



PODER CONSTITUINTE DE REFORMA

Hilário Vetore Neto¹

RESUMO

O presente trabalho destina-se ao estudo do Poder Constituinte, principalmente com sua aplicação ao Estado brasileiro, estudando, por meio de uma pesquisa bibliográfica, suas origens históricas, suas definições elementares e características essenciais. Toda a discussão tem por base a idéia de que há um núcleo imodificável da Constituição que certamente necessitará de ajustes – até mesmo eventual abolição – para que se garanta a perpetuidade do texto constitucional. Durante a pesquisa, os posicionamentos estudados, analisados em conjunto, levaram à conclusão de que a convocação extraordinária e pontual do Poder Constituinte Originário é possível em nosso atual sistema constitucional, e isso contribuirá para a evolução da democracia brasileira.

Palavras-chave: Constituição. Poder Constituinte. Reforma constitucional. Cláusulas pétreas.

ABSTRACT

This work is dedicated to the study of the Constituent Power, specially its application to the Brazilian State, by using a bibliographic research, we intend to the study its historic origins, elemental definitions, and essential characteristics. The discussion has as basis the idea that there is a unchangeable nucleus of the Constitution that certainly will need adjustments – even eventual abolition – all to grant the perpetuity of the constitutional text. During the research, the studied doctrine, analyzed together, led to a conclusion that the extraordinary and punctual convocation of the Originary Constituent Power is possible in our constitutional system, and that the convocation will contribute to the evolution of the Brazilian democracy. **Keywords:** Constitution. Constituent Power. Constitutional reform. Petrous clauses

INTRODUÇÃO

Partindo-se de uma perspectiva histórica do Poder Constituinte, na qual se procura observar o constitucionalismo como fenômeno também social, passa-se ao estudo das formas de manifestação desse Poder. Isso depois de estudar a titularidade do Poder Constituinte. A titularidade do poder em estudo é tema de importância ímpar, eis que toda a questão da legitimidade para o poder de reforma está a ela circunscrita, principalmente para o que se verá como “Poder Constituinte Originário Reformador”.

Analisadas todas as faces que o Poder Constituinte pode assumir, os momentos em que é exercido e, principalmente, as situações em que sua atividade é regada ou não pelo direito posto, inicia-se a discussão teórica sobre o fenômeno da mutação constitucional, isto para entendermos quando o sentido que o intérprete atribui ao texto constitucional se modifica sem que qualquer palavra lá consignada seja alterada.

¹ Especialista em Direito Constitucional – UNISUL – Florianópolis-SC. Docente do Curso de Direito – FAESO – Ourinhos-SP
hilario.vetore@faeso.edu.br



ARTIGO DE REVISÃO

Nessa esteira, também identifica-se o Supremo Tribunal Federal – o guardião da Constituição – como ator principal na interpretação das normas constitucionais. Contudo, como se verá, não é ele o único intérprete que atua nessa difícil empreitada.

Toda a discussão presente neste trabalho se justifica em razão da importância que a Constituição assume nos Estados de Direito – como o nosso – e também pela consciência de que a sociedade brasileira sempre irá evoluir, o que exigirá novas interpretações do direito e, especialmente, novas regras constitucionais para refletir seus anseios. Assim sendo, surge a necessidade de observar o procedimento já criado para modificação da Constituição. Entretanto, ela própria delimitou os temas em que poderia ser alterada, fixando um núcleo inabólvável que, ao menos hipoteticamente, poderá vir a necessitar de revogação. Diante disso, necessário se faz instituir – ou ao menos tentar fazê-lo – uma forma de modificação dos núcleos intangíveis do texto constitucional, chamando-se o Poder Constituinte a se manifestar, garantindo o ideal de perpetuidade da constituição.

Assim, valendo-se das lições de vários constitucionalistas, procura-se estabelecer um “procedimento” segundo o qual se tornaria possível a modificação das cláusulas estabelecidas no § 4º do artigo 60 da Constituição.

Nesse intento, e sempre fazendo uso dos ensinamentos transmitidos pelos autores de escol de nosso Direito, em suas obras, bem como pela particular reflexão de toda essa doutrina, iniciou-se o estudo – no primeiro capítulo – a partir da conceituação básica de Poder Constituinte, com a finalidade específica de estabelecer as premissas necessárias ao estudo do tema, abordando-se, concomitantemente, as questões relativas à titularidade desse poder.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a viabilidade doutrinária e prática de uma atuação do que se nomino “Poder Constituinte Originário Reformador”, atuando na reforma constitucional e diminuição da amplitude ou mesmo revogação das cláusulas pétreas.

MATERIAIS E MÉTODOS

A presente pesquisa dar-se-á por meio de revisão de literatura, com as seguintes palavras de busca: constituição, poder constituinte, cláusulas pétreas e reforma constitucional. Assim, após pesquisa identificando o Estado da Arte para as palavras buscadas, tanto isoladamente quanto entrelaçadas, realizou-se a apresentação dos trabalhos identificados.



RESULTADOS E DISCUSSÃO Poder Constituinte: Breve digressão histórica

O estudo científico jamais deve prescindir de sua história. Pensando nisso, para melhor entendermos os conceitos atuais a respeito do Poder Constituinte, devemos, antes, rememorar os acontecimentos idos e que culminaram na atual estrutura. E sobre o presente tema, esclarecedoras notas tecem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008), que abordam o assunto sob dois diferentes prismas, tendo como fundamento a região do globo em que se desenvolveram.

Na Europa, podemos observar que a teorização sobre o Poder Constituinte passa por quatro etapas. A primeira delas, teorizada por Jean Bodin, tem raízes absolutistas. Funda-se no poder absoluto e perpétuo do monarca. Contudo, o próprio teórico cuida de apresentar algumas regras para o exercício desse poder, mostrando-nos a conclusão de que o poder absoluto não é ilimitado, ou seja, haveria ao menos dois limites firmes a esse poder do soberano (MENDES, 2008, p.182).

