

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação

Coordenação de Biblioteca

<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



CÂMARA DOS DEPUTADOS
CENTRO DE FORMAÇÃO, TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Aline Bühler

REVISÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL:
uma análise crítico-processual

Brasília
2007

ALINE BÜHLER

**REVISÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL:
uma análise crítico-processual**

Monografia apresentada para aprovação no curso de
Especialização em Processo Legislativo da Câmara dos
Deputados.

Orientador: João Ricardo Carvalho de Souza

**Brasília
2007**

Autorização

Autorizo a divulgação do texto completo no sítio da Câmara dos Deputados e a reprodução total ou parcial, exclusivamente, para fins acadêmicos e científicos.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____

Bühler, Aline.

Revisão constitucional no Brasil [manuscrito] : uma análise crítico-processual / Aline Bühler.
-- 2007.

51 f.

Orientador: João Ricardo Carvalho de Souza.

Impresso por computador.

Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo.

1. Revisão constitucional, Brasil. 2. Poder constituinte, Brasil. I. Título.

CDU 342.4(81)

Revisão Constitucional no Brasil: uma análise crítico-processual

Monografia – Curso de Especialização em Processo Legislativo da Câmara dos Deputados – 1º Semestre de 2007.

Aluna: Aline Bühler

Banca Examinadora:

João Ricardo Carvalho de Souza

Samantha Ribeiro Meyer Pflug

Brasília, de 2007.

RESUMO

Atualmente é ainda muito grande e, sobretudo no Brasil, palpitante e sempre oportuna a discussão de temas tais como a teoria que caracteriza a noção de Poder Constituinte, seu conceito, natureza, titularidade, limites expressos e implícitos e demais pontos relevantes relativos à alteração do texto constitucional. A mudança da Constituição é um tema recorrente no Brasil. Não se passam poucos meses sem que volte à pauta do dia no Congresso ou nos Palácios onde se traçam o destino da Nação. A observação desse fenômeno forneceu a temática que veio a ser a base do estudo desse trabalho, que tem como principal preocupação desenvolver uma reflexão crítico-processual sobre o instituto da revisão constitucional e demais questões que nele estão subjacentes. Na abordagem do poder constituinte de revisão serão examinadas as correntes defendidas em torno da possibilidade de se fazer uma nova revisão constitucional. Ao final deste trabalho, pretende-se ter alcançado um razoável debate em torno do poder constituinte reformador, uma discussão que, exatamente por não ser nova, espera-se seja proveitosa.

Palavras-chave: revisão constitucional; poder constituinte; poder constituinte originário; poder constituinte reformador; poder constituinte de revisão; limites do poder constituinte.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE	10
2.1 Noções de Poder Constituinte	10
2.2 Natureza.....	13
2.3 Titularidade e Exercício.....	15
2.4 Espécies de Poder Constituinte.....	17
2.4.1 Poder Constituinte Originário.....	19
2.4.2 Poder Constituinte Derivado.....	20
2.4.2.1 Poder Constituinte Reformador.....	21
2.4.2.2 Poder Constituinte Decorrente.....	23
3 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE.....	24
3.1 Limites do Poder Constituinte Originário.....	24
3.2 Limites do Poder Constituinte Reformador.....	26
3.2.1 Limites Formais.....	28
3.2.2 Limites Temporais.....	28
3.2.3 Limites Circunstanciais.....	29
3.2.4 Limites Materiais	29
4 PODER CONSTITUINTE DE REVISÃO	33
4.1 Conceito	34
4.2 Características	35
4.3 Limitações à Revisão Constitucional	36
4.4 Análise Crítico-processual da Revisão Constitucional	41
5 CONCLUSÃO	47
6 BIBLIOGRAFIA	49

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como principal preocupação desenvolver uma reflexão crítica sobre o instituto da revisão constitucional e demais questões que nela estão subjacentes. A análise desse tema deve-se, principalmente, aos intensos debates travados na Câmara dos Deputados sobre a possibilidade de uma nova revisão constitucional. O Congresso Nacional esteve discutindo a proposta de emenda à Constituição n. 157, de 2003, que pretendia convocar uma Assembléia de Revisão Constitucional para essa nova legislatura. A proposição foi admitida pela Comissão de Constituição e Justiça, tendo sido criada Comissão Especial, para análise do seu mérito. Na Comissão Especial, a PEC 157/2003 foi aprovada. O Parecer da Comissão Especial aguarda , agora, sua apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

A revisão da Constituição, sua alteração por meio de emendas ou a convocação de uma assembléia revisional são assuntos que constantemente aparecem em nossa temática política. O Brasil parece viver sempre na expectativa de uma revisão constitucional. Sempre que há uma situação ou ameaça de crise, alguns setores retomam a tese da revisão constitucional, como aconteceu em 1997 com a proposta do deputado Miro Teixeira. Sua PEC, de n. 554/97, foi lançada quando se discutiam várias emendas constitucionais (reforma administrativa e previdenciária, sistema tributário, quebra de monopólio, sistema eleitoral e partidário e principalmente a emenda da reeleição) e visava convocar um Congresso revisor para aprovar essas reformas com um *quorum* de maioria absoluta. Essa proposta está parada na Câmara até hoje.

É notória, no Brasil, uma tendência à instabilidade do texto legal, refletindo-se tal fenômeno na constante necessidade de se rever, emendar e reformular as leis em geral e o ordenamento constitucional, em particular. Exemplo disso são as 53 emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional até início de 2007, mais as centenas de propostas de emenda que tramitam nas duas Casas.

A Constituição Federal é a lei fundamental do país, é o modelo de tudo o que se faz no Brasil no tocante a leis e atos normativos. Não é estática e nem eterna, ela pode ser transformada por meio de emendas constitucionais, como prevê seu próprio texto, e conforme as necessidades da sociedade.

Esse fato é aceitável, visto que os costumes e as práticas da sociedade não estão engessados, mas passam por constantes alterações que precisam ser refletidas nos estatutos que ordenam as relações entre seus componentes, sejam indivíduos, sejam instituições. Por isso, tem o povo legitimidade para se manifestar diretamente ou através de seus representantes quando entende que chegou a hora de rever seu texto constitucional, ajustando-o às necessidades da vida social.

O presente trabalho busca contribuir com o aprofundamento de questões relativas ao processo legislativo, em especial as alterações relativas à Constituição Federal. Visa levantar as diferentes posições doutrinárias sobre a possibilidade de se fazer uma nova revisão constitucional e se estaria o Congresso Nacional, poder constituído, legitimado a convocar uma Assembléia de Revisão.

Mas antes de adentrarmos no tema proposto, faz-se necessário explicar a elaboração da teoria que caracteriza a noção de Poder Constituinte, conseqüentemente, há que se falar de Emmanuel Joseph Sieyès. Sua obra teoriza o poder constituinte, diferenciando-o do poder constituído, transformando-se em marco fundamental para esse instituto. Também serão abordados seu conceito, natureza, titularidade e limites expressos e implícitos e demais pontos relevantes, traçando a base do estudo. Esses fundamentos são necessários para entrar no ponto principal do trabalho: o instituto da revisão constitucional.

Essas informações são a base do trabalho, mas é preciso ir além. Só o poder constituinte originário não está limitado por nenhuma norma de direito positivo interno. O poder constituinte reformador, por sua natureza jurídica, é um poder limitado. Na especificação dos limites do poder reformador, podemos classificá-los em limites expressos ou limites implícitos, conforme encontram-se ou não descritos na Carta Fundamental. Por meio deles é que se traçam as margens de atuação do poder reformador.

Na abordagem do poder constituinte reformador, serão examinadas as correntes defendidas em torno da possibilidade de se fazer uma revisão constitucional. Proceder-se-á a uma análise da legitimidade para se estabelecer uma revisão e se ela causaria uma ruptura com a ordem jurídica vigente. Essa é a proposta inicial apresentada neste trabalho, mas à medida que adentrarmos o estudo do tema, muitos são os questionamentos que surgem, tais como: tem esse poder menor, denominado “constituído”, o condão de tudo fazer? Até mesmo modificar o poder que lhe deu vida? Tal ação é legítima? E se o for, qual é o círculo delimitativo de sua competência? Há condições políticas para essa revisão? Como fica a segurança jurídica?

O assunto da oportunidade, da propriedade, da amplitude e dos limites da revisão constitucional encontra nos diversos autores do Direito Constitucional, nacionais e estrangeiros, vários referenciais teóricos e práticos a respeito do poder constituinte e do poder de reforma. Ao final deste trabalho, pretende-se ter alcançado um razoável debate em torno do poder constituinte reformador, tendo como foco a oportunidade que se descortina de uma revisão constitucional no país. Uma discussão que, espera-se, seja frutífera, embora não seja nova.

2 DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

2.1 NOÇÕES DE PODER CONSTITUINTE

É na Europa, no final do século XVIII, que surge a teoria do poder constituinte. Ligada à idéia de Constituição escrita, teve como principal doutrinador o pensador e revolucionário francês Emmanuel Joseph Sieyès. Suas idéias, que surgem imersas na crise do pensamento absolutista e na antevéspera da Revolução Francesa, em linhas gerais, propunham uma nova representação nos Estados Gerais, redefinindo o espaço político do Terceiro Estado.

A sociedade francesa dessa época era estratificada. No topo da pirâmide social estava o clero, Primeiro Estado, com todos os privilégios; logo abaixo, estava a nobreza, Segundo Estado; e na base da sociedade, o Terceiro Estado formado pelos camponeses, trabalhadores e burgueses. Estes arcavam com o peso de impostos para o rei, o clero e a nobreza, que tinham isenção tributária. Essa injustiça social perdurou por décadas, até culminar com a Revolução Francesa.

Sieyès era representante do Terceiro Estado e teve participação ativa na revolução. Publicou o panfleto “Qu’est-ce que le Tiers État?”, que o notabilizou ao divulgar uma série de demandas da “classe laboriosa”¹. A principal reivindicação do Terceiro Estado era a abolição dos privilégios e a instauração da igualdade civil e política. Sieyès afirmava que o Terceiro Estado era uma nação completa, pois os trabalhos que sustentavam a sociedade recaíam sobre ele. A supressão das ordens privilegiadas não prejudicaria em nada a nação, pelo contrário, iria libertá-la.

