

3

O poder constituinte derivado os limites à sua atividade como forma de se preservarem os valores da Constituição Federal

The amending power and the limits of its activities as a means of protecting the Brazilian Constitution values

MARIA CECÍLIA CURY CHADDAD

Mestre e doutoranda em Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; advogada em São Paulo. *E-mail* para correspondência: cecilia.cury@uol.com.br

Resumo

Objetivando tratar da importância da manutenção da identidade constitucional, a autora aborda a questão atinente ao processo de revisão constitucional, explorando os limites ao poder constituinte derivado.

Palavras-chave: Constituição, poder constituinte, limites à reforma constitucional.

Abstract

Intending to deal with the importance of the maintenance of the constitutional identity, the author touches the topic relative to the constitutional amending process, exploring the limits to the amending power.

Keywords: Constitution, amending power, limits to the constitutional amendment.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de tratar do tema relativo aos limites às emendas constitucionais, faz-se mister abordar, preliminarmente, alguns conceitos operacionais, tais como o conceito de Constituição e o de poder constituinte, sem os quais não há como compreender efetivamente o enfoque que se pretende dar ao texto. A doutrina traz diversos conceitos para o termo Constituição¹, inclusive externos ao Direito, mas é possível afirmar que o ponto comum entre todas as definições jurídicas é o de que o texto constitucional reflete a ordem jurídica fundamental da coletividade, consagrando as linhas básicas do Estado, pelo que estabelece as diretrizes e os limites ao conteúdo da legislação.

Com efeito, é na Constituição que estão positivadas as opções fundamentais a respeito da configuração do Estado, regulando o exercício do seu poder e preestabelecendo, também, os direitos e as garantias fundamentais² – é, em síntese, o estatuto jurídico do Estado. Devido à grande importância do texto constitucional em um Estado, há que serem destacadas as características daquele que tem o poder de estabelecer as regras fundamentais, que tem o poder para constituir o ordenamento jurídico do Estado, exercendo aquilo que a doutrina denomina como poder constituinte. Não há dúvidas de que o poder constituinte³, considerado, em

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56-57; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57-64; ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1-3; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80-81. Exemplificativamente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensinou que a Constituição é um corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53-54.). José Afonso da Silva apontou que Constituição é a lei fundamental de um Estado, trazendo a organização de seus elementos essenciais, como a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento dos órgãos do Estado, limites à sua atuação e a previsão dos direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38).

² No mesmo sentido, é a conceituação trazida por Otto Bachof, em sua obra *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 39.

³ O poder constituinte originário, também denominado como poder “genuíno”, é, à luz dos ensinamentos de Sahid Maluf, “o poder de constituir e reconstituir ou reformular a ordem jurídica estatal” (MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 183). Nélon de Souza Sampaio, por sua vez, conceituou o poder constituinte como aquele que “representa a faculdade de organizar o Estado, sem nenhuma limitação de direito positivo interno, quando se trata de unidade soberana” (SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 40). Celso Ribeiro Bastos acrescentou: “Poder constituinte consiste na faculdade que todo o povo possui de fixar as linhas mestras fundamentais sob as quais deseja viver. Pode-se dizer, também, que o poder constituinte é aquele que põe em vigor, cria ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*.

linhas gerais, como aquele poder conferido a um determinado grupo para instaurar uma ordem jurídica, existe desde quando as sociedades passaram a se organizar, criando um conjunto de regras mínimas no que tange à estruturação do Estado, à divisão de poderes e suas competências⁴. Contudo, a idéia, do ponto de vista jurídico, foi compilada no século XVIII pelo Abade Emmanuel Sieyès⁵, no período que antecedeu a eclosão da Revolução Francesa.

Frise-se que a grande importância do tema relacionado ao poder constituinte resulta do fato de ser o produto desse “poder”⁶ o fundamento de todo o ordenamento jurídico de um dado Estado: a Constituição, posta pelo que se denomina como poder constituinte originário. É importante esclarecer que a doutrina atribui diversas características ao poder constituinte originário, dentre as quais vale mencionar a

4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 86). Vale, ainda, trazer à baila a lição do filósofo e cientista social italiano Antonio Negri, para quem, na perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte: “É a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma Constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isto, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade” (NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 8).