Nesse sentido, não poderia o rei alterar as regras de sucessão do trono, mantendo a distinção entre rei e a Coroa, e também não poderia dispor livremente dos bens pertencentes aos súditos, sob pena de transformar-se em um tirano (MENDES, 2008, p.182). Nessa época, não se cogitava de separação de atribuições entre poderes diferentes. O poder constituinte dessa época concentrava-se exclusivamente nas mãos do monarca.

Em um segundo momento, agora já em 1651, Hobbes apresenta seus estudos com a publicação da obra *Leviatã*. Hobbes apresenta uma teoria que empresta definições da teoria de Bodin (MENDES, 2008, p.182). Segundo ele, para que se prevenisse a dissolução do Estado, o soberano deveria estar individualizado de modo claro, com seus poderes básicos estabelecidos em uma lei fundamental. Essa lei fundamental mencionada por Hobbes já apresentava traços que se vê nas constituições modernas.

No ano de 1690, Locke se manifesta sobre o assunto e apresenta uma nova teoria, que divide o poder antes concentrado nas mãos do monarca em dois titulares, ou seja, teoriza a divisão entre Poder Executivo e Poder Legislativo. A função de julgar também é apresentada. Contudo, ela está relacionada entre as atribuições do Executivo, o que não representa nenhum empecilho para Locke (MENDES, 2008, p.183-184).

Essa opinião de Locke é de extrema relevância porque foi ele o precursor da divisão clara entre os poderes. A titularidade do Poder Constituinte, aqui, já é deferida ao povo, tendo o Legislativo um papel de destaque, pois a ele cabe o “poder máximo” (MENDES, 2008, p.185). Esta a terceira etapa da evolução teórica.



ARTIGO DE REVISÃO

Seguindo-se a Locke, agora já no ano de 1748, é publicado o livro *O espírito das leis*, de Montesquieu (MENDES, 2008, p.185). O renomado mestre entende a Constituição como a força capaz de manter reunidos poderes diferentes e, concomitantemente, equilibrá-los. Para tanto, divide as funções estatais em três titulares independentes, organizados de forma que um possa regular a atuação do outro, sem se ferir a independência de cada um. Apesar da denominação diferente, Montesquieu tratou dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, atuando em um sistema de freios e contrapesos (MENDES, 2008, p.185).

Toda essa arquitetura desenvolvida por Montesquieu tem como fundamento apenas um pensamento seu: “*todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites*” (Apud MENDES, 2008, p.185). O segundo prisma de relevo que merece ser analisado se passa em um outro continente, mais propriamente nos Estados Unidos. Já de antemão é possível ressaltar que a Constituição aqui, sempre teve um papel de destaque, prevalecendo facilmente a idéia de que ela é norma de importância acima das demais leis do ordenamento jurídico. Tal supremacia decorria da superioridade do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes Constituídos.

Essa supremacia se deu em razão da maneira como o território norte-americano foi colonizado, ou seja, aqui os representantes eram eleitos enquanto na Europa ainda prevalecia a monarquia. Já desde o início da evolução, várias medidas foram tomadas com vistas a estabelecer a Constituição realmente como conjunto de normas de maior relevo dentro da ordem norte-americana. Algumas dessas medidas são presentes até os dias atuais, inclusive na atual Constituição brasileira.

Neste ponto, refere-se, por exemplo, ao processo mais dificultoso para criação e reforma do texto constitucional – no Brasil facilmente localizado no processo das Emendas à Constituição. Essa metodologia, criando regras mais rígidas para alteração do conteúdo da Constituição, bem como a criação, inclusive, de dispositivos inabólveis – entre nós conhecidos como cláusulas pétreas – serviu para afirmar a superioridade da Constituição dentro do conjunto de leis existentes no território.

A propósito, apenas a título de complemento, é importante trazer à discussão a classificação das constituições. Contudo, dentre todas as formas que a doutrina costuma classificar as constituições, apenas duas delas merecem destaque neste momento do estudo.

Segundo a doutrina apresentada por Alexandre de Moraes (2002), merecem especial atenção a classificação quanto à forma e quanto à estabilidade. No quesito forma, as constituições são divididas em: *escritas e não escritas* (MORAES, 2002, p. 38).



ARTIGO DE REVISÃO

Sobre esse tema, o fator classificador é a aglutinação ou não das normas de conteúdo constitucional em um documento sistematizado. Caso todo o conteúdo esteja reunido em um documento codificado, sistematizado, estaremos diante de uma constituição escrita. Caso contrário, ou seja, se as regras constitucionais estiverem dispersas em vários diplomas, na jurisprudência, nos costumes, estaremos face a face com uma constituição não escrita. Como exemplos, podemos citar a Constituição Brasileira e a Constituição Inglesa, respectivamente.

No caso, a constituição escrita apresenta um efeito estabilizador que gera mais segurança do que a não escrita, e esse é exatamente o efeito que se pretendeu gerar com a elevação da constituição ao status de norma suprema. Nas constituições não escritas, essa tarefa é muito difícil, senão impossível, pois o conteúdo da constituição está pulverizado pelo ordenamento.

A questão da estabilidade da constituição (classificação quanto a estabilidade) vem em complementação à classificação antes apresentada (MORAES, 2002, p. 39). Esta classificação nos apresenta vários tipos de constituição.

A primeira delas é a constituição imutável. Contudo, por razões mais do que evidentes, não representam porção expressiva das constituições mundiais, na medida em que não permite qualquer modificação de seu texto, impedindo, de outro lado, a evolução do ordenamento jurídico e sua adaptação aos novos anseios sociais. Em seguida, observa-se as constituições rígidas. Estas constituições já permitem alteração do texto, no entanto, mediante um procedimento mais dificultoso do que as normas ordinárias. Esta a característica presente na evolução histórica do constitucionalismo norte-americano que merece destaque especial (MORAES, 2002, p. 39).