Seria ainda direito do Terceiro Estado: a escolha de seus representantes dentre os cidadãos das classes que o compunham; representação paritária em número com o clero e a nobreza; e, ainda, que os votos fossem por cabeça e não por ordem.

¹ BASTOS, Aurélio W. Introdução do livro: *A constituição burguesa. Qu’est-ce que le Tiers État?* p. xxix.

Para materializar essas mudanças, defendeu que só havia uma forma de acabar com as diferenças reinantes: fazendo-se uma Constituição. Nessa linha, afirma que essa nova Constituição “só a nação tem direito de fazê-la”², pois a vontade da nação era a própria lei. A elaboração do texto constitucional ficaria a cargo de um corpo de representantes extraordinários, que seria designado unicamente para essa finalidade e por tempo determinado. Esses representantes seriam independentes, não estando subordinados a qualquer forma ou condição.

Dessas idéias surge a noção de Poder Constituinte, um poder que não encontra limites, que é exercido por representantes, escolhidos entre os integrantes do Terceiro Estado, com o objetivo precípuo de, para elaborar a Constituição de uma nação.

A concepção de nação soberana, como titular do poder constituinte e expressão da vontade permanente da comunidade, aperfeiçoou-se nessa época. Coube a Sieyès esboçar a distinção entre *pouvoir constituant*, poder fundado na soberania por meio do qual é estabelecida uma Constituição, e *pouvoirs constitués*, poderes que derivam do poder constituinte original e a ele estão subordinados.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho destaca que a teoria de Sieyès surge exatamente para justificar a criação da constituição escrita. Resume as idéias de Abade dizendo que todo Estado deve ter uma Constituição, e que ela é “obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes”³.

Cabe esclarecer as diferenças de conteúdo entre as duas noções de poder constituinte já esboçadas por Sieyès. Entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado ou reformador. Poder Constituinte originário é “a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”.⁴ É o poder fundador, fonte de produção das normas constitucionais e competente para estabelecer as normas fundamentais que estruturam e organizam o Estado, baseado na divisão de funções e no reconhecimento de uma esfera inviolável de direitos e garantias individuais. É “o poder de o povo através de um acto

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* (Tradução Norma Azevedo), 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 45.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.54.

constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”⁵. É, portanto, o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico que vai regular as relações jurídicas de uma determinada sociedade. O exercício desse Poder, historicamente, se faz quando as condições sócio-políticas do país encontram-se em crise, exigindo uma nova Constituição com vistas a promover um novo equilíbrio entre as forças reais de poder e a restaurar ou manter a ordem e a paz social.. Por ser o povo titular do poder constituinte originário, cabe a ele delegar a seus representantes o exercício desse poder.

Destaque-se que entende a doutrina, majoritariamente, que, concluídos os trabalhos constituintes, esse Poder não se esgota, pois ele é permanente, inalienável e incondicionado. O poder constituinte originário passa a um estado de latência, só sendo outra vez utilizado quando da realização de uma nova Assembléia Constituinte ou quando houver manifestação expressa do seu titular por meio de um instrumento de participação popular semidireta no processo legislativo, como o plebiscito ou o referendo. Com natureza distinta em relação ao poder constituinte originário, têm-se os poderes constituídos, estabelecidos no texto constitucional durante os trabalhos constituintes. A esse poder constituído, deu-se a possibilidade de emendar a Constituição, reformá-la através de um processo especial estabelecido em seu texto. É o denominado poder constituinte derivado ou reformador, instituído na Constituição.

É bom lembrar que, quando se fala em poder de reforma, presume-se que essa constituição passível de alteração seja rígida - aquela que só pode ser modificada por procedimento especial - pois as constituições flexíveis se caracterizam pela possibilidade de serem alteradas pelo processo legislativo ordinário. De nada adiantaria emanar do povo o poder constituinte se os legisladores pudessem modificar a ordem constitucional sem qualquer obstáculo. Portanto, existem limites que a própria Constituição impõe para sua modificação.

Assim, a mudança formal da Constituição está sujeita a limitações. As constituições rígidas estabelecem procedimentos especiais a serem observados pelo órgão do poder de reforma. São os chamados limites formais, que dizem respeito à competência, ao quorum qualificado para aprovação, dois turnos de discussão, e outras exigências procedimentais. Há também as limitações circunstanciais, que impedem a reforma do texto constitucional em

⁵CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 72.

situações anormais que possam interferir na livre manifestação do órgão reformador. Finalmente, temos as limitações materiais, também chamadas de cláusulas pétreas, as quais determinam que o poder de reforma não pode atingir determinados dispositivos da Constituição. São limitações de conteúdo, não de forma, e podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações explícitas, como o próprio nome diz, são aquelas enumeradas no texto constitucional. Na constituição brasileira, esses limites visam proteger os princípios federativo e democrático, bem como os direitos e garantias fundamentais.

Em relação aos limites implícitos, a doutrina brasileira admite sua existência, na tese do prof. Nelson de Souza Sampaio⁶. Entende ele que o poder de reforma não pode alterar a titularidade do poder constituinte, nem a titularidade do próprio poder reformador, pois como poderia o legislador ordinário ir contra a vontade do poder constituinte originário. O outro limite, implícito, sustentado pelo autor é justamente a proibição de alteração no processo que disciplina a reforma constitucional.

Assim, o poder constituinte originário criou um poder constituinte instituído, ou reformador, mas que é subordinado, secundário e condicionado, devendo respeitar as limitações jurídicas traçadas pelo constituinte originário.

Destarte, passaremos a analisar a natureza do poder constituinte.

2.2 NATUREZA

A natureza do poder constituinte é objeto de estudo da Filosofia do Direito, que apresenta duas correntes doutrinárias: a tese positivista e a tese jusnaturalista. Nosso objetivo aqui é apontar essa dualidade, sem aprofundar nas suas razões, nem escolher uma teoria, visto que não é este o tema do presente trabalho.

A doutrina positivista nega a natureza jurídica do poder constituinte. Para essa corrente, ele é visto como um poder de fato - no sentido de que é o fundamento de si mesmo, não se baseando em regras jurídicas anteriores. Entende que, sendo o Direito lei positiva, posta pelo

⁶SAMPAIO, Nelson de Sousa. O poder de reforma constitucional. Bahia: Livraria Progresso, 1954, p. 96.

Estado, que surge da Constituição (pois todo direito positivo surge da Constituição), não poderia uma Constituição ser gerada por um poder de direito, mas só por uma força social. Para essa teoria o poder constituinte é uma força social e a Constituição é um fato⁷.

A tese jusnaturalista, por sua vez, sustenta uma natureza jurídica para o poder constituinte⁸. Para essa corrente há um direito que não se confunde com o direito positivo, pois a ele é superior, é o chamado direito natural. O direito natural estaria gravado na própria natureza humana e o direito positivo só seria válido se estivesse em conformidade com a lei natural. Entre os direitos naturais do homem estão a liberdade, a livre determinação da vida individual ou coletiva. Todo homem nasce livre, e sua liberdade é anterior ao Estado e superior a ele. Essa liberdade é o fundamento do poder constituinte (assim, o fundamento de validade de uma constituição estaria na justiça de suas normas, ou seja, na conformidade material de seu conteúdo com as normas de direito natural).

Consoante Ferreira Filho⁹, o poder constituinte “é uma forma de liberdade” e por isso subsiste à própria Constituição, “é um poder jurídico; é um poder de direito; é um poder que decorre [...] da ordem jurídica natural”, podendo reaparecer e alterar suas decisões e estabelecer outra Constituição.

O poder constituinte originário pode ser visto como uma potência, uma energia, uma força. “Essa energia inicial, a potência, evidentemente não tem limites jurídicos, embora possa ter limites metajurídicos, bem seja, derivados das crenças, das ideologias, com respeito aos valores, ou por acatamento a certa realidade social subjacente”¹⁰.

O professor Aricê Moacyr Amaral Santos, sustenta que a natureza do “Poder Constituinte é força jurígena ou parajurídica (sociológico-política quanto à origem e natureza, jurídica quanto aos seus efeitos).”¹¹

2.3 TITULARIDADE E EXERCÍCIO

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 54.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, a. III, n. 4, jan./jun. 1985, p. 69.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 58.

¹⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense. 1983, p. 15.

¹¹ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. O poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 84.

A titularidade do poder constituinte está intimamente ligada com a questão de quem detém a soberania no Estado. Só quem possui soberania, o mais alto poder, pode estabelecer a organização política fundamental de um Estado. Esse titular da função constituinte pode ser: ora um rei ou ditador, ora uma classe, ora o próprio povo¹². Sujeito do poder constituinte é quem está capacitado para criar ou revisar a Constituição.

Esse tema, como podemos ver, também aponta para uma discussão no campo da filosofia, para o “plano das crenças”¹³, pois a resposta vai depender da postura filosófico-política adotada.

Se pensarmos na Idade Média, no auge da teocracia, a titularidade do poder constituinte pertencia a Deus, pois todo poder provinha de Deus. Com o avanço da visão antropocêntrica, o poder passou a ter outros titulares, como o monarca, os nobres, a aristocracia. Contemporaneamente, temos como posição dominante em relação à titularidade da soberania, a teoria democrática da soberania popular, que reconhece no povo o titular do poder constituinte.

Para Sieyès, o titular do poder constituinte seria a nação. Ela existe antes de tudo, se forma unicamente pelo direito natural e sua vontade é a própria lei. Para ele, o conceito de nação difere do de povo, que é meramente a reunião de indivíduos num determinado momento, em determinado lugar. Nação é mais, é a comunidade como um todo, unida por interesses que permanecem no tempo, perpassando para gerações futuras. Um ente abstrato, indivisível e permanente, calcado no direito natural e no princípio da liberdade do homem que é anterior ao Estado.

Para Celso Ribeiro Bastos e Jorge Reinaldo Vanossi, há duas respostas para o tema da titularidade do poder constituinte: (1) a resposta autocrática, que se funda no princípio minoritário, ou seja, o poder constituinte está protagonizado por uma minoria, cujas decisões têm o assentimento popular (mas que se dá pela tolerância, pela resignação, e não pelo consentimento do povo); e (2) a resposta democrática, que atribui ao povo o poder constituinte, o qual

¹² **SAMPAIO**, Nelson de Sousa. *op. cit.*, p. 38.