⁴ Na Grécia clássica, em Atenas e Esparta, já se fazia uma distinção entre o ato constituinte, que seria aquele de natureza originária, mediante o qual se criava a nação e sua estrutura político-social, e o ato legislativo. Manuel Gonçalves Ferreira Filho ensinou que Aristóteles já demonstrava que havia “presente a distinção entre as leis concernentes à organização do governo e as demais leis, isto é **leis constitucionais** e as **leis inconstitucionais**, ou meramente **ordinárias**” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3). Marília Garcia apontou que a idéia de Constituição surgiu na *Politéia*, de Aristóteles, para quem “a Constituição (*politéia*) expressava a organização das tarefas numa cidade-Estado (*polis*). E era a lei mais importante pela qual deveriam orientar-se as leis secundárias (*nomoi*) e as políticas cotidianas (*pse plurismata*)” (GARCIA, Marília. *O que é o constituinte*. Brasília: Brasiliense, 1987. p. 12).

⁵ Nesse diapasão, lecionou André Ramos Tavares: “(...) sabemos que a realidade do poder constituinte precedeu historicamente essa elaboração técnica, já que é um correlato da existência de qualquer Estado” (in: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26). Com efeito, o Abade Emmanuel Sieyès foi o responsável pela feitura de um manifesto durante a Revolução Francesa, publicando um panfleto denominado como “Que é o Terceiro Estado? – *Qu’est-ce que lê tier État?*”. Sieyès, neste documento, defendeu a idéia de que os Estados têm um texto elaborado por um poder constituinte (a Constituição), cuja titularidade pertence à nação, que seria competente para gerar os poderes do Estado. Em suas palavras: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei” (*Qu’est-ce que lê tier État?*. França, Quadrige/Presses Universitaires de France, 1892, p. 67, no original “*La nacion existe avant tout, elle État l’origine de tout. As volunté État toujours légale, elle État la loi elle-même*”, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27).

⁶ Há quem defenda a idéia de que o termo “poder constituinte” não seria adequado. Um dos defensores dessa teoria é Georges Burdeau, que afirmou que a denominação “poder” pressuporia uma atribuição de competência anteriormente definida. Esse jurista sugeriu o termo “**força** constituinte” ou “**energia** constituinte” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27).

inicialidade, a autonomia, a ilimitação⁷ e a incondicionalidade⁸. A pergunta que se faz é se o poder constituinte originário desaparece após a elaboração da Constituição. A esse respeito, ensinou Jorge Miranda que o poder constituinte originário é caracterizado pelo fato de ser um poder permanente, uma vez que se trata de uma “faculdade essencial de auto-organização do Estado”⁹. Por tal razão, o poder constituinte perduraria ao longo da história, podendo ser exercido a todo tempo pelo povo¹⁰.

Nos Estados em que se têm uma Constituição rígida¹¹, prevendo uma “maior dificuldade para sua modificação do que para alteração das demais normas jurídicas

⁷ Cumpre destacar que há uma importante discussão na doutrina acerca da existência – ou não – de limites ao poder constituinte originário. Aqueles que sustentam que esse poder encontra limites fundamentam sua tese afirmando que um dos limites à atuação do poder constituinte seria conferido pelo povo, que lhe outorga competência para externar a sua vontade (do povo). Foi a isso que Canotilho chamou de “vontade do povo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 81.). Essa é a essência da obra de Ferdinand Lassalle, para quem a força de uma Constituição depende da correspondência de seu texto com os fatores reais de poder (LASSALLE, Fernand. *Que es una Constitucion?*, Barcelona: Ariel Derecho, 2001. p. 84-85). Também são vistos como limites ao poder constituinte originário a ordem internacional e os princípios fundamentais do ser humano. Nesse diapasão, vale mencionar a lição do constitucionalista português Jorge Miranda, que apontou a existência de três categorias de limites: os **transcendentes**, que provêm de imperativos de direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva; os **imanes**, relacionados diretamente ao poder constituinte material, à idéia de legitimidade; e os **heterônimos**, provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, como a ordem internacional. (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 375-378). Nelson Saldanha chegou à semelhante conclusão ao afirmar que há, hodiernamente, uma intensificação da vida internacional (SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 90-92).

⁸ Nesse sentido, é a lição de Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10). Meireles Teixeira acrescentou que o poder constituinte originário é caracterizado pela ausência de vinculação, pela inalienabilidade, superioridade e permanência (MEIRELES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 212/214).