De outro lado, as constituições flexíveis, em regra coincidentes com as constituições não escritas, não necessitam de um procedimento especial para sua modificação. A alteração far-se-á seguindo os trâmites ordinários. Como modelo intermediário, teremos as constituições semi-rígidas, que têm regras de duas naturezas. Algumas podendo ser modificadas pelo procedimento ordinário e outras somente pelo procedimento especial – mais dificultoso. (MORAES, 2002, p. 39)

Assim, é fácil notar que a evolução do Poder Constituinte na América do Norte influenciou demasiadamente o Brasil.

Poder Constituinte: Conceito atual e Titularidade

Iniciaremos o estudo da definição do Poder Constituinte a partir do pensamento



trazido à baila por J. J. Gomes Canotilho, segundo o qual:

O poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política. (2002, p. 65).

Um dos elementos que merece destaque é a conclusão de que a Constituição é entendida como lei fundamental da comunidade política. De fato, a Constituição de um país é o conjunto de normas que, mesmo para os Estados que não a tem de maneira escrita, regula toda a atividade estatal e individual, regrando o poder político e definindo seus limites.

No entanto, o que se pretende elucidar é o liame existente entre o Poder Constituinte e o resultado de sua atividade, a Constituição. Nesse diapasão, o Poder Constituinte é aquele que atua diretamente sobre a Constituição concebida, criando-a, num primeiro momento e, modificando-a, em um instante posterior.

Essa relação estará presente desde o início da escrita da primeira palavra do texto constitucional até o fim da existência da Constituição, oportunidade em que será substituída por outra, com conteúdo não vinculado à ordem anterior.

Definidos os limites conceituais do Poder Constituinte, devemos analisar, agora, a quem esse poder pertence, para desde já visualizarmos de quem a constituição promanará. Segundo explica Alexandre de Moraes utilizando-se das lições de Emmanuel Sieyès, e tendo como realidade o período histórico da Revolução Francesa, o titular do poder constituinte é a *nação*:

pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos (...) (MORAES, 2002, p. 54)

Contudo, o ensinamento de Sieyès deu um passo adiante e, segundo a doutrina predominante, hodiernamente, o único titular possível para o Poder Constituinte é o *povo*. O povo, nesse contexto, deve ser entendido como:

Grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideais, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes. (*Apud* CANOTILHO, 2002, p. 65-66).

Assim sendo, podemos observar que a atribuição da titularidade ao Poder Constituinte ao povo se deu exclusivamente em razão de sua maior abrangência conceitual, ou seja, a definição de povo tem conteúdo mais amplo que a definição de nação.



Formas de manifestação do Poder Constituinte Poder Constituinte Originário: Conceito e Características

O Poder Constituinte Originário, também conhecido como Poder Constituinte de primeiro grau, como a própria denominação está a indicar, refere-se ao estabelecimento de um novo Estado, ou seja, a partir dele é que se fará uma nova Constituição da qual se originará um novo Estado (LENZA, 2008, p. 84). A criação de uma nova Constituição, que ocorrerá tanto na feitura da primeira constituição bem como em todas as que se seguirem, implica no estabelecimento dos poderes que irão reger a vida da comunidade sob a égide do novo texto constitucional.

Apenas a título de exemplo, no Brasil, o Poder Constituinte Originário se manifestou ao menos oito vezes em nossa história, iniciando-se pela Constituição de 1824 e culminando com a atual Constituição, promulgada em 1988.

Diante do que se afirmou, poder-se-ia pensar que o Poder Constituinte atua em um determinado momento e, em seguida, desaparece, ficando distante até que surja uma outra ocasião em que virá a se manifestar. Contudo, tal conclusão é equivocada. O que se deve entender é que:

O poder constituinte originário não se esgota quando edita uma Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e está apto para se manifestar a qualquer momento. Trata-se, por isso mesmo, de um poder permanente, e, como também é incondicionado, não se sujeita a formas prefixadas para se operar. (MENDES, 2008, p. 200)

Mesmo se tratando de um poder latente, o Poder Constituinte Originário costuma manifestar-se em momentos de ruptura histórica, em que mudanças significativas nas vontades de um determinado povo levam à criação, como já fora dito, de um novo Estado (MENDES, 2008, p. 200). Por exclusão, em momentos de “calmaria” a tendência é a manutenção da Constituição vigente, sendo a reforma do texto totalmente suficiente para manter a organização querida por todos.

No que concerne às características, já delimitou-se em que consiste o Poder Constituinte Originário e que o povo é o seu titular. Entretanto, é preciso estudar as características desse poder que provém do povo.

Segundo a doutrina nacional, que é também desposada por Gilmar Ferreira Mender, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 198), podemos apresentar três características básicas para o Poder Constituinte Originário. Ele é, portanto, *inicial*, *ilimitado* (ou autônomo) e *incondicionado*. O Poder Constituinte Originário é inicial porque dá



ARTIGO DE REVISÃO

origem ao ordenamento jurídico de um Estado. “É o ponto de começo do Direito” e, por essa razão sua força não provém da ordem jurídica e não está atrelado a ela.

A ilimitabilidade, por sua vez, não pode ser vista sem as lentes corretas. Por certo, a nomenclatura dá a entender que o Poder Constituinte Originário não possui qualquer espécie de limite. Contudo, essa é uma conclusão equivocada.

De fato, o Poder Constituinte é ilimitado juridicamente, ou seja, no que diz respeito Direito ele é ilimitado, podendo, como assevera Chimenti, “*desconsiderar de maneira absoluta o ordenamento constitucional preexistente, inclusive as cláusulas pétreas*” (CHIMENTI, 2004, p. 13). Contudo, não só o Direito está presente na vida de uma determinada sociedade. É aí que surgem os limites, que podem ser de ordem histórica ou sociológica, por exemplo.