¹³ **BASTOS**, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

expressará sua soberania pelo princípio majoritário, que se verifica de forma concreta por meio das eleições.¹⁴

Atualmente, a visão simplista de povo, apresentada por Sieyès, como bloco de cidadãos, está superada. “Povo” tem um conceito plurívoco, concebe-se como uma “pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações”¹⁵ enfim, grupos de pessoas capazes de agir movidos por idéias e interesses de natureza política, que se alteram conforme a região, a cultura, o período e tantos outros fatores existentes em uma comunidade. Por conseguinte, a grande maioria da doutrina adota a terminologia “povo”, como conjunto de cidadãos com capacidade para participar da organização política do Estado e utiliza esse instituto para identificar o titular do poder constituinte.

Portanto, por ser a nação composta por cidadãos e os vocábulos “nação” e “povo” se equivalerem, predomina hoje a posição de que o Estado decorre da soberania popular. O povo é o titular do poder constituinte, ele que detém o supremo poder. Essa é a posição adotada pela imensa maioria dos regimes políticos vigentes. Proclamam o princípio democrático como base constitutiva do seu sistema, mesmo quando adotem, no exercício das atividades, procedimentos autocráticos.

Contudo, mesmo sendo o povo titular do poder constituinte, não é ele que o exerce. Como bem expõe Ferreira Filho¹⁶:

[...] o reconhecimento de que o povo é o titular do Poder Constituinte pouco esclarece quanto ao exercício deste mesmo poder. Quer dizer, o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular *passivo*, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite.

O exercício do poder constituinte pode se dar de forma variada. Em um regime autocrático é exercido pela única vontade do detentor do poder, sem a participação dos governados. A constituição é outorgada pelo governante, sem a participação popular. Na concepção democrática, fundada na noção de soberania popular, a vontade constituinte pode ser expressa de forma direta, representativa ou mista, quando combina ambas as formas.

¹⁴ **BASTOS**, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. *op. cit.* p.39-40; **VANOSSE**, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. *op.cit.*, p.17.

¹⁵ **CANOTILHO**, J.J. Gomes. *op.cit.*, p. 75.

¹⁶ **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *op.cit.*, p. 31.

Podemos dizer que o poder constituinte reside na coletividade nacional, é uma faculdade própria do povo e, sendo inerente ao povo, é permanente, não se esgotando em um ato de seu exercício. Seu exercício, porém, é transferido a determinadas pessoas escolhidas para representar a vontade geral popular.

Embora a nação seja detentora do poder, só pode exercê-lo delegando a seus representantes. Mas esses representantes não ficam vinculados a interesses particulares de seus eleitores. Uma vez recebido o mandato do povo estão livres para tomar decisões em nome da nação que representam. Esses representantes são livres para atuar na substituição da ordem jurídica vigente, tecendo uma nova constituição, mas sempre em consonância com os anseios da nação soberana. Importante salientar, ainda, que o povo ao delegar o exercício do poder constituinte não se despe da titularidade deste.

2.4 ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, conforme os doutrinadores, classifica-se em poder constituinte originário (quando intervém para estabelecer uma constituição, criá-la) e poder constituinte derivado (quando intervém para reformar uma constituição ou para complementá-la, seguindo os ritos estabelecidos pelo texto constitucional). Entretanto, não há unanimidade nessa terminologia. O poder constituinte originário também é chamado de poder constituinte fundacional¹⁷, ou genuíno. Já o poder constituinte derivado, também é conhecido como poder constituinte reformador, ou constituído, ou instituído, secundário, ou ainda, de segundo grau.

Contrapondo-se ao poder constituinte originário, têm-se os poderes constituídos, que são os Poderes do Estado, aos quais está atribuído o exercício preferencial de uma das funções do poder político: Legislativo, Executivo e Judiciário (clássica tripartição elaborada por Montesquieu para organizar o Estado); Poderes criados pelo poder constituinte originário e estabelecidos no texto constitucional. Mas há, também, o poder destinado a estabelecer normas com a mesma força de normas constitucionais. Esse poder, denominado de

¹⁷ **LOPES**, Mauricio Antonio Ribeiro. Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constituinte brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 56 e 117.

poder constituinte derivado, é atribuído ao Poder Legislativo, o qual pode emendar a Constituição, ou seja, reformá-la através de um processo especial estabelecido em seu texto.

Assim, por sua pertinência com o trabalho, pode-se destacar três poderes distintos: o poder constituinte originário; o Poder Legislativo, órgão com atribuição do exercício da função legislativa do poder político; e o poder constituinte reformador. Para melhor entendê-los, podemos imaginá-los como “círculos concêntricos de competência”¹⁸, sendo o de raio maior o poder constituinte, com capacidade de organizar Estado.

Nelson Saldanha¹⁹, entretanto, afirma ser inaceitável chamar o poder reformador de “constituinte”. Para o autor, poder constituinte só deve ser usado para o poder criador, aquele que precede uma constituição. Quando chamamos o poder de reforma de “poder constituinte reformador”, atribui-se às reformas constitucionais natureza de um ato constituinte, o que seria teoricamente indevido, uma vez que atos constituintes têm maior densidade e abrangência do que os atos de revisão. Estes últimos mantêm uma constituição já existente, apenas refazendo alguns pontos.

Como podemos perceber, o emprego dessas terminologias não está pacificado na doutrina, ora são empregados indistintamente por alguns doutrinadores, ora há restrições ao seu uso pela doutrina, em razão de um tecnicismo exagerado.

A distinção entre poder constituinte, que reside sempre no povo e estabelece uma constituição, e poder constituído que deriva do poder constituinte e a ele está subordinado, apareceu com a obra de Sieyès, como já dissemos anteriormente. Em seu manifesto, destinado a espalhar as idéias e reivindicações do terceiro Estado, ele apontou essa distinção, que estudaremos melhor a partir de agora.

¹⁸SAMPAIO, Nelson de Sousa. O poder de reforma constitucional. p. 37.

¹⁹SALDANHA, Nelson. O poder constituinte. São Paulo: RT, 1986. p. 86.

2.4.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Recebe a denominação de originário por ser inicial, genuíno, por ser ele o fundador do ordenamento jurídico. É o poder de elaborar uma nova constituição, tendo por características ser ilimitado. A doutrina constitucional tem restringido o sentido da expressão “ilimitado”, atribuindo-lhe por conteúdo apenas o fato de que o poder constituinte originário **não encontra limites no direito positivo**. Aduza-se ainda que o poder constituinte originário não se esgota em um ato, é permanente. Durante o período em que não está sendo exercido, retorna ao seu titular, permanecendo em estado de latência, até ser outra vez acionado.

Pela teoria do Abade Sieyès, o poder constituinte, poder criador da constituição, pertenceria à nação, e seria exercido por representantes eleitos para esse fim. Esse poder originário e superior (pois cria a base da ordem jurídica) não se confundindo com os demais poderes constituídos criados por ele para reger os interesses da comunidade. O poder constituinte seria ilimitado segundo o plano de um direito positivo anterior e circunscrito apenas aos limites impostos pelo Direito Natural. Não se esgotaria em um ato, seria permanente, visto que pertencia à nação. A nação, por existir antes de tudo, também não estaria sujeita a formas prefixadas para a manifestação de sua vontade, assim, o poder constituinte seria um poder incondicionado.

Contudo, o conceito de poder constituinte varia conforme a premissa tomada como fundamento, conforme as posições ideológicas adotadas por cada corrente de pensamento jurídico. Assim, além do conceito apresentado por Sieyès, há outros, como o apresentado por Carl Schmitt, ou ligado à idéia marxista-leninista²⁰.

Sem alongar o debate, mera derivação do estudo objetivado, cabe fixar que, na visão de Carl Schmitt, o poder constituinte seria uma vontade política e a constituição seria produto de uma “decisão política”. Tal poder se manifestaria por meio de uma “comunidade política”, e sua validade se apoiaria na decisão que lhe deu existência sem subordinação a qualquer outra norma.

²⁰**SOUZA**, João Ricardo Carvalho. Constituição brasileira & Tribunal de Justiça do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2001, p. 217.

Em relação à idéia marxista-leninista, o conteúdo das relações jurídicas seria definido pela relação econômica, e o poder constituinte serviria para encobrir a dominação do capital (da burguesia) sobre o proletariado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o poder constituinte é um fato e, independente de quem seja seu titular, quem o tem deve exercê-lo, não estando ele condicionado a norma ou regra jurídica alguma:

[...] porque ele é um poder ilimitado, porque ele é um poder que se propõe, que se diz, que se afirma incondicionado, portanto, ele pode dispor do modo que quiser sem que algum bloqueio de ordem jurídica possa servir de impeço, de embargo, de óbice, àquilo que venha a ser disposto pelo chamado Poder Constituinte. De onde ele tanto pode resultar de um movimento popular, de uma insurreição popular, como pode resultar de um golpe militar;²¹

Em que pese essas dissensões doutrinárias, é importante ressaltar que alguns elementos do conceito de poder constituinte são consenso na doutrina. É ele poder criador, que institui o ordenamento jurídico e organiza o Estado, gerando os poderes constituídos, os quais estão limitados pela constituição.

2.4.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

É um poder constituído, pois está inserido na própria constituição, a qual estabelece o processo de atuação deste poder para proceder à sua reforma. Decorre de uma regra jurídica constitucional, por isso, sofre limitações expressas e implícitas, bem como, está sujeito ao controle de constitucionalidade. Trata-se de exercício de uma competência definida e limitada por quem o instituiu, e não um exercício ilimitado.

Não há dúvidas quanto a sua natureza: é um poder de direito, pois está condicionado à norma constitucional que o instituiu. Retira sua força do poder constituinte originário. Com relação a sua titularidade, o próprio constituinte originário estabelece no texto constitucional quem é o titular do poder constituinte derivado.

²¹ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. Poder constituinte. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 70.

Enquanto o poder constituinte originário é exercido quando da criação de um novo Estado, ou num momento de ruptura da ordem jurídica, por uma assembléia constituinte (modernamente essa é a forma mais comum de exercício desse poder), o poder constituinte derivado ocorre dentro de um processo previsto no texto constitucional, sem solução de continuidade. Dessa forma, coloca-se logo abaixo do poder constituinte originário e, normalmente, será exercido pelo órgão legislativo ordinário.