⁹ MIRANDA, Jorge *Poder constituinte*, p. 19, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30.

¹⁰ Contudo, é mister que se destaque que o sentido dessa permanência se relaciona ao fato de que cabe ao povo, titular do poder constituinte, decidir se há a necessidade de se criar uma nova Constituição. Não se deve confundir a latência do poder constituinte originário com o poder de reforma da Constituição, pois uma vez posta uma ordem legítima, esta deve ser respeitada pelo poder constituinte derivado, que é inegavelmente limitado pelo poder constituinte originário. André Ramos Tavares apontou que o poder constituinte é “eterno, inerente à qualidade associativa humana” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54).

¹¹ Bryce ensinou que as Constituições rígidas são aquelas que têm uma autoridade superior às demais leis do Estado, e são modificadas por procedimentos diferentes daqueles pelos quais se ditam e revogam as demais leis” (BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, p. 38, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64).

da ordenação estatal”¹², a idéia de que o poder constituinte originário limita a atuação do poder constituinte derivado é típica. E é exatamente em virtude desse procedimento mais custoso que se afirma que a Constituição torna-se o texto supremo do ordenamento jurídico, condicionando toda a produção normativa a seguir suas diretrizes, sob pena de invalidade¹³.

Destarte, com base em tal posicionamento, tem-se que, se for elaborada uma norma com conteúdo contrário, colidente, com o da Constituição, a norma deverá ser declarada inconstitucional. É essa a demonstração de que o poder constituinte derivado sofre limitações postas pelo originário na Constituição. Não se pode negar, contudo, que a Constituição seja uma obra aberta, isto é, aceite as modificações que se fazem necessárias ao longo do tempo, desde que respeitados os seus limites materiais e formais, que serão tratados no item 2.4, *infra*. Essa abertura, deixada pelo poder constituinte originário, permite que o texto constitucional acompanhe a evolução da sociedade, o que confirma seu *status* de instrumento democrático, eis que permite que os representantes do povo – poder constituinte derivado – façam as alterações reclamadas pela sociedade¹⁴.

Todavia, consoante já indicado acima, é certo que o poder constituinte derivado é limitado pelo poder constituinte originário, que lhe impôs regras, parâmetros, no texto constitucional¹⁵. Diante disso, a doutrina classifica o poder constituinte derivado¹⁶ como subordinado e condicionado pelas normas

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 45.

¹³ Vale destacar que, no caso da legislação vigente, as normas que estiverem em conformidade com o que estabelece a Constituição serão por ela recepcionadas, integrando, assim, o novo sistema normativo.

¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nesse sentido, apontou: “Na verdade, o poder constituinte de revisão visa, em última análise, a permitir a mudança da Constituição, adaptando a Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao poder constituinte originário” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124).

¹⁵ José Afonso da Silva explicou que esse poder é “regrado por normas da própria Constituição, que lhe impõe procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeito ao controle de constitucionalidade” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65). Essa possibilidade de controle da constitucionalidade das emendas à Constituição será tratada com mais detalhes no item 3, *infra*.

¹⁶ Há autores, como o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, que defendem que a melhor denominação para o poder constituinte derivado seria poder constituído, por ser um poder criado, constituído pelo poder constituinte originário (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 73). Vale citar, ainda, que, em discussão havida entre Celso Antonio Bandeira de Mello e Michel Temer, este sustentou que não se deve atribuir a esse agente a denominação de poder constituinte, mas de competência reformadora,

constitucionais¹⁷. Vale destacar que a doutrina é uníssona no sentido de que é imprescindível que haja previsão constitucional da possibilidade de mecanismos de reforma em seu texto, uma vez que a Constituição pretende-se eterna, mas não imutável¹⁸. Nesse diapasão, José Afonso da Silva sustentou que o poder constituinte derivado visa a permitir a adaptação do texto constitucional a novas necessidades, novos impulsos, novas forças, sem a necessidade de se recorrer a revoluções, ao poder constituinte originário¹⁹, de sorte que tais adaptações são feitas por meio das emendas à Constituição, tema que será objeto do item 2, *infra*.