Nesse particular, muito esclarecedora a lição de Gilmar Ferreira Mendes: “*Se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam suas ações.*” (MENDES, 2008, p. 199).

Hipoteticamente, caso uma determinada assembléia constituinte elaborasse uma Constituição com conteúdo que afronta os valores da sociedade a qual pertence, esse texto não seria considerado uma Constituição, pois o povo – titular do poder constituinte – não lhe empresaria legitimidade. Em resumo, o caráter ilimitado deve ser visto em termos, porque, em verdade, há diversos limites a reger o Poder Constituinte Originário.

Por fim, é incondicionado porque não se submete a qualquer condição de tempo ou circunstância fática para vir a se manifestar. O Poder Constituinte Originário se apresentará no momento em que entender necessário. Essas características também são apresentadas por Pedro Lenza, contudo, divididas de uma maneira um pouco diferente, sem que, ressalte-se, se forme uma teoria contraposta: inicial, autônomo, Ilimitado juridicamente, incondicionado (LENZA, 2008, p. 84-85)

Formas de expressão do Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte Originário pode se expressar basicamente de duas formas, dando origem a duas espécies diferentes de Constituição, segundo a classificação quanto à origem. Serão, então, outorgadas ou promulgadas.

Uma Constituição outorgada é fruto da atividade de uma só pessoa ou de um grupo reduzido delas. Carrega uma carga impositiva, exercida pelo poder da época, de seu conteúdo ao verdadeiro titular do Poder Constituinte, o povo.



ARTIGO DE REVISÃO

De outro lado, há as constituições promulgadas. Estas, verdadeiras expressões da democracia, são elaboradas por Assembléias Constituintes, compostas de representantes do povo que foram eleitos com a finalidade específica de redigir a Constituição. A legitimidade do trabalho final, aqui, é inquestionavelmente maior do que em uma constituição outorgada.

Por fim, apresenta Gilmar Ferreira Mendes o procedimento constituinte direto, ou seja, aquele em que o projeto elaborado pelas mãos da Assembléia Constituinte é levado à aprovação do povo, mediante plebiscito ou referendo. Só depois de aprovado, a Constituição adquire legitimidade (MENDES, 2008, p. 202).

Nessa modalidade, a atuação do povo poderá se referir à inteireza do texto constitucional ou apenas das regras que darão norte para os trabalhos.

Canotilho ainda tece considerações importantes sobre as formas de manifestação do Poder Constituinte Originário. Divide, então, a abordagem do tema sob três prismas, dentre os quais se incluem os já estudados (CANOTILHO, 2002, p. 78). A “*Assembléia Constituinte soberana*” – primeiro prisma – dá conta de um “*procedimento constituinte representativo*” que irá elaborar e aprovar a Constituição, excluindo-se a atividade do povo (titular do poder). Diante dessa “soberania” da atividade da Assembléia, pode-se entender a nomenclatura utilizada. Note-se, a propósito, que a Constituição Brasileira de 1988 foi elaborada adotando-se este sistema, já que a Assembléia Nacional Constituinte foi eleita, redigiu e aprovou o texto magno que permanece vigente.

Em seguida, estabelecer-se-á o segundo prisma a “*Assembléia Constituinte não soberana*” (CANOTILHO, 2002, p. 79). Esta modalidade de manifestação é coincidente com uma das anteriormente estudadas, ou seja, trata-se da forma segundo a qual o texto magno é aprovado pelo povo, seja por meio de plebiscito ou referendo, dando, então, validade à nova ordem jurídica. Por fim, o terceiro prisma estudado relata a técnica utilizada em 1787 para a feitura da constituição norte-americana. É semelhante ao anterior. Contudo, a aprovação popular não se dá pelo referendo, mas sim por “*convenções do povo*” reunidas em diversas bases territoriais (CANOTILHO, 2002, p. 80).

Poder Constituinte Derivado: Conceito e Características

Muito embora as constituições sejam elaboradas para vigorar com tendências à perpetuidade, é certo que com o passar do tempo a realidade social se modifica, fazendo com que a Constituição também tenha de se modernizar.

Nessa esteira, o Poder Constituinte Derivado – também conhecido como “*Poder*



ARTIGO DE REVISÃO

Instituído, Poder de Emenda ou Poder de 2º grau” (CHIMENTI, 2004, p. 14) – assume seu papel, adaptando a Constituição ao tempo presente, mantendo, contudo, a estrutura essencial.

Em resumo, é a parcela do Poder Constituinte deixada quando da elaboração da Constituição nas mãos de um órgão constituído para que ele realize novos entalhes no corpo da Constituição. Por se tratar de um poder constituído, as características do Poder Constituinte Derivado são inversas às do Poder Constituinte Originário, ou seja, ele é derivado, subordinado e condicionado.

Derivado, pois tem suas forças vindas do Poder Constituinte Originário. Por certo, como criatura e não como criador terá poderes menores. O caráter da subordinação, por sua vez, diz respeito à limitação do Poder Constituinte Derivado às regras explícitas e implícitas da Constituição. Na eventualidade de haver contrariedade às regras estabelecidas, haverá vício de inconstitucionalidade, que retirará a nova regra do ordenamento, mantendo-o da forma primitiva.

Por fim, a condicionalidade refere-se às condições em que se fará uso do Poder Constituinte Derivado. Deverá ele seguir o procedimento constitucional estabelecido para que possa surgir validamente. Atualmente, ou seja, sob a égide da Constituição da República de 1988 deverá seguir o procedimento para as Emendas à Constituição, um processo especial que serve apenas para modificar o conteúdo tangível da Constituição.

Limites ao Poder Constituinte Derivado

Sendo o Poder Constituinte Derivado a criatura do Poder Constituinte Originário, é natural que ele tenha, como já vimos, limitações que decorrem de sua natureza e que não podem ser suplantadas. Contudo, ainda há várias outras limitações que são impostas pela atual Constituição Federal.