Esse poder constituinte derivado se manifesta de duas formas diferentes, ou seja, há duas espécies: a) o poder constituinte reformador ou revisional (a doutrina não é precisa no emprego dos termos): quando altera o texto constitucional respeitando os preceitos estabelecidos pelo poder constituinte originário; b) e o poder constituinte decorrente: pelo qual os Estados-membros criam as suas constituições próprias, completando a obra do poder constituinte originário.

2.4.2.1 PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

O poder constituinte originário previu um mecanismo especial de reforma da constituição, diferente do previsto para as leis ordinárias, com uma competência ampla para revisão, ressalvadas limitações materiais que podem ser mais ou menos elásticas.

Quando se fala em poder de reforma, presume-se que essa constituição passível de alteração seja rígida, ou seja, necessita de um procedimento especial para ser modificada. Pois só se pode falar em poder reformador nos ordenamentos jurídicos cuja Constituição seja rígida. Isso porque, as constituições flexíveis se caracterizam pela possibilidade de serem alteradas pelo processo legislativo ordinário, ou seja, a qualquer momento e pelo legislador ordinário, não havendo distinção formal entre as normas constitucionais e as leis ordinárias.

De nada adiantaria emanar do povo o poder constituinte se o legislador pudesse modificar a ordem constitucional sem qualquer obstáculo, conforme seu bel-prazer. Assim, nas constituições rígidas, a mudança formal da constituição está sujeita a limitações. Isso não significa que uma constituição não possa ser alterada. Pode e deve, pois ela precisa acompanhar

as mudanças sociais. Mas isso acontece por meio de procedimentos especiais previstos no texto constitucional, que serão observados pelo órgão do poder de reforma.

Nelson de Sousa Sampaio afasta a possibilidade de se usar a expressão “constituente” para designar o poder reformador, pois entende que esse poder é limitado, uma vez que sujeito ao controle de constitucionalidade do judiciário. Para ele seria ilógico que um poder constituído – poder judiciário – controlasse um poder constituinte. Mas essa questão terminológica não é observada pela doutrina em geral, que usa indistintamente as diversas nomenclaturas, embora concordando ser o poder constituinte reformador um poder limitado.

O poder constituinte de reforma, que abrange as prerrogativas de modificar, implementar ou retirar dispositivos de uma constituição, é um poder derivado do poder constituinte originário e limitado por regras eventualmente estabelecidas por este. Esses limites tanto podem estar explícitos como implícitos na constituição.

Outra característica reside do condicionamento do poder reformador, ou seja, encontra-se sujeito às formalidades estabelecidas pelo poder constituinte originário. Logo, só pode modificar a constituição conforme os procedimentos nela estabelecidos. Na Constituição brasileira, há previsão de duas espécies de reforma: a revisão constitucional e a emenda à constituição.

Cabe destacar que a doutrina não é precisa no emprego dos termos emenda, reforma e revisão constitucional, sendo empregados indistintamente por alguns doutrinadores. Contudo, filiamo-nos, como José Afonso da Silva²², a corrente que entende ser o termo “reforma” gênero que abrange as espécies: emenda (mudanças pontuais) e revisão (modificações mais amplas).

²²**SILVA**, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242.

2.4.2.2 PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

O poder constituinte decorrente, como o poder constituinte reformador, é uma espécie do gênero poder constituinte derivado, o qual tem seu fundamento no Poder constituinte originário. Esse poder só está presente nos Estados que adotam o princípio federativo na sua organização político-administrativa e visa a complementar a constituição, concluir a obra do poder constituinte originário nos Estados-membros. Com ele, os entes federados vão elaborar suas normas organizativas.

O poder constituinte dos Estados Federados é uma derivação do poder constituinte originário. O Estado-membro, ao elaborar sua constituição, está exercendo o poder constituinte decorrente, que lhe foi outorgado pelo legislador constituinte originário.

Quando o poder constituinte originário estabelece a organização política fundamental do Estado e prevê que o Estado será uma federação, estabelece, implícita ou explicitamente, que as unidades federadas se auto-organizem, consagrando, dessa forma, a autonomia política dos entes federados, elemento essencial do princípio federativo.

A auto-organização das unidades federadas é justamente a finalidade precípua do poder decorrente. Os Estados-membros brasileiros baseiam-se, para a elaboração de suas constituições, no art. 25, caput, da Constituição de 1988, que diz - “Os Estados organizam-se e regem-se pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição” –, combinado com o art. 11, do Ato das Disposições Transitórias que fixa: “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.”.

Esse poder resulta do poder constituinte originário e sua força deriva dele. Está condicionado, ou seja, sujeito às formas ou condições postas pelo poder constituinte originário, assim como se encontra subordinado e limitado pelos preceitos constitucionais, devendo observar os princípios estabelecidos na Constituição.

3 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

Na conceituação do poder constituinte, dissemos ser ele um poder ilimitado, não estando preso a nenhum direito positivo anterior, incondicionado e soberano. Já o poder constituinte derivado, por decorrer de uma regra jurídica constitucional, sofre limitações expressas e implícitas, e encontra-se sujeito ao controle de constitucionalidade.

Nesse capítulo do trabalho vamos analisar justamente os limites do poder constituinte. Veremos que essa ilimitação do poder constituinte originário não é absoluta e que o poder constituinte derivado sofre limites expressos e implícitos.

3.1 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Outro ponto de grande discussão na teoria do poder constituinte diz respeito a ser o poder constituinte originário um poder ilimitado ou limitado.

Para os autores que o vêem pela teoria positivista ele é ilimitado, pois não está preso a nenhum direito positivado anterior. Para quem defende a corrente jusnaturalista, ele está limitado pelo Direito Natural. Mas essa discussão, como já vimos, depende da posição filosófica que cada doutrinador adota.

Para Canotilho²³ a doutrina constitucional atual rejeita a teoria da ilimitação:

[...] se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’. Além disto, as experiências humanas vão revelando a

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op.cit.*, p. 81.

indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração [...] são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a **princípios de direito internacional**

Em conformidade com as idéias do professor Canotilho, estão as palavras de Ferreira Filho²⁴ que afirma existirem limites de fato e de direito. Para este autor, os limites de fato estão nos padrões de comportamento da população, nos conceitos sociais e culturais, na visão de mundo da comunidade, e se a norma estabelecida na constituição for ao encontro das concepções dessa sociedade nada mais será do que “letra morta”, será ineficaz, pois não reflete os anseios da nação. O poder constituinte originário, por exemplo, não pode ignorar os princípios elementares de justiça, o direito à vida, à liberdade. Ações estatais que violem esses elementos autorizam reações drásticas, inclusive, de desobediência civil.²⁵ A limitação jurídica viria do Direito Internacional, de acordos, tratados e princípios de direito internacional, como o da observância dos direitos humanos. Essas normas teriam caráter supra-estatais e seriam capazes de limitar o legislador constituinte²⁶, pois esses direitos seriam inerentes aos seres humanos e de categoria universal.

Os direitos fundamentais, conquistados no curso da evolução histórica da humanidade e consagrados no ordenamento jurídico de cada país, não admitem restrições, nem mesmo por meio do exercício do poder constituinte originário. Como exemplo podemos apontar as Conferências de Paz “quando através de um tratado o vencedor impõe condições ao vencido, que se traduzem no Poder Constituinte.”²⁷

Outro caso é o da escravidão, em hipótese alguma se admitiria um Estado colocar em seu ordenamento jurídico a possibilidade de escravizar uma determinada parcela da população. Tal norma seria rechaçada por toda comunidade internacional e o país, certamente, sofreria sanções econômicas.

Essa limitação, que já é discutida há algum tempo pela doutrina, ganha força com a globalização e com a facilidade e rapidez com que correm as notícias pelo mundo,

²⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.*, p. 76.

²⁵LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *op. cit.*, p.109

²⁶SAMPAIO, Nelson de Sousa. *op. cit.*, p.51

²⁷VANOSSI, Jorge Reinaldo. *op. cit.*, p. 16

movimentando a opinião pública mundial. Vivemos em uma era de intensas relações internacionais, com complexos relacionamentos entre os atores internacionais. Esses relacionamentos obedecem a um contexto artificial, em que os artífices são os próprios agentes, com base em suas necessidades, esforços, satisfações e, às vezes, imposições.

Percebe-se, hoje, alguma influência de organismos internacionais em decisões de governos. Essa influência demonstra uma tendência de mudança na busca por uma autêntica comunidade internacional, e um dos pressupostos para alcançar esse objetivo é a vontade de obedecer a princípios comuns.

Na doutrina majoritária, entretanto, ainda prevalece a posição de que o Direito Internacional não subordina o poder constituinte. A “realidade dos fatos [...] desmente a superioridade do Direito Internacional”²⁸.

3.2 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

Quando falamos em poder constituinte reformador devemos lembrar do conceito de constituição rígida, ou seja, aquela que só pode ser alterada por um procedimento especial. Essa colocação se justifica porque as constituições rígidas (diferentemente das constituições flexíveis, que podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário) estabelecem procedimentos especiais a serem observados pelo órgão do poder de reforma. Para Canotilho²⁹, o “processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma **garantia da Constituição**.” Conclui o autor, que a rigidez constitucional é um “limite absoluto” ao poder de revisão.

A constituição de um Estado é concebida para durar. Ela é fonte da produção normativa, tem valor normativo hierárquico superior. Nela estão estabelecidos os direitos e garantias fundamentais, normas de estruturação do Estado, formação dos poderes, aquisição do

²⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.*, p. 77; no mesmo sentido: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *op. cit.*, p.102; SAMPAIO, Nelson de Sousa. *op. cit.*, p. 53.

²⁹CANOTILHO, J.J.Gomes. *op. cit.*, p. 1045.

poder de governar e a forma de governo. Essa superioridade legal justifica a tendência pela sua rigidez, culminando em exigências processuais, formais e materiais para sua revisão. Mas se faz necessário estabelecer mecanismos que amoldem a Constituição a novas situações sociais, econômicas e políticas do país, sob pena de se tornar apenas uma “folha de papel”, conforme o ensinamento de Ferdinand Lassalle³⁰, e não ser cumprida por não atender os anseios da sociedade e dos “fatores de poder que regem o país”.

O direito deve ser dinâmico, pois se funda nas relações sociais, que se modificam com o tempo. Toda sociedade sofre mudanças. E uma constituição pode e deve ser reformada, para acompanhar a evolução do pensamento do corpo social. Sua reforma deve ser vista como uma maneira de garantir sua perenidade.