É mister que se saliente que há a possibilidade de se realizar uma interpretação evolutiva do texto constitucional – o que a doutrina denomina como mutação constitucional²⁰ –, em consonância com os anseios do povo²¹, desde que se respeitem os valores por ela albergados, permitindo, desse modo, que haja uma Constituição Federal mais acatada e aplicada, dotada de maior força normativa²². Nesse sentido, é a lição de Konrad Hesse, para quem só é possível falar em mutação constitucional se esta ocorrer nos limites impostos pela Constituição. Vale dizer, se uma

estabelecida pelo poder constituinte originário e por ele limitada. Celso Antonio Bandeira de Mello, ao seu turno, defendeu que, ainda que haja dois momentos na elaboração de uma emenda, um pela competência constituinte, outro no da criação concreta da emenda, pela sua promulgação, nesse último momento, fica claro que também há a atuação de um poder constituinte, pois ele cria norma com força e hierarquia constitucional, que fundará as demais normas, e sua obra se converte em texto constitucional (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro. Vol. 04, 69-104, 1985, p. 85-86 e 95-96).

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124.

¹⁸ Para Celso Bastos, uma reforma normal, que se dá no processo previsto pela Constituição, representa uma continuidade, um desdobramento natural da vida jurídica do Estado (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41).

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre as Constituições)*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 283. Não cabe, nesse estudo, maior aprofundamento sobre esse tema, mas vale mencionar quais as formas de mutação que a Constituição admite, no entender desse constitucionalista: atos de complementação constitucional, atos de interpretação e construção constitucional, práticas político-sociais, convertidas em convenções constitucionais.

²¹ Raul Machado Horta denominou esse fenômeno como “sentimento constitucional”, utilizando-se dos ensinamentos de Karl Loewenstein, que examinou a relação entre a consciência e o sentimento jurídico, insistindo em que o sentimento constitucional seria uma forma de integração política (HORTA MACHADO, Raul. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 111).

²² A esse respeito, vale a leitura da obra de Konrad Hesse (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991).

interpretação contrariar o disposto no texto constitucional, não há que se falar em mutação válida, sendo ela, assim, inconstitucional²³.

2. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

2.1. Breves comentários acerca do processo legislativo

Denomina-se como processo legislativo²⁴ o conjunto de atos concatenados, por intermédio dos quais são criadas as leis, em sentido amplo. A expressa previsão do processo legislativo – no caso brasileiro, constitucional – justifica-se pelo fato de que se trata de verdadeira garantia ao cidadão, que, em virtude do que dispõe o princípio da legalidade, só pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Justifica-se, ainda, em virtude do fato de constituir-se em um dever para o legislador a observância do *iter* predeterminado nas normas pertinentes²⁵.

A Constituição Federal do Brasil traz insculpidos em seu artigo 59 quais os instrumentos de alteração e criação de normas jurídicas. Para ser realizada uma modificação constitucional, no Brasil, à luz do que dispõe o artigo 59, I, da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional deverá utilizar-se da emenda constitucional, de acordo com o procedimento previsto no artigo 60 da Constituição Federal.

2.2. Conceito e finalidade das emendas à Constituição

Consoante o já exposto no item 1, *supra*, é por meio das emendas constitucionais que o poder constituinte derivado realiza as alterações na Constituição, adaptando o texto às novas exigências sociais²⁶. É correto aduzir que a reforma constitucional objetiva adequar a realidade jurídica à realidade política, mas de forma a garantir a supremacia da ordem jurídica posta, respeitando a

²³ HESSE, Konrad. *Limites de la mutación constitucional*, p. 101-102, *apud* SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre as Constituições)*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 298.

²⁴ É possível indicar as fases do processo legislativo: a fase introdutória, que compreende a iniciativa; a fase das discussões, na qual pode ser englobado o exame da proposta e das emendas; a fase executiva, de competência do Executivo, que pode se exprimir por meio da sanção, que é a adesão do chefe do Executivo ao projeto apresentado e discutido no Congresso Nacional, ou do veto, que implica a rejeição do projeto pelo chefe do Executivo; e, por fim, têm-se a fase da promulgação e a fase da publicação da lei, que parecem ser fases complementares ao processo legislativo, propriamente dito.

²⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 819.

²⁶ Luiz Alberto David Araujo ensinou que uma emenda constitucional é a “espécie normativa encarregada de inovar a ordem constitucional” (ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 272).

Constituição elaborada soberanamente pelo povo, por meio do poder constituinte originário. Esclareça-se que, para fins do presente, parte-se da idéia de que o processo de **reforma** constitucional abrange tanto as emendas como as revisões da Constituição^{27, 28, 29}.

2.3. Limites ao poder de emenda

Em sendo o poder de reforma um poder constituído, este está adstrito ao cumprimento das normas postas por seu criador, o poder constituinte originário, que estabeleceu as regras do sistema no bojo da Constituição. Classificam-se os limites ao poder de emenda em **formais**, que condicionam o procedimento de emenda e o modo de agir do reformador, e **materiais**, que estão relacionados ao conteúdo das emendas. Ressalte-se que essa classificação é apenas doutrinária, uma vez que o texto constitucional não faz qualquer distinção entre os limites procedimentais e os relativos ao conteúdo da norma. Assim, é indiferente, para fins de nulidade da emenda, qual a espécie de limite que foi ultrapassada.

Os limites formais podem ser subdivididos em **procedimentais**, **temporais** e **circunstanciais**. É certo que o poder constituinte revisor deve estar atento ao procedimento especial, para que a emenda por ele feita tenha validade – esse é o limite procedimental a que a doutrina se refere. No que tange ao limite temporal, é correto afirmar que este se refere a um determinado lapso temporal, no qual é vedada a elaboração de reforma constitucional³⁰. Por fim, como limites circunstanciais, devem

²⁷ Não obstante o processo de emenda à Constituição ser sabidamente dificultoso, cumpre afirmar que o processo de revisão é ainda mais rígido. No caso brasileiro, por exemplo, o art. 3º do ADCT previa uma revisão, que poderia ser realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa revisão, constitucionalmente prevista, já foi realizada em 1994, quando foram feitas, no total, seis alterações no texto da Constituição. A despeito de haver severas críticas ao momento e à forma em que a referida revisão se deu, não há previsão constitucional de outra. Por esse raciocínio, a Constituição Federal de 1988 só pode ser emendada, não mais revista.

²⁸ Raul Machado Horta asseverou que, no Direito Constitucional positivo, reforma, emenda e revisão se apresentam individualizadas, compreendendo matérias distintas, com procedimentos diversos, mas ocorrem vezes em que há um tratamento não-distintivo, o que obrigaria uma adoção de processo unificado, a fim de afastar ambigüidades terminológicas. O referido autor acrescentou, ainda, que essa diversidade terminológica não impediu que houvesse um consenso quanto à característica limitada dessa atividade (HORTA MACHADO, Raul. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 117-118).

²⁹ Meireles Teixeira ensinou que “a reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão” (MEIRELES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 132).

³⁰ Não há, na Constituição Federal de 1988, nenhum limite dessa espécie.

ser compreendidas as limitações de tramitação de propostas de emendas à Constituição em “situações anormais”, apenas durante sua existência³¹.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, é o § 1º do artigo 60 que traz as vedações circunstanciais ao estatuir que a “Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”. Essa vedação se justifica pelo fato de que, em momentos como esses, não há condições políticas e sociais para que o poder constituinte exerça sua atribuição validamente. Quanto às limitações materiais, “referidas ao substrato das normas”³², é interessante mencionar a classificação do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, para quem há limites expressos ou textuais, previstos no texto constitucional, e limites não-articulados ou tácitos, que estão implícitos no sistema constitucional³³.

No que tange aos limites materiais expressos, vale destacar que a Constituição Federal de 1988, no § 4º do artigo 60, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os seguintes aspectos: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais. Verifica-se, assim, que há um núcleo imodificável na Constituição de 1988, o que foi denominado por Otto Bachof como “preceitos inalteráveis”³⁴, em relação aos quais o poder constituinte revisor não tem qualquer disponibilidade, sendo vedada, inclusive, a deliberação de propostas tendentes a eliminar a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Em relação aos limites implícitos ou inerentes, é correto aduzir que tratam do conjunto de princípios que, ainda que não-escritos, fundamentam a Constituição, pelo que devem ser intocados pelo poder de reforma. Em virtude dessa limitação, não poderia haver alteração quanto ao titular do poder constituinte originário ou derivado, nem no tocante ao procedimento e aos limites previstos na Constituição³⁵. Essas limitações são justificadas pelo fato de que qualquer alteração nesses pontos

³¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

³² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.048/1.049. Vale mencionar que esse autor ainda subdividiu os limites não-articulados em limites textuais implícitos, dedutíveis do próprio texto constitucional, e limites tácitos, imanentes de uma ordem de valores pré-positiva.

³⁴ BACHOF, OTTO. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 13.

³⁵ Essa é a conclusão de Nelson de Souza Sampaio (SAMPALHO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 111).

representaria uma burla ao sistema constitucional vigente, e ocorreria uma revolução verdadeira velada.

O doutrinador americano Peter Súber, analisando o tema relativo às emendas, ensinou que não há possibilidade de ser realizada uma mudança legal, se a própria norma não admite. Havendo emendas, estas serão ilegais ou “extralegais”, oriundas de uma revolução³⁶. No mesmo sentido, é a conclusão de Nelson de Souza Sampaio, que entendeu que é juridicamente impossível reformar o que a Constituição declarou irreformável, pois, nesse caso, haveria uma “violação das normas que presidem à criação dos preceitos jurídicos”³⁷. Cumpre destacar, contudo, que há uma corrente doutrinária que defende que a existência de cláusulas petrificadas no sistema jurídico carece de sentido, pois não seria razoável, nem aceitável, uma geração vincular as gerações subseqüentes³⁸.

Sob esse argumento, parte da doutrina admite a possibilidade de revisão da Constituição por intermédio do que se tem chamado de **dupla revisão**; por meio deste processo, o poder constituinte derivado alteraria o dispositivo que lhe traz limites e, em seguida, superado o bloqueio constitucional, seria lícito efetuar a emenda que, antes da primeira revisão, seria tida como inconstitucional³⁹. Contudo, para que a Constituição cumpra seu papel, é mister que não haja completa disponibilidade de suas normas, assegurando-se, assim, a continuidade constitucional. Uma revisão total da Constituição seria o mesmo que uma nova atuação do poder constituinte originário, o que não pode ser concebido com tanta simplicidade. Admitir a tese do duplo processo de revisão pode gerar o que a doutrina tem denominado como fraude à Constituição⁴⁰.

Canotilho, nesse sentido, reconheceu a necessidade de se garantir a **continuidade da Constituição**, por meio da preservação de sua identidade, de seus valores, sob pena de ocorrência de uma nova manifestação do poder constituinte

³⁶ SÚBER, Peter. *The paradox of self-amendment*, 1990. Disponível em: <<http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>>., p. 51.

³⁷ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 47.

³⁸ MOREIRA, Vital. *O futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 327.

³⁹ Sobre o assunto, vide FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 97-99; CERQUEIRA, Marcello. *Revisão, reforma constitucional e plebiscito*. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 121.

⁴⁰ Walber de Moura Agra acrescentou que haveria não apenas fraude à Constituição, mas ao Estado Democrático de Direito (MOURA AGRA, Walber de. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 185-190).

originário, e não uma reforma constitucional⁴¹. Uma forma de permitir a evolução do texto constitucional, sem ferir-lhe a identidade, é verificar qual a finalidade perquirida pelo poder constituinte originário quando apontou os limites materiais ao poder constituinte derivado, quais valores o constituinte originário, legítimo representante do povo, buscou proteger ao determinar quais direitos e garantias seriam acobertados por este **manto da intangibilidade**, e preservar tais normas.

Em síntese, é correto afirmar que os limites impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado são vedações que devem ser observadas no processo de reforma pelo poder constituinte derivado, no caso do Brasil, representado pelo Congresso Nacional, no trâmite das propostas de emendas à Constituição. Igualmente, tais limites devem ser observados por todos aqueles que interpretam e aplicam as normas constitucionais, preservando-se, assim, a identidade constitucional.

2.4. Controle das emendas pelo Poder Judiciário

De acordo com o quadro exposto, o poder constituinte derivado, que tem a atribuição de elaborar as emendas ao texto constitucional, é um poder limitado pela Constituição, que lhe impõe regras procedimentais e limitações materiais, às quais o revisor deve respeito absoluto. No item 1, *supra*, tratou-se do tema relativo à rigidez constitucional e à supremacia da Constituição, diante do que todas as normas elaboradas devem estar em concordância com o texto constitucional, sob pena de invalidade⁴².

Em face da importância da preservação dos valores constitucionais é que se pode sustentar a possibilidade concreta de se verificar a constitucionalidade de uma emenda à Constituição, de se avaliar se a emenda promulgada seguiu os trâmites previstos e se está em consonância com as demais normas do texto, sem violar nenhum dos limites impostos pelo poder constituinte originário^{43,44}. É lapidar a lição de Otto Bachof, que apontou duas premissas importantíssimas: (a) a

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. e. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.049.

⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.686, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

⁴³ Importa frisar que se defende a total possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, obra do poder constituinte derivado. Não se sustenta aqui a viabilidade de controle de constitucionalidade de normas elaboradas pelo poder constituinte originário, admitido pelo jurista Otto Bachof (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, *passim*).

⁴⁴ Nesse sentido, Roque Carrazza afirmou, de forma bastante enfática, que o Congresso Nacional encontra limites na própria Constituição; sendo-lhe subordinado, deve estar atento aos limites formais e materiais por ela impostos, que seriam as cláusulas pétreas (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 391).

obrigatoriedade material de uma norma não implica a competência judicial para aferir a pertinência de uma norma ao sistema jurídico⁴⁵, (b) mas a obrigatoriedade jurídica de um preceito, no caso em debate, dos limites ao poder de emenda, só tem significado se houver possibilidade de conhecimento judicial⁴⁶.

E é por tal razão que a própria Constituição deve trazer a forma sob a qual será aferida a constitucionalidade das emendas, indicando quem detém a competência para apreciar eventuais descumprimentos das regras estabelecidas para o processo de modificação do texto constitucional, seja no tocante à forma, seja no aspecto do conteúdo, isso tudo visando, em última instância, a tutelar os valores essenciais albergados pelo poder constituinte originário quando da elaboração da Constituição. No caso do Brasil, é atribuição do Supremo Tribunal Federal a verificação da pertinência de uma norma ao sistema, cabendo a essa Corte, no caso das emendas, o papel de aferir se o constituinte derivado, que tem uma competência definida e limitada pela Constituição, agiu de acordo com os ditames que lhe foram impostos, seja no tocante à forma, seja no que tange ao conteúdo da proposta de emenda à Constituição.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como exposto, em sendo o poder de reforma um poder constituído, trata-se de um poder limitado, estando, assim, adstrito ao cumprimento das normas postas pelo poder constituinte originário, que estabeleceu a Constituição. Essa limitação objetiva garantir a manutenção da identidade do texto constitucional. Frise-se, todavia, que manter a identidade da Constituição não significa a continuidade ou a permanência das mesmas normas postas pelo poder constituinte originário, pois a evolução deve ser vista como um elemento estabilizador da identidade. Nesse sentido, Cretella Júnior afirmou que “nada, **no mundo**, e **no mundo jurídico**, é eterno”⁴⁷, até porque uma Constituição que não sofre emenda corre o risco de **envelhecer**, por começar a distanciar-se da realidade.

Entretanto, é importante que se retome a idéia de que não há a necessidade de se efetuarem constantes reformas no texto constitucional para que se tenha um texto atual, pois essa conduta minimiza o valor da Constituição, faz com que a Constituição perca sua força normativa. Nesse diapasão, Konrad Hesse apontou

⁴⁵ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 70.

⁴⁶ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. p. 18.

⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 2.722.

que “a estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição”⁴⁸. Nesse ponto, importa considerar que, melhor do que constantes reformas no texto da Constituição, que acabam por transformá-la em uma “colcha de retalhos”, seria mais indicado deixar ao intérprete a tarefa de manter o texto constitucional atualizado.

Assim, em sua atividade interpretativa, poderiam ser alinhadas as normas constitucionais aos anseios do povo, à dinâmica da sociedade, mantendo, contudo, o texto intacto, preservando-se a confiança da população no texto constitucional, sem deixar de lado a “vontade da Constituição” ao realizar-se a interpretação do texto constitucional à luz do “princípio da ótima concretização da norma”⁴⁹.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Vol. 04, 69-104, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CERQUEIRA, Marcello. *Revisão, reforma constitucional e plebiscito*. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

⁴⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 5 e 22.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

GARCIA, Marília. *O que é o constituinte*. Brasília: Brasiliense, 1987.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HORTA MACHADO, Raul. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LASSALE, Fernand. *Que es una Constitucion?*. Barcelona: Ariel Derecho, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.686, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOURA AGRA, Walber de. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

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

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre as Constituições)*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÚBER, Peter. *The paradox of self-amendment*, 1990. Disponível em: <<http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>>. Acesso em: 1º de setembro de 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.