Ressalte-se, a propósito, que o estudo das limitações a seguir, será feito à luz da Constituição Federal vigente, deixando, ao menos nesta altura, a análise das limitações ao Poder Constituinte Derivado sob a ótica das constituições passadas. O atual Texto Magno estabelece, como leciona Chimetti, logo de início uma limitação formal ou procedimental. Esta limitação encontra-se prevista no § 2º do artigo 60 da Constituição.

Trata-se do procedimento especial da Emenda Constitucional em que a Constituição estabelece, primeiro, um rol de legitimados mais reduzido a poder apresentar proposta de emenda à constituição – um terço dos deputados ou dos senadores, o Presidente da República, mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados-membros –, o processo mais rigoroso



ARTIGO DE REVISÃO

de votação, que exige votação por maioria qualificada de três quintos dos membros de ambas as casas, em dois turnos de votação em cada uma delas, com um interstício mínimo de dez dias entre cada votação.

Observe-se, a propósito, que a iniciativa popular não fora explicitamente contemplada quando se trata de proposta de Emenda Constitucional, como se fez com a apresentação de projeto de lei ordinária. Nesse sentido, importante ressaltar a tese defendida pelo professor José Afonso da Silva (SILVA, 2008, p. 64). Segundo salienta o mencionado autor, a possibilidade de iniciativa popular, apesar de não contemplada no artigo 60 da Constituição Federal, deve ser admitida, por ser esse o espírito do texto constitucional, desde que analisado em conjunto. Aliás, nesse momento, muito esclarecedora a expressão consagrada do Ministro Eros Roberto Grau, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a constituição não se interpreta por tiras.

Um ponto importante sobre a limitação procedimental pode ser visto no hoje extinto poder de revisão constitucional (artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Entretanto, no presente momento, não se fará uma análise mais profunda sobre o instituto, sendo relevante apenas apresentar que o procedimento era mais simplificado, possibilitando a aprovação da alteração do texto pela maioria absoluta dos membros das casas em sessão unicameral. Outro limite ao Poder Constituinte Derivado é o temporal. Como a própria nomenclatura está a indicar, trata-se da proibição de modificação da Constituição durante um determinado período de tempo.

A Constituição de 1988 não trouxe expresso esse tipo de limite, assim como fizera a Constituição de 1824, que proibia sua alteração durante os quatro primeiros anos de sua vigência. Contudo, como ressaltava Chimenti a proibição constitucional de reapresentação de proposta de emenda na mesma sessão legislativa em que acabou de ser rejeitada, poderia ser vista como uma limitação temporal, apesar de ser um tema não pacífico na doutrina (CHIMENTI, 2008, p. 16).

Há ainda o limite circunstancial, previsto no § 1º do artigo 60 da Constituição da República. Proíbe a tramitação de projeto de Emenda Constitucional enquanto durarem determinadas situações. Tais situações são conhecidas como sínopes constitucionais: intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa. Enquanto durar a situação anormal de síncope constitucional, a Constituição será imodificável, sob qualquer pretexto. Por derradeiro, teremos a limitação material à reforma constitucional que, para os fins desta pesquisa, merece uma atenção singular.



ARTIGO DE REVISÃO

De início, podemos estabelecer que a limitação material – segundo a qual determinadas matérias não podem ser modificadas no texto constitucional – diz respeito às tão debatidas cláusulas pétreas e, segundo o § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, não se admitirá proposta de emenda tendente a abolir tais cláusulas.

Nesse momento, deve-se conjugar o conteúdo do referido artigo, com a definição de limite material acima apresentada. De fato, a limitação material protege o conteúdo da Constituição fixado no artigo 60. Contudo, a limitação refere-se apenas à abolição de tais direitos, deixando claro, por exclusão, que qualquer tentativa de fortalecê-los será plenamente válida dentro dos limites da ordem imposta.

Sobre esse tema, há na Constituição exemplo recente da possibilidade de modificação do texto para criar novas cláusulas pétreas. Trata-se, por exemplo, da nova garantia constitucional inserida no artigo 5º, inciso LXXVIII, ou seja, a garantia da duração razoável do processo. Essa modificação do texto, não há como negar, modificou o conteúdo do maior rol de cláusulas pétreas existente. Contudo, tendo em vista a não tentativa de abolição de qualquer cláusula, mas sim a criação, a Emenda Constitucional nº 45/2004 obedeceu perfeitamente o § 4º do artigo 60 da Constituição.

Até este momento, referiu-se apenas ao artigo 5º da Constituição Federal. No entanto, não só nele estão previstas as cláusulas pétreas, haja vista que o referido artigo 60 estabelece como cláusulas de pedra: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. De outro lado, também, não somente essas menções do artigo 60 serão consideradas cláusulas pétreas. De fato, essas são as cláusulas pétreas explícitas.

Dessa afirmação, pode-se abstrair uma classificação das cláusulas pétreas, em que as dividirá em: explícitas e implícitas. As explícitas, como já se mencionou, são as constantes do § 4º do artigo 60. As implícitas, exatamente por não estarem ditas no texto constitucional, gerarão uma pequena dificuldade, eis que caberá ao intérprete localizá-las nas entrelinhas do texto magno, utilizando-se da interpretação sistemática e também pela busca da vontade do constituinte ao elaborar o texto. Esse exercício é desenvolvido corriqueiramente pelo Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição.

Como exemplo relevante de cláusula pétrea implícita temos o próprio § 4º do artigo 60. Ou seja, é uma cláusula pétrea implícita que protege as cláusulas pétreas explícitas.

Considerar o referido dispositivo como uma cláusula pétrea implícita protege todo



ARTIGO DE REVISÃO

o sistema constitucional, pois se afasta, de plano, a possibilidade da *dupla revisão*, explicada por Pedro Lenza (2008, p. 231) em sua obra.

Nesse diapasão, em resumo, a dupla revisão seria a alteração, em um primeiro momento, da vedação contida no § 4º do artigo 60 da Constituição. Em seguida, agora com a proibição já extirpada do texto constitucional, tornar-se-ia possível a abolição, por exemplo, de direitos e garantias individuais do artigo 5º.

Essa prática, como já se disse é repudiada pelo espírito da Constituição, de modo que não pode prevalecer a tentativa esdrúxula de subverter a ordem constitucional pela dupla revisão. Assim sendo, o § 4º do artigo 60 é intocável.

Poder Constituinte Derivado Reformador

Viu-se há pouco, a definição e as características do Poder Constituinte Derivado. Porém, para que se possa compreender a real extensão do Poder Constituinte Derivado, é preciso conhecer em que oportunidades ele se manifestou e se manifesta, em quais esferas regionais ele fora e é exercido, bem como aquele que não mais pode ser exercido.

Nesse contexto, abordaremos apenas o tema relacionado ao Poder Constituinte Derivado Reformador, mantendo, entretanto, em mente a existência de diversas outras formas de manifestação do poder constituinte.

Essa modalidade de manifestação é um poder de Direito, instituído pelo Poder Constituinte Originário (poder de fato) e que se manifesta através das Emendas Constitucionais.

Conforme se pôde notar, em diversas vezes já se abordou o assunto relacionado à emenda nos itens que antecederam, ficando pendente, apenas, a sua delimitação conceitual como instrumento do poder de reforma. De outro lado, é preciso ter em mente as características do Poder Constituinte Derivado que já foram apresentadas. Todas elas são moldes perfeitos do poder reformador, que obteve a autorização do Poder Constituinte Originário para alterar a obra prima criada por este, obedecendo-se, claro, todos os limites impostos.

Mutação Constitucional

Do início do estudo até o presente momento, estudou-se os mecanismos formais de criação e de alteração do texto constitucional. Tais regras interferem na forma como as palavras do texto são dispostas e quais palavras são empregadas para conferir sentido à norma. Contudo, neste momento, observar-se-á a modalidade de alteração de sentido do texto da



ARTIGO DE REVISÃO

Constituição, sem, entretanto, modificar uma palavra sequer no texto posto. Essa possibilidade vislumbra-se diante da conhecida afirmação de que norma é diferente de texto.

Com efeito, de um mesmo texto pode-se extrair várias normas jurídicas, com conteúdos variantes no curso do tempo. A essa atividade, aplicada às normas constitucionais, que se dá o nome de *mutação constitucional*. É notório que a modificação formal do texto tem a finalidade precípua de atualizar o conteúdo da Constituição para que fique de acordo com os atuais anseios sociais e reflita nitidamente a vontade soberana do titular do Poder Constituinte.

De outro lado, também não se pode negar que as modificações sociais são muito mais intensas do que a atividade formal de reforma consegue atuar e, em muitas ocasiões essa reforma não é sequer necessária, na medida em que já se conferiu novo sentido a um texto já existente.

Como o principal ator dessa modificação normativa sem alteração de texto, temos o Supremo Tribunal Federal – o guardião da Constituição – que durante o tempo de vigência do atual texto constitucional já apresentou novo sentido a vários dispositivos, sem que nenhuma palavra ou expressão tivesse sido substituída. E nem poderia ter sido, na medida em que não cabe ao Poder Judiciário, *lato sensu*, dar redação a qualquer lei. É atividade privativa do Legislativo.

De outro lado, porém, não somente os órgãos de cúpula do Poder Judiciário interferiram no fenômeno da mutação constitucional. O próprio povo, no trato cotidiano das relações interpessoais modifica o conteúdo da norma, que passa a ser aceito por todos, sendo, muito posteriormente, referendado esse entendimento pelo Poder Judiciário.

Em resumo, podemos levar em consideração o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes, que assim asseveram:

Por vezes, em virtude da evolução de uma situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. (MENDES, 2008, p. 230)

Neste momento, faz-se interessante a lição trazida por Pedro Lenza em sua obra. De início, é de rigor salientar que Lenza aplica nomenclatura diferente para este mesmo fenômeno, ou seja, o trata como *poder constituinte difuso*. Essa nomenclatura, explica o autor, é em razão de este poder não estar formalizado na constituição, mas mesmo assim está presente. Trata-se de um poder de fato e, nesse direcionamento, explica que

A modificação trazida pelo poder constituinte difuso se instrumentaliza de modo informal e espontâneo como verdadeiro poder de fato e que



ARTIGO DE REVISÃO

decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos, encontrando-se em estado de latência. Trata-se de processo informal de mudança da constituição. (2008, p. 92)

Essa lição de Pedro Lenza consegue traduzir com palavras o fenômeno da mutação constitucional de maneira clara, principalmente ao valer-se da expressão: *processo informal de mudança da constituição*. Por fim, há de mencionar que a possibilidade de mutação constitucional esbarra em um limite lógico, ou seja, o a nova interpretação criada pelos atores da vida constitucional deve “*encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.*” (MENDES, 2008, p. 230)

Poder Constituinte Originário Reformador

Ponto central do presente estudo, o “Poder Constituinte Originário Reformador” consistiria na possibilidade de se reformar partes do texto constitucional vigente, com a mesma finalidade da reforma por meio das Emendas Constitucionais já previstas na Constituição. A fundamental diferença estaria nas cláusulas constitucionais a serem modificadas pelo Poder Constituinte Originário Reformador.

Desde o início da elaboração do texto constitucional vigente, preocupou-se em estabelecer, principalmente, os direitos e garantias individuais. Essa preocupação recebeu um destaque especial, tendo em vista a época histórica que o estado brasileiro passava sob a égide da Constituição de 1967, reformada pela Emenda nº 1 de 1969. Fora uma época de repressão e um afastamento muito significativo dos direitos e garantias individuais, pois o regime vigente à época necessitava disso para perpetuar-se.

Finda a então instalada ditadura militar, iniciou-se o novo processo constitucional, chamando-se o Poder Constituinte Originário para criar um novo Brasil. Criou-se, então, um rol com um elevadíssimo número de cláusulas protegidas que poderiam – aqui no campo estritamente hipotético – tornar-se incompatíveis com os anseios da sociedade nacional.

Juntamente com essa incompatibilidade surgiria um problema de ordem prática, que seria a impossibilidade de revogação, por exemplo, de uma cláusula pétrea, o que, como já vimos, é impossível pela atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador. De outro lado, talvez essa mudança seja de importância tão singular que não se poderia conceber a perpetuação do Estado brasileiro, sem que tal modificação se ultimasse.

Assim sendo, e sempre tendo em vista que as constituições devem tender à



ARTIGO DE REVISÃO

perpetuidade – sem contudo jamais se esperar que durem para sempre – poder-se-ia conceber um procedimento segundo o qual se alterasse, por exemplo, as cláusulas pétreas e o restante do conteúdo do texto constitucional fosse referendado. Aliás, de rigor esclarecer que a alteração das cláusulas pétreas acima mencionada é justamente aquela proibida pelo § 4º do artigo 60 da Constituição.

Princípios afetos à manifestação do Poder Constituinte Originário Reformador

O estudo da principiologia relacionada aos institutos jurídicos é sempre tema relevante dentro da ciência e a partir dela se pode traçar linhas mais firmes a respeito do que se pretende estudar. No que se refere ao “Poder Constituinte Derivado Reformador” a mesma conclusão deve ser mantida, ou seja, devemos estudar o que os doutrinadores nacionais asseveram sobre o tema, partindo da ordem principiológica. Segundo R. C. Chimenti (2008, p. 18):

Há polêmica sobre a possibilidade de alteração de cláusula pétrea, via emenda à Constituição, desde que a alteração seja aprovada em consulta popular prévia (plebiscito). Quem defende a possibilidade toma por fundamento o princípio da soberania popular e lembra que os cidadãos são os titulares do poder (arts. 1º, parágrafo único, e 14 da CF).

Conforme podemos observar dos ensinamentos de Chimenti, há ao menos duas justificativas para se admitir a atuação do “Poder Constituinte Originário Reformador”. No entanto, se as observarmos atentamente, veremos que guardam ligação umbilical, o que resulta na impossibilidade de tratamento díspare.

Com efeito, a titularidade do Poder Constituinte, como já se viu de início, pertence somente ao povo. Aqui, contudo, deve ser levantada uma crítica às lições de R. C. Chimenti, eis que emprega em seu conceito a expressão “cidadãos” (CHIMENTI, 2008, p. 18).

Não obstante esta expressão ter sido utilizada em sentido amplo, se vista de maneira estritamente conceitual, tem conteúdo extremamente reduzido, diante do conceito de povo, isto é, a expressão “povo” engloba toda e qualquer pessoa viva dentro do nosso território, enquanto que a expressão “cidadão” traz a carga de titularidade de direitos políticos, o que por óbvio restringe os titulares efetivos do poder.

Analisando ambas em conjunto, ou seja, a titularidade pertencente ao povo e também a soberania popular, observamos, novamente, o que já fora apresentado por ocasião do estudo da titularidade do Poder Constituinte. De fato, não há que se contrapor à idéia de que o povo é o verdadeiro titular do Poder Constituinte, tanto que a própria Constituição estabeleceu



ARTIGO DE REVISÃO

em seu corpo esse reconhecimento. É o que prescreve o parágrafo único do artigo 1º do texto constitucional e se todo o poder emana do povo, é certo que esse poder é soberano e suas decisões devem prevalecer sobre quaisquer outras existentes ou dadas pelos poderes constituídos. Assim sendo, é plenamente lícita a atuação do povo como ator da reforma constitucional do texto vigente, eis que se essa é sua vontade, há de ser respeitada.

De outro lado, há de se ressaltar que a Constituição, no procedimento das Emendas Constitucionais, estabeleceu um rol restrito de legitimados para a apresentação do projeto. Contudo, caso o povo pretenda ingressar com um projeto de emenda, sendo ele pleno titular do poder, poderá fazê-lo sem qualquer embaraço, sob pena de se violar a soberania popular do estado democrático de direito.

Assim sendo, parece-nos incontestável a possibilidade de atuação do povo na reforma constitucional. Cabe, por derradeiro, estabelecer se a atuação popular pode reformar texto intangível da Constituição. Aqui, a mesma conclusão deve ser mantida. Como titular do Poder Constituinte Originário, que é ilimitado, incondicionado e inicial, o povo tem a prerrogativa de reorganizar todo um novo ordenamento jurídico, que será integralmente novo e não sofrerá nenhuma limitação jurídica pela ordem anterior. Contudo, podendo o povo criar um novo Estado, que é a manifestação suprema de seu poder, também pode ele realizar modificações pontuais, menores, com vistas a estabelecer seu planejamento para o futuro.

Nesse contexto, se é possível criar um novo Estado, por óbvio que seria possível reformar o já existente. Assim sendo, poderia o titular do poder decidir por limitar-se e manter o conteúdo da Constituição que entenda cabível, modificando-se todo o restante que desejar. No que se refere às cláusulas pétreas, é de se entender que poderiam ser abrogadas pelo “Poder Constituinte Originário Reformador”, deixando-se de lado a limitação do § 4º do artigo 60.

A institucionalização da participação do Poder Constituinte Originário na reforma constitucional

Como o que acabou-se de observar, a manifestação do Poder Constituinte Originário não encontra óbice em sua atuação na reforma do texto constitucional. No entanto, é certo que essa manifestação não está regida pela Constituição, da mesma forma que o processo de reforma pelo Poder Constituinte Derivado. Assim sendo, deve-se entender como seria possível compatibilizar essa situação de falta de regras postas para atuação do “Poder Constituinte Originário Reformador”. Essa compatibilização prescindirá de qualquer criação de norma constitucional, o que não implica na impossibilidade de vir a ser criada.



ARTIGO DE REVISÃO

De início, é imprescindível registrar que a Constituição de 1988 traz em seu bojo institutos que, se aplicados conjuntamente, possibilitarão a reforma das cláusulas imodificáveis. Devemos, então, partir do já conhecido processo para elaboração das Emendas Constitucionais.

Consoante dispõe o texto constitucional, o processo para elaboração das emendas terá início em uma das casas do Congresso Nacional, dependendo de quem seja o autor da proposta de emenda, processando-se perante essa casa, com a avaliação do projeto pelas comissões internas para avaliar a constitucionalidade do conteúdo da emenda – pois, tratando-se de Poder Constituinte Derivado Reformador, há a incidência dos limites constitucionais à reforma e, caso sejam violados, darão ensejo à declaração de inconstitucionalidade – depois passará à votação que deverá ser realizada em dois turnos, obtendo aprovação caso atinja votação favorável de três quintos dos membros da casa.

Sendo aprovada nos dois turnos, passa-se à próxima casa legislativa, que também avaliará a constitucionalidade da proposta de emenda e também realizará a votação em dois turnos com o mesmo quórum qualificado. Em sendo aprovada na segunda casa, a emenda, ao contrário das demais leis, será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Este, em linhas gerais, é o procedimento constitucional para a alteração do texto pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, demonstrando, mais uma vez, nossa rigidez constitucional.

Contudo, para que se possa implementar o “Poder Constituinte Originário Reformador”, dever-se-á acrescentar uma outra fase a todo esse procedimento. Assim, precisamos também ter em mente os institutos que possibilitam o exercício da democracia diretamente pelo titular do poder. São eles: o plebiscito, o referendo, e a iniciativa legislativa popular.

A iniciativa legislativa popular terá lugar da mesma maneira que nos processos de iniciativa de norma infraconstitucional, ou seja, como já se mencionou, a proposta de emenda formulada pelo povo é plenamente possível. Por outro lado, agora quanto ao plebiscito e o referendo, há de se observar que, por uma questão de ordem lógica, somente seria possível valer-se do primeiro.

Com efeito, o referendo, como a própria denominação indica, destina-se a confirmar norma já aprovada pelos poderes constituídos. Para as leis infraconstitucionais, não há nenhum óbice, mas para a modificação constitucional não se compatibilizaria, na medida em que não haveria confirmação, mas sim real e efetiva iniciativa. No mais, caso o projeto de emenda fosse



ARTIGO DE REVISÃO

contrário à limitação do § 4º do artigo 60 da Constituição, nada poderia fazer o poder constituído.

De outra parte, o plebiscito supriria qualquer espécie de vício, pois a aprovação popular constituiria situação prévia, podendo, assim, suplantar a vedação da Constituição. Assim sendo, o processo de modificação constitucional pelo “Poder Constituinte Originário Reformador” incluiria mais uma fase: a da aprovação do titular do poder por meio do já conhecido plebiscito.

CONCLUSÃO

Como já tivemos a oportunidade de observar, diante de todos os conceitos rememorados e também das situações analisadas, o Poder Constituinte é de extrema relevância para o Estado brasileiro. A partir de sua atuação, criou-se o Brasil que hoje conhecemos e também se criará o que as próximas gerações poderão ver no futuro. Contudo, o estudo do tema não pode ser feito de maneira estanque, sob pena de prejudicarmos a evolução teórica do assunto, e também da perpetuidade constitucional.

Como já se asseverou, a Constituição é a criatura que tem como progenitor o Poder Constituinte Originário. Esse poder, quando atua, também cria outros poderes constituintes, que atuarão em seu lugar pelo tempo que for necessário e nas matérias definidas pelo poder criador.

Entretanto, pela própria intenção de que o poder instituído não ultrapasse as competências a ele atribuídas de modo a, talvez, tentar suplantar o Poder Constituinte Originário, várias amarras são criadas. Algumas delas, por seu turno, são tão fortes que engessam quase que completamente o poder de reforma do texto constitucional.

De outro lado, o Poder Constituinte Originário torna-se, novamente, um poder latente que, embora esteja sempre presente, permanece distante da normatização da vida social, apenas aguardando o momento de vir a mostrar sua força.

Diante disso, e também da intenção de perpetuidade da Constituição, cada vez mais parece necessário que o Poder Constituinte Originário se faça presente na criação e reforma do Direito.

Essa presença, principalmente pelas razões que observamos no capítulo anterior, trará uma nova perspectiva ao direito constitucional brasileiro, elevando, por primeiro, a democracia brasileira a um patamar até então nunca visto. O patamar de reformar a própria Constituição, principalmente os núcleos intangíveis do texto original.

Não se pode negar que a sociedade evoluirá e passará a adotar outros princípios de



ARTIGO DE REVISÃO

existência, exigindo novos direitos que podem não se compatibilizar com os atualmente protegidos como cláusulas pétreas, por exemplo. Caso isso ocorra, se adotarmos o posicionamento que afasta a incidência do Poder Constituinte Originário da reforma constitucional, seremos forçados a concluir que será necessário criar um novo Brasil. Contudo, essa alternativa parece deveras inflexível.

Destarte, é presente a perfeita compatibilidade da atuação do “Poder Constituinte Originário Reformador” com o atual sistema constitucional e, com a sua implementação formal, constituirá um avanço jamais visto na democracia nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CHIMENTI, R. C.; CAPEZ, F.; ROSA, M. F. E.; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Erival da Silva. Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.