Portanto, o poder constituinte originário ao criar a constituição estabelece um poder constituinte reformador, encarregado de manter a Constituição em sintonia com os anseios do povo.

Mas essas alterações no texto constitucional estão sujeitas a limites. Os limites do poder reformador não buscam a inalterabilidade da Carta, mas apenas garantir uma “rigidez relativa”. Esses limites podem ser: a) formais ou processuais, quando relacionados ao procedimento a ser observado; b) temporais, que estabelecem prazos para que se efetivem mudanças na Constituição; c) circunstanciais, que impedem a reforma do texto constitucional em situações anormais que possam interferir na livre manifestação do órgão reformador; d) materiais, os quais determinam que o poder de reforma não pode atingir determinados dispositivos da Constituição. São limitações de conteúdo, não de forma, e podem ser expressos ou implícitos.

³⁰LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

3.2.1 LIMITES FORMAIS

As limitações formais dizem respeito às exigências procedimentais, à adoção de ritos especiais fixados na Constituição para a reforma do texto constitucional. Sempre que a Constituição estabelece distinção entre o processo legislativo de elaboração de emendas à Constituição e o processo legislativo de elaboração das leis, temos limitações processuais.

Esses procedimentos mais complexos podem ser, por exemplo, quanto a titularidade, se a revisão será feita pelo poder legislativo ordinário, se haverá participação popular direta, ou se será feita por um órgão especial; quanto ao quorum qualificado para a aprovação; exigência de dois turnos de discussão e votação; promulgação; enfim, tudo que diz respeito ao processo de reforma constitucional. Caso esses procedimentos não sejam observados, ou seja, a criação normativa afronte essas limitações, as alterações havidas serão passíveis de nulidade.

3.2.2 LIMITES TEMPORAIS

Os limites temporais são aqueles que proíbem reformas de alguns ou de todos os dispositivos constitucionais durante determinado período. Sua justificativa encontra-se na necessidade de garantir uma estabilidade às instituições constitucionais. O importante nessa limitação é perceber a “natureza materialmente imodificável dessas normas de cunho temporal”³¹, ou seja, é uma norma que não pode ser modificada pelo poder reformador, pois nesse caso, estaria ele libertando-se de uma condição imposta pelo constituinte originário.

³¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *op. cit.*, p. 143.

3.2.3 LIMITES CIRCUNSTANCIAIS

As constituições podem conter limitações circunstanciais, que dizem respeito ao momento da reforma, a situações conjunturais que possam ameaçar a livre manifestação do poder constituinte reformador. Esses limites proíbem que o texto constitucional sofra alteração durante circunstâncias excepcionais, de grave comprometimento da estabilidade democrática, como o estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal. Nessas ocasiões, o legislador constituinte derivado poderá sofrer algum tipo de pressão que retire sua imparcialidade para proceder a reforma, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo. Esta liberdade é pressuposto básico para a atuação do poder de reforma.

3.2.4 LIMITES MATERIAIS

Por fim, os limites materiais, que são aqueles conteúdos que não poderão ser abolidos por meio do poder constituinte derivado. A doutrina divide as limitações materiais em limites expressos ou explícitos e limites implícitos ou tácitos.

As limitações expressas, como o próprio nome diz, são aquelas enumeradas no texto constitucional. O constituinte originário elege um rol de matérias, consideradas o âmago da ordem constitucional, e as tornam indisponíveis. São questões de fundo, e não de forma. Recebem a denominação de cláusulas pétreas expressas, e retiram do poder reformador a possibilidade de mexer em determinadas matérias.

Celso Ribeiro Bastos afirma que “é freqüente o constituinte originário, por razões políticas, querer isolar de qualquer possibilidade de alteração ulterior determinados assuntos estruturais ao Estado”.³² Na constituição brasileira, esses limites visam proteger os princípios federativo e democrático, bem como os direitos e garantias fundamentais, assegurando a integridade da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

³² **BASTOS**, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 50.

Em relação aos limites implícitos, podemos dizer que são resultado de criação doutrinária, pois não constam expressamente do texto constitucional. Entende-se que há limites não articulados que vinculam o poder reformador. A doutrina brasileira admite sua existência na tese do prof. Nelson de Sousa Sampaio. Ele chama esses limites implícitos de “limites naturais do poder reformador”³³.

Como limitações implícitas ou inerentes ao poder de reforma cita: os direitos fundamentais; a titularidade do poder constituinte; a titularidade do próprio poder reformador, pois como poderia o legislador ordinário ir contra a vontade do poder constituinte originário; e a proibição de alteração no processo que disciplina a reforma ou revisão constitucional.

Os direitos fundamentais, como já vimos, fazem parte dos limites heterônomos, ou seja, de direito supra-estatal capaz de limitar, até mesmo, o poder constituinte originário. Não podem sofrer restrições, ou serem abolidos, pelo poder constituinte reformador, mas nada impede que sejam ampliados por esse poder. No caso da Constituição brasileira de 1988, esse limite deixou de ser implícito para ser um limite expresso no texto do art. 60, § 4º, inciso IV.

Já a titularidade do poder constituinte obviamente não pode ser alterada por uma revisão constitucional, pois não se admite que um poder inferior possa modificar um poder que lhe é superior. A titularidade do poder constituinte pertence ao povo, só ele pode decidir como e quando criar uma nova constituição. Qualquer tentativa de mudar essa prerrogativa é inconstitucional.

O mesmo se aplica à titularidade do poder constituinte derivado. O poder reformador não pode renunciar a sua competência e repassá-la a outro órgão, visto que essa prerrogativa não lhe pertence, é exclusiva do poder constituinte originário.

E, por fim, a limitação implícita que mais nos interessa, que é a proibição de alterar as regras de emendamento do texto constitucional. O processo que a Constituição estabeleceu para sua reforma não pode sofrer alterações por meio de uma revisão. Se isso fosse admitido, o poder reformador usurparia poderes que lhe são superiores.

Se o poder constituinte derivado pudesse afastar as limitações lhe foram impostas, modificando, alterando as regras ali estabelecidas, essas limitações perderiam

³³ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *op. cit.*, p. 93.

totalmente o sentido, pois de nada serviriam. O poder constituinte derivado estaria alterando substancialmente a vontade do legislador constituinte originário.

SAMPAIO alerta, nesse caso, para a natureza da reforma. Entende que o “poder reformador não tem competência para atenuar os requisitos previstos”³⁴ para a mudança constitucional, não pode contrariar a orientação do constituinte, simplificando o processo previsto. Mas poderia dificultar o processo revisor, pois nesse caso, ele estaria respeitando todos os requisitos exigidos para sua validade.

A grande polêmica desses limites materiais encontra-se na possibilidade de uma geração poder ou não vincular gerações futuras. A constituição contém toda a estrutura do Estado, é sua lei fundamental. Daí presumir-se seja ela dotada de estabilidade, para que se mantenham as instituições, os direitos e garantias fundamentais e a segurança jurídica. Ademais, deve-se assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem suas propostas e isto é incompatível com total disponibilidade dos fundamentos constitucionais pelo órgão reformador.

Mas como já dissemos, a sociedade está em constante evolução. Direito é experiência, movimento, transformação da sociedade. Assim, para que uma constituição possua efetividade, tem-se que efetuar modificações necessárias a sua adaptação às exigências sociais, caso contrário abrir-se-ia o campo da revolução jurídica.

Sabe-se que a Constituição é um processo de evolução histórica do Estado, assim, não se destina simplesmente a uma sociedade presente. Projeta, com base nas experiências passadas, as potencialidades do futuro. Essas potencialidades são colocadas no texto constitucional por meio de normas programáticas, ou condicionadas a normatizações futuras.

Nas palavras de Canotilho³⁵:

Os limites são limites do poder de revisão como poder constituído não são ‘limites para sempre’, vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a ‘geração’ fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras.[...] Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares de dois terços.

³⁴ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *op. cit.*, p. 105.

³⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes. *op cit.*, p.1051.

Por fim, mudança e estabilidade são elementos essenciais ao conceito de rigidez constitucional, pois o direito deve ser estável, porém jamais estático. Reformar a Constituição “não significa destruí-la, mas, simplesmente, acoplá-la à realidade histórica, sem que perca sua identidade como estrutura conformadora do Estado.”³⁶

³⁶**SILVA**, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246.

4 PODER CONSTITUINTE DE REVISÃO

O poder constituinte de reforma é um poder derivado do poder constituinte originário, por meio do qual se pode modificar a constituição conforme os procedimentos nela estabelecidos. Na Constituição brasileira, há previsão de duas espécies de reforma: a revisão constitucional e a emenda à constituição.

Essa distinção já havia ocorrido na Constituição de 1934, que distinguia duas espécies do gênero reforma: emenda e revisão, conforme as alterações não atingissem ou atingissem a estrutura política do Estado³⁷. Era uma distinção que repercutia na matéria e no procedimento, pois reservava à revisão alterações em normas primordiais, e por isso, seu rito de reforma era mais complexo. Esse fato histórico é importante para se perceber que o uso de duas terminologias busca diferenciar os institutos, e não é, apenas, falta de técnica do legislador.

A doutrina não é precisa no emprego dos termos reforma, emenda e revisão constitucional, sendo empregados como equivalentes por muitos doutrinadores. Contudo, filiamo-nos, como José Afonso da Silva³⁸, à corrente que entende ser o termo “reforma” gênero que abrange as espécies: emenda (mudanças pontuais) e revisão (modificações mais amplas). Essa distinção foi adotada pela Constituição Federal de 1988, que disciplina, em seu art. 60, as emendas como forma regular de alteração do texto, tratando da revisão constitucional no art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

O processo de emenda da Constituição Federal prevê, no art. 60, um rito bastante complexo, com um procedimento árduo e limitado por via de normas da própria Constituição. No art. 3º. dos ADCT há previsão de um procedimento simplificado, que permitia uma ampla análise do texto constitucional, após cinco anos de vigência, para que fossem efetuadas as adaptações necessárias a realidade de sua aplicação.

³⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *op. cit.*, p. 130; no mesmo sentido: SAMPAIO, Nelson de Sousa. O processo legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 103.

³⁸SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242.

Nesses dois procedimentos, reforma constitucional e revisão constitucional, teremos a manifestação do poder constituinte derivado. Isso significa dizer que ambos estão sujeitos às limitações impostas pelo constituinte originário.

Nesse capítulo, estudaremos o processo de revisão constitucional em face à Constituição brasileira de 1988, uma vez que hoje trava-se um debate quanto à possibilidade de se fazer uma nova revisão no texto da Constituição, por um processo mais simplificado e amplo.

4.1 CONCEITO

Revisão, “do latim *revisio*, de *revisere* (rever, voltar a ver ou ver de novo) [...] em sentido jurídico é o exame ou o estudo de alguma coisa para expurgar dela o que não estiver de acordo ou em harmonia com o Direito ou a verdade.”³⁹ Revisão é termo que designa o ato de voltar a ver e de corrigir caso seja encontrado erro. Rever é examinar, é inspecionar, e no Direito Constitucional é um dos processos de exame e mudança constitucional.

José Afonso da Silva⁴⁰, apoiado em Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, compreende a revisão constitucional como uma mudança mais profunda, mais ampla do que a emenda, mas dentro da própria ordem constitucional, sem rupturas. Para Fábio Konder Comparato, a revisão é “uma alteração não previamente delimitada; não se indicam quais são os pontos precisos sobre os quais vai incidir o chamado poder constituinte derivado”.⁴¹ A Constituição Federal de 1988 só tratou de revisão em caráter extraordinário, transitório, no art. 3º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que estabelece:

Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

³⁹SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.4, p. 143.

⁴⁰SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p.242

⁴¹COMPARATO, Fábio Konder. Palestra proferida em audiência pública na Comissão Especial da PEC 157-A/2003 – Revisão Constitucional, em 07/02/2006.

Ao fazer essa distinção, entre emenda e revisão, teve o constituinte originário um propósito: autorizar uma única revisão constitucional nos moldes por ele estabelecidos. Dado o caráter excepcional da permissão, reduziu o quórum e simplificou o processo de deliberação. Essa revisão ocorreu em 1993, momento em que foram aprovadas seis emendas de revisão, esgotando-se, assim, tal possibilidade. Cessou a existência da norma transitória quando, bem ou mal, cumpriu sua finalidade. Uma vez ultrapassada a revisão estatuída, só restou a reforma constitucional através de emendas ao texto da Carta Magna.

Essa é uma garantia da estabilidade constitucional, segurança jurídica e da manutenção do Estado de Direito. As normas que alteram uma constituição obrigam a todos: governo, instituições e povo. É isso que garante a vigência da Carta e sua força vinculante.

Se mesmo o povo, soberano, para manifestação semidireta por meio de plebiscito ou referendo sujeita-se a limites formais estabelecidos em lei, conforme expressa determinação constitucional, com mais razão ainda está o Congresso Nacional submetido aos limites estabelecidos pelo constituinte originário, vez que o Congresso Nacional exerce um poder constituído. Por conseguinte, não é possível vislumbrar espaço para que o Congresso se atribua poderes que não lhe foram concedidos pelo constituinte originário.

A possibilidade de uma dupla revisão não pode mais ser legitimamente estabelecida na ordem constitucional vigente. Mas essa posição não é pacífica entre os doutrinadores. Aliás, a celeuma é grande quando se estuda esse tema.

4.2 CARACTERÍSTICAS

A revisão constitucional estabelecida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da atual Constituição, previu um procedimento simplificado, exigindo, para aprovação de alterações no texto constitucional apenas maioria absoluta do Congresso Nacional, manifestada em sessão unicameral.

Outro requisito estabelecido para a revisão foi o decurso do prazo de cinco anos da promulgação da Constituição. Embora em um primeiro momento possa parecer uma limitação temporal, na realidade trata-se de uma limitação circunstancial. Ocorre que, desde a data de sua promulgação, o texto fundamental sempre pôde ser alterado, mas pelo procedimento rígido do art. 60 da Constituição Federal.

Cabe ressaltar que, na sessão unicameral, o Congresso atuou como Casa única, ou seja, a discussão foi conjunta e, na votação, o voto de todos os parlamentares tiveram o mesmo peso. Como decorrência desse processo unicameral, tivemos a promulgação das emendas constitucionais de revisão pela Mesa do Congresso Nacional. Diferentemente do procedimento de emendas constitucionais, com fundamento no art. 60 da Carta, que são promulgadas pelas Mesas da Câmara do Deputados e do Senado Federal.

É importante lembrar que a Constituição de 1934 tratava da revisão como um procedimento de alteração mais complexo. Já a atual Constituição reservou um rito mais simplificado para a revisão constitucional prevista no ADCT.

4.3 LIMITAÇÕES À REVISÃO CONSTITUCIONAL

Como vimos, o poder constituinte de revisão é uma espécie do poder constituinte derivado e, como tal, seu exercício encontra limites na norma que o instituiu. Logo, o legislador constituinte derivado não pode agir em afronta aos limites inerentes ao poder que exerce. Assim, não pode ignorar os limites formais, circunstanciais e materiais que estão expressa ou implicitamente estabelecidos na Constituição. É ele um poder derivado, pois foi instituído pelo poder constituinte originário; é subordinado, encontra limites nas normas constitucionais; e condicionado, uma vez que seu modo de agir e competência seguem as regras previamente estabelecidas na própria Constituição.

Só o poder constituinte originário não está limitado por nenhuma norma de direito positivo interno, “enquanto o poder constituinte cria a Constituição, o poder de reforma constitucional é criatura da Constituição, e não pode rebelar-se contra esta.”⁴²

Os limites foram traçados por uma instância superior e por isso não podem ser desrespeitados pelo poder hierarquicamente inferior. Assim, o legislador constituinte derivado não pode alterar as condições previstas para o exercício de sua função, como por exemplo, reduzir o quórum qualificado previsto para a reforma do texto constitucional. Trata-se de cláusula pétrea, que vise dificultar a alteração constitucional. Não há que se falar em minimizar essa exigência sem ferir a Constituição. Só o poder constituinte pode fazer tal coisa.

O mesmo ocorre com relação à possibilidade de se utilizar as regras estabelecidas para a revisão constitucional, prevista no art. 3º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esse dispositivo teve sua eficácia esgotada quando foi realizada, em 1993, a revisão constitucional a que ele se referia. Não há possibilidade de se conceder nova vigência ao dispositivo, restaurando-lhe a eficácia. O legislador constituinte originário ao definir as regras da revisão constitucional não optou pela sua periodicidade, mas pela singularidade de sua realização. Para as demais atualizações do texto constitucional, o instrumento definido foi o da emenda constitucional pelo rito estabelecido no art. 60, § 2º. Se ele quisesse estabelecer uma revisão periódica, como instrumento permanente dessa ligação, teria deixado expresso no texto. Não há, portanto, amparo para se admitir uma nova revisão constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aborda em seu livro “O Poder Constituinte” a possibilidade de a revisão constitucional ser proposta por uma emenda à Constituição. Para subsidiar quem defende essa idéia, relata casos do direito pátrio e comparado em que as regras foram alteradas para facilitar essas mudanças do texto constitucional. No Brasil, cita os casos da Emenda Constitucional n. 22/82 à Constituição anterior e à n. 26/85 que convocou a Assembléia Constituinte da qual derivou a atual Constituição. Lembra que os juristas opostos à revisão também têm seus argumentos, como a limitação geral ao poder de mudar a Constituição. Mas claramente se posiciona favorável à tese da possibilidade de uma revisão, entendendo que não existem impedimentos jurídicos para sua convocação. E mais, defende a possibilidade de

⁴²SAMPAIO, Nelson de Sousa. Os limites da reforma constitucional. Revista Forense, v. 200, ano 59 (out./nov./dez.), 1962, p. 34.

revogação das cláusulas pétreas, condenando a “intocabilidade absoluta”. Entretanto, com todo respeito ao autor, é difícil entender a criatura (poder constituído) com poderes de se substituir de forma absoluta ao criador (poder constituinte).

Esse argumento da emenda n. 26/1985, usado como precedente para a convocação da revisão, é derrubado pelo jurista e deputado Michel Temer, ao dizer que essa emenda “não era emenda constitucional, era ato político, porque o que antecede a feitura de uma Constituição é sempre mobilização política”. Continua, ainda, “a convocação de uma Constituição – e a Constituição tudo pode fazer – pode jogar por terra todos os valores constitucionalmente assegurados na Constituição anterior, porque coloca em choque todos os eventuais valores que tenham sido albergados pela Constituição anterior.” Para ele, a reforma Constituinte faz ruir os valores da Constituição. Malgrado seu pensamento, defende como possível a realização de uma revisão e é favorável a convocação de uma Assembléia de Revisão Constitucional.

Já outros autores⁴³ tecem suas críticas à reforma constitucional apoiando-se na tese de que a permanência de uma Constituição vai depender da sua aptidão de traduzir os valores que formam a sociedade, do momento constitucional que se vive. José Afonso da Silva alerta para o processo de retalhação que sofre a Constituição de 1988. Os constantes emendamentos têm transformado sua fisionomia, de relevante papel social, para uma feição neoliberal, visando aos interesses da elite. Classifica como inconstitucionais as tentativas de instaurar nova revisão constitucional por processo simplificado, pois estas ferem de morte cláusula pétrea implícita. Assim, qualquer tipo de emenda tendente a modificar o procedimento de reforma da Constituição (limitação formal) cria uma situação não estabelecida pelo poder constituinte originário, ou seja, o poder derivado estaria usufruindo poderes que não lhe foram concedidos. Entende, ainda, que tal hipótese infringe o princípio da supremacia da constituição, pois o processo de revisão estabelecido no art. 3º do ADCT, de eficácia exaurida, conforme afirmado anteriormente, esgotou-se com sua realização em 1993.

SAMPAIO⁴⁴ entende que:

⁴³ Nesse sentido temos José Afonso da Silva, Vicente Paulo, Fábio Konder Comparato, José Geraldo de Sousa Junior, Paulo Bonavides.

⁴⁴ **SAMPAIO**, Nelson de Sousa. O processo legislativo. – 2ª. Ed./ ver. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos - Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.112.

