EURICO ZECCHIN MAIOLINO

LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientadora: Profª. Drª. Fernanda Dias Menezes de Almeida

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2011

EURICO ZECCHIN MAIOLINO

LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito – área de concentração Direito Constitucional -, sob orientação da Profª. Drª. Fernanda Dias Menezes de Almeida.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO

2011

RESUMO

A Constituição é produto do Poder Constituinte. Após a elaboração e edição da Constituição, o Poder Constituinte continua a existir em estado de latência. Contudo, a Constituição, como norma jurídica que é, necessita ser adaptada à realidade social cambiante, caso contrário não será apta a reger a vida da sociedade e do Estado e terá de ser substituída pela ação revolucionária do Poder Constituinte. Assim, o Poder Constituinte incumbe um órgão ou um complexo de órgãos da reforma da Constituição, o qual, contudo, com ele não se confunde. Como o Poder de Reforma Constitucional é um poder instituído, sujeita-se às regras impostas pelo Poder Constituinte, que o cria, e, entre estas regras, encontram-se as limitações à reforma da Constituição. Certa doutrina rejeita as limitações à reforma da Constituição, pela impossibilidade de uma geração vincular as gerações futuras; outra parte defende a superação das limitações por um processo de dupla revisão; finalmente, uma terceira corrente defende as limitações alicerçando-as em três argumentos principais: o precompromentimento constitucional, o dualismo democrático e a defesa da democracia e dos direitos humanos. A Constituição Federal de 1988 prevê quatro espécies de limitações à reforma da Constituição: material, formal, circunstancial e temporal. Os maiores questionamentos, contudo, apresentam-se em relação às limitações materiais, que formam o núcleo intangível da Constituição. Para a garantia de existência de limitações, a reforma da Constituição sujeita-se ao controle de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Poder Constituinte – Poder de Reforma Constitucional – Limitações - Democracia – Constituição Federal de 1988

ABSTRACT

The Constitution is a product of Constituent Power. After elaborating the Constitution, the Constituent power remains asleep. Nevertheless, the Constitution, as a law, necessits to be adjusted to the social reality or will not be able to rule the live of the State and the society and will be replaced by the Constituent Power revoluctionary action. Therefore, the Constituent Power imputes to an Assembly the function of amending the Constitution; however, both of them are not the same phenomenon. The power of amending the Constitution is created by the Constituent Power and consequently is submited to the limitations established. Some authors refuse the limitations of amending process, because the generation can not bind the future generations; others support the possibility to overcome the limitations by a double amending process; finaly, there is a tendency to defend the limitations presenting three mainly arguments: constitutional precommitment, dualist democracy and the defense of the democracy and the human rights. The Brazilian Constitution ordains four sorts of limitations: substantial, formal, circunstantial and temporal. The deepest disagreement refer to the substantial limitations that obstruct the reform of the Constitution nucleus. To guarantee the existence of the limitations, the amending process submits to the control by the Supreme Court.

Keywords: Constituent Power – Amendment Process – Limitations – Democracy – Brazilian Federal Constitution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....7

CAPÍTULO I – PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À ANÁLISE DO PODER REFORMADOR: CONSTITUCIONALISMO E PODER CONSTITUINTE

1. Constitucionalismo e supremacia da Constituição 12
   1.1. Thomas Hobbes 15
   1.2. John Locke 18
   1.3. Rousseau 22
   1.4. Sieyès e a teorização do Poder Constituinte 25
2. Noção e características do Poder Constituinte 31
3. Natureza do Poder Constituinte e sua relação com o Poder Reformador 32
4. Poder Constituinte e poderes constituídos: o Poder de Reforma Constitucional como poder constituído. Conceito de Poder Constituinte.....36
5. Legalidade e legitimidade 43
6. A titularidade do Poder Constituinte 45
7. Limitações ao Poder Constituinte 47

CAPÍTULO II – O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Modificação social e atualização constitucional 50
2. Rigidez Constitucional 55
3. As funções da reforma constitucional 59
4. Reformas constitucionais e mutações constitucionais 64
5. Natureza, características e conceito do Poder de Reforma Constitucional 69
6. Os limites ao Poder de Reforma Constitucional 72
7. A reforma ilimitada 76
8. A superação jurídica das limitações: a dupla revisão 78
9. A reforma limitada 81
   9.1. Precomprometimento e autovinculação: Ulisses e as sereias 83
   9.2. Circunstâncias constitucionais distintas: o dualismo democrático 87
   9.3. Limites, democracia e direitos fundamentais 90
10. Tipologia das limitações à reforma constitucional 93
   10.1. Limites autônomos, heterônomos e absolutos 94
   10.2. Limites absolutos e relativos 95
   10.3. Limites formais e materiais 96

10.4. Limites expressos, implícitos ou imanentes 97
10.5. Limites circunstancias 100
10.6. Limites temporais 101
11. Caráter declaratório ou constitutivos das limitações materiais: a identidade constitucional 101
12. Interpretação das limitações à reforma constitucional 102

CAPÍTULO III - O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL E SUA EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. O Poder de Reforma e as limitações ao Poder de Reforma Constitucional no constitucionalismo brasileiro 104
2. A Constituição Federal de 1988 e as reformas constitucionais 111
3. Reforma, revisão e emenda constitucional 114
4. As limitações ao Poder de Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988 116
5. Controle de constitucionalidade das emendas 117
6. Limitações circunstancias 122
7. Limitações temporais 126
8. Limitações formais 131
9. Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: hierarquia e tendência à abolição 134
9.1. A forma federativa de Estado 139
9.2. O voto direto, secreto, universal e periódico 149
9.3. A separação de poderes 153
9.4. Direitos e garantias fundamentais 160
9.4.1. Extensão textual 161
9.4.2. Direitos sociais 163
10. Limites implícitos 168
11. O ato das disposições constitucionais transitórias 171

CONCLUSÃO 176

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 181

INTRODUÇÃO

O estudo relativo ao Poder Constituinte, bem como às limitações ao Poder de Reforma Constitucional, não é inédito tanto na literatura constitucional nacional como na estrangeira. As obras que se produziram sobre esta temática, todavia, estão longe de chegar a uma conclusão uniforme, mormente no que se refere ao estabelecimento de limitações ao Poder de Reforma Constitucional.

A doutrina do Poder Constituinte remonta, principalmente, à obra de Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, na qual apontava que o Terceiro Estado, formado por aqueles que não pertenciam à nobreza e ao clero, incluindo a burguesia, embora produzisse a riqueza nacional na França, não poderia participar da condução política do Estado e da instituição das decisões políticas fundamentais. Assim, Sieyès conferia à nação a possibilidade soberana para o estabelecimento de uma lei comum que fosse igual para todos.

Antes mesmo de Sieyès, contudo, e de sua distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos, é possível encontrar em outros Autores elementos que irão fornecer subsídios para a teorização do Poder Constituinte. Assim, o estudo percorrerá, ainda que sucintamente e tão somente para identificar os pontos que se nos afiguram úteis, a doutrina de Thomas Hobbes sobre a superação do estado de natureza e constituição de um poder soberano comum, de John Locke, sobre a instituição do poder como instrumento de garantia da paz e fruição cômoda da propriedade, e, finalmente, de Rousseau, tratando da soberania popular e a generalidade da lei.

A partir das premissas expostas, buscar-se-á identificar a natureza do Poder Constituinte, suas características, legitimidade, titularidade e os limites apontados pela doutrina para o seu exercício. Além disso, como decorrência da análise da natureza do Poder Constituinte e da sua específica finalidade de fundação de um corpo político, procurar-se-á estabelecer a distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional, afastando-se do entendimento doutrinário no sentido do qual o Poder de Reforma Constitucional seria uma espécie do Poder Constituinte – o Poder Constituinte Instituído, Constituído ou de Segundo Grau.

Após a investigação dos elementos propedêuticos necessários à compreensão do Poder de Reforma Constitucional, o segundo capítulo será reservado à sua análise. Parte-se de uma constatação acerca da necessidade de modificação da Constituição para adequá-la à realidade social que lhe é subjacente, sob pena de a Constituição perder sua força de estatuto fundamental da sociedade e do Estado e ser substituída por uma nova Constituição ,pela ação revolucionária do Poder Constituinte. Assentado o reconhecimento da modificabilidade da Constituição, serão expostas as funções da reforma constitucional, procurando esmiuçar aquelas que já são apresentadas pela doutrina constitucional, bem como a diferenciação da modificação formal e informal da Constituição – a reforma constitucional e a mutação constitucional.

A existência ou não de limites ao Poder de Reforma Constitucional tem provocado discussões desde a origem das experiências históricas americana e francesa. Assim, de um lado, se apresenta a críticas republicanas, principalmente de Thomas Jefferson, David Hume, Thomas Paine e Condorcet, além de diversos constitucionalistas e teóricos políticos que se mostram contrários à reforma limitada da Constituição, e de outro, uma série de argumentos doutrinários favoráveis à reforma limitada da Constituição, como o

precomprometimento constitucional, o dualismo democrático e a salvaguarda dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Ainda neste tópico, em que se apresenta a temática central acerca da limitação ao Poder de Reforma, é imprescindível citar determinada corrente doutrinária que defende a possibilidade de superação das cláusulas limitativas por intermédio de uma revisão em duplo grau, bem como a forma pela qual devem ser interpretadas as cláusulas limitativas do poder de reforma e as posições antagônicas que existem na doutrina.

Por fim, serão relacionadas as espécies de limitações ao Poder de Reforma Constitucional, para, estudá-las, posteriormente, diante do texto da Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo constitui o cerne do presente estudo: as limitações ao Poder de Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988.

No início, será apresentada a evolução das limitações no constitucionalismo brasileiro, com breve transcrição dos dispositivos que disciplinaram o Poder de Reforma em todas as Constituições brasileiras, até alcançar a Constituição atual.

O momento atual impõe a reflexão sobre as limitações ao Poder de Reforma Constitucional. Com efeito, a Constituição de 1988 estabeleceu limitações materiais ao Poder de Reforma que dizem respeito à defesa do regime democrático, à separação de poderes, à forma federativa de Estado e aos direitos fundamentais. Entretanto, o fenômeno da mundialização e o neoliberalismo têm determinado a reforma do texto constitucional de diversos Estados para facilitar o fluxo de capitais e o investimento estrangeiro, retirando dos Estados a possibilidade de ingerência na economia. Nesse panorama, discute-se a possibilidade de superação dos entraves plasmados nos textos constitucionais para liberar os Estados das despesas sociais, visando à inserção destas mesmas unidades em uma economia de escala global.

Deve ser acrescentado, ainda, que a Constituição de 1988 é marcantemente analítica, transformando, por vezes, a importante atividade reformadora quase que em uma atividade legislativa ordinária, em função mesmo da presença, na Constituição formal, de diversos temas que poderiam perfeitamente ser tratados por lei, afora a extrema minudência no tratamento de variegadas matérias. Por este motivo, demonstrar-se-á a enorme quantidade de propostas de emendas em tramitação em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Sendo o ponto central do trabalho, cada uma das limitações expressas existentes em nossa Constituição será desenvolvida com minudência, com especial atenção aos limites materiais, com o intuito de identificar seu conteúdo fundamental, em uma tentativa de esboçar as fronteiras da reforma diante do texto constitucional atual. Ao lado dos limites expressos, verificar-se-á a existência de limites implícitos e de sua subsistência diante de uma Constituição que arrola em grande número as limitações materiais à sua reforma.

Finalmente, a análise será concluída com a apreciação do ato das disposições constitucionais transitórias e o entendimento no sentido da impossibilidade de sua modificação em razão da exauribilidade de suas normas.

Buscar-se-á, conseguintemente, estabelecer uma metodologia de estudo e de pesquisa que acompanhe a linha evolutiva do constitucionalismo e suas idéias iniciais de controle de poder e garantia dos direitos fundamentais, o Poder Constituinte, como poder fundante da ordem política dos Estados, a possibilidade e implicações das alterações dos marcos políticos estabelecidos pelo poder inicial e, finalmente, a apreciação dos limites ao Poder de Reforma na Constituição Federal de 1988.

Os dois capítulos iniciais contarão com a pesquisa doutrinária, constitucional e política, sobre o constitucionalismo, o Poder Constituinte, o Poder de Revisão, e a teoria que os circunda, sem pretender criar teses ou hipóteses diversas daquelas encontradiças nos

autores pesquisados. Afora algumas referências a experiências histórico-constitucionais pontuais, o trabalho limitar-se-á à condensação do que já se produziu sobre o tema em doutrina.

O terceiro capítulo, que constitui o cerne da pesquisa, terá como referência o ordenamento jurídico-constitucional criado pela Constituição Federal de 1988 e serão aqui aplicados e desenvolvidos os conceitos e considerações propedêuticas apresentadas nos capítulos iniciais. Finalmente, considerando a apreciação das limitações ao Poder de Reforma constitucional em referência a um texto constitucional concreto, desenvolver-se-á a análise do entendimento do órgão constitucionalmente definido, o Supremo Tribunal Federal, para verificar a compatibilidade das reformas constitucionais com o texto da Constituição.

Sinteticamente, partir-se-á da análise geral da teoria do poder constituinte e do poder reformador para atingir a sua concreta manifestação na Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO I – PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À ANÁLISE DO PODER REFORMADOR: CONSTITUCIONALISMO E PODER CONSTITUINTE

1. Constitucionalismo e supremacia da Constituição

A investigação acerca do surgimento da ideia de Poder Constituinte e sua teorização inicia-se com o advento do constitucionalismo, movimento político e jurídico

que se originou após o renascimento e que, abeberando-se nos ideais racionais do iluminismo, buscava a instituição de limites ao poder absoluto dos monarcas por intermédio de uma Constituição.

Assim, a noção moderna[1] de Constituição surge no século XVIII conduzida por este movimento tendente à limitação do poder do Estado mediante o estabelecimento de um instrumento legal escrito. O surgimento do constitucionalismo, imerso nas profundas transformações históricas e ideológicas ocorridas nos séculos XVIII e XIX, implicava o reconhecimento da supremacia do Parlamento e da lei, e, nesse sentido, identificava-se a necessidade de se regular a estrutura política do Estado por meio de um instrumento que não estivesse à disposição da legislação ordinária.

Baseando-se em tais premissas, a instituição de um documento escrito, elaborado por um poder inicial[2], quebrantando a ordem precedentemente existente e que o colocasse em uma posição de superioridade em relação aos demais instrumentos normativos, mostrou-se de extraordinária valia para atingir ao escopo de limitação do poder do Estado[3].

Vale ressaltar, no entanto, que, embora se costume falar em constitucionalismo moderno como um movimento ou corrente de pensamento, em verdade as experiências constitucionais espacialmente consideradas entremostram-se dessemelhantes e têm

---

[1] O texto refere-se à ideia moderna de Constituição, surgida no seio do movimento constitucionalista, sem olvidar, contudo, do legado deixado pelas ideias jurídico-políticas antigas e medievais que prepararam o surgimento do constitucionalismo moderno. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho enumera, como legado do constitucionalismo antigo, a conveniência do governo das leis, a existência de direitos suprapositivos, a origem popular do poder, a divisão dos poderes, as assembléias representativas e a noção de supremacia da Constituição. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5. Também nesse sentido: SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119; ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 4, jan./mar. 2006; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 3.

[2] SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 114.

[3] Canotilho qualifica o constitucionalismo como uma *"técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos."*. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51. A caracterização do constitucionalismo como limitação do poder é também encontradiça em AGESTA, Luis Sanches. *Principios de teoria politica*. 7 ed.. Madri: EDERSA, 1990, p. 300.

matrizes histórico-políticas diversas[4]. Contudo, é possível identificar traços comuns, mormente de cunho teleológico, que autorizam a consideração do constitucionalismo como o movimento cujo propósito é a limitação do poder político pelo estabelecimento de um documento escrito e pela previsão de uma série de direitos individuais, isto é, preserva-se um núcleo ideológico comum de técnica de liberdade contra o poder arbitrário[5].

A ruptura com o Ancien Régime necessitava, de outro turno, de uma autoridade diferente para a ordem jurídica do Estado, com o deslocamento da fundamentação divina do poder real, que possibilitava e sustentava o poder absoluto, e assim limitar o poder político e garantir os direitos individuais que se reconheciam.

Desenvolveu-se, então, antes mesmo do século XVIII, a doutrina contratualista, como reação à progressiva fragmentação das estruturas medievais, por meio da qual a origem da sociedade provinha de um pacto entre os homens, que, por meio do consenso, estabeleciam as regras que regeriam a sociedade e o Estado que despontava. Nesse sentido, embora os autores diferissem quanto à fundamentação e ao móvel que conduziu os homens ao acordo de vontades, apresentavam como traço comum a ideia de que a sociedade derivava de uma associação entre os homens[6], possibilitando a passagem do estado de natureza ao estado social. À evidência, o contratualismo não afirmava a existência de um contrato expresso, mas ao considerar a formação do Estado como resultado de um consenso recorriam a um fundamento lógico para explicar seu aparecimento[7].

Numa perspectiva política e afastando-se de uma vertente antropológica, o contratualismo permite a percepção do contrato como um instrumento de ação política e,

---

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.
[5] MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Volume 1. Brasília: UNB, 2007, p. 249. Do mesmo autor: *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui e Manuel Martínez Neira Madri: Trotta, 1998, p. 24.
[6] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 34.
[7] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 161.

em consequência, de limitação do poder por parte daqueles a quem seu exercício era conferido[8].

Destaca-se, nesse ambiente, a doutrina de Thomas Hobbes sobre a superação do estado de natureza e a constituição de um poder soberano comum, de John Locke, sobre a instituição do poder como instrumento de garantia da paz e fruição cômoda da propriedade, com a distinção entre poder moderado e absoluto, e, finalmente, de Jean-Jacques Rousseau, tratando da soberania popular e a generalidade da lei[9].

Infere-se, assim, que, desde sua gênese, o Estado e a Constituição não significam um fim em si mesmo. Existem e são preordenamos para atingir determinadas finalidades político-jurídicas e estas constituem o fundamento da sua existência. Aliás, em razão desta percepção é que se alteraram, na história do constitucionalismo e das Constituições, as concepções de Estado e Constituição, partindo do constitucionalismo liberal e sua pretensa neutralidade valorativa[10], para um constitucionalismo liberal-social[11] até atingir, hodiernamente, um constitucionalismo contemporâneo de resgate axiológico e ético.

A partir de tais premissas e nesse ambiente de rompimento é que se pode identificar a teorização do Poder Constituinte, tomado, em sentido amplo, como o poder de

---

[8] MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Volume 1. Brasília: UNB, 2007, p. 272.

[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 34; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 167; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Volume 1. Brasília: UNB, 2007, p. 272.

[10] Ressalte-se, contudo, que a suposta neutralidade não significa indiferença valorativa. MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 328.

[11] A referência ao constitucionalismo liberal-social, ao invés de simplesmente social, como se encontra na doutrina dominante, tem o significado de deixar vincado que a evolução do constitucionalismo não fez com que se abandonassem as matrizes ideológico-políticas anteriores, mas se lhe acrescesse nova concepção sobre a função do Estado e da Constituição. Essa percepção do que poderíamos chamar de complementariedade em relação às sucessivas fases do constitucionalismo é perceptível com nitidez nas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Nesse sentido, vale conferir: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. 6 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 126; AFONSO DA SILVA, José. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 196-197; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54; MAIOLINO, Eurico Zecchin. Desafios à Efetividade dos Direitos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 893, março/2010, pp. 47-61.

estabelecer a ordem jurídica fundamental estatal e sua distinção com os poderes que, criados pela Constituição, não poderiam dela dispor.

1.1. Thomas Hobbes

A doutrina de Thomas Hobbes repousa sobre um primeiro fundamento que lhe autorizará sustentar a criação do Estado por intermédio de um pacto entre os indivíduos: o estado de natureza se apresenta como algo malévolo, em que os homens movem-se pelos desejos e não encontram limites, uma vez que todos são igualmente livres[12]. Movem-se pelos desejos e sentimentos, entre os quais a inveja e o medo, que transformam o estado de natureza numa paradoxal coexistência de plenitude da liberdade e inafastável fragmentação e desordem[13].

O surgimento do Estado, o soberano, para Hobbes, portanto, manifesta-se como uma contingência para a superação do estado de natureza, para a substituição da guerra de todos contra todos, ambiente no qual o homem é seu próprio lobo, e o mecanismo engendrado é a criação do soberano, o Leviatã.

Hobbes, assim, identifica o estado de natureza com o estado de guerra[14] e, pela substituição deste estado de natureza pelo estado civil, por intermédio de uma convenção, busca constituir um poder soberano comum que possa garantir aos indivíduos a vida e a

---

[12] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 51.

[13] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 22.

[14] *"[...] durante o tempo em que os homens sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama de guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens."* HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 109. Também Spinoza identifica o estado de natureza como um estado de guerra, em que prevalece a relação de força: "*De tudo isso conclui-se que o direito e aquilo que foi instituído pela natureza, direito sob o qual todos nascem e sob o qual vive a imensa maioria, não proíbe nada a não ser o que ninguém deseja e ninguém pode: conflitos, ódios, cólera, ardis, seja o que for que o desejo sugira, nada disso lhe repugna." Tratado teológico-político*. Trad. Diogo Pires Aurélio. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 236.

paz[15]. O Estado, por conseguinte, para Hobbes, apresenta-se como uma necessidade para a imposição da ordem e instauração de um governo comum[16] e a dissolução do soberano, em sua doutrina, faria com que se retornasse ao caótico estado de natureza, à desordem, à anarquia.

Por isso, a transferência dos direitos do indivíduo dava-se de maneira irrestrita e irrevogável e a soberania encontrada em Hobbes é indivisível e ilimitada[17]. Somente o soberano era capaz de assegurar a ordem e a segurança dos indivíduos de possibilitar a convivência pacífica[18]. Também em Hobbes o elemento finalístico do Estado é perceptível claramente: a finalidade do Estado era o asseguramento da ordem, da paz e da vida dos indivíduos.

A substituição do estado de natureza pelo estado civil, em Hobbes, implica uma extraordinária concentração de poder em torno do soberano[19]. Contudo, da análise de sua doutrina é possível inferir que o Estado, o soberano, malgrado seja um ente moral ao qual afluíam os poderes de manutenção da ordem e da paz, tornava-se menos nocivo do que a ausência de poder, que significava em Hobbes, como já dito algures, a guerra de todos contra todos.

O pacto que autoriza a passagem do estado de natureza ao estado civil é estabelecido somente entre os indivíduos e não entre estes e o soberano, a quem é atribuída a função de manutenção da ordem e da paz[20].

---

[15] Hobbes define a essência do Estado na seguinte passagem: *"Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum". Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 144.

[16] BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de filosofia política*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 161.

[17] CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: O discurso competente e outras falas*. 12ª edição. São Paulo, Cortez, 2007, p. 290.

[18] Por este motivo Bobbio afirma, com precisão, que a doutrina de Hobbes caracteriza-se pela ausência da teoria do abuso de poder, porquanto não pode haver abuso onde inexistem limites ao poder. BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1991, p. 51.

[19] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 12, jan./mar. 2006

[20] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

Acrescente-se, ainda, que Hobbes não fundava a substituição pactuada do estado de natureza ao estado civil no poder divino, mas decorria de uma "autonomia do político", decorrente da decisão coletiva que originará um artifício, uma maneira de possibilitar a pacífica coexistência social[21].

A doutrina de Hobbes se aproxima da teoria do poder constituinte, embora seja anterior ao seu marco teórico, com Sieyès, ao prever a existência do soberano como resultado de um ato de decisão coletiva, bem como a transferência do eixo de fundamentação do poder do Estado, do divino para o político. Contudo, ao defender a natureza ilimitada e indivisível do poder soberano, afasta-se da ulterior distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, porquanto a dessemelhança traduz a própria restrição da soberania[22].

1.2. John Locke

John Locke, tal qual Thomas Hobbes, também defendia a passagem do estado de natureza para o estado civil por intermédio de um pacto entre os homens, mas partia de premissas dessemelhantes, o que o conduziu a resultados diversos sobre a limitação do poder do Estado e a permanência do poder político no povo, que poderia, legitimamente, exercer seu direito de resistência e retornar ao estado de natureza.

John Locke era empirista[23] e não via no estado de natureza o estado de guerra permanente que via Thomas Hobbes. Contrariamente, no estado de natureza, os homens

---

[21] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 51; RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: O Medo e a Esperança. In: WEFFORT, Francisco C.. *Os clássicos da política*. Volume 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 76.

[22] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 23.

[23] BITTAR, Eduardo C. B.. *Curso de filosofia política*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 177; MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C.. *Clássicos do pensamento político*. V. 1. São Paulo: Ática, 2006, p. 83.

viviam em liberdade e condição de igualdade, sendo-lhes permitido fazer o que desejassem segundo os ditames das leis naturais, as quais já lhe garantiam, sem a existência de uma ordenação positiva, a liberdade, a vida e a propriedade.

No entanto, não obstante vivessem em harmonia, quando os homens abandonam a razão e passam a agir, em relação aos demais, com base na violência, o estado de guerra irrompido não pode ser contido pela inexistência de um juiz que possa solver a disputa[24]. Assim, afirma-o Norberto Bobbio, o estado de natureza, para John Locke, é potencialmente um estado de guerra e o maior inconveniente não é a ausência de leis, porquanto existem leis naturais, mas a inexistência de um juiz a quem se possa apelar, uma instituição capaz de solucionar as disputas e os conflitos[25].

Os homens têm propensão natural para viver em sociedade[26] e para a superação do estado de natureza de forma a consolidar e preservar os direitos naturais, notadamente a propriedade, os homens consentem em formar a sociedade política ou o estado civil[27].

Todavia, a análise da obra de John Locke permite inferir que a passagem do estado de natureza para a sociedade política não implica uma substituição, como em Hobbes[28].

---

[24] *"...quando, porém, não existe tal apelo, como no estado de natureza, por falta de leis positivas e de juízes com autoridade a quem apelar, uma vez deflagrado, o estado de guerra continua, tendo a parte inocente o direito de destruir a outra quando puder...."*. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 399.

[25] *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. 2 ed.. Brasília: UNB, 1997, p. 179.

[26] FRATESCHI, Yara. John Locke: estado e resistência. In: MACEDO, Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339. Anota Yara Frateschi, ainda, que a propensão à sociabilidade do homem, encontradiça em Locke, tem um sentido diferente da concepção aristotélica sobre a preexistência da sociedade política. Afirma John Locke que *"Tendo Deus feito o homem uma criatura tal que, segundo seu próprio juízo, não lhe era conveniente estar só, colocou-o sob fortes obrigações de necessidade, conveniência e inclinação para conduzi-lo para a sociedade..."*. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 451.

[27] HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofia social*. 5 ed. Madri: Tecnos, 2008, p. 98.

[28] BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de filosofia política*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 179; BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: UNB, 1997, p. 223; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 23.

Constitui, sim, uma transição de forma a permitir o asseguramento dos direitos naturais preexistentes e anteriores à ordenação positiva estatal[29].

Nesse sentido, compreende-se porque Locke defende uma limitação do poder estatal ao entender que, sendo os direitos de propriedade, vida e liberdade, anteriores ao Estado e à sua ordenação positiva, não podem por ele ser afetados, senão na medida da extensão da transferência dos direitos ao Estado como forma de aperfeiçoar a proteção destes mesmos direitos.

Criada a sociedade política mediante o consentimento dos homens e segundo uma decisão de unanimidade, ou dependente do consentimento de todos aqueles que passem a fazer parte dela, passa-se à escolha da forma de governo, mas, agora, segundo a regra da maioria e sua consequente conclusão de que a decisão majoritária estenderá seus efeitos também à minoria discordante[30]. O *pactum societatis*, que possui a natureza de um contrato, um pacto de consentimento, marca a passagem do estado de natureza para a sociedade política. Contudo, a relação que se forma, posteriormente, por ocasião da escolha da forma de governo, não possui também a natureza de um contrato, de um *pactum subjectionis*, ou de uma sucessão de pactos, mas se funda em uma relação de confiança ou fiduciáira – trust[31].

A consequência desta assertiva é a consideração de que a subsistência do governo depende da manutenção da confiança das pessoas. Dissolvida a relação de confiança depositada pelos homens no governo e, ao lado disso, considerada a permanência dos direitos naturais que continuam a existir na passagem à sociedade política, Locke permite o

---

[29] MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. Volume I. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 86.
[30] MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. Volume I. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 86.
[31] LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, p. 451; BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad. Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: UNB, 1997, p. 223; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 17.

exercício legítimo do direito de resistência do povo e, com isso, obstrui a formação de governos absolutistas[32].

Também segundo a regra da maioria, são escolhidos o poder legislativo que, para Locke, se encontra em posição de superioridade perante os demais, por isso chamado de poder supremo, o poder executivo e o poder federativo, ao qual competiam as relações internacionais.

Verifica-se, também em Locke, que a sociedade política que se forma, possui um nítido caráter finalístico no sentido da solidificação e preservação dos direitos naturais e é o desrespeito a estes objetivos por parte dos governos, abusando dos poderes que lhe foram outorgados, que autoriza que o povo retome o exercício do poder político, cuja titularidade já lhe pertence, insurgindo-se e, assim, diluindo-se a sociedade política no direito natural de resistência e retornando ao estado de natureza. Com isso, o povo recobra o poder político soberano para a redefinição do governo e restabelecimento das instituições sociais[33].

Embora Locke deixe transparecer que o retorno do exercício do poder político ao povo ao resistir à tirania implique a possibilidade de instituição de um novo governo, Miguel Nogueira de Brito assevera que *"é questionável se esse direito implicava para Locke a criação de novas formas políticas ou, antes, a restauração da ordem ameaçada pelos detentores do poder"*[34]

Dessa forma, é possível extrair do pensamento de John Locke a distinção, posteriormente aprofundada por Sieyès, entre um poder, pertencente ao povo, de estabelecer, por meio do consentimento, uma ordenação fundamental, e outro, ordinário,

---

[32] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 17.

[33] Locke afirma que "*quando o governo é dissolvido, o povo se vê livre para prover por si mesmo instituindo um novo legislativo, diferente do outro pela mudança das pessoas ou da forma, ou de ambas, conforme julgar mais adequado à sua segurança e bem*". *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.578.

[34] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 25.

que exercerá as funções que lhe foram transferidas pelo pacto social. Vale ressaltar, todavia, que Locke não se refere, em nenhum momento, especificamente ao poder constituinte, mas a concepção deste poder inicial e dos poderes ordinários, cujas atribuições são delimitadas pelas premissas do poder fundante, são dedutíveis do seu pensamento. Os poderes constituídos devem observar as finalidades para as quais foram criados, precipuamente a defesa da propriedade[35] e, caso se dissolva a confiança que se depositou no governo, o poder político é novamente recolocado nas mãos do povo[36].

Verifica-se, por conseguinte, no pensamento de Locke, e naquilo que podemos identificar como antecedente da teoria do Poder Constituinte, a distinção entre poder constituinte e poder constituído, limitado por aquele, bem como o correlacionamento entre o poder constituinte e o direito de resistência, mediante a recondução do poder de estabelecer novo governo ao próprio titular do poder político.

1.3. Rousseau

Rousseau parte do estado de natureza como situação meramente hipotética, afastando-se do empirismo que caracterizou a obra de John Locke e doutrina que, onde termina o estado de natureza nasce a sociedade política, o que ocorre pelo estabelecimento

---

[35] De fato, Locke afirma, de maneira peremptória, que *"o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade"*. Mas adverte que o termo genérico propriedade abrange a vida, a liberdade e os bens. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 495. No mesmo sentido: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 12, jan./mar. 2006.

[36] Aliás, Olivier Beaud recoloca o direito de resistência de Locke em um dos aspectos do Poder Constituinte de Sieyès, do qual se tratará adiante: o poder desconstituinte. Assevera Olivier Beaud que "*Ce droit d'insurrection n'est autre dans la théorie constitutionnelle moderne que le pouvoir 'déconstituant' du people dont Sieyès avait fait la théorie en s'inspirant de Locke." La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 261.

de um contrato social. Sua obra teve tamanha influência na Revolução Francesa que ele foi considerado como o primeiro revolucionário[37].

Em sua obra Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, Rousseau refere-se a um primeiro pacto, iníquo, que perpetua a desigualdade entre os homens, porque formado levando em consideração as diferenças entre ricos e pobres, e admite que, como resultado do consenso entre os homens, tal pacto pode ser desfeito, por meios revolucionários, para que instituições legítimas sejam instauradas[38].

A ordem social que decorre deste pacto social, destarte, somente poderá ser justa se se desprezarem as diferenças entre pobres e ricos na formulação do contrato, caso contrário, o contrato iníquo que se estabelece forjará a perpetuação da desigualdade entre os homens na sociedade política[39].

O pacto social de que fala Rousseau, posteriormente, em O Contrato Social, alberga, como cláusula fundamental, a alienação de cada associado e de seus bens à sociedade política[40].

A nota principal do contratualismo de Rousseau, por conseguinte, consiste na alienação total do indivíduo e de seus bens ao corpo político, por intermédio do contrato social, de tal sorte que passa a submeter-se a uma soberania absoluta representada pela

---

[37] NASCIMENTO, Milton Pereira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. Volume 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 199.

[38] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 73; SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO, Ronaldo Porto. Curso de filosofia política. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

[39] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

[40] *"Essas cláusulas, bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus bens, à comunidade inteira."*. E prossegue: *"Imediatamente, no lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas forem as vozes da assembleia, corpo que recebe por este mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa comum assim formada pela união de todas as outras tinha outrora o nome de Cidade e tem agora o nome de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros Estado, quando passivo, Soberano, quando ativo, Potência, quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, eles tomam coletivamente o nome de povo e chamam-se em particular Cidadãos, quando participam da autoridade soberana, e Súditos, quando estão submetidos às leis do Estado."* ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, pp. 33-35.

vontade geral. A passagem do estado de natureza para o estado civil, para Rousseau, significa, ainda, a transformação do indivíduo[41] em cidadão.

Rousseau, ainda, como consectário do consentimento do governado à sua submissão à autoridade política, identifica Súditos e Soberano, isto é, para ele a liberdade humana realiza-se na democracia e na identidade entre Soberano e Súditos, vale dizer, entre governantes e governados, sujeito e objeto da soberania[42].

Esta identidade entre o emissor e o destinatário da Lei, como expressão da vontade geral soberana, exclui, inicialmente, a regra da maioria, o que significa que, no âmbito exclusivo do exercício da soberania, deve haver o consentimento de todos os indivíduos, posteriormente cidadãos.

Afasta, outrossim, a ideia de representação política, uma vez que a soberania, para Rousseau, seguindo, nesse passo, Jean Bodin, é inalienável. Contudo, a representação somente é suprimida no âmbito legislativo, uma vez que, sendo a lei a expressão da vontade geral, e, portanto, forma de expressão da soberania, não é passível de transferência ou representação. Contudo, no âmbito governamental[43], Rousseau admite a representação[44].

Um derradeiro efeito, ao menos para o que interessa ao presente estudo, refere-se à instituição de uma forma de autogoverno ou autolegislação, em razão da identidade mesma

---

[41] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 74.

[42] VIAMONTE, Carlos Sanches. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 192; MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

[43] NASCIMENTO, Milton Pereira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. Volume 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 198.

[44] Relembre-se que o próprio Rousseau, que recusa a representação política, afirmando que a vontade soberana não se representa, admite, posteriormente, na obra *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, a impossibilidade de manifestação do poder legislativo do povo por si mesmo, asseverando que a corrupção seria um elemento presente nos corpos representativos, o que poderia ser minorado pela a renovação freqüente das assembléias e a submissão direta às instruções de seus constituintes, a quem devem prestar estreitas contas de seu procedimento nas assembléias. Afirma, nesse sentido, que *"un des plus grands inconvénients des grands États, celui de tous qui y rend la liberté le plus difficile à conserver, est que la puissance législative ne peut s'y montrer elle-même, e ne peut agir que par députation". Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Réformation Projetée*. In: *The political writings of Jean Jacques Rousseau*. Vol. II. Cambridge: Cambridge University Press, 1915, p. 449-450.

entre Soberano e Súditos[45]. Com efeito, a assunção, pelos mesmos cidadãos, do papel de Soberano e de Súditos, significa reconhecer que são estes mesmos cidadãos que se governam, por intermédio das leis que criam no exercício da soberania popular. Jürgen Habermas afirma, assim, que *"os súditos, enquanto cidadãos do Estado que são copartícipes na formação da vontade geral, somente obedecem a eles mesmos e uns aos outros"*[46].

Finalmente, diferentemente da teoria de John Locke, a teoria de Rousseau, fundada na vontade geral de todos os cidadãos, exclui o direito de resistência[47]. Para Rousseau, assim como para Kant, o estado de natureza e a sociedade política são conceitos antitéticos, embora na obra de Rousseau inexista condenação explícita quanto ao direito de resistência[48], o que implica reconhecer que a dissolução da sociedade política acarretaria o retorno ao estado de natureza.

As brevíssimas referências acima desenvolvidas permitem inferir que alguns aspectos da obra de Rousseau podem ser encontrados na elaboração da teoria do Poder Constituinte.

Com efeito, é possível identificar, tal qual ocorre com os demais contratualistas, a gênese da ordem jurídica estatal no pacto social e, neste ponto, a conduzi-lo à função própria do Poder Constituinte de fundação do corpo político. Demais disso, como as lições de Rousseau continham um viés revolucionário, relativo à reformulação das instituições por meio do pacto social, influenciaram sobremaneira os revolucionários na França do final do século XVIII.

---

[45] SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO, Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.
[46] *Teoría y praxis: estudios de filosofia social*. 5 ed. Madri: Tecnos, 2008, p. 103.
[47] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 107.
[48] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p.107 e 109. Kant, por seu turno, rejeita de maneira expressa o direito de resistência: *"Não há, assim, contra o poder legislativo, soberano da cidade, nenhuma resistência legítima da parte do povo; porque um estado jurídico somente é possível por submissão à vontade universal legislativa."* KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 161.

Por fim, a mesma soberania que em Rousseau era atribuída ao povo, posteriormente foi concedida, por Sieyès e sua teorização acerca do Poder Constituinte, à Nação.

1.4. Sieyès e a teorização do Poder Constituinte

A doutrina do Poder Constituinte e sua teorização[49], tal qual hoje a conhecemos, deve-se, sobretudo, à obra de Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, na qual apontava que o Terceiro Estado[50], formado por aqueles que não pertenciam à nobreza e ao clero - a burguesia -, embora produzisse a riqueza nacional na França, não poderia participar da condução política do Estado e da instituição das decisões políticas fundamentais.

Em seu opúsculo, Sieyès, apontando a existência de privilégios, responde que o Terceiro Estado é tudo, mas até o momento não tem sido nada na ordem política e que, portanto, pretende ser alguma coisa[51]. O que Sieyès procura demonstrar, por conseguinte, é

---

[49] Embora a gênese do que se pode chamar Teoria do Poder Constituinte seja atribuída a Sieyès, é preciso ter em conta que Emer de Vattel já havia esboçado a distinção entre leis fundamentais e leis ordinárias, limitação do Poder Legislativo, como Poder que exerce uma competência atribuída pela Constituição e que, portanto, não pode alterá-la, pois destruiria o fundamento de sua autoridade. Indaga Vattel se o Poder Legislativo tem o poder de mudar a Constituição do Estado, isto é, se o poder de editar leis se estende às leis fundamentais, e responde que *"nada conduz a pensar que ela (a sociedade) tenha querido submeter a Constituição mesma à vontade deles (do legislador). Enfim, é da Constituição que os Legisladores mantém seu poder; como eles podem mudá-la, sem destruir o fundamento de sua autoridade?"*. In *Droit des gents*. Tomo I. A Londres: 1758, pp. 36-37. Também, assim, VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 21; JOSEPH-BARTHÉLEMY; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933, p. 189.

[50] Os Estados Gerais eram um conselho consultivo e deliberativo. Começaram a se reunir sob o governo de Felipe, o Belo (1.285/1.314), e passaram por momentos de maior ou menor importância durante a história monárquica francesa. Eram compostos por três Estados ou planos, representativos das ordens políticas e sociais: o primeiro Estado representava a nobreza, o segundo Estado representava o clero e o terceiro Estado representava os comuns – que incluía a burguesia. Malgrado o Terceiro Estado contasse com a maioria numérica nos Estados Gerais, o voto era considerado por Estado e não por cabeça, o que produzia a manutenção dos privilégios dos da nobreza e do clero. Convocados pela última vez em 1614, por Luís XIII, somente voltaram a se reunir em 1789, convocados por Luís XVI, ocasião da eclosão da Revolução Francesa. Confira-se, a este respeito: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 206; BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; HOBSBAWN, Eric. J.. *A Era das revoluções, 1789-1848*. 25 ed. Trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 102-109.

[51] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57.

a existência de privilégios da nobreza e do clero, perpetuados pela forma de votação dos Estados Gerais, e a exclusão da burguesia[52] na participação política.

Assim, Sieyès identificava o Terceiro Estado com a nação e lhe conferia a possibilidade soberana de estabelecer uma lei comum que fosse igual para todos. A posição de Sieyès, temporalmente situada no período de eclosão da Revolução Francesa, possuía um caráter revolucionário e de substituição do regime monárquico absolutista[53].

A Nação, que Sieyès define como *um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura*[54], tem existência natural e, por esta razão, não está sujeita a nenhum direito positivo ou subordinada a nenhuma Constituição existente[55]. Desta forma, em razão da desvinculação da Nação a ordens positivas existentes, somente o Direito Natural existe como limite à soberania nacional[56], isto é, como única restrição à vontade nacional, que não se identifica com a vontade dos indivíduos, nem tampouco como agrupamento de vontades individuais, mas, sobretudo, apresenta-se como uma vontade geral, no sentido que lhe empresta Rousseau[57].

Todo o Estado possui uma Constituição, obra de um Poder Constituinte, pertencente à Nação[58]. Este Poder Constituinte, cuja nota essencial consiste em seu caráter finalístico, de elaboração da Constituição do Estado, é logicamente anterior ao seu produto, a Constituição. Nesse sentido, é possível inferir que o Poder Constituinte não pode sofrer,

---

[52] Sobre a identificação da nação com a burguesia: VERDU, Pablo Lucas; CUEVA, Murillo de la. *Manual de derecho politico*. Vol. 1. 3 ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 130 e 147; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21.
[53] *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 261.
[54] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.
[55] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 21.
[56] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 21; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 75; AYALA, Francisco. *Los políticos*. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 72. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.
[57] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'état et la constitution démocratique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2000, p. 219.
[58] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 13.

para Sieyès, nenhuma forma de vinculação, material ou formal, tanto do Direito anterior quanto da própria Constituição que se vai produzir.

Diferentemente de Rousseau, para quem a soberania popular não comportava delegação ou representação, Sieyès reconhecia que a forma mais apropriada do exercício do Poder Constituinte é por meio da representação política, aderindo, portanto, à democracia representativa e distanciando-se da democracia direta[59]. Isto porque, sendo a Nação uma entidade abstrata, alguém tinha de falar por ela; ela deveria se manifestar por quem a representasse.

A representação política, todavia, apresenta uma dualidade na obra de Sieyès e se refere à extensão própria dos poderes que lhe são atribuídos pela Nação, bem como à função que os representantes exercem em nome dos representados. Com efeito, Sieyès discorre acerca de duas formas de representantes: os ordinários e os extraordinários.

Os primeiros estão incumbidos, pela Constituição, de exercer as funções necessárias à boa administração e suas atribuições se limitam aos assuntos de governo. Os representantes extraordinários, ou representantes constituintes, por seu turno, fazem as vezes da Nação e a eles cabe decidir sobre a Constituição e, tal qual a Nação, não estão sujeitos à Constituição[60].

O Poder Constituinte distingue-se, ainda, em sua obra, dos Poderes Constituídos[61]. O Poder Constituinte é soberano e preexistente à Constituição, porque destinado a criá-la.

---

[59] *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 261, VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 21, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21; MATTEUCI, Nicola. *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui e Manuel Martínez Neira Madrid: Trotta, 1998, p. 24.

[60] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 19; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: P.U.F., 1996, p. 14; MATTEUCI, Nicola. *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui e Manuel Martínez Neira Madrid: Trotta, 1998, p. 24. Klein afirma, ainda, que a eleição de representantes constituintes para a peculiar função de elaboração da Constituição configura o princípio da especialidade. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: P.U.F., 1996, p. 13.

[61] A ideia de poderes constituídos reconduz a Montesquieu e sua clássica separação de poderes. Com efeito, a separação de poderes, como forma de limitação do poder, pressupõe uma Constituição responsável pela partilha das competências. BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de*

Os demais poderes do Estado, contudo, auferem sua autoridade e sua competência na própria Constituição e, por este motivo, não podem alterá-la, persistindo, contudo, na Nação a possibilidade de alteração ou revogação da Constituição[62].

Sieyès ainda distingue entre leis constitucionais, que considera fundamentais e dizem respeito à regulação da organização e das funções do corpo legislativo e à organização e funções dos demais corpos ativos, e leis ordinárias ou propriamente ditas, que protegem os cidadãos e decidem sobre o interesse comum e são obra do corpo legislativo – poder constituído[63]. A noção de leis fundamentais, no entanto, embora pareça remeter à estruturação do poder político, em verdade se refere à sua imodificabilidade pelos Poderes Constituídos. Quer-se com isso dizer que as Leis Fundamentais assim o são porque, como expressão da vontade nacional, estão subtraídas à alteração pelos poderes constituídos, notadamente o Poder Legislativo[64].

A distinção entre leis fundamentais e ordinárias conduz a um dos princípios essenciais do constitucionalismo e consiste na superioridade da Constituição.

---

revisão da constituição. Coimbra: Coimbra, 2000, p.74; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: P.U.F., 1996, p. 15. O próprio Sieyès enumera, como poderes constituídos, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, atribuindo-lhes funções distintas. Afirma que *"é preciso dotá-la (a instituição pública) da faculdade de querer e da faculdade de agir. O Poder Legislativo representa a primeira e o Poder Executivo representa a segunda dessas faculdades. (...) O poder ativo se divide em diversos ramos. É na Constituição que se segue essa análise."* In: *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

[62] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39; *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui e Manuel Martínez Neira Madrid: Trotta, 1998, p. 228. Em escritos posteriores, Sieyès retorna à distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos: *"Os poderes compreendidos na instituição pública estão todos submissos à lei, às regras, às formas, e não são senhores para mudar. Como eles não puderam constituir a si próprios, não podem alterar a sua constituição; do mesmo não podem sobre a constituição uns dos outros. O poder constituinte pode tudo nesse gênero. Ele não é antecipadamente submetido a uma constituição dada. A Nação, então, que exerce o maior, o mais importante dos seus poderes, deve ser, nessa função, livre de todo embaraço e de que qualquer outra forma que não aquela que lhe convenha adotar"*. In: *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

[63] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57.

[64] *"Essas leis são chamadas fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É nesse sentido que as leis fundamentais são constitucionais."* SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

São visíveis, no pensamento de Sieyès, duas ideias dessemelhantes e de difícil conciliação: fases desconstituinte e reconstituinte[65] ou desconstrutiva e reconstrutiva.

A primeira noção consiste no caráter revolucionário do Poder Constituinte. Com efeito, o Poder Constituinte para Sieyès é antes um poder desconstituinte, porquanto tendente à abolição de uma ordem jurídico-política existente. A Nação, por intermédio do exercício do seu Poder Constituinte, levantava-se contra a ordem monárquica, desconstituindo e suprimindo a estrutura política então existente.

Posteriormente, emerge um princípio de ordem. O Poder Constituinte ergue-se sobre os estilhaços da derrocada do absolutismo monárquico para estabelecer uma nova ordem, fundada nas máximas do liberalismo[66]. A Constituição estabelecida pelo Poder Constituinte pautar-se-á pelo princípio da separação dos poderes e pela garantia dos direitos individuais. Esta fase caracteriza-se pelo exercício do Poder Constituinte sob o pressuposto da representação política.

Olivier Beaud sintetiza as duas fases, dizendo que

> "[...] o poder constituinte significa para Sieyès duas noções distintas: de uma parte, o poder 'desconstituinte' que corresponde ao primeiro momento, revolucionário ou insurreicional, de abolição da 'forma' monárquica e, de outra parte, do poder 'reconstituinte' que organiza o poder público sobre uma base liberal e corresponde ao segundo momento construtivo (jurídico) do procedimento constituinte. Este último se caracteriza para Sieyès, como vamos examinar, pelo primado da forma representativa como modalidade constitucional do exercício do poder constituinte"[67].

Em apertada síntese, pode-se resumir o pensamento de Sieyès apresentando como ponto de partida o posicionamento da soberania na Nação, transmudando-se,

---

[65] *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 261; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 75; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: P.U.F., 1996, p. 17.

[66] VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 21; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 90; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 227.

[67] *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 228-229.

conseguintemente, a soberania popular de Rousseau, com o abandono da democracia direta e da ratificação popular da Constituição para a aceitação da representação política como única forma de exercício do Poder constituinte (representação constituinte). Assim, a Assembléia constituinte passa a deter o caráter soberano outrora alocado na nação.

2. Noção e características do Poder Constituinte

O constitucionalismo permite, assim, a partir do reconhecimento da superioridade da Constituição, que se desenvolvam os estudos sobre o surgimento da ordem jurídica de determinado Estado, bem como sua continuidade ou modificação por parte do povo governado por estas mesmas leis.

O Poder Constituinte, portanto, situa-se no ponto de partida do ordenamento jurídico-positivo. O produto do Poder Constituinte, a Constituição, instaura e funda o ordenamento, pela edição e estabelecimento do documento legal que se situa em seu ápice.

De acordo, outrossim, com o surgimento e a evolução da teoria do Poder Constituinte, é possível apresentar suas características: inicial, autônomo e incondicionado[68].

O Poder Constituinte é inicial porque instaura a ordem jurídica estatal; é a partir dele que a ordem jurídica passa a existir como tal, derivada da ideia de direito de seu titular. A eventual ordem jurídica positiva quebrantada pela ação revolucionária do Poder Constituinte deixa de existir e no Poder Constituinte um novo ordenamento ressurge, ou, no caso do Poder Constituinte fundacional, aquele que principia um Estado e sua ordenação, o caráter inicial é ainda mais acentuado.

---

[68] BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Tomo IV. 3 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 174; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p 13-14; HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3.

O incondicionamento formal refere-se à ausência de vinculação do Poder Constituinte a formas estabelecidas pelo ordenamento anterior e decorre, também, do seu caráter inicial. O Direito precedentemente existente, embora possa prever a forma de expressão e o procedimento a se observado pelo Poder Constituinte, não tem o condão de vinculá-lo ou invalidá-lo no caso de inobservância, uma vez que o Poder Constituinte precede o ordenamento positivo e, por conseguinte, não pode ser por ele condicionado formalmente[69].

A autonomia do Poder Constituinte apresenta-se como uma ilimitação material, isto é, com a possibilidade soberana de dispor sobre quaisquer assuntos da maneira como decidir seu titular, não havendo que se falar, aqui também, em vinculação com o ordenamento jurídico anterior.

Entretanto, a característica do Poder Constituinte que mais sofre críticas, condicionamentos e reduções é exatamente sua ilimitação material. Com efeito, como será visto oportunamente, a doutrina, de maneira majoritária, não obstante com respeitadas vozes discordantes, como Carl Schmitt e seu decisionismo, assevera que o Poder Constituinte se encontra limitado pelo Direito Internacional, pelos Direitos Humanos e pela ideia de Direito que emerge do corpo social.

3. Natureza do Poder Constituinte e sua relação com o Poder Reformador

A natureza do Poder Constituinte ora está ligada à concepção positivista ora à concepção jusnaturalista do Direito, podendo, ainda, referir-se ao decisionismo de Carl Schmitt.

---

[69] BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Tomo IV. 3 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 174; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 36; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 33; CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p 1.171.

Para o positivismo, inexiste Direito fora do Estado. O Estado é a fonte de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que, somente a partir da edição da Constituição é que se poderia falar no Direito. Em Consequência, tudo que está fora do Estado e de seu ordenamento constitui um fato social ou político, ainda que deste fato, como é o caso do Poder Constituinte, decorra ou se origine o próprio ordenamento jurídico. O que importa, contudo, é que o Poder Constituinte, como energia criadora da Constituição, se situa como origem do Estado e da Constituição, e, sendo-lhes anterior, não pode ser considerado um poder de direito[70].

O decisionismo de Carl Schmitt também expulsa o Poder Constituinte do ordenamento jurídico para qualificá-lo como um fato político, uma decisão política. Com efeito, para Carl Schmitt, a Constituição, em sentido positivo, é uma decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política e o Poder Constituinte é a vontade política cuja força e autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo[71].

Essa vontade política que reconhece e adota a decisão de conjunto tem o caráter teleológico, isto é, relaciona-se ao seu fim, que é a instauração da unidade política. Portanto, como vontade "tendente à" adoção da decisão para a determinação da existência da unidade política, o Poder Constituinte caracteriza-se como um fato político, pré-jurídico[72].

Para o jusnaturalismo, contudo, o Poder Constituinte é um poder de direito. Os adeptos da doutrina do Direito Natural, mormente em sua visão secularizada típica da

---

[70] CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p 1.171; SANCHES AGESTA, Luis. *Principios de teoria politica*. Madri: Reunidas, 1990, p 330; VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 173.
[71] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitutión*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 45 e 93.
[72] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109; STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p 315.

modernidade, compreende o Direito, na busca pela sua identificação com a justiça, como algo universal e absoluto, válido para todos os homens e que preexiste ao ordenamento jurídico-positivo elaborado e estabelecido pelos homens[73]. É exatamente da preexistência do Direito ao Estado que decorre a atribuição, ao Poder Constituinte, da condição de poder de direito[74].

A Doutrina de Sieyès conduziu à consideração do Poder Constituinte como um poder de direito. Com efeito, como referido algures, o Poder Constituinte é obra da nação, que preexiste a ele e somente está sujeito às limitações do Direito Natural[75].

Um dos aspectos identificáveis da distinção entre a natureza jurídica ou política do Poder Constituinte repousa na possibilidade de sua limitação ou não, seja pelo Direito Natural ou pelo Direito Estatal preexistente. Contudo, tal fundamento não parece esgotar a questão. Não se pode negar que seja um fato político, uma força social que tem por consequência a criação da Constituição, mas também é necessário o reconhecimento de que tal fato está impregnado de juridicidade, na medida em que daí se originará a norma fundamental do ordenamento jurídico estatal. A simples ausência de limites ou vinculação com o Direito preexistente, por conseguinte, não é suficiente à configuração de um fato como político ou, dito de outra forma, o fato não se considera puramente político pela simples ausência de limites jurídicos ou limites pelo Direito Positivo preexistente.

O Poder Constituinte é, pois, em seu primeiro momento, um fato extrassistêmico, vale dizer, embora impregnado de juridicidade pelo seu efeito precípuo de inaugurar a ordem jurídica positiva com a edição da Constituição, encontra-se fora do sistema jurídico estatal. Contudo, não pode deixar de ser considerado também como um fato jurídico, uma

---

[73] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2007, p. 37.
[74] FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Vol. 1. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968, p. 105;
[75] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p 25.

vez que, não obstante deflua de um poder inegavelmente social, sua finalidade e efeito são a edição de um texto que se aceita por normativo.

Assim, o Poder Constituinte é ao mesmo tempo um fato extrassistêmico, considerado o sistema jurídico-positivo que se instaura a partir dele, com a edição da Constituição, o que realça seu caráter político, mas também um fato jurídico, em referência ao seu efeito de criar a Constituição. Qual Janus, o Deus Romano com duas cabeças, que representavam o passado e o futuro, o Poder Constituinte é um fato político em decorrência de seu antecedente social e um fato jurídico por sua consequência de inauguração e instauração da ordem jurídica positiva pela edição da Constituição[76]. Como bem afirma Fioravanti, *"no poder constituinte é presente o aspecto 'político' da decisão e o aspecto jurídico da disciplina dos interesses em jogo, da sua recondução e oposição de longo período"*[77].

Tal posição que se afasta da pureza da caracterização do Poder Constituinte como poder de fato ou poder de direito, reconduzindo-o a mera faticidade ou juridicidade, não é nova na doutrina política e constitucional[78].

Georges Burdeau, não obstante atribua ao Poder Constituinte as características de inicialidade material, autonomia e incondicionamento formal, vale dizer, de desvinculação com o ordenamento jurídico anterior, reconhece como paradoxal a afirmação de que o Poder Constituinte não é um poder de direito se ele carrega a ideia de direito que se sobreporá sobre todo o ordenamento jurídico[79].

---

[76] No mesmo sentido, assevera Maurizio Fioravanti: "*Por conseguinte, nosso poder constituinte vive, próprio por sua característica intrínseca, no limite entre direito e política: é aquela particular fonte do direito diretamente reconduzível à constituição em sentido formal, pela necessária presença nessa de um sentido político que opera no sentido constituinte, mas é também aquela particular vontade política que se caracteriza, a respeito de todos os tipos possíveis de decisões, por sua disponibilidade de deixar-se disciplinar na forma jurídica do tipo constitucional, com tal suficientemente estável no tempo." Stato e costituzione*. Turim: G. Giappichelli, 1993, p. 218.

[77] *Stato e costituzione*. Turim: G. Giappichelli, 1993, p. 218.

[78] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

[79] *Traité de science politique*. Tomo IV. 3 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983, p. 174; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3. HORTA, Raul Machado. Reflexões sobre a constituinte, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 62, janeiro de 1986, p 8.

Se o Poder Constituinte se aproxima da política, de forma a significar deliberação e decisão, por intermédio das escolhas democráticas majoritárias e reestruturação dos alicerces jurídico-políticos fundamentais, fragiliza-se a desejada continuidade constitucional e segurança jurídica, enfraquecendo o caráter garantístico da Constituição. Se, contudo, distancia-se da política para ser, exclusivamente, direito, obstruem-se a deliberação e decisão democráticas, estratificando as decisões estruturantes. É na convergência entre Direito e Política, por conseguinte, que se situa o Poder Constituinte, de forma a, por intermédio da deliberação e decisão democráticas – política, estabelecer uma nova Constituição.

Como consequência necessária da natureza dúplice do Poder Constituinte, como fato político e social e ao mesmo tempo como um fato jurídico, não pode haver limitação legal ao seu exercício, ainda que haja um ordenamento jurídico anterior que se desconstitui, mas, a partir da juridicização da política pela edição da Constituição, passa-se a falar em poderes constituídos que agem e atuam segundo as competências que lhe são outorgadas por esta mesma Constituição e entre os poderes que se instituem e as competências que lhe são conferidas encontra-se o Poder de Reforma do texto constitucional.

4. Poder Constituinte e poderes constituídos: o Poder de Reforma Constitucional como poder constituído. Conceito de Poder Constituinte

A formulação de Sieyès acerca do Poder Constituinte o distingue dos Poderes Constituídos e mantém, na Nação, o poder de reformar sua Constituição. Disso resulta a permanência ou latência do Poder Constituinte. Contudo, Sieyès diferencia o Poder Constituinte dos Poderes Constituídos e, assim, embora reconheça a possibilidade de reforma constitucional, somente a atribui ao próprio titular deste poder: a Nação. Os

Poderes Constituídos não podem tocar a Constituição, alterando as condições de sua própria competência.

Carl Schmitt, no entanto, colocou o Poder de Reforma Constitucional entre os Poderes Constituídos[80], de forma a justificar a impossibilidade de o Poder de Reforma alterar a Constituição[81]. Relembre-se que Carl Schmitt diferencia a Constituição, como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política, e leis constitucionais, que, embora não consubstanciem a decisão política, são leis constitucionais em virtude de sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico.

Somente o titular do Poder Constituinte pode alterar a Constituição, vale dizer, alterar a decisão política, jamais os Poderes Constituídos, entre os quais o Poder de Reforma. A estes resta a possibilidade de alteração das leis constitucionais, segundo as formalidades previstas no texto constitucional. Aliás, Schmitt considera inexata a expressão reforma da Constituição, porquanto não se cuida da reforma da Constituição mesma, senão de disposições legal-constitucionais. Preserva-se, com isso, a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo[82].

O Poder Constituinte, de maneira preliminar, é o poder, a faculdade de elaboração da Constituição e, em consequência, do estabelecimento da estrutura jurídico-política fundamental da sociedade e do Estado.

Neste enfoque, não se pode afirmar que o Poder Constituinte inclua ou albergue o Poder de Reforma Constitucional. Aquele constitui o poder de editar a Constituição, contudo, uma vez editada, a sua reforma não mais se opera por obra do Poder Constituinte, mas do Poder de Reforma Constitucional, que se caracteriza por ser uma competência

---

[80] BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 223.
[81] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitutión*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 118-119.
[82] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitutión*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 119; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 414; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 226; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. O Poder Constituinte Derivado: as Balizas de sua Atuação. In: CAGGIANO, Mônica Herman Salem (Org.). *Reflexões em Direito Político e Econômico*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 291/330.

regulada e limitada pela Constituição e que pode ser atribuída a órgãos distintos pela Constituição, com diferentes níveis de participação popular (Poder Legislativo com observância de regras procedimentais agravadas, Assembléias especificamente eleitas para tal finalidade, submissão do projeto de emenda a referendo popular etc).

Nesse sentido, infere-se que se distingue o poder constituinte do poder de reforma constitucional.

O Poder Constituinte existe como poder de constituir a ordem jurídico-política da sociedade e do Estado, atua em um momento precedente ao ordenamento jurídico estatal, que será por ele criado, e, portanto, se encontra livre das amarras jurídicas do ordenamento jurídico que o precede. Ele age antes da norma e sua nota "finalística" – este é o aspecto essencial – é a criação da Constituição.

O Poder de Reforma Constitucional, por seu turno, existe em razão da norma constitucional e tem características diferentes: é juridicamente limitado[83], formalmente condicionado e não possui o caráter de inicialidade que marca da atuação do Poder Constituinte[84].

O Poder de Reforma Constitucional existe, diversamente, "na" Constituição e "para" a Constituição. Ele existe "na" Constituição por consistir em uma competência, regulada e condicionada pelo texto constitucional, que lhe atribui a função de reforma constitucional, nos limites e nas formas textualmente previstas. Por outro lado, ele atua "para" a

---

[83] Ressalte-se que, embora parte da doutrina reconheça a existência de limites ao Poder Constituinte, existem diferenças entre estes limites e aqueles impostos ao Poder de Reforma Constitucional. Com efeito, as limitações ao Poder Constituinte repousam, sobretudo, no reconhecimento do caráter suprapositivo dos direitos humanos e no Direito Internacional, ante o princípio da continuidade do Estado, de forma a restringir a decisão soberana do titular do Poder Constituinte no momento da elaboração da Constituição. As limitações ao Poder de Reforma, por seu turno, são aquelas constantes do texto constitucional de maneira expressa ou dele decorrentes, isto é, defluem do próprio ordenamento jurídico-positivo instaurado pelo Poder Constituinte.

[84] Olivier Beaud assevera, nesse sentido, que *"não se pode sustentar a característica juridicamente incondicionada do poder constituinte originário, aquela juridicamente habilitada do poder derivado, e qualificar os dois de poder constituinte como se eles tivessem uma natureza idêntica. O erro da doutrina – uma falta de lógica de fato – é, pois, combinar estes dois poderes em um único gênero, de adotar uma diferenciação relativa (diferença de grau), quando ela deveria ser absoluta". La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 315.

Constituição, na medida em que sua função precípua é a garantia de permanência e estabilidade do texto constitucional, para que, em razão mesmo da discrepância entre a realidade social e a estrutura formal não haja um distanciamento tal que permita a irrupção do Poder Constituinte.

O Poder Constituinte é uma potência, uma aptidão ou capacidade para a realização de seu escopo, que é a criação da Constituição. É, nas palavras de Nelson Saldanha, um poder-para-ação ou, para, um poder-para-constituição[85]. O Poder de Reforma Constitucional, por outro lado, é uma competência constitucional, embora extraordinária, no sentido que lhe empresta o Direito, isto é, um conjunto de atribuições – de reforma da Constituição - circunscritas pelo texto constitucional.

Não são poucos os Autores que adotam a posição no sentido da dessemelhança entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional. Tal distinção, aliás, tem importância fundamental para a configuração do Poder de Reforma e para defesa da existência de limites à sua atuação e a adotam, entre outros, os seguintes autores: Carl Schmitt[86], Olivier Beaud[87], Nelson Saldanha[88], Ingo Wolfgang Sarlet[89], Carl J. Friedrich[90], José Afonso da Silva[91], Ignácio de Otto[92], Pedro de Vega[93], Ernst-Wolfgang

---

[85] SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 65; SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 297.

[86] SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitutión*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2006, p. 118-119.

[87] BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 315.

[88] SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 70-71: *"O conceito dado no texto considera como poder constituinte apenas aquele referido à finalidade de elaborar a constituição (elaborar e dar vigência): as expressões 'poder constituinte derivado' e 'instituído' parecem supérfluas, impróprias e equívocas mesmo quando aplicadas ao poder de reforma constitucional"*.

[89] SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 297.

[90] FRIEDRICH, Carl. J.. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978, p. 75 e 113-114.

[91] SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68: "*Segue, assim, a doutrina que concebe dois tipos de poder constituinte: o poder constituinte originário, que serve de fundamento à criação de uma constituição nova, e o poder constituinte derivado (ou poder de emenda ou de reforma da constituição), que não é propriamente poder constituinte, mas competência para modificar a constituição existente – ou seja, poder constituinte derivado é simples competência constituinte."*

[92] OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional – sstema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 63.

[93] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 18.

Böckenförde[94], Carlos Ayres Britto[95], Miguel Nogueira de Brito[96], Fabio Konder Comparato[97], Klaus Stern[98], Friedrich Müller[99] e Sérgio Rezende de Barros[100].

Em consequência, não parece correta a utilização do termo Poder Constituinte Derivado, de Segundo Grau, Instituído ou mesmo Poder Constituinte Reformador. O fato de o Poder de Reforma Constitucional ter como circunscrição de suas atribuições a reforma do texto constitucional não o transforma no poder que o criou e a identificação entre ambos parece advir da atribuição, na maioria dos casos, ao Poder Legislativo, da incumbência de elaboração da Constituição e da competência reformadora.

A identidade do Poder Constituinte com o Poder de Reforma Constitucional, aliás, tem o condão de reduzir o Poder Constituinte a órgão intraestatal representativo e diluir seu aspecto político decisional no quotidiano da democracia representativa. Consectariamente, a ligação entre o povo soberano e a deliberação e decisão democráticas torna-se mediatizada e fluida. A diferenciação entre os dois momentos faz permanecer o Poder Constituinte em estado de latência, pronto a se manifestar no momento em que as margens

---

[94] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, L'état et la constitution démocratique.* Tradução Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 208. Em sua definição de Poder Constituinte, Böckenförde não inclui o poder de reformar a Constituição: "*Poder constituinte é aquela força (política) e aquela autoridade que está diretamente a estabelecer a constituição no seu título de validade normativa, de colocá-la e de revogá-la. Ele não é idêntico ao poder do Estado (Staatgewalt) constituído, mas o precede*". E, acerca de uma perspectiva de dogmática constitucional, assevera que a "*ela visa então a distinguir a modificação normal da constituição pelo poder legislativo de revisão previsto pela constituição, de uma transformação substancial ou supressão da constituição tocando nos seus princípios fundamentais (Kerngehalt) e que não é mais reservado ao poder legislativo de revisão, mas exclusivamente ao poder constituinte, ao Verfassunggeber mesmo*".

[95] BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 86.

[96] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 99

[97] COMPARATO, Fabio Konder. Legitimidade do poder de reforma constitucional. In: *Direito Público: Estudo e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26.

[98] STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 323: "*O poder chamado à reforma da constituição é poder constituído...*". "*O poder de reforma da Constituição tem que ser diferenciado do poder constituinte*".

[99] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58: "'*Constituir' não significa a instituição posterior de normas com dignidade constitucional. Emendas constitucionais somente precisam ocupar-se com o problema do poder constituinte em transformações profundas que eliminem a identidade dessa sociedade em termos de Direito do Estado; na Lei Fundamental foi neutralizado pelo art. 79, inciso III*".

[100] BARROS, Sérgio Resende de. Reformas (in)constitucionais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 114, p. 165-178, abr./jun., 2004.

de deliberação democrática previstas no texto constitucional em vigor não puderem conter as novas concepções jurídico-políticas emergentes do seio social e, neste momento, o povo soberano, titular do Poder Constituinte, pode novamente definir os princípios estruturantes da sociedade e do Estado.

Com a edição da Constituição o Poder Constituinte não se dissipa ou dissolve, mas continua a existir em estado de latência, como força social capaz de irromper e desconstituir o ordenamento jurídico positivo então existente e criar outro, com a edição da norma hierarquicamente superior, reconstituindo-o.

Não se pode negar, de fato, que existe, entre o Poder Constituinte e o Poder de Reforma Constitucional, similitude que leva à aceitação da identificação entre ambos, exatamente em função da possibilidade de disposição acerca do conteúdo do Direito Constitucional[101]. Aliás, Anna Candida da Cunha Ferraz é expressa em afirmar que *"tudo o que diz respeito a uma Constituição formal requer o exercício do Poder Constituinte, em qualquer tempo ou circunstância"*[102]. No entanto, repita-se, as funções são diversas e a natureza é dessemelhante. Ao Poder Constituinte incumbe a edição da Constituição, enquanto que ao Poder de Reforma Constitucional compete a reforma formal do seu texto

---

[101] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 417: *"O poder de revisão constitucional é um poder constituinte, porque diz respeito a normas constitucionais, mas é poder constituinte derivado, porque não consiste em fazer nova Constituição, introduzindo princípios fundamentais em vez de outros princípios fundamentais."*

[102] *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 13. Georges Vedel também identifica o Poder Constituinte com o Poder de Revisão ao definir o primeiro como *"o poder de estabelecer ou de modificar a Constituição"*. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949, p. 114. Vale citar outros importantes Autores que identificam os fenômenos diversos sob a denominação de Poder Constituinte, ora originário, autêntico ou em situação de primogeneidade, ora derivado, instituído, de segundo grau, ou em etapa de continuidade: HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 79; TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p 157; VIAMONTE, Carlos Sanches. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 577; HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz de Castillo. Granada: Comares, 2003, p. 347; VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: 1975, p. 173; GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, abr./jun., 1995, p. 32; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista Forense*, v. 324, p. 32-39, out./dez., 1993, p. 26; PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Vol. I. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 90: *"Nessa dupla e igual manifestação, no poder de fundar a Constituição e no poder de dispor da mesma, em modificando a sua substância, está a essência do poder constituinte, justificando-se, destarte, na praxe do direito positivo, a sua posição de órgão criador e revisor das constituições"*.

com vista à adequação do texto à cambiante realidade social a fim de assegurar-lhe a permanência. Não constituem, por isso mesmo, momentos antagônicos, como se poderia supor, na medida em que ao poder reformador compete a modificação daquilo que ficou assentado pelo Poder Constituinte, mas de complementaridade, em que a obra do primeiro se perpetua pela atuação do segundo.

Se a revisão constitucional, disse-o Hauriou[103], é um procedimento excepcional que somente deve ser utilizado para evitar o rompimento constitucional, a utilização desta mesma competência reformadora para substituir a Constituição por uma outra, mediante a modificação profunda na estrutura jurídico-política por intermédio da reforma constitucional, equivalerá, em última análise, ao mesmo rompimento que adviria da inexistência da reforma. Isso equivale a dizer que quando se pretende evitar o rompimento constitucional, está a afirmar-se o princípio da continuidade da Constituição, daquela constituição historicamente situada e da forma como estrutura o poder político. Tanto a irrupção do Poder Constituinte, que elabora e edita uma nova Constituição, como a utilização da reforma para a alteração estrutural da Constituição e dos princípios fundamentais que alberga, constitui um rompimento ou uma ruptura, mas este rompimento ou ruptura, se é função própria do Poder Constituinte, não pode decorrer do exercício do poder reformador, cuja função, já se disse, é precipuamente de adaptação do texto constitucional à realidade cambiante, mas sem desnaturar o espírito e a identidade próprias do texto constitucional concreto.

Considerando, assim, a natureza dual do Poder Constituinte, como poder político e poder de direito, e, ainda, sua distinção com o Poder de Reforma Constitucional, é possível conceituar o Poder Constituinte como ato de fundação de um novo corpo político por intermédio da elaboração e do estabelecimento de uma Constituição. Presente, nesta

---

[103] HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução Carlos Ruiz de Castillo. Granada: Comares, 2003, p. 355.

concepção, com Nogueira de Brito[104], o elemento jurídico de estabilização, concernente à elaboração e estabelecimento de um instrumento normativo, e o elemento político, relativo à força criadora da Constituição.

5. Legalidade e legitimidade

Do que até aqui foi dito, é claramente perceptível que o Poder Constituinte não pode ser confrontado com o ordenamento jurídico anterior para se aferir a sua validade, é dizer, a averiguação da validez constitucional não se dá em termos de legalidade em cotejo com o ordenamento precedente. A Constituição reclama, sim, a análise de sua legitimidade[105], ou, dizendo de outra forma, é o Poder Constituinte que legitima a Constituição[106].

A legitimidade da Constituição não se assenta sobre o direito positivo de determinado Estado, por lhe ser anterior. O Poder Constituinte cria a Constituição e o Estado e inaugura, por isso, a positividade estatal, dando fundamento de validade às demais normas jurídicas que doravante serão produzidas. Por conseguinte, não se pode afirmar que exista relação que legitime a Constituição em referência ao direito positivo por ela criado. A legitimidade da Constituição repousa na sua correspondência com as expectativas das forças sociais e políticas cuja culminância se dá com a expressão pelo Poder Constituinte[107].

---

[104] BRITO, Miguel Nogueira. *A constituição constituinte*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 99.

[105] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21; HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 327. STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 318.

[106] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, L'état et la constitution démocratique.* Tradução Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 216.

[107] *"A questão da legitimidade da Constituição não pode ser contestada referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Em compensação, uma constituição precisa, para ser constituição, ie, algo mais que uma relação factícia e instável de domínio, para valer conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos do direito. A existencialidade e a*

Não se cuida, em verdade, de mera expectativa de adoção, pelo Poder Constituinte formal, da concepção de direito adotada pelo Poder Constituinte material. A necessária correspondência entre a compreensão sobre a forma de existência política da sociedade e aquela que informará a redação do texto constitucional conferirá legitimidade à Constituição em relação ao seu conteúdo.

Nesse sentido, considerando as expressões "expectativas" e "forças sociais e políticas" é possível distinguir a legitimidade constitucional em referência à titularidade do Poder Constituinte, isto é, ao poder de onde provém a Constituição, bem como seu conteúdo, vale dizer, a conformação e adequação à ideia de direito professada pelo Poder Constituinte, de onde se pode dizer, com Meirelles Teixeira[108], baseado na filosofia Tomista, que a questão da legitimidade das Constituições é considerada em um duplo aspecto, o formal, relativo à sua origem, e o material, concernente ao seu conteúdo.

De fato, careceria de legitimidade a Constituição que, de um lado, embora seja produto da vontade do povo e expressão do Poder Constituinte popular, não compreenda, em seu conteúdo, a concepção de direito e a decisão política da peculiar forma de existência política da sociedade e do Estado concebidas ou adotadas pelo titular do Poder Constituinte. Da mesma forma, não obstante revele a vontade das forças políticas e sociais quanto à conformação do poder político e a concepção de certa ideia de direito, se não contar com participação do povo, seja diretamente, por meio de referendum, ou, ainda, por meio da eleição de representantes constituintes para a elaboração da Constituição, o texto constitucional que for conferido ou, pode-se afirmar, outorgado, não se revestirá de legitimidade democrática.

---

normatividade do poder constituinte não se acham em oposição, mas condicionam reciprocamente. Um poder constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influência para a estrutura de poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade, e, por conseguinte, também não tem existência". HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 327.

[108] TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 219.

Isso não basta, contudo. Hodiernamente deve-se observar, na positivação da Constituição, os ideais de justiça e a dignidade da pessoa humana[109]. Não se cuida, e a este assunto voltar-se-á doravante, de uma restrição que decorra da incompatibilidade entre a soberania popular e os direitos humanos, mas da observância de conquistas civilizatórias e de princípios éticos dos quais a sociedade moderna não pode prescindir[110]. A mera correspondência entre a decisão fundamental do titular do Poder Constituinte e a matéria constitucionalizada, com o abandono de valores de Justiça e a negação da dignidade da pessoa humana, conduziu a humanidade a momentos de horror e perversidade que a modernidade e seus instrumentos não foram capazes de impedir[111].

A partir de tal constatação, afasta-se de uma posição decisionista ou ainda puramente positivista para aproximar-se de uma concepção garantística da dignidade do homem, que deve coexistir com a soberania popular[112].

6. A titularidade do Poder Constituinte

A questão do titular do Poder Constituinte repousa sobre a indagação sobre quem tem o poder de estabelecer e editar a Constituição do Estado.

---

[109] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 66: *"O poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele não "parte do nada" e, por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais podemos aferir da bondade ou maldade intrínsecas de uma constituição"*.

[110] *"No estado constitucional de hoje o poder constituinte e a constituição por ele criada não obtêm legitimidade por si mesmos exclusivamente, por sua 'vontade', como opinaram Sieyès e C. Schmitt, senão pelas coincidências com as ideias, justiça e segurança dominantes no povo. A história, a cultura e o desenvolvimento político deram ideias de legitimação nos processos constituintes atlântico-europeus. Um elemento básico destas ideias coloca uma objetividade fundamental racional e historicamente: os direitos do homem, a ordem fundamental democrática e livre, a divisão de poderes, o estado de direito"*. STERN, Klaus. Derecho del estado de la Republica Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 319; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, 110; SALDANHA, Nelson. O *poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 92.

[111] Também no sentido do sistema de valores fundamentais, isto é, *'de um alto conjunto de valores que em que tem seu lugar a dignidade do homem*" como forma de impedir o *'novo totalitarismo'*, veja-se LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1990, p. 173.

[112] HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156.

Na evolução da Teoria do Poder Constituinte, o titular do pacto social passou do povo – segundo uma concepção rousseauniana - até à Nação, para Sieyès. Estas duas referências permitem concluir que a origem do Poder Constituinte, ora como passagem do estado de natureza ao estado civil ou político, ora como motor revolucionário para a suplantação do regime absolutista, sempre esteve ligado ao povo ou à Nação. Nessa sequência, Canotilho afirma que o problema da titularidade do Poder Constituinte "*só pode ter uma resposta democrática*"[113] e Böckenforde arremata dizendo que "*conceitualmente, o poder constituinte é poder constituinte do povo*"[114].

De fato, o Poder Constituinte, da forma como foi teorizado por Sieyès, tinha o caráter revolucionário de suplantação da ordem jurídico-política então vigente – o absolutismo monárquico – para substituí-la por uma ordem fundada em princípios diferentes, isto é, com uma força legitimadora diversa da legitimidade divina que sustentava o poder monárquico[115].

A transplantação da legitimidade que então se revelava, já com um fundamento dessemelhante, para a admissão de um Poder Constituinte monárquico, foi fracassadamente despontada com a Restauração[116]. Contudo, a legitimidade da atribuição

---

[113] *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 75.

[114] *Le droit, L'état et la constitution démocratique.* Tradução Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 208. Também Paulo Bonavides afirma que a Teoria do Poder Constituinte acresceu às duas titularidades clássicas – a divina e a monárquica, duas outras: a nação e o povo. Assevera, em seguida, que "*a tradição ocidental reconhece, portanto, duas fontes de legitimidade democrática do poder constituinte: a nação e o povo.*" *Constituinte e Constiuição*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87. Também reconhecendo o Poder Constituinte como pertencente somente ao povo: VIAMONTE, Carlos Sanches. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 570.

[115] Por esta razão, afirma Hannah Arendt que quanto mais absoluto for o dirigente mais absoluta será a revolução que vier a substituí-lo e, desse modo, a Revolução Francesa, mesmo com Sieyès, colocou a "*soberania da nação no lugar deixado vago por um rei absoluto*". *Sobre a Revolução*. Trad. I. Morais. Lisboa: Antropos, 2001, p. 191. Também Fabio Konder Comparato assevera que "*os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação...*". Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 4 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15; ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 6, jan./mar. 2006.

[116] "*Na revolução francesa, o setor burguês do povo que chegou a adquirir uma consciência política, a nação, conseguiu alcançar para si a decisão consciente sobre a forma de existência do Estado e, com isso, o poder constituinte. A reação monárquico-feudal contra esse principio revolucionário-democrático dá-se com a Restauração, que formula como princípio monárquico a teoria do pouvoir constituant do soberano*

do Poder Constituinte ao monarca somente poderia assentar-se sobre uma fundamentação divina, que carecia de significação no âmago de uma ordem estatal secularizada[117].

7. Limitações ao Poder Constituinte

Refugiria ao propósito do presente trabalho desenvolver um estudo aprofundado acerca dos limites porventura existentes ao Poder Constituinte, porquanto, como ficou acima assentado, o Poder Constituinte possui natureza diversa do Poder de Reforma e as limitações que possam restringir a atividade de um ou de outro também são dessemelhantes. Contudo, vale aludir, ainda que de maneira sumária, ao que apresenta a doutrina acerca dos limites impostos ao Poder Constituinte.

Sieyès, em sua teorização, enunciou que o Poder Constituinte da Nação somente encontra limites no Direito Natural.

Posteriormente, Carl Schmitt, ao desenvolver o caráter de decisão à Constituição, afastou a possibilidade de imposição de limitações ao Poder Constituinte: colocava o decisionismo de maneira precedente ao jurídico e, assim, bastaria a correspondência entre a decisão – Constituição em sentido positivo – e a vontade capaz de adotá-la – o Poder Constituinte.

Também o positivismo, fundado na exclusividade do Direito estatal e num sistema hierarquizado de normas, em cujo ápice se situa Constituição, enjeita a existência de limites de ordem suprapositiva.

Perfilhamos o entendimento segundo o qual, não sendo a soberania popular absoluta, e a isso já nos referimos e voltaremos a nos referir no capítulo que se segue,

---

hereditário do Estado. O fato de esta doutrina não ter tido êxito, deve-se à dificuldade insuperável, dentro de uma concepção imanente universal, de atribuir pela graça de Deus o poder constituinte a uma família." HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 326.

[117] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, L'état et la constitution démocratique.* Trad. Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 209.

também sua obra – a Constituição - não pode se considerada como absoluta no sentido de nela se incluir qualquer conteúdo, e tal inferência decorre tanto de um enfoque jusnaturalista quanto de uma perspectiva histórica[118].

Contudo, a doutrina tem apresentado algumas espécies de limitações que podem ser classificadas em transcendentes, imanentes e heterônomas[119]. Todas estas limitações não decorrem do ordenamento jurídico que será fundado pelo Poder Constituinte, mas de elementos e circunstâncias externas à positividade estatal.

Os primeiros constituem imposições de uma ordem de valores éticos ou do Direito Natural. Incluem-se, entre eles, os Direitos Humanos relacionados com a dignidade da pessoa humana[120]. Não parece ser aceitável, nos dias atuais, a aceitação de um texto constitucional democrático – de onde emerge fortemente a função genética de salvaguarda dos direitos fundamentais – atentatório contra os direitos humanos e valores decorrentes das conquistas civilizatórias da humanidade. O Estado de Direito está intimamente ligado, desde sua gênese, à limitação do poder ou garantia dos Direitos Humanos e tal conclusão não se sustenta, tão somente, sobre uma base jusnaturalista, mas também sobre a qualificação de historicidade que se atribua aos Direitos Humanos a depender da posição adotada[121].

---

[118] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 376.

[119] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 376; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 6 ed.. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 134.

[120] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 134; PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição.* Coimbra: Coimbra, 1994, p. 142.

[121] Aceitam dos Direitos Humanos como categoria limitativa do exercício do Poder Constituinte os seguintes Autores: TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p 124; SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 92; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, L'état et la constitution démocratique.* Trad. Olivier Jouanjan. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 219; LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1990, p. 173; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 81; BIDART CAMPOS, Germán J.. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 174.

As limitações imanentes prendem-se à ideia de Direito e às aspirações do titular do Poder Constituinte, isto é, significam a vinculação do Poder Constituinte Formal à matéria constituinte – ideia de Direito – externada pelo Poder Constituinte Material.

Finalmente, os limites heterônomos são aqueles decorrentes de ordenamentos diversos daquele que precedentemente existia no Estado ou daquele que o Poder Constituinte vai fundar. Baseiam-se, notadamente, no Direito Internacional e decorrem do princípio internacionalista da continuidade do Estado[122].

[122] MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. Trad. Cândido Motta Filho. São Paulo: Editora Nacional, 1933, p. 176; SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 91; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 137.

CAPÍTULO II – O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Modificação social e atualização constitucional

A Constituição de um Estado, quando elaborada, busca perenizar-se, para reger a vida jurídica e política do Estado e da sociedade. Contudo, a permanência e estabilidade da Constituição não têm o condão de impedir a modificação da sociedade, dos valores e das forças sociais sobre os quais se assenta o texto constitucional.

A marcha da história não pode ser refreada pelo estabelecimento de normas jurídicas pelo Estado. Após a elaboração e o estabelecimento da Constituição pelo Poder Constituinte, determinando a estrutura jurídico-política do Estado, a sociedade continua a se modificar e se desenvolver. Ainda que se aceite a Constituição somente como uma canalização do poder político, não é possível que tal encaminhamento se perenize para possibilitar, para todo o sempre, a participação do povo no processo de poder tal como previsto no momento da inauguração da ordem jurídica pelo Poder Constituinte.[123]

A Constituição ideal, afirma Loewenstein,

> "seria aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo a qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto de ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessária uma alteração das normas conformadoras"[124].

A Constituição ideal, entretanto, não existe, e a projeção da conformação do poder sujeitar-se-á a modificações constantes.

---

[123] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 162.
[124] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 164.

A Constituição não é capaz de conter o fluxo desta correnteza e o estabelecimento de diques imutáveis pelo Poder Constituinte pode provocar um transbordamento em que se misturam as águas da história, num amálgama típico de momentos de viragem histórica, da confusão entre Direito e Política, de onde emergirá, novamente, a atividade do Poder Constituinte e o estabelecimento ou restabelecimento da ordem jurídico-política pela edição de uma Constituição.

A modificação da estrutura social, por conseguinte, impõe a modificação do texto da Constituição para que as amarras da estrutura formal não tenham de se romper pela via revolucionária. Disso se pode inferir que as Constituições devem ser alteradas para que se acomodem, as normas jurídicas, às estruturas sociais cambiantes.

A ausência da modificação do texto, ou melhor, de uma atualização constitucional para acompanhar as modificações sociais conduz à caducidade da Constituição, representando tão somente aquilo que existiu, uma sociedade que já se transformou; não mais é capaz de ser o estatuto fundamental da sociedade e do Estado. Não é mais adequada à realidade social existente, embora tenha sido, no momento em que foi editada.

A diferenciação, portanto, das estruturas reais de poder com a estrutura formal representada pela Constituição pode conduzir ao quebrantamento da ordem constitucional pela irrupção do Poder Constituinte. A Constituição, portanto, não pode ser autorreferente ou alheada da realidade social que busca regulamentar; deve concernir, sim, à existência e ao estágio de modificação da sociedade em dado momento que pode diferir daquele de sua edição.

Esta análise aproxima-se de uma concepção sociológica de Constituição tal como desenvolvida por Ferdinand Lassale. Com efeito, para Lassale a essência da Constituição são os somatórios dos fatores reais de poder que vigoram em um país[125]. Estes fatores reais

---

[125] LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 2 ed. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: 2008, pp. 42 e 48.

de poder, em cada sociedade, são a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade. A Constituição real relaciona-se com a Constituição jurídica uma vez que se colhem

> "estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita e, a partir desde momento, incorporados a um papel, já não são mais simples fatores reais de poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra elas atentará contra a lei e será castigado"[126].

A Constituição escrita, por conseguinte, é tão somente uma folha de papel e é boa e duradoura enquanto corresponde à Constituição real – aos fatores reais de poder que regem determinada sociedade. A partir do momento em que esta Constituição escrita – a folha de papel – não mais se correlacionar com os fatores reais de poder, o conflito decorrente do apartamento entre a Constituição escrita e a real motivará o perecimento da Constituição escrita diante da impulsão da Constituição real[127].

É possível entrever, na análise de Lassale, que a manutenção da Constituição escrita depende de sua relação com os fatores reais de poder e a descorrespondência entre elas conduzirá à superação da folha de papel – a Constituição escrita.

Demais disso, pode-se traçar um paralelismo quanto à função adaptadora da reforma constitucional para a manutenção da correlação valorativa e procedimental entre a Constituição escrita e a real; a conclusão acerca da imodificabilidade do texto constitucional ou o fracasso da atualização constitucional fará com que os fatores reais de poder prevaleçam sobre o texto constitucional e façam irromper o Poder Constituinte revolucionário.

---

[126] LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 2 ed. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: 2008, p. 48.

[127] LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 2 ed. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: 2008, p. 63; GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, abr./jun., 1995 p. 33; AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 20; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 162; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Aliança, 1984, p. 48; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Constituinte: Assembléia, Processo, Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 16.

Nesse passo, a doutrina afirma que a não atualização da Constituição faz exsurgir uma Constituição nominal, segundo a célebre classificação de Karl Loewenstein[128]. Com efeito, para Loewenstein, as Constituições, segundo um ponto de vista ontológico, podem ser classificadas em normativas, nominais e semânticas[129].

A distinção destas categorias de Constituição leva em conta a correspondência das normas constitucionais com a realidade do processo de poder. A Constituição normativa é aquela em que suas normas dominam o processo político, isto é, o processo de poder se adapta às normas constitucionais. A Constituição é nominal se o processo de poder não se adapta às suas normas, vale dizer, se o processo de poder não se adapta a ela. Por fim, a Constituição é semântica quando representa a formalização da existência do poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder[130].

Pois bem. Desde que os processos de poder – segundo a concepção de Constituição de Loewenstein – sejam regulados e dominados pela Constituição, conduzindo a uma Constituição normativa, a permanência do texto constitucional se entremostra possível e provável. Contudo, a partir do momento da dissociação entre os processos de poder e sua normatização constitucional, a Constituição passa a ser meramente nominal e a ausência de sua adaptação pode deflagrar a elaboração e o estabelecimento de uma nova Constituição pelo Poder Constituinte.

Se pode ser considerada correta a análise de Loewenstein quanto à correspondência ou não da realidade do processo de poder à sua normatização pelo texto da Constituição, é preciso ter em mente que entre a norma e a realidade – a norma e o fato – existe uma

---

[128] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 264.
[129] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 216.
[130] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, pp. 216-218; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1095; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 329; NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 105.

relação de dialeticidade e conformação que não necessariamente levaria à suplantação da Constituição formal pelos processos de poder, mas autorizaria uma adequação destes mesmos processos nos meios sociais à forma pela qual a Constituição previu seu exercício[131]. Assim, o papel transformador da Constituição – como representam os objetivos fundamentais da nossa Constituição – faz sobrelevar o aspecto de conformação da realidade social também pela norma – a norma constitucional.

Afora tal constatação, a investigação de Loewenstein liga-se à atividade constituinte, à concretização, na Constituição, da realidade dos processos de poder, e à atividade reformadora de adequação do texto à realidade constitucional. Marcelo Neves verificou tal conexão ao afirmar que

> "a classificação de Loewenstein refere-se mais precisamente à função da atividade constituinte (ou reformadora da Constituição) e linguagem constitucional, especialmente perante o processo político, ou, simplesmente, à relação entre texto e realidade constitucional"[132].

De toda sorte, seja pela dissociação com os fatores reais de poder, do nominalismo constitucional ou, ainda, do simbolismo que a Constituição pode exercer, o fato é que se não houver um transporte da realidade social para a Constituição e o adequado acompanhamento para a manutenção desta relação de conformidade pelas formas de mudança constitucional, a Constituição torna-se incapaz de reger a vida da sociedade e do Estado e o resultado de sua caducidade é a sua supressão para que outra venha a viger em seu lugar.

As Constituições modernas estabelecem instrumentos de proteção de sua permanência que, contudo, tem de conviver, ainda que de maneira aparentemente paradoxal, com a estabilidade jurídica. Entre estes instrumentos podemos citar a rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade e a reforma do texto constitucional.

---

[131] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 330.
[132] *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 106.

No que interessa ao presente estudo, afirma-se que os instrumentos de proteção de permanência da Constituição têm de conviver de uma maneira aparentemente paradoxal com a sua estabilidade jurídica uma vez que a reforma constitucional implica a alteração formal do texto constitucional. Contudo, ver-se-á adiante que a atividade reformadora exerce um papel de complementariedade com a atividade constituinte conformadora do processo político. É na reforma, na alteração, na modificação do texto que a Constituição permanece como estruturação do Estado e da sociedade.

As modificações sociais demonstram, assim, a necessidade de atualização constitucional. A indispensabilidade de alteração do texto constitucional – evitando o alheamento em relação às estruturas reais de poder -, impõe o reconhecimento da modificabilidade e adapatabilidade das Constituições.

2. Rigidez constitucional

Se a reforma se apresenta como um fenômeno da Constituição escrita, as limitações que se lhe impõem referem-se à constituição rígida.

Com efeito, é conhecida a classificação da Constituição entre rigidez e flexibilidade. A Constituição rígida é aquela que, estando em um plano hierárquico superior ao da legislação ordinária, não pode ser reformada senão por um processo agravado e diverso daquele utilizado para a reforma das demais leis. Flexível, por seu turno, é a Constituição que, estando no mesmo nível hierárquico-formal das leis ordinárias, pode ser reformada pelo mesmo processo previsto para estas últimas[133].

---

[133] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 399; AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Teoria das constituições rígidas*. 2 ed.. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 41; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Progesso, 1954, p. 62; CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6 ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1990, p. 342; PACE, Alessandro. *Potere constituente, rigiditá costituzionale, autovincolli*

Inicialmente, tanto James Bryce quanto A. Dicey identificavam a Constituição flexível com a Constituição material e a Constituição rígida com a Constituição formal, indicando como método distintivo a posição hierárquica que ocupava a Constituição dentro do ordenamento jurídico em relação às demais leis ordinárias. A identidade entre Constituição flexível e Constituição material conduzia à inferência que seria constitucional a norma relativa à organização do poder político, sendo as demais, embora no mesmo plano hierárquico-formal, meras leis ordinárias[134].

Todavia, a eleição do critério da "matéria constitucional" como diferenciador das espécies de Constituição que ora se comenta não se mostra preciso ou exauriente.

Tanto a Constituição rígida como a Constituição flexível têm a função, aqui considerada genericamente, de disciplina do poder político e a eventual inclusão, na Constituição formal, de temas que podem ser considerados estranhos a esta matéria constitucional, não distancia a Constituição de sua flexibilidade ou rigidez. Não é esta a nota distintiva e, por este motivo, Jorge Miranda afirma que *"A constituição flexível e a constituição rígida reconduzem-se a uma substancia comum não afetada pela forma divergente."*[135]

A diferenciação repousa na previsão de um processo agravado de reforma, em relação à legislação ordinária, que garante uma maior permanência à Constituição. Assim, a Constituição será rígida se seu processo de reforma foi mais dificultoso do que aquele

---

legislativi. 2 ed.. Padova: Cedam, 2007, p. 265; OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 62; HELLER, Herman. *Teoria do estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 322; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H.. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 106; PONTES DE MIRANDA. *Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições.* In: Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica. Rio de Janeiro: Atlas, 1995, pp. 63/89; HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho publico y constitucional*. Trad. Carlos Luiz de Castilho. Granada: Colmares, 2003, p. 354; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del Poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 52; BIDART CAMPOS, Germán J. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 175; GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza, 1984, p. 131; GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 10 ed. Paris: Montchrestien, 1989, p. 201.

[134] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 400; BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 14.

[135] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 400.

previsto para o processo legislativo ordinário e flexível se for possível sua reforma da mesma forma que pode sê-lo a lei comum.

Vale aludir, contudo, a uma importante constatação dificilmente anotada pela doutrina. A superioridade hierárquico-formal da Constituição pode não decorrer, tão-somente, da natureza rígida da Constituição concreta.

Comumente, as Constituições flexíveis são alteradas pelo mesmo processo de reforma previsto para as demais leis do Estado, fazendo com que se dilua, no processo legislativo ordinário, a reforma constitucional, e se confundam as normas jurídicas produzidas no seio estatal. Esta constatação afasta, de início, a aceitação de uma hierarquia formal entre as duas normas – ordinária e constitucional. Contudo, se houver uma previsão no sentido de que as reformas daquilo que se refira ao objeto da Constituição – a disciplina do poder político – se faça de maneira expressa, é possível a identificação precisa do que seja lei constitucional e ordinária, da identidade da Constituição, o que conduzirá ao reconhecimento, embora enfraquecido, de sua superioridade como norma[136].

O processo agravado de revisão, ademais, não se reveste de fundamento da rigidez constitucional, mas como instrumento de garantia da Constituição[137].

A rigidez ou flexibilidade da Constituição, ou seja, a previsão acerca da existência ou inexistência de um processo mais dificultoso de reforma do texto constitucional constitui decisão do Poder Constituinte no momento da elaboração da Constituição. É o titular do Poder Constituinte que, por ocasião da inauguração da ordem jurídico-positiva, proclama qual espécie de Constituição será estabelecida, prevê os instrumentos e preordena os expedientes tendentes à sua garantia e estabilidade. A maior plasticidade ou elasticidade dos instrumentos de garantia da Constituição são plasmados no texto constitucional no

---

[136] OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional:sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 62.
[137] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.025.

momento mesmo de sua elaboração e da forma determinada pelo titular do Poder Constituinte.

Entre o complexo instrumental de que dispõe o Poder Constituinte para garantir a permanência da Constituição encontra-se a proteção do seu texto pela previsão de um processo dificultoso de reforma, diverso daquele previsto para a legislação ordinária – a rigidez constitucional. É no âmbito da rigidez constitