciso.

Dai que em sua manifestação originária – que se poderia denominar de primeiro grau – incumbe-se ele de estabelecer os limites de sua própria atuação quando tanto se fizer mister, condicionando-se em sua ordenação normativa reformadora, como é próprio e adequado em qualquer desempenho democrático do poder político. Este poder de *re-criar* ou de *re-constituir* a obra normativa fundamental

<sup>3</sup> Cf. LOEWENSTEIN, Karl – *Teoría de La Constitución*, Barcelona. Ed. Ariel, 1976. No Brasil, FERAZ, Anna Cândida da Cunha – *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo. Max Limonad, 1986.

Segundo LOEWENSTEIN, "Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometida a la dinámica de la realidad que no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo lo viviente.

Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos maneras, a las cuales la teoría general del Estado ha dado la denominación de reforma constitucional y mutación constitucional. El concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. ... En el proceso de reforma constitucional participan de una forma determinada los detentadores del poder previstos por la constitución misma para este caso. En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales." (Op. cit., p. 164)

de um povo deriva daquela manifestação primeira, originária. Daí a terminologia que a teoria da Constituição adotou – poder constituinte derivado – para designar o seu desempenho, quando necessário se fizesse, para uma formulação modificadora do texto constitucional originariamente posto.

A natureza do poder constituinte dito instituído ou derivado de reforma da Constituição demonstra ser ele verdadeiramente um poder, e um poder de direito e não de fato. Põe-se ele no sistema jurídico constitucional, onde é previsto e limitado em sua ação. Contém-se no direito posto. É, então, poder de direito, vinculado, limitado, condicionado e subordinado. A tônica constitucional de sua atuação não lhe retira a identidade, nem o faz sucumbir como manifestação de poder. Todo poder é limitado numa perspectiva e numa prática democrática, inclusive o poder constituinte originário. Mais ainda o que *re-constitui* o sistema normativo fundamental criado por aquele.

Não há estranheza ou contradição no acatamento do poder constituinte derivado de reforma como poder, menos ainda como poder de direito. Somente o poder político do Estado tem força para criar o direito, ou modificá-lo, (re)criando o sistema, nele fazendo introduzir novas normas, ou nova formulação daquelas anteriormente postas. Como se positiva o seu reconhecimento e previsão de atuação no direito constitucional de um povo, claro está ser ele poder de direito, não apenas fato social a determinar reformulação do sistema normativo fundamental.

O poder constituinte instituído ou derivado tem características que aquela mesma natureza de direito específica, e que faz com que ele se distinga do poder constituinte originário.

Tem-se assentado, na teoria da constituição, em cuja sede se estuda o poder constituinte, ser ele *derivado* (pois nasce do poder constituinte originário, pelo qual se institui segundo modelo definido pelo constituinte de primeiro grau), *subordinado* (submetendo-se, por esta qualidade, às determinações normativas do constituinte originário), *condicionado* (põe-se o exercício do poder reformador sob o pálio e condições fixadas na obra do poder constituinte originário) e, por todas estas razões, *limitado*, a dizer, o seu exercício é balizado por matérias e formas previamente identificadas no sistema constitucional posto.

Assim, não se estranhe ser o exercício da reforma constitucional manifestação de poder e poder constituinte, conquanto dotado de limitações, pois estas não destoam da natureza do poder democrático, nem a sua contenção em margens definidas sistemicamente por outro e originário poder o faz perder esta qualidade.

<sup>4</sup> Aqueles que admitem a atuação reformadora da Constituição como competência, e não como um verdadeiro poder constituinte, afirmam que este não tem limites. Assim, dentre outros grandes juristas que cuidam do tema, J.J. GOMES CANOTILHO leciona que "Sièyès distinguiu entre poder constituinte e poderes constituídos. Há, porém, um poder – o poder de modificar a Constituição em vigor segundo as regras e processos nela prescritos – que é também considerado como constituinte, embora, por outro lado, ele seja instituído pela própria Constituição. Este poder – poder constituinte derivado, poder de revisão, poder constituinte em sentido impróprio – distingue-se do poder constituinte originário. ... Os poderes constituídos movem-se dentro do quadro constitucional criado pelo poder constituinte. O poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o Poder Legislativo. *Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, "uma paródia do poder constituinte verdadeiro"*. (Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 1991, p. 99 – grifos nossos) CARL SCHMITT pontifica, entretanto, que "La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo, no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional,

(Continua)



O primeiro fundamento das limitações definidas quanto ao exercício do poder reformador da Constituição é a estabilidade social e mesmo a institucional, em função das quais se põe o Direito. Estabilidade que não é, conforme afirmei em outra ocasião, a estática imposta pelo Estado, mas a estabilidade que advém do equilíbrio do movimento político da sociedade estatal.

Faz-se imprescindível a limitação do exercício do poder reformador da Constituição, porque sem esta definição nenhum sistema jurídico se daria ao cumprimento, ficando o Direito e, principalmente, a própria sociedade ao sabor de injunções momentâneas, emocionais e precárias.

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

O Direito é inteligente. As teorias que o explicam e segundo as quais ele se aplica devem conduzir à ventura de um povo, à sua estabilidade e segurança e não à sua destruição pela reviravolta institucional e jurídica permanente.

Democracia não convive com a anarquia ou com irresponsabilidade. Principalmente, as experiências dos Estados neste final de século estão a demonstrar a fragilidade das democracias sem estabilidade política, social e econômica. Também a estabilidade do Direito é importante, conquanto não desejável, sequer aceitável a imutabilidade absoluta de suas normas, como salientado.

A dificuldade e a serenidade para se promover reforma na Constituição devem prevalecer para a certeza dos direitos que nela se asseguram e garantia das instituições segundo as quais se vive, como de resto já alertava, no século XVI, Jean Bodin, segundo quem, relativamente às leis que respeitem o Estado: "tratándose de leyes, la novedad no es estimable... nada hay de más difícil manejo, ni de más dudoso resultado, ni de ejecución más peligrosa que la introducción de nuevas ordenanzas... Finalmente, *todo cambio en las leyes que... atañen al Estado supone tanto peligro como remover los cimientos o las claves de bóveda que sustentan el peso de la construcción...*"<sup>5</sup>

É certo que nos primeiros momentos do constitucionalismo moderno, a reforma constitucional dotou-se de tantas e tão draconianas limitações<sup>6</sup> que as Constituições pareciam ser vocacionadas a serem revolucionariamente substituídas, mas não reformadas. Mais se desenvolveu o constitucionalismo no sentido do alargamento

(Continuação da nota 4)

limitada y, en tal sentido, 'competencia' auténtica. En el marco de una regulación lega-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada. Ni siquiera una 'competencia de competencias' puede ser algo ilimitado, si no ha de quedar la expresión desprovista de sentido, y disuelto el concepto. 'Competencia de competencias' es, bien entendido, otra cosa que soberanía, con la que ha sido muy confundida en la literatura jurídico-política de la Pleguerra." (*Teoría de la Constitución*, Madrid. Alianza Editorial, 1983, p. 118).

<sup>5</sup> BODIN, Jean - *Los Seis Libros de La Republica*, Madrid. Aguillar, 1973, p. 147.

<sup>6</sup> Cf. BASTID, Paul - *L'Idée de Constitution*, Paris. Económica, 1985, p. 187.

das matérias a serem consideradas e cuidadas pelo Diploma Magno, mais se permitiram facilidades para que pudesse ele vir a ser alterado pela reforma. A inexorabilidade das mudanças rápidas, bruscas e profundas que a realidade social demonstra cada vez mais e a extensão das matérias abordadas nos sistemas constitucionais contemporâneos fizeram com que a solução proposta por Sièyès (criação de um "juri constitutionnaire" com a exclusiva função de promover a reforma constitucional) fosse ficando mais esquecida, admitindo-se sempre mais a inclusão desta entre as funções do próprio poder legislativo constituído, cercado, para tanto, apenas de maiores cautelas e mais difícil processo de discussão e aprovação de reforma constitucional que aquele utilizado para a elaboração de normas infraconstitucionais.

Entretanto, a supremacia da Constituição na hierarquia das normas manteve sempre a limitabilidade como característica própria do poder reformador, pois não poderia ela se oferecer à modificação de seu corpo normativo de maneira fácil e ilimitada. Se assim fosse, aquela qualidade suprema não passaria de referência inútil, mentira teórica bem veiculada.

A marca de superioridade normativa de que se reveste a Constituição revela a sua natureza jurídica e sua condição hierarquicamente prioritária no sistema de normas positivado.

E sendo suprema não poderia a Constituição dar-se à atuação do reformador como uma possibilidade fácil e freqüente, despida de limites e cuidados especiais. Se ao toque do reformador, pudesse a obra constitucional positivada romper-se sem limites, como se afirmar aquela superioridade alegada?

Ademais, a obra constitucional, emanada do poder constituinte originário, traduz em sua elaboração a superioridade formal e material deste poder sobre aquele que se manifesta como seu desdobramento, revelando-se esta condição sobre qualquer atuação subsequente e dentro do mesmo sistema pelo poder instituído e derivado daquele.

O poder constituinte derivado não rompe com a sua raiz constituinte originária necessária, por não dispor de vigor jurídico para tanto. Se os limites que lhe são impostos fossem desbordados ou descumpridos, estaria ele abandonando o seu leito natural e necessário.

De outra parte, se o poder constituinte originário não impusesse limites ao desempenho do poder constituinte derivado de reforma estaria proclamando o seu suicídio, pois estaria a aceitar que a sua obra fragilizasse e fosse substituída e não apenas modificada, eis que, sem limites, a sua transformação em essência deitaria por terra tudo quanto identificasse o sistema por ele criado.

Por todas estas razões, o poder constituinte se autolimita, como é próprio do exercício democrático posto como única perspectiva jurídica válida na atualidade. O poder constituinte originário tem limites (apenas não os descobre na ordem jurídica positivada), muito mais há que tê-los o poder constituinte derivado.

A supremacia da Constituição determina um outro fundamento da limitabilidade do poder constituinte de reforma, qual seja, o que concerne à imutabilidade relativa da Constituição.

Como acentuado antes, a Constituição não se pretende eterna, ou dotada de inalterabilidade absoluta. Isto conduziria à imperiosidade de comparecer e reafirmar-se o poder constituinte originário sempre que parte das normas que a compõem

se mostrasse incompatível ou inadequada a novas necessidades sociais, o que determinaria a inexorabilidade de processos revolucionários sempre que se pretendesse promover modificações no sistema constitucional. Seria pretender que ficassem aprisionadas as gerações subseqüentes àquela elaboradora do Documento Magno, o que seria lesar o princípio democrático e enfrentar a inexorabilidade da história dos povos em seu movimento constante.

Desde os primeiros momentos da elaboração do conceito de Constituição e da prática constitucionalista moderna, teve-se por certo que as normas que fundamentavam o Estado dotavam-se de força vigorante superior às demais e submetiam os governos e os governantes, impedidos de promoverem mudanças nestas leis tão facilmente quanto o poderiam fazer com as leis ordinárias.

O sentido de imutabilidade, com que se impregnou o conceito primeiro de leis fundamentais<sup>7</sup> em séculos passados, tem o mesmo fundamento, ainda hoje prevalente e que repousa no princípio lógico da harmonia e integração do sistema constitucional. Não se imaginaria que a Constituição, como manifestação de uma sociedade que é, devesse permanecer inalterada, como reiteradamente observado. Mas não se lhe permitiriam modificações constantes e obtidas mediante processos marginais dos eventuais titulares da representação popular sem a anuência ou talvez sequer o conhecimento do próprio povo. Não se permitiria, como ainda hoje não se cogita aceitável, a quebra da identidade constitucional. Esta identidade, na perspectiva democrática, repousa no legítimo titular do poder, que é o povo, projetando-se ele, sua manifestação política no momento histórico em que se aplica o sistema constitucional.

Por ser sistema, a Constituição guarda uma lógica que identifica a verdade constitucional, pela qual se inteiram todas as suas normas. Há uma coerência constitucional inquebrantável que o saber constitucional ou a teoria da constituição descortina. Mas esta lógica pela própria natureza e finalidade da Constituição é ágil, dinâmica, evolutiva segundo a paralela e constante evolução da sociedade a que se dá a aplicar. Logo, a imutabilidade que integrou o sentido moderno de Constituição somente pode ser entendido, atualmente, como um anteparo social e político que resguarda o sistema constitucional para a própria garantia do homem e da sociedade, sem que haja aí o sentido de freio da história ou desacelerador do processo político. A imutabilidade, que orna a Constituição como um diferencial das demais leis, hierarquicamente submetidas a seus princípios e regras, não atinge, nem impede, a recriação constitucional segundo o caminhar histórico de um povo.

Nem o poderia, porque a Constituição não é apenas uma criação intelectual, mas a manifestação racional de um fenômeno social politicamente vivido que se traduz em normas pelas quais se faça possível e fácil aperfeiçoar a convivência social segundo um modelo estatal adotado.

Entretanto, não se há de perder de vista que a Constituição não tem dogmas, tem normas. A verdade constitucional é sempre a que se confere democraticamente, em dado momento, ao arcabouço normativo articulado como Lei Fundamental da sociedade. Não há verdade constitucional eterna, inquestionável, imutável.

<sup>7</sup> Cf. DUGUIT, Léon – *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris. Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, 1930, t. 3, p. 691.

O que se pretendeu, pois, e ainda se pode e se deve aceitar atualmente, é apenas a especialidade e a singularidade do modelo (processo e matéria) de modificação formal e até mesmo, quando for o caso, informal da Constituição. Esta se explica pela natureza do poder político do povo que a faz nascer.

Assim se tem que as normas constitucionais dotam-se de tal firmeza que para serem reformadas teriam que ser — como, efetivamente, me parece sejam — obra de poder de igual natureza ao que as criou, ainda que o seu exercício se encontre limitado pelo criador originário do sistema constitucional.

Para a composição das necessidades sociais sempre mutantes e que impõem, às vezes, mudanças nos fundamentos normativos do Estado, com imprescindibilidade de se assegurar estabilidade jurídica e eficácia normativa da Constituição, firmou-se o princípio de sua imutabilidade relativa. Vale isto dizer que não pode a Constituição sofrer mutações ou modificações formais senão em estrita relação com o quanto definido pelo poder constituinte originário. Esta relação a ser guardada, observada e obedecida diz respeito, exatamente, aos limites da atuação do poder reformador.

Estes limites são vinculantes para o poder constituinte derivado de reforma, quer-se dizer, não dispõe o reformador de titulação ou competência possível de ser estendida em seu exercício, além das margens estabelecidas pelo poder constituinte originário.

Em verdade, tanto a supremacia da Constituição quanto a sua imutabilidade relativa retiram a sua força fundamental sobre o poder constituinte derivado de reforma da própria natureza e qualidade do poder do qual ela nasce, a saber, o constituinte originário. É a supremacia deste poder que determina a superioridade da Constituição sobre todas as normas que compõem o sistema jurídico positivo, tanto quanto determina que o poder derivado não tem vigor para ele se sobrepor.

Finalmente, cumpre salientar que a legitimidade do poder constituinte derivado de reforma encontra a sua fonte e o seu elo sustentador exatamente no exercício limitado da missão que lhe é imposta.

A ausência de estrita observância dos limites a que se obriga o reformador determina a fraude constituinte. O poder constituinte derivado de reforma que ultrapasse o sistema constitucional quanto às balizas que, devendo ele obedecer, não sejam observadas, põe às claras ter aquele se arvorado em poder constituinte originário, secando a sua fonte e tomando-lhe o leito, destruindo para tanto a obra que devia apenas modificar para, em seu lugar, dar origem a outra.

A questão passa a ser, então, relativa à elaboração e à legitimidade de uma nova Constituição, pois não basta manter o rótulo ou a data anterior de um documento constitucional para se ter por assentado ou aceito que o desempenho teria sido meramente reformador.

Somente se põe e se soluciona a questão da legitimidade do poder constituinte derivado de reforma se e enquanto este antender às limitações que lhe são votadas e afirmadas no sistema constitucional, em cujo espaço ele existe e atua. Não se cogita de legitimidade de reforma feita à revelia da Constituição. A perda da identidade constitucional, a transformação da idéia de Direito prevalente em determinado sistema, para serem legítimos, precisam ser respaldados diretamente no povo, em cujo seio o poder constituinte tem moradia certa. Mas tal modificação de essência consti-

tucional – a determinar novo ciclo na história constitucional de um povo – não é questão de reforma constitucional, mas de feitura de nova Constituição, quero dizer, a questão deixa de ser ponto relativo ao poder constituinte derivado de reforma e passa a ser relacionado ao poder constituinte originário. Atuar como este em nome ou sob o rótulo daquele é sempre ilegítimo, é fraude ao povo e ao sistema constitucional.

A teoria da Constituição demonstra sempre ser reforma constitucional questão mestra do Direito Constitucional, em razão das conseqüências práticas que dela emanam.

Neste tema, a limitabilidade do poder constituinte de reforma é, à sua vez, ponto nodular central do qual as mais intrincadas questões jurídico-constitucionais despontam.

É a limitação posta ao exercício do poder constituinte derivado de reforma que assegura a identidade constitucional e impede que seja feita nova constituição sob o título ou com o rótulo de reforma. Sem estes limites, desabaria a própria teoria da constituição em sua concepção contemporânea e, conseqüentemente, insubsistente e sem objeto ficaria, por exemplo, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Se não fossem opostos limites ao poder constituinte derivado de reforma, os quais, afirmados no sistema constitucional, vinculam o exercício do órgão reformador, o que restaria da proclamada superioridade constitucional? E sem esta, por que, e, principalmente, para que o controle de constitucionalidade das leis?<sup>8</sup> Há se enfatizar, pois, que o tema dos limites do poder constituinte de reforma não se restringe a centros acadêmicos, senão que, como poucos, toca direta e imediatamente a própria sobrevivência de um sistema jurídico posto e, deste modo, respeita à vida de cada cidadão.

A caracterização – e, com base nela, a categorização de Constituições rígidas e flexíveis, que, ainda no presente, são conceitos afirmados no Direito Constitucional – depende da aceitação da limitação do poder constituinte derivado de reforma. A inexistência de limitações ao exercício constituinte reformador faz ruir a construção doutrinária e suas conseqüências jurídicas sobre a natureza e a aplicação da Constituição, conforme seja rígida ou flexível.

### *3. Limites do poder de reforma constitucional*

Conforme acentuado acima, a identidade constitucional, a sobrevivência da Constituição como uma realidade jurídica que se pode afirmar e distinguir das demais, a idéia de Direito que prevalece em dada sociedade estatal e que se encarna em seu sistema jurídico dependem da atuação do poder constituinte.

Os limites definidos no sistema constitucional para a atuação do poder constituinte de reforma são reservas constitucionais, em princípio intangíveis à mão do reformador. Por eles se assegura a inquebrantabilidade corriqueira e instabilizadora

<sup>8</sup> É certo que ao lado das questões jurídicas emergem questões políticas relativas aos limites do poder constituinte derivado de reforma. Neste sentido cf. BURDEAU, Georges – *Traité de Science Politique*, Paris: LGDJ, 1969, t. 4, p. 254. Segundo o publicista francês, "Il en est peu qui, à raison des leurs conséquences politiques, ait suscité des controverses doctrinales aussi passionnées, et il en est peu également à propos desquels la pratique suivie en fait par l'organe constituant ait été plus décisive".

do sistema constitucional, por eles mantém-se a sua integridade, permitindo apenas as mudanças – formais ou informais – que as necessidades da sociedade estatal amadurecidas em processo democrático informem e em função das quais decorram.

Como a Constituição não tem natureza autodestrutiva, não se permite ela facilitar a sua própria extinção pelo desempenho ilimitado e motivado por emoções sociais ou por conveniências políticas de momento. Não se oferece em sacrifício à desagregação do direito que dela nasce e nela se fundamenta, embora não se pretenda empertigar até esclerosar o sistema e ver em desuso as suas normas. Daí os limites que possibilitem a segurança da reforma sem a intransponibilidade absoluta, mas também sem a facilidade total.

Conquanto a limitabilidade do poder reformador seja amplamente aceita na teoria da Constituição e na prática constitucional moderna, há de se questionar sobre a possibilidade, ou não, de sobreviver o conceito de Constituição que ainda hoje se adota se se acolher como certa a possibilidade jurídica de reforma total da Constituição?

Esta possibilidade jurídica de reforma total da Constituição – a significar a ausência de limites formais e, principalmente, materiais ao poder constituinte derivado de reforma – implicaria em que pudesse ocorrer, pelo desempenho deste, a substituição da Carta, a destruição da anterior com o advento de uma nova e a transformação da idéia de Direito abrangida no documento substituído e, portanto, o fundamento do Direito Positivo de um povo. Entretanto, o espírito da Constituição deve manter-se quando de sua reforma, pois esta não suprime ou substitui o sistema constitucional, apenas o aprimora, aperfeiçoa-o para torná-lo adequado à realidade social. Daí a dificuldade de se aceitar a reforma total da Constituição como exercício legítimo do poder constituinte derivado. Quando ocorre a "reforma total" da Constituição não há como fugir da conclusão jurídica de que houve uma substituição de uma por outra Carta. E o surgimento de uma nova Lei Magna é fruto da atuação do poder constituinte originário, não do derivado.

Todavia, podem ser encontrados exemplos doutrinários e práticos que classificam a reforma em parcial ou total, conforme os seus termos e extensão, atentando, inclusive, para as maiores dificuldades de que se dotam os órgãos reformadores para a segunda hipótese.

Quanto a esta classificação sobrepairam dúvidas na doutrina quanto à caracterização da reforma total ou parcial, porque em ambas o que se possa considerar ser modificação profunda, ou alteração na essência da Constituição, ficam a depender de uma análise concreta e imediata do quanto reformado em face do que anteriormente havia no sistema constitucional.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Os autores que aceitam a possibilidade de haver reforma total e reforma parcial aplicam os critérios formais e materiais para concluir as suas análises sobre o tema. Na reforma total, segundo o critério formal, haveria um reexame e modificação de todos os dispositivos constitucionais e uma nova Carta substituiria a anterior. Por isto, o processo adotado para esta reforma seria ou teria que ser mais dificultoso ao órgão reformador. Na reforma parcial, apenas alguns dispositivos constitucionais seriam modificados, suprimindo-se, aditando-se ou alterando-se alguma norma inserida no documento constitucional, mas mantendo-se a sua integridade e identidade. Contra a adoção do critério formal (pelo menos como único critério) a direcionar a análise da reforma total ou reforma parcial, argui-se a possibilidade de a Constituição ser mantida na maioria dos seus dispositivos, tais como originariamente elaborados, mas ser alterada em alguma norma que lhe marque a essência, quer por alterar a estrutura econômica do Estado, a organização institucional do poder, a modificação do modelo formal de Estado etc. Todas as demais normas seriam

(Continua)

Há Constituições, de que são conhecidos exemplos as da Suíça e da Áustria, que, expressamente, admitem a reforma total ou parcial.<sup>10</sup>

A explicação oferecida a tais dispositivos permissivos da reforma total não alberga, contudo, a possibilidade de uma reforma ilimitada, sequer materialmente, observando sempre os doutrinadores que, mesmo inexistindo uma definição de limites expressos nos textos constitucionais, se a reforma impuser uma mudança da *idéia* do Direito acolhida no sistema reformado, há que se concluir pela substituição da Constituição e surgimento de uma nova etapa constitucional positiva após a ruptura da anterior, o que teria sido determinado pela atuação do poder constituinte originário, ainda que instalado sob as vestes daquele.

Daí porque mesmo as Constituições que aceitam a reforma total impõem formalidades especiais nos casos em que desta se cogite, estabelecendo que, nesta situação, consulta-se diretamente o povo, pelo referendo, *verbi gratia*, ou permitindo-se ela somente por iniciativa popular.

Assentado, portanto, que o exercício do poder constituinte derivado de reforma é sempre limitado, observa-se que alguns destes limites são mais importantes que outros em razão das conseqüências jurídicas e políticas que determinam.

Entretanto, todos eles acanham a ação jurídica e legítima do órgão reformador, que não os pode desconhecer, qualquer que seja a sua gradação no sistema. Vinculam eles igualmente o exercício do poder reformador, acarretando a sua inobservância idêntica conseqüência jurídica, qual seja, a inconstitucionalidade da emenda ou revisão por meio do qual se tenha dado a reforma.

### 3.1. *Limites adjetivos e limites substantivos ou materiais*

#### A. *Limites adjetivos*

Os limites postos à atuação do poder constituinte derivado de reforma são de natureza adjetiva ou processual quando se referem aos aspectos do processamento da reforma constitucional.

Estes limites podem referir-se aos dados temporais, circunstanciais ou formais da reforma.

A) Os limites temporais identificam períodos predeterminados pelo constituinte originário, no qual não se pode promover a reforma, ou no qual se tenha que promovê-la. No primeiro caso, resguarda-se de modificações a Constituição recém-promulgada, a fim de que se estabilizem as instituições orientadas inovadoramente por ela para que, somente após a produção dos seus efeitos e a avaliação deles, se produzam as alterações que se demonstrarem efetivamente necessárias. É que às mudanças normativas de base introduzidas por uma nova Constituição podem so-

(Continuação da nota 9)

mantidas em sua feição formal originária, mas teriam sido modificadas em sua inteligência, possibilitando, então, a mudança da identidade constitucional, sem embargo de ser assegurada a sua feição formal.

Daí a adoção do critério material (quase sempre aliado àquele primeiro), segundo o qual se considera reforma total da Constituição aquela que modifica fundamentalmente a ordem constitucional pela introdução no sistema de mudanças profundas em suas matérias básicas, as matérias nobres da Constituição, tais como o sistema de direitos individuais, coletivos e sociais assegurados e de garantias a eles conferidos, a forma de Estado e de governo, a estrutura institucional e competências dos poderes e suas interrelações, dentre outros. Seria, na seqüência desta tese, reforma parcial aquela que atingisse pontos periféricos da Constituição, sem alterar-lhe a essência.

<sup>10</sup> Constituição suíça, art. 118 - "La constitution fédérale peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement."

brevir insatisfações e até mesmo sobressaltos que, no calor da hora, podem facilitar manifestações de apoio à reforma, sem que isto indique que ela se produzirá em benefício de toda a sociedade. É preciso, então, que as normas constitucionais se apliquem, que os seus resultados sejam avaliados, para que somente então sobrevenha o seu aperfeiçoamento. Aliás, não poucas vezes as mudanças de leis vêm acompanhadas de desconfiança e até mesmo de alguma má vontade por parte daqueles que, usufruindo de uma situação jurídica privilegiada, não têm grandeza para dispor de uma nova condição que lhes não sejam tão confortável em benefício do maior conforto de uma maioria, que até então com nada ou com quase nada contava. E com má vontade, conforme lecionava Pontes de Miranda, não se interpreta sequer uma lei: ataca-se ela. Este ataque inicial, entretanto, não respalda modificações a serem imediatamente introduzidas. Daí a imposição, às vezes encontrada em documentos constitucionais, impedindo reformas nos primeiros momentos após a sua promulgação.

Exemplo deste limite consta da Constituição Brasileira do Império, em cujo art. 174 se estabelecia que, se passados quatro anos depois de jurada, se reconhecesse ser necessária a sua reforma, poderia ela sobrevir. Destarte, defesa era a sua modificação formal antes de ultrapassado o prazo constitucionalmente definido.<sup>11</sup>

Constitui outra modalidade de limite temporal aquela que se refere à periodicidade da reforma, de que é exemplo mais conhecido, na atualidade, a da Constituição portuguesa de 1976 (art. 287).<sup>12</sup>

B) Os limites circunstanciais são aqueles referentes a condições político-sociais, anômalas, em cujo momento não se possibilita a realização de reforma constitucional.

É que esta reclama uma tranquilidade que permita que as modificações introduzidas no sistema constitucional não sejam vislumbradas sob a ótica enevoada a que os momentos de incerteza e de insegurança conduzem. Nos momentos de crise social ou institucional, a superveniência de uma reforma na base do sistema normativo do Estado tende a voltar-se às contingências, às situações eventuais, a soluções momentâneas e atropeladas para problemas que nem sempre são momentâneos e que, às vezes, são conseqüências dos problemas maiores e verdadeiramente determinadores da instabilidade. Mais ainda, como bem observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as limitações circunstanciais visam "impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias especiais, diríamos até, em certas circunstâncias anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão."<sup>13</sup>

As Constituições brasileiras – desde a de 1934 – vedaram a concretização de mudanças formais em suas normas durante o estado de sítio, e na de 1988, também na vigência do estado de defesa (art. 60, § 1.º).

<sup>11</sup> Segundo PIMENTA BUENO, "para evitar a mobilidade imprudente ou constante, a Constituição inibiu a reforma antes de passados quatro anos, e por isso mesmo julgamentos que essa disposição não é transitória, e sim aplicável alteração que tenha sido consumada...". Op. cit., p. 477.

<sup>12</sup> Preleciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ser esta a mais importante modalidade de limitação temporal. (*Direito Constitucional Comparado - I - O Poder Constituinte*, São Paulo, José Bushatsky, 1974, p. 171.)

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*.



C) Os limites formais são aqueles que se relacionam diretamente às formalidades processuais da reforma. Podem ser identificados como limites formais processuais aqueles que se referem ao órgão competente para a reforma constitucional (iniciativa, discussão, votação e promulgação), aqueles que se relacionam à tramitação da proposta de reforma e ainda aqueles que concernem ao quórum da votação da proposta.

Nota-se que a rigidez constitucional categorizada por Lord Bryce tem a sua sede fundamental nas limitações ao poder constituinte derivado de reforma especialmente no que concerne ao aspecto formal processual. É na distinção entre o processo de ato normativo pelo qual se expressa a reforma constitucional e o processo de criação da norma infraconstitucional que repousa, fundamentalmente, a diferença entre a Constituição rígida e a flexível. O desembaraço permitido na elaboração da norma reformadora da Constituição determina a flexibilidade desta lei.

Cada Constituição permite-se um sistema de reforma, adotando a uniconceptualidade, ou seja, um único conceito de reforma constitucional compreendidos num único e mesmo processo formalmente estabelecido (*hipótese experimentada no Brasil na Constituição de 1967, na qual se previa a emenda como instrumento por meio do qual se poderia promover a reforma constitucional*) ou a biconceptualidade, quando, diversamente, adota-se a distinção entre os modelos processuais formais pelos quais se pode realizar a reforma constitucional. Pontes de Miranda orienta serem estas "soluções técnicas" que ao constituinte compete escolher.

Num ou noutro caso, o que é certo é que há limites processuais formais, considerando-se inaceitável que, no curso de uma reforma, sejam transgredidos os modelos adotados constitucionalmente. Quando uma Constituição (como ocorre no Brasil atualmente) abriga a biconceptualidade, tem-se que para cada reforma e conforme o caso a emenda ou a revisão é que deverá ser processada, atendidos, em qualquer hipótese, os seus próprios e respectivos procedimentos, sem possibilidade de se realizarem emendas ou o que ela deve ser pelo processo que a Constituição somente fixou para a revisão.<sup>14</sup>

Deve-se atentar, ainda, que os limites formais processuais devem ser considerados e respeitados integralmente, pois o valor constitucional de que se dotam são impedientes à validade e eficácia de uma reforma que contra eles atente.

<sup>14</sup> Como antes enfatizado, a Constituição não se pretende eterna ou perfeita. Por isto, tenho por segura e incontestável – e jamais vi ser esta afirmativa contrariada por alguém – que a Constituição brasileira pudesse e até mesmo devesse, em algumas de suas passagens, sofrer alterações. O que tenho por inaceitável, contudo, é que possa algum órgão ou poder valer-se do processo constitucionalmente indicado para a revisão (arts. 20 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988) para realizar reforma constitucional que supere o conteúdo e o pressuposto plebiscitário previsto para aquela situação, burlando-se, assim, a previsão constante do corpo permanente da Constituinte, no que se refere a emendas constitucionais. Estas têm conteúdo mais alargado que aquela e é a via constitucional adequada para as mudanças que se apresentem como necessárias para o País. Obedecendo a história constitucional brasileira, as emendas não são passíveis de ocorrerem senão mediante processo mais difícil que aquele previsto para a revisão prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, como se pretende, ocorrerá em sessão unicameral e por maioria absoluta de votos dos congressistas. Assim, mais fácil será realizar-se a revisão constitucional presentemente pretendida no Brasil que elaborar uma lei complementar (art. 69), a qual demanda votação em sessão bicameral e com maioria absoluta de deputados e senadores, que votam, então, em cada qual de sua respectiva Casa. Esta pretensão que ora se põe no País contraria toda a lógica constitucional, a história jurídica nacional e a doutrina do poder constituinte e a teoria da Constituição, dotando a Carta Magna, então, de uma característica de flexibilidade, que não se configura nítida no sistema vigente.

Note-se, ainda, que a teoria da Constituição tem por certo, neste tema, que a reforma é ato único e contínuo, pelo que a obediência a seus limites formais processuais são considerados em cada caso.

### B. *Limites materiais*

A) Os limites materiais identificam o objeto do sistema constitucional sobre o qual não pode recair, em princípio, a atuação do poder constituinte derivado de reforma.

Também denominados conteúdos fixos, cláusulas irreformáveis, cláusulas pétreas, princípios intangíveis, os limites materiais referem-se ao conteúdo que, por guardarem, segundo a opção e o entendimento do constituinte originário, a essência da Constituição, os pontos de sustentação do sistema, não podem ser oferecidos à reforma pelo poder constituinte derivado, pois tal equivaleria a uma substituição da Carta Magna.<sup>15</sup>

Constituem minoria as Constituições que estabelecem, expressamente, os limites materiais ao exercício do poder constituinte derivado de reforma.<sup>16</sup> Entretanto, a teoria da Constituição não adota como limites materiais apenas aqueles que constam de normas expressas no texto das Cartas escritas, acolhendo a existência de limites materiais implícitos ou imanentes, dotados de tanta força vinculante e proibitiva quanto a que naquelas normas se contém.

Uma breve análise de alguns sistemas constitucionais vigentes, a começar pela Lei Magna brasileira de 1988, deixa claro que os limites materiais, quando fixados expressamente, referem-se, com frequência, à natureza do regime político (democracia e seus princípios, como o da separação de poderes e participação popular no poder), à forma de governo (república ou monarquia), à forma do Estado ou ao que é rotulado em algumas Cartas como a estrutura política do Estado, aos direitos e garantias fundamentais, à ideologia política e religiosa do Estado (inclusive, no último caso, a interdição de se adotar uma ideologia religiosa por meio de reforma, considerando-se, então, a laicidade como característica fundamental inalterável do Estado).

B) Quanto aos limites materiais expressos ao poder constituinte derivado de reforma consideram-se as normas constitucionais nas quais eles se contêm como sendo normas de garantia, vez que o seu objetivo é assegurar a perdurabilidade da Constituição, muito mais do que, como antes era doutrinariamente aceito, configurando apenas norma substantiva de organização, por se relacionar às formas orgânicas de instituição e dinâmica do poder no Estado.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Preleciona BIDART CAMPOS que "Los contenidos que... plasman históricamente en una Constitución que los asimila, pueden, sin duda, calificarse como *contenidos pétreos*, y tienen por eso mismo una intangibilidad que no permite destruirlos o abolirlos... Tampoco hay que confundir los contenidos que son pétreos en razón de la tradición histórica, con los que, sin provenir de esa tradición, son petrificados exclusivamente por virtud de la nominación constitucional... Es fácil comprobar que la columna vertebral de una Constitución tradicional-historicista, con sus contenidos pétreos, corresponde a lo que los españoles han rotulado con el término de Constitución *interna* (*Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 90).

<sup>16</sup> Em 1980, de 142 constituições escritas vigentes no mundo, 38 (trinta e oito) faziam constar, expressamente, nos seus dispositivos, normas referentes aos limites materiais.

<sup>17</sup> Cf. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. - *Teoría Constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, t. 1, pp. 217 e ss.

As normas que expressam os limites materiais ao exercício do poder constituinte derivado de reforma constitucional são consideradas por Loewenstein como "disposiciones de intangibilidad articulada".<sup>18</sup>

Deve-se sublinhar que a preocupação maior com a questão relacionada à expressão ou imanência dos limites materiais, mais que com os limites formais, deve-se à circunstância de que estes são quase sempre expressos até porque eles indicam o processo da reforma, sem embargo de se poder considerar ser possível ocorrer a limitação formal implícita quando as matérias ou um dos pontos considerados intangíveis materialmente puderem vir a ser lesados por uma determinada forma processual adotada para a modificação constitucional. Nesta hipótese, embora inexpressa, considera-se limite imanente intransponível a forma adotada.

Assim, por exemplo, se se adotar uma forma processual reformadora de uma Constituição – na qual se tenha como limite material a intangibilidade do princípio democrático –, a inexpugnabilidade do processo à participação popular direta ou indireta pode ser considerada limite formal imanente. É que a forma adotada, conquanto possa não constar expressamente no sistema como vedada, por agredir aquele princípio que constitui limite material à ação do reformador, não pode ser considerada aceita, e ela mesma passa a figurar no rol dos limites formais inexpressos.

Os limites materiais implícitos ou imanentes são considerados os de mais difícil e importante desate na doutrina e na experiência constitucional contemporânea: difícil porque não estando articulados tendem a ser menosprezados ou desconsiderados pelas maiorias parlamentares que pretendam arvorar-se em grandes reformadores e que, nesta atuação, decidam exorbitar os limites ou não conviver com eles, tanto mais quanto não se possam demonstrá-los articuladamente; importantes porque, não poucas vezes, substitui-se uma Constituição por outra, sem se permitir o debate sobre a legitimidade e a constitucionalidade da reforma processada, pela modificação ou substituição de princípios e regras que, conquanto não toquem literalmente os limites materiais expressos, deitam-nos por terra a desfazer todo o arcabouço e a identidade constitucional.<sup>19</sup>

Pela ação da doutrina e da jurisprudência, especialmente aquela assentada pelas Cortes Constitucionais européias, firmou-se e afirmou-se a existência dos limites materiais implícitos ou imanentes, que integram o sistema constitucional e entram o desempenho do poder constituinte derivado de reforma com idêntica força com que o constringe os limites expressos.

A questão do fundamento dos limites implícitos é essencial pelas consequências práticas que do seu reconhecimento decorrem, basicamente, quanto à interpretação da Constituição, sua aplicação e o controle de constitucionalidade dos atos de reforma.

<sup>18</sup> LOEWENSTEIN, Karl – Op. cit., p. 189.

<sup>19</sup> Segundo LOEWENSTEIN, "mucho más interesante, aunque mucho más complicada, es la cuestión de los límites de la reforma constitucional que se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, immanentes o inherentes a una Constitución. En oposición a los límites expresados en la Constitución misma, cabría aquí hablar de límites no articulados o tácitos" (Op. cit., p. 192).

Todavia, a dificuldade relativa a este tema está posta desde o fundamento dos limites implícitos, pois segundo alguns autores, como Loewenstein, ela residiria no direito natural, não podendo o constituinte de segundo grau se sobrepor ao de primeiro grau, ou à sua obra, que é fruto (ou deve ser) de manifestação legítima do povo. A Constituição pode ser alterada, sem ser substituída, o que se dá pela manutenção não apenas da matéria referida em suas cláusulas, como conteúdo intangível, mas de todos os princípios que a identificam e a especializam em face de qualquer outra.

Parece que se há de encontrar o fundamento dos limites materiais implícitos (ou inexpressos ou imanentes, como se o queiram chamar) no próprio direito do Estado, pois situá-lo em outro momento ou espaço jurídico significa deixar que a sua aceitação e aplicação concreta sediem-se no pensamento ou postura jurídico-política de cada pessoa, inclusive dos agentes que participem dos órgãos de reforma e dos órgãos de controle da validade constitucional da reforma.

Considere-se que a Constituição tem um *sentimento e identidade* próprios, conforme a teoria tem preconizado e feito aceitar-se. Portanto, o que ela é em sua essência e como ela é não são matérias falseadas ou falácias jurídicas deixadas ao alvedrio de cada leitor. Por isso mesmo é que *Constituição se aprende*. Se não passasse de ilusão legislativa com valor de mito normativo não seria necessário procurar-lhe a feição e o espírito. Mas estes, por existirem, são dados ao conhecimento – e conhecimento técnico – de quem a isto se dedica. Considere-se, ainda, ser a Constituição um sistema e como tal vincula-se e veicula-se em uma harmonia e harmonização de princípios e regras, contidas expressa ou implicitamente em suas normas. Se assim é, há de reconhecer, por igual, que entre as normas constitucionais – que, inclusive, podem ser hauridas da ciência e consciência do seu sistema sem que necessitem nelas se conter com todas as letras, desde que ali estejam com o seu espírito e força vinculante sistêmica – podem ser encontradas aquelas que respeitam a limites do poder. Isto vale e é plenamente aceito, inclusive pela jurisprudência, quanto ao poder constituído. Por que, então, não o seria para o poder constituinte derivado de reforma?

Os limites inexpressos são, pois, deduzidos do próprio sistema constitucional. Não são construções ideais ou elaborações fundamentadas apenas em doutrinas ou no plano metajurídico. O seu conteúdo vincula-se ao quanto expresso e elaborado constitucionalmente. A sua obrigatoriedade tem o mesmo grau e idêntica força ao quanto definido para os limites expressos, o que vale não apenas para o órgão competente para realizar a reforma, mas para o órgão ou poder encarregado constitucionalmente de controlar a sua realização.

A expressão das matérias intangíveis ao desempenho do poder constituinte derivado de reforma deve-se a uma acentuada preocupação do constituinte originário de não permitir que debates posteriores mutilém a obra constitucional ou deixam-na sujeita às eventuais maiorias parlamentares, em geral os próprios órgãos legislativos a quem a Constituição, em geral, confere competência para elaborar modificação formal. Para evitar questionamentos que coloquem em risco a estabilidade constitucional é que se preferem atentar a alguns pontos invulneráveis à atuação reformadora, mais que a exaustão de todos os pontos identificadores da matéria

essencial da Constituição. Nem por isto exclui aquela expressão outros pontos considerados irreformáveis.

C) Tem-se admitido, na teoria da Constituição, a existência de limites materiais denominados autônomos, quando encontrados no próprio sistema de direito interno do Estado, expressa ou implicitamente, ao lado dos limites heterônomos, considerando-se estes quando afirmados no direito internacional.

Na verdade, mais que apenas no direito constitucional positivado, tem-se admitido que mesmo quando não se encontrem os limites materiais, expressa ou implicitamente, na Carta Magna, existem eles juridicamente e são vinculantes e inflexíveis, quando se encontrem nas raízes do direito natural (hipótese mais facilmente exemplificada com os direitos fundamentais do homem, que nem sempre foram e continuam sendo inseridos como normas constitucionais, mas que se põem como superleis a balizar a conduta do reformador constitucional).

De outra parte, os atos de direito internacional aos quais se ache vinculado o Estado por compromissos validamente assumidos limitam materialmente o reformador constitucional, que não pode, em seu exercício derivado, desconhecer ou por este ato de direito interno, ainda que fundamental como é o ato de reforma constitucional, modificar-lhe direta e imediatamente os termos e os resultados. Pode, é certo, determinar que o Estado verifique ou passe a tratá-lo, segundo a tramitação própria do direito internacional, adequadamente às novas normas que se promulguem por meio da reforma constitucional.

Identificam-se também como limites materiais heterônomos aqueles que se definem nas Confederações quanto aos cantões, províncias etc. a supremacia do Estado Nacional.

Neste caso, há uma ordem jurídica de natureza distinta da ordem positiva interna do Estado a determinar o desempenho do poder constituinte derivado de reforma. É que este não se reserva a perspectiva única e exclusiva de um Estado isolado. Compreende-se em sua atuação a condição do Estado em coordenação com os demais, com os quais ele opera jurídica, política e economicamente e dos quais depende cada vez mais pela rede de vínculos que mais e mais se afirmam no mundo.

Assim, as normas jurídicas – especialmente as de natureza constitucional – não podem deixar de sintonizar esta realidade jurídica supranacional e decidir fundamental e constitucionalmente quanto a um Estado como se todas as ordens jurídicas distintas fossem anclares à sua.<sup>20</sup>

D) Uma das questões mais polêmicas e de maior dificuldade encontradas na teoria da Constituição e na prática do poder constituinte derivado de reforma refere-se à super-rigidez constitucional das cláusulas que expressam a matéria irreformável em dado sistema. A questão que se coloca à doutrina, à decisão dos tribunais constitucionais e dos órgãos competentes para realizar a reforma é se as cláusulas afirmadoras das matérias intangíveis à modificação são elas mesmas reformáveis ou não.

<sup>20</sup> São encontradas referências, ainda, a limites ideológicos e estruturais que se poderiam encontrar balizando a atuação dos reformadores constitucionais. Entretanto, esses limites não são encontrados no sistema constitucional, senão que na dinâmica social. Ademais, várias das matérias apresentadas como limites metajurídicos ideológicos, *verbi gratia*, são introduzidas nos sistemas constitucionais como limites materiais expressos ou imanes, donde a dispensabilidade de se indagar sobre o vigor e a eficácia jurídica que poderiam eles ter. Cf. VANOSI, Jorge Reinaldo A. – Op. cit., p. 182.

As questões que pendem sobre o tema respeitam, inicialmente, aos fundamentos e à estabilidade constitucional de uma parte e à necessidade, de outra, de possibilitar às gerações futuras possibilidade de modificar o sistema constitucional, refazendo ou reelaborando todas as normas que nele se encontrem superadas em face de uma nova realidade social.

O fundamento da limitação material do poder constituinte derivado de reforma está, em parte, na natureza deste poder – que deriva do poder constituinte originário e não tem como superá-lo e substituir-lhe a obra, que é identificada exatamente pelo conjunto de matérias consideradas por aquele como imprescindíveis para a caracterização essencial do sistema por ele criado e que são, por isto mesmo, afirmadas como imutáveis.

Se for alterada esta parte da Constituição – na qual se apresentam e se impõem os limites materiais ao poder constituinte derivado de reforma –, pode-se ver surgir uma nova Constituição e não apenas novas normas constitucionais a compor o anterior sistema, mantido intacto na parte invulnerável à reforma. Seria permitir-se, neste caso, a reforma total da Constituição.

Se as matérias são postas pelo constituinte originário como intangíveis e intransponíveis ao legislador reformador da Constituição, como se promover uma reforma exatamente para modificá-las (principalmente quando se cuida de aboli-las)?

Mas como impedi-lo, se a reforma é a via oferecida pela Constituição para se garantir a sua sobrevivência em face de novas necessidades e idéias, se estas podem vir em confronto com aquilo que anteriormente se considerou imutável?

Agora mesmo no Brasil, a forma de governo, que desde a República foi considerada limite material do poder constituinte derivado de reforma deixou de sê-lo pelo constituinte de 1988 e deixou-se esta matéria ao cuidado direto e decisão plebiscitária do povo, o qual, conforme se sabe, preferiu mantê-la a optar por outra forma. Não, contudo, porque se lhe impusesse a norma constitucional, mas porque se teve, plebiscitariamente, por melhor. Não por determinação intangível, mas porque aquela foi considerada pelo eleitorado a melhor decisão política a ser acolhida pelo Direito.

Principalmente, a questão neste passo parece ser como sobreviver o fenômeno da legitimidade – tida como base da democracia contemporaneamente pensada – com a noção de cláusulas irreformáveis absolutamente pelo povo ou pelo seu legítimo representante?

Como aceitar-se que uma geração se arvora a ser tão superior às que lhe seguem que imponha, indefinidamente, obediência a uma norma que ela tenha apontado, como dotada de rigidez absoluta e eficácia destinada à eternidade, oferecendo a quem venha em seus passos apenas o recurso da revolução para alterar tal arsenal de decisões normativas?<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Asseverava com a maestria de sua pena PONTES DE MIRANDA que "Constituição que se impõe ao tempo, e esse não lhe consegue corroer os textos, ou alterá-los em discussão normal, é Constituição que só deixa ao povo, ou às gerações que nela não vêem soluções para os seus destinos, o recurso da revolução" (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, de 1969*, Rio: Forense, 1987, t. 3, p. 145).

As correntes doutrinárias que versam o tema apontam para conclusões opostas e são veementes em seus argumentos. De um lado, Carl Schmitt e todos os grandes constitucionalistas que lhe adotam as razões, acentuando as razões que o conduzem, observam que a alteração das matérias definidas como imodificáveis na reforma significa a destruição da obra constitucional pela ação daquele que para tanto não fora escolhido como competente. Segundo o constitucionalista alemão, não se permite pela ação do reformador constitucional nem a supressão, nem a destruição, nem a substituição ou revogação da Constituição<sup>22</sup>.

Contrapõem-se a estes elementos doutrinários e práticos constitucionalistas como, dentre outros grandes, Biscaretti Di Ruffia, para quem se o Estado pode até mesmo, juridicamente, decidir-se pela sua extinção e pela sua anexação, por exemplo a outro, por que razão, então, não poderia ele decidir-se pela modificação total de sua Constituição e das normas inclusive que limitam a ação reformadora do seu poder constituinte de segundo grau? Como negar-se ao povo o direito de, em determinado momento de sua história, modificar as suas normas, adequando-as aos novos tempos e às novas necessidades?<sup>23</sup> Para os partidários desta corrente, uma Constituição sem possibilidades de alterar-se, inclusive quanto a seus limites materiais, é uma Constituição sem possibilidade de existir e de garantir-se em sua atualidade, em sua finalidade de atender normativamente aos reclamos da sociedade, aos quais deve poder responder eficazmente, e sem condições de assegurar a sua própria sobrevivência futura.

Observa-se que os argumentos de um e de outro lado do debate travado doutrinariamente são vigorosos e com conseqüências sérias. Não é questão simples ou meramente retórica que se põe à análise.

A primeira corrente aceita a existência da superconstitucionalidade de algumas normas que obriga a própria Constituição. Trata-se do que Alf Ross apelidou de "ideología constituyente superior presupuesta" ou "el más alto presupuesto ideológico del orden jurídico", o que, segundo Vanossi, seria "algo así como una superconstitución sobre la misma"<sup>24</sup>.

Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente

<sup>22</sup> Cf. SCHMITT, Carl – *Teoría de la Constitución*, Madrid. Alianza Editorial, 1982, pp. 118 e ss.

No Brasil, ensina PINTO FERREIRA, dentre outros grandes mestres do Direito Constitucional, que "...a reforma constitucional não implica uma destruição da Constituição vigente, não sendo possível nenhuma mudança constitucional que provoque uma substituição do sujeito do poder constituinte, ou de algum outro conteúdo fundamental cuja mudança é expressamente vedada pela Constituição. Nesse sentido, as Constituições estabelecem comumente um conteúdo mínimo, inviolável e intangível, considerado como a essência da Constituição, também chamado por Wittmayer como "o espírito da obra constitucional". Este conteúdo mínimo é justamente insuscetível de reforma, sob pena de destruição ou supressão da Constituição. (*Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1, p. 121)

<sup>23</sup> Neste sentido posiciona-se também VANOSSO, Jorge Reinaldo A. – op. cit., p. 190.

Ampla foi a discussão havida em Portugal em 1983 sobre a possibilidade jurídica de serem alteradas as cláusulas referentes aos limites materiais da reforma constitucional. Sobre o tema, cf. JORGE MIRANDA, que se posiciona a favor da possibilidade de modificação (*revisibilidade na palavra do eminente constitucionalista português*) das cláusulas de limites expressos. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra. Coimbra Editora Ltda, 1983, vol. 2, pp. 181 e ss.

<sup>24</sup> ROSS, Alf – *Sobre el Derecho y la Justicia*, apud VANOSSO, Jorge Reinaldo – Op. cit., pp. 237 e ss.

o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto.

Continuo a ter comp válida a idéia prevalente no Direito Constitucional de que uma coisa vem a ser a modificação da Constituição, outra bem diversa a sua substituição por uma nova. Se todos os fundamentos materiais de uma Constituição – e eles são resenhados e apresentados nos limites materiais ao poder constituinte reformador – são substituídos, a ação, seguramente, ainda que com outro rótulo, será do poder constituinte originário.

A reforma de todas as cláusulas consideradas imodificáveis comunicam-se ao sistema, imediatamente, como uma substituição da Constituição. A questão deixa de ser relativa ao poder constituinte derivado de reforma e passa, então, a considerar o poder constituinte originário.

Não assim quando alguma dentre aquelas cláusulas, mesmo que lhe modifique a feição e até mesmo alguns dos seus fundamentos a conotar-lhe novo perfil, componha-se de molde a melhor servir ao destino do povo que a ela se submete.

É que não encontro razões para considerar oponíveis ao direito dos povos, em cada tempo, de adotar as suas próprias normas, sem precisar de para tanto promover a elaboração integral de uma nova Constituição, o direito da geração anterior e que traçou as normas fundamentais originárias de sua Constituição de subsistir mesmo depois de cumprido o seu percurso histórico em vida. Seria orientar-se no sentido de resguardar os direitos dos mortos e sobrepô-los aos dos vivos.

Tenho por certo, porém, que a reforma que possibilita a modificação das cláusulas irreformáveis há que ser feita para isto, e após a sua concretização é que ela pode vigorar para outras reformas que sobrevenham. Vale dizer, não se pode cogitar de, numa reforma em que se ponha como matéria a modificação possível destas cláusulas limitadoras do exercício do poder constituinte de segundo grau, promover-se de imediato e paralelamente outras alterações, porque tudo fica sempre a depender do resultado desta.

De outra parte, considero imprescindíveis que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável.

Tendo natureza de norma constitucional de garantia aquela que define os limites materiais do poder constituinte reformador, a cirurgia jurídica que a altere necessita, então, de cuidados especiais e procedimentos mais rigorosos que aqueles que se adotam para as atuações regulares daquele poder para contar com validade jurídica e legitimidade social e política.

#### *4. Responsabilidade e controle da constitucionalidade pela reforma constitucional*

Do princípio segundo o qual o exercício do poder de reforma constitucional é limitado adjetiva e substancialmente decorrem conseqüências jurídicas imediatas.



Sendo a reforma constitucional manifestação do poder, é imperioso que se reconheça que o seu exercício acarreta a responsabilidade jurídica de quem o desempenha.

Sendo de natureza constitucional a(s) norma(s) do sistema modificada(s) formalmente pela atuação daquele poder, decorre a *submissão do ato de reforma ao princípio democrático e incontornável do controle jurisdicional*.

Sendo derivado e limitado ao quanto constitucionalmente disposto o exercício do poder constituinte de reforma, é irretorquível a *natureza constitucional do controle jurisdicional da reforma realizada*.

Nos Estados democráticos, presente constitucionalmente o princípio da separação de poderes como fundamento da estrutura e dinâmica do Estado, é *inegável que o órgão controlador compõe poder constituído diverso do órgão ao qual compete a realização da reforma*, pois a democracia não encerra no mesmo órgão ou poder autor de um ato o exame de legalidade e legitimidade do seu desempenho.

A responsabilidade política do agente, órgão ou poder constituído que realize reforma constitucional repousa no plano da *legitimidade do poder e é efetivado pelos instrumentos que o sistema constitucional estabeleça e que se sediam no soberano originário do poder, que é o povo, e que deve contar, no ordenamento magno, de instrumentos específicos, como o referendun, o plebiscito e o veto popular a serem utilizados no momento da concretização da modificação formal da Constituição*.

A história política tanto quanto a história constitucional dos povos demonstra o chamamento à responsabilidade do Estado e do agente por atos praticados para se reformar a Constituição vigente.

Prevalece na doutrina a inteligência segundo a qual o *Estado responde patrimonialmente pelos atos danosos que tenham decorrido de reforma constitucional declarada inconstitucional, podendo os agentes envolvidos serem responsabilizados política, penal e patrimonialmente pelos atos praticados sob o pretexto reformador da Constituição, quando não havia competência para tanto ou quando, havendo, tiver ele exorbitado das balizas normativamente traçadas e daí tiverem sobrevindo aqueles danos*. Esta, portanto, para o direito é inválida e a declaração deste vício determina o desfazimento do quanto com base nela produzido. Se a aplicação de ato reformador inconstitucional determinar lesão a direitos ou agravo a condição jurídica de alguém, este tem direito a ver reparada a sua situação mediante indenização que deixe o seu patrimônio juridicamente protegido a salvo das investidas do reformador abusivo e destituído de fundamento jurídico em sua atuação.

Nesta hipótese, a *responsabilidade é do Estado*, que tem a obrigação jurídica de regressar contra o agente ou órgão causador da lesão constitucional, é de natureza patrimonial, objetivando deixar indene o patrimônio juridicamente protegido daquele que tiver sido lesado em seu cabedal. Há que se comprovar o dano causado diretamente pela pretendida reforma, proposta ou até mesmo realizada, conquanto sem validade constitucional.

Conforme observei em outras ocasiões, a Constituição é lei e a constitucionalidade é direito – o mais importante dos direitos – de uma pessoa, pois é na garantia deste direito que repousa a sua segurança jurídica fundamental e a certeza da validade, eficácia e concretude dos direitos constitucionalmente declarados e assegurados.

*Logo, a realização de reforma da Constituição contrariamente aos parâmetros nela definidos atinge direitos do cidadão. Quando esta afronta produzir danos específicos e definidos, comprovados segundo as normas do ordenamento jurídico, tem-se a responsabilidade do Estado pelos agravos e a sua obrigação jurídico-constitucional de repará-los integral e eficazmente.*

Esta responsabilidade impõe, necessariamente, o prévio ou concomitante controle de constitucionalidade do ato pelo qual se tenha concretizado a reforma (emenda constitucional ou ato ou lei de revisão). É de sua análise jurisdicional, feita pelo poder ou órgão competente, segundo os ditames constitucionais, que se averiguará e comprovará os fundamentos da existência da responsabilidade do Estado. Esta não decorre de qualquer direito que venha a ser alterado pela reforma constitucional válida, pois não há "direito adquirido" contra a Constituição. O que determina a responsabilidade patrimonial do Estado é a existência ou tentativa de realização de reforma constitucional em detrimento ou fraude à Constituição, daí se comprovando ter havido danos ao patrimônio de pessoa física ou jurídica e protegido pelo sistema vigente.

O controle da constitucionalidade da reforma constitucional é pleno. O exercício deste controle da constitucionalidade repousa no princípio da democracia do Estado de Direito, que determina a submissão de todos – governantes e governados – à ordem jurídica vigente.

A Constituição define os parâmetros segundo os quais se realiza a sua reforma. Os seus limites são intransponíveis nos termos postos em cada sistema, não podendo, enquanto vigentes, serem desobedecidos. Não há competência constitucional para a inconstitucionalidade, que é o desmando e a fraude no exercício do poder. A atuação contra\*, além ou à margem destes limites, impõe a reação do sistema, que se dá por meio do controle de constitucionalidade. É o exercício eficaz e urgente deste que garante o indivíduo no Estado Democrático de Direito, pois de nada valeriam as Constituições contemporâneas sem um perfeito sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A teoria do poder constituinte de reforma constitucional somente encontra razão de ser e aplicabilidade e garantia dos seus termos no sistema que acolha o controle de constitucionalidade que incida sobre o desempenho público que aja sob a alegação de estar exercendo aquele poder. A verificação da validade jurídica da reforma constitucional é função maior e imprescindível do poder ou órgão incumbido da guarda da Constituição.

Unânime é a doutrina constitucional sobre o dever que se impõe, nos sistemas constitucionais democráticos, de se exercer o controle de constitucionalidade da reforma do Texto Magno.

Enquanto vigentes, as normas que definem os limites adjetivos e processuais, bem como as que fixam os limites substanciais ou materiais, são obrigatórias para o constituinte de segundo grau, o qual, pela sua própria condição submissa ao direito, não pode delas se afastar.

\* Cf. acima a referência à possibilidade de ser concretizada reforma específica para a modificação dos limites materiais expressos. Estes, contudo, enquanto vigentes obrigam o reformador.

Por isto mesmo, o exercício do poder constituinte de reforma deve estabelecer, no início do seu processo, a matéria, a extensão material de seu desempenho, o processo que pretende adotar, para que se esclareça à sociedade e ao órgão controlador a sua adequação às normas constitucionais vigentes.

### 5. Conclusões

Poder constituinte e Constituição são dois momentos do fenômeno constitucional de um povo. A atuação daquele não se acaba pela elaboração da norma constitucional, nem esta se acomoda numa manifestação momentânea do poder constituinte.

Não se cogita de uma Constituição eterna. Menos ainda de uma Constituição absolutamente irreformável. Não se pensa, contudo, num divertimento constitucional, não há mais lugar para uma Constituição nominal, mutável a cada instante como se fora uma norma circunstancial, alterável segundo os comandos de aventuras do poder econômico ou sujeita às conveniências das maiorias parlamentares.

A reforma constitucional é garantia da Constituição, segurança de sua permanência atual e coerente com o seu destino de servir ao povo. Não se pusesse à reforma e a Constituição estaria fadada à substituição e ao fracasso pelo seu desuso, incompatibilidade com a sociedade que a ela se submete. Mas como a reforma se faz para o povo e não para os governantes ou para os economicamente bem servidos, não se pode ela passar irresponsável ou aleatoriamente.

Cada Constituição traça o seu modelo de reforma, o qual não pode ser fraudado ou dispensado ao sabor de reformadores de plantão, que sempre os há dispostos a modificar as leis para não modificar a estrutura do Estado segundo os anseios e necessidades de todo o povo.

A reforma da lei – muito mais a da Constituição – requer cuidados. Porque leis, quanto mais se as fazem, menos se tende a conhecê-las, respeitá-las e aplicá-las. O excesso de mudanças nas leis é sinal de pouca afeição a elas. Crises não se resolvem apenas ou principalmente pelas reformas imediatas introduzidas nas leis. Contrariamente, às vezes se fazem mudanças nas leis para se impedirem as reformas sociais ou políticas que o povo quer e precisa, apenas como um discurso fácil e abúlico a mais que se usa para enganar a sociedade, que tem na crença da Constituição e no Direito, ainda, o sustentáculo de sua esperança de realização do modelo de Estado adotado. Quando uma sociedade descobre que o seu Direito não realiza o seu ideal de justiça, não há como controlar a massa, que decide irromper, em sua desesperança, contra a estrutura institucionalizada.

Reforma constitucional não é jogo, nem pode ser o logro de um povo. O descuido ou a desobediência da ordem estabelecida sob o manto ou o apelo reformador, nas ocasiões e para os grupos que o que mais querem é nada reformar ou manter o *status quo* que os privilegia, pode ensejar o momento subsequente mais grave da ruptura de todo o sistema jurídico pelo descortínio a que um povo chegue de que as suas leis são inúteis, ou pior ainda, instrumentos de poucos em detrimento de muitos.

Por isto é que a reforma constitucional é limitada pelo constituinte originário, que preestabeleceu o modelo pelo qual ela se deve passar. O descumprimento destes limites é inválido, inconstitucional, imoral e antidemocrático. A injustiça não se re-

solve pela reforma constitucional, mormente quanto o seu processamento objetiva nada se modificar em benefício da melhoria das condições de um povo. Então, não se tratará de reforma, mas de fraude constitucional, e fraude alguma é válida no Direito e para o Direito.