[...] o processo de reforma também está fora do alcance do revisor constitucional, uma vez que se trata de normas instituidoras e reguladoras de sua competência. Mas aqui distinguimos entre medidas agravadoras e medidas facilitadoras da reforma. As primeiras, pode-se aceitar como autolimitação do poder reformador para o futuro. No segundo caso, a reforma só será admissível se o texto constitucional expressamente o autorizar, como o fazia o art. 178 da nossa Constituição de 1934. Fora disso, a tese contrária levaria à conclusão de ser possível mudar uma Constituição rígida em flexível, e como o que caracteriza essa é a indistinção entre poder constituinte, poder reformador e poder legislativo ordinário, este último acabaria usurpando poderes que lhe são superiores.

Outro argumento dos defensores da revisão é que, uma vez sendo aprovada pela consulta popular, não haveria ilegitimidade na mesma, pois a vontade popular legitimaria a alteração. Porém, um referendo popular, assim como um plebiscito, não pode convalidar uma inconstitucionalidade. Já prelecionou Paulo Bonavides, quando da análise da PEC n. 554-A, de 1997, “Plebiscito da Emenda é instrumento inconstitucional. Será criado por um poder constituinte de segundo grau, absolutamente privado de competência e legitimidade para fazê-lo em razão do fim a que se vincula”.⁴⁵

Quando se fala em aprovação popular direta, soberania popular, não se trata de apresentar para o povo as alterações propostas pelos parlamentares, para que então se aceite ou não essas mudanças. O referendo e o plebiscito, embora exercício direto do poder, não legitimam necessariamente um ato, pois é preciso que o povo esteja ciente do que está nas suas mãos. Exemplo disso foi o referendo das armas, cujos programas de divulgação são vistos pelos analistas mais como apelativos do que instrutivos. A população não estava totalmente inteirada sobre o exato teor da norma que iria referendar ou rejeitar. As campanhas publicitárias parecem ter apresentado de maneira tendenciosa e deseducativa apenas, a realidade violenta em que nossa sociedade está inserida, números da tragédia urbana em que vivemos, trabalhando com o medo da população.

Para que haja legitimidade, é necessário primeiro haver conhecimento, informação, participação popular. Essa participação não deve ocorrer antes, ou depois, “mas durante o processo, como parte legitimadora, como materialização, [...] estatura de constitucionalidade do processo, sob pena de ele exaurir-se nessa experiência sem protagonismo

⁴⁵ **BONAVIDES**, Paulo. Denúncia à nação: a destruição do estado constitucional pela emenda do plebiscito e da constituinte. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. V.1, n.1 (jan./jun.) Rio de Janeiro: Academia, 1985, p. 26.

social”.⁴⁶ Quando se fala em poder do povo, na população pedindo mudanças, significa que os brasileiros, através de manifestações populares, intensas e gerais, movimentos organizados da sociedade civil, devem exigir um novo texto constitucional, uma revisão das normas vigentes. Em algum momento do exercício desse poder tem que haver, no mínimo, uma manifestação concreta, real, da vontade popular. O mais importante na doutrina democrática é resgatar a presença do povo na manifestação do poder constituinte.

No entanto, não é possível enxergar um momento constitucional capaz de subsidiar uma revisão constitucional. Não é isso que se vê hoje. A voz do povo está a pedir dignidade na política, honestidade, seriedade, esse é o grito de ordem da vez.

Não se fala em mudar a Lei Fundamental. Clama-se por mais segurança, pública, por saúde, por moradia, por educação! E a resposta para esses anseios depende muito pouco de alterações na legislação, mas está diretamente vinculada a implementação de políticas públicas eficazes.

Parece que estamos vendo (e isso não é inédito no Brasil) os desejos do povo serem mal interpretados. Fornece-se à sociedade um simulacro de respostas às suas reivindicações. Simulam-se, forjam-se medidas que apenas dêem a impressão de ser eficazes para melhorar alguma coisa, exatamente na medida em que são tão-somente uma maneira de se manter tudo como está, em benefício dos que detêm o poder.

A Constituição de 1988 se impôs pelo momento, existia um movimento intenso pela redemocratização, exigia-se o rompimento com a ordem velha, superada pela luta social, pela busca da democracia, anistia, eleições diretas. O que se viu na época foram movimentos populares participando da discussão.

Outro argumento é o fato da Assembléia Constituinte de 1987 ter sido convocada por uma emenda a constituição, e não ter ocorrido em meio a uma revolução. Abrindo precedente para uma nova convocação, agora de revisão, através de emenda à constituição.

⁴⁶ **SOUSA JÚNIOR**, José Geraldo de. Palestra proferida em audiência pública na Comissão Especial da PEC 157-A/2003 – Revisão Constitucional, em 07/02/2006.

4.4 ANÁLISE CRÍTICO-PROCESSUAL DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

O homem é um ser em transformação, e esse fato exige que as normas que ditam condutas de convivência acompanhem essas modificações. A Constituição, como norma fundamental e imprescindível para a vida em grupo, não pode negar a ocorrência dessa evolução permanente das pessoas e da sociedade e precisa acompanhar e se adequar ao instante do homem. Por isto a Constituição, que representa o que os homens entendem por justo e necessário para uma determinada época, não é estática. A ela impõe-se incluir as propriedades que caracterizam o presente. Tal constatação é pacífica na doutrina.

Como já analisado nos capítulos anteriores, o poder constituinte originário constituiu um poder reformador, subordinado e condicionado, capaz de fazer as alterações necessárias no texto constitucional para mantê-lo atual e em conformidade com os anseios da comunidade. Os limites estabelecidos ao poder constituinte reformador são de extrema importância para evitar que mudanças constitucionais impensadas, ocasionais, que atentem contra os direitos fundamentais se instalem no texto constitucional. Se não fosse assim, o Direito e a sociedade estariam à mercê de desejos de uma minoria.

O poder constituinte reformador aparece como fonte de atualização da norma constitucional, transformador das necessidades sociais em normas, mas não se confunde com o poder constituinte originário. Seus contornos são predefinidos pelo poder criador da Constituição, sua natureza é de poder de direito, contém-se no direito positivado.

No direito constitucional brasileiro essa competência reformadora cabe ao Poder Legislativo. Duas foram as situações previstas na Constituição para a alteração de seu texto: por meio de emendas (o art. 59 da atual Constituição estabelece que “o processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição;”) cujo procedimento extremamente rigoroso está previsto no art. 60; e por meio de revisão constitucional, que foi previsto para ocorrer em uma determinada ocasião, em caráter excepcional, transitório, por isso transcrito nas cláusulas transitórias da Constituição (ADCT). Devido a seu caráter extraordinário, seu quórum foi reduzido e seu rito simplificado para atingir seu objeto.

As normas que orientam o processo legislativo estão expressas na Constituição Federal, que define uma sequência de atos a serem praticados pelo poder legislativo na formação

das espécies legislativas. O processo legislativo pode ser definido como “conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição”.⁴⁷

Ao estabelecer para o constituinte derivado o processo de modificação da Constituição, o constituinte originário deixou expresso como fazê-lo, sob pena de tornarem-se nulas essas modificações. Qualquer desvio dos limites estabelecidos pela Constituição equivalerá a um vício de inconstitucionalidade.

Como já exposto no capítulo 3 - dos limites do poder constituinte – é limite implícito do poder constituinte reformador a proibição de alterar o processo que disciplina a reforma ou revisão constitucional. A autotransformação do Congresso Nacional em Assembléia Constituinte (é o que acontecerá se, através de uma emenda constitucional, o Poder Legislativo se atribuir poderes de Assembléia Revisora) ultrapassa todos os limites estabelecidos para o poder constituído. O processo de revisão constitucional já se exauriu, não podendo ser ressuscitado por meio de uma emenda à Constituição.

Nas palavras da professora Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴⁸:

[...] tenho por inaceitável [...] que possa algum órgão ou poder valer-se do processo constitucionalmente indicado para a revisão (art. 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988) para realizar reforma constitucional que supere o conteúdo [...] previsto para aquela situação, burlando-se, assim, a previsão constante do corpo permanente da Constituinte, no que se refere a emendas constitucionais.

A instituição de uma nova Assembléia de Revisão Constitucional, que visa a mudanças no texto constitucional por meio de processo simplificado, diverso do estabelecido em suas disposições permanentes, fere o processo legislativo desse instrumento normativo, previsto pelo constituinte originário. Tal proposta envolve alterações no modo de modificar a Constituição, pois primeiro é preciso alterar o processo de reforma, restabelecendo a possibilidade de revisão, para depois serem introduzidas as modificações, que obedecerão às

⁴⁷MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 524.

⁴⁸ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, a.30, n.120, out./dez., 1993. Brasília: Senado Federal, p. 175 (nota).

novas regras do processo. Canotilho⁴⁹ chama esse artifício de “técnica da dupla revisão”, e esclarece:

Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alterem as normas de revisão. Desta forma as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional.

A possibilidade de reforma de uma norma resulta da existência da norma que traça suas regras de alteração, ou seja, de regra que fixe as condições de sua alteração. Esse norma, logicamente, está num nível superior de validade ao da norma que será modificada, pois para haver a reforma é necessário que exista uma norma que a legitime. Assim, a norma legitimadora não pode ser alterada, porque isso significaria suprimir o fundamento da mudança.

Em sua obra, Claude Klein⁵⁰ aborda a impossível revisão da revisão, por ser um absurdo lógico, uma vez que é impossível revisar uma regra seguindo um processo de revisão que ela mesma define. Traça uma formulação complexa para chegar à conclusão de que o silogismo contradiz uma das premissas, apontando como suas razões o absurdo de uma proposição ser auto-referencial e a contradição à qual vai dar a revisão da revisão, uma vez que a validade jurídica do novo artigo não poderá mais ser inferida do artigo anterior.

As constituições podem adotar, como sistema reformador, a “uniconceptualidade”⁵¹, que é a reforma constitucional compreendida em um único conceito, em um mesmo processo formalmente estabelecido; ou a “biconceptualidade”, quando adota modelos processuais diferentes para proceder à reforma constitucional. Em ambos os casos aplicam-se os limites processuais formais, sendo inaceitável a transgressão do modelo adotado durante a reforma.

Atualmente, como já vimos, a Constituição brasileira adota a biconceptualidade e “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

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.*, p. 1053.

⁵⁰ KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. França: Presses Universitaires de France, 1996, p. 125.

⁵¹ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *op. cit.* p. 175.

somente fixou para a revisão.”⁵² Logo, todas as interpretações, todas as práticas que desvirtuem a aplicação da Lei Fundamental transgridem o Direito e lesam o povo. Constata-se, assim, que o cumprimento das formalidades que envolvem o processo legislativo são essenciais para a formação das normas legais.

A doutrina não é unânime, mas a grande maioria dos autores entende que o constituinte derivado não tem competência para modificar as condições que legitimam o desempenho de sua função. Não poderiam ser discricionárias as modificações a serem feitas com relação as vedações estabelecidas pelo constituinte originário. O órgão de revisão não tem a faculdade de reformar preceitos que, devido a sua importância ou natureza, estão fora do alcance de um poder instituído. Não fosse assim, provavelmente já teríamos visto a transformação de uma Constituição rígida em Constituição flexível.

Outra questão a ser levantada é quanto à titularidade. A Constituição é a manifestação da vontade do povo e, como tal, deve sofrer as modificações necessárias para acompanhar a evolução social. Mas essas modificações devem seguir o processo estabelecido por quem de direito, ou seja, pelo legítimo titular do poder, que é o povo. Portanto, não dispõe o constituinte derivado de titulação possível de ser estendida em seu exercício além dos limites estabelecidos pelo poder constituinte originário. Não se permitindo o uso de artimanhas, por parte dos eventuais representantes populares, para se proceder a alterações obscuras sem o conhecimento e anuência da sociedade.

Na doutrina democrática, deve haver a manifestação prévia da vontade popular, sua aprovação em algum momento antes do início do processo constituinte. Essa presença popular é que vai legitimar o poder constituinte originário. Foi o que aconteceu com a Constituição de 1988, que iniciou de forma ilegítima, através de uma emenda constitucional, sem romper com a ordem jurídica anterior, mas que mobilizou grande força popular, num processo de elaboração democrático, aberto e participativo, materializado pela eleição dos Congressistas que iriam desempenhar uma dupla função, a de legisladores ordinários e a de legisladores constituintes originários. Quando se fala em aprovação popular não basta apresentar ao povo as alterações feitas pelos parlamentares e esperar que eles aceitem ou não tais mudanças. Exige-se

⁵² **ROCHA**, Carmen Lúcia Antunes. *op. cit.* p. 175.

ciência do que está sendo alterado e participação popular consciente. As alterações devem refletir os desejos do corpo social.

Finalmente, cumpre abordar a questão da ruptura com o ordenamento jurídico vigente. A legitimidade do poder constituído encontra-se no respeito aos limites estabelecidos pelo poder constituinte. Não pode a Constituição sofrer mutações ou modificações formais senão em estrita relação com o quanto definido pelo poder constituinte originário. A não observância desses limites acarreta na reforma feita à revelia da Constituição, pois estará o poder reformador assumindo, por autoridade própria, título que não lhe pertence e, por consequência, dando origem a um novo ordenamento jurídico, quando devia apenas modificar o já existente.

A importância de saber se houve ou não ruptura está nas consequências que decorrem disso. Se uma constituição substitui outra, pode-se criar uma situação em que a constituição sucessiva corte um direito criado pela constituição anterior, pois só subsiste o que é compatível com as novas regras constitucionais. Num primeiro momento essa ruptura parece estranha, pois se ambas as constituições são produzidas pelo mesmo poder constituinte, por que os direitos legítimos adquiridos durante a vigência da lei fundamental anterior não subsistem a nova constituição? Conforme já estudamos, o poder constituinte originário não fica sujeito a nenhuma regra jurídica do ordenamento anterior, pois este sistema deixou de existir, a atuação do poder constituinte rompe com todo o sistema jurídico anterior. Ao fazer a nova constituição não fica o poder constituinte originário vinculado a sua obra precedente, assume todas as suas características de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade, traduzindo o princípio da supremacia.

Não se defende a imutabilidade das leis constitucionais, pois sabe-se que tal fato conduziria o texto normativo ao desuso e, conseqüentemente, ao seu fim. Isto porque, as mudanças sociais seguem seu fluxo, mesmo que contra a lei. Um povo tem sempre o direito de rever as leis que regem suas vidas. O grande desafio que ronda o Direito Constitucional está, justamente, em achar um ponto de equilíbrio entre o impulso social e a segurança jurídica e a estabilidade do Estado.

A estabilidade institucional deve superpor-se a razões políticas, de modo que a Constituição somente seja formalmente alterada por superiores motivos de ordem social e pública. A liberdade de rever seu texto deve estar condicionada ao interesse coletivo.

Cabe lembrar, aqui, que as modificações no texto constitucional não se restringem às mudanças formais. Existem as mudanças introduzidas no sistema normativo por interpretação judicial ou mesmo legislativa ou administrativa e não por obra da competência reformadora. Essas modificações decorrem da adaptação dos preceitos constitucionais à realidade concreta, não estão adstritas a formalidades legais previamente estabelecidas. Esse tema, bastante relevante, igualmente extenso e oportuno, serve muito bem de tema a outro trabalho, que venha complementar o amplo espectro de análises de nosso vasto campo jurídico.

5 CONCLUSÃO

A Constituição é construção permanente. No entanto necessita ser atualizada para se fazer valer diante da sociedade. A reforma constitucional pode ser concebida como um mecanismo necessário para a modernização da obra do constituinte originário, como garantia da Constituição, segurança de sua permanência atual e coesa com os anseios do povo. Reforma não é abater ou extinguir um modelo constitucional mediante fraude constitucional travestida de mudança possível. Reformar é ouvir o clamor social, as mudanças de que o povo necessita e pelas quais espera.

O poder constituinte é um poder ilimitado e que não se esgota em um ato. Uma vez elaborada uma constituição, fica esse poder latente, aguardando novo momento para surgir. Mas quem pode despertar o poder constituinte é seu legítimo titular, ou seja o povo, dentro dos mandamentos exarados no próprio texto constitucional.

No sistema de constituição rígida temos três manifestações de poder: o poder constituinte, manifestação soberana; o poder de reforma da Constituição, poder em segundo grau; e o poder legislativo ordinário; todas inconfundíveis. Apenas o poder constituinte não está limitado por norma de direito positivo interno. Os outros dois são poderes constituídos, pois recebem suas competências da Constituição.

A tentativa de criação de um novo Congresso Revisor com o objetivo de mudar o texto da Carta Magna por um processo simplificado, diverso do estabelecido em suas disposições permanentes, realmente afronta um dos limites tácitos do poder reformador, o da proibição de alterar as regras de modificação constitucional. Caso isso ocorresse a Lei Fundamental seria alterada por um processo mais simples que o prevista para as leis complementares, que encontram-se hierarquicamente abaixo da Constituição.

A criação de uma Assembléia de Revisão significa a transferência do poder ilimitado para os representantes, que terão amplos poderes para alterar a Constituição. Logo, não estarão limitados pelo ordenamento jurídico, haverá uma ruptura. Essa ruptura ameaça todos os direitos, até então adquiridos, da sociedade.

Entendo que não pode um poder constituinte derivado, regrado, condicionado e limitado, fruto do poder constituinte originário, gerar outro poder constituinte derivado para alterar a Constituição por procedimento diverso do existente, criando situações que não foram previstas por quem de direito, ou seja, o constituinte originário. Os procedimentos estabelecidos para a reforma do texto constitucional são limitações essenciais e inafastáveis, são eles que caracterizam as constituições rígidas. O Congresso não pode se auto-atribuir mais poder. Isso seria, extrapolar a distribuição de poderes estabelecida na Constituição. A Carta pode e deve ser reformada, para que acompanhe a evolução de pensamento do corpo social, mas pelo processo de emendas constitucionais já estabelecido em seu texto.

A revisão constitucional prevista nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias se exauriu em 1994, com a realização da revisão. A forma especial e o propósito claro e limitativo da autorização não consentem restauração do processo nem aplicação de qualquer alcance, pois esgotou-se a eficácia da provisão constitucional transitória. No corpo da Constituição só subsiste as emendas como forma de alteração do texto constitucional.

O constituinte originário deixou expresso o processo de modificação da Constituição, sua inobservância gera a nulidade dessas modificações. Qualquer desvio dos limites equivalerá a um vício de inconstitucionalidade. A obediência ao processo legislativo na formação de todas as normas jurídicas é essencial para o princípio da legalidade.

Creio que a onda reformista atualmente verificada é fruto de interesses políticos e da prolixidade do texto constitucional vigente. Porém, entendo que mais do que reformar a Constituição, é preciso cumprir e fazer com que se cumpram os princípios e normas nela consagrados. A desobediência da ordem estabelecida sob o apelo reformador, no interesse de grupos que buscam nada mudar, pode ensejar o que há de mais grave em todo o sistema jurídico: a descrença do povo nas suas próprias leis, e o que é pior, que sua Lei Maior é inútil, ou ainda, instrumento de poucos em detrimento de muitos.

6 BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, a. III, n. 4, jan./jun. 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Denúncia à nação: a destruição do estado constitucional pela emenda do plebiscito e da constituinte*. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. V.1, n.1 (jan./jun.) Rio de Janeiro: Academia, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: 1988 - texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 52/2006 – 26ª Ed.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 157-A, de 2003, do Sr. Luiz Carlos Santos, que "convoca Assembléia de Revisão Constitucional e dá outras providências". Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão ilegítima. In: *Constituição & Democracia*. 5 de março de 2006, p.12-13.

COMPARATO, Fábio Konder. Palestra proferida em audiência pública na Comissão Especial da PEC 157-A/2003 – Revisão Constitucional, em 07/02/2006.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. França: Presses Universitaires de France, 1996.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Poder constituinte*. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MELO, Marcus André. *Reformas constitucionais no Brasil – instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa, a.30, n.120, out./dez., 1993. Brasília: Senado Federal.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *Os limites da reforma constitucional*. Revista Forense, v. 200, ano 59 (out./nov./dez.), 1962.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. – 2ª. Ed./ ver. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos - Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa. Qu'est-ce que lê Tiers État?* (Tradução Norma Azevedo), 4.ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*.

SILVA, José Afonso da. *Reforma constitucional e direito adquirido*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 19981.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Palestra proferida em audiência pública na Comissão Especial da PEC 157-A/2003 – Revisão Constitucional, em 07/02/2006.

SOUZA, João Ricardo Carvalho. *Constituição brasileira & Tribunal de Justiça do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VANOSSE, Jorge Reinaldo. *Uma visão atualizada do poder constituinte*. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense. 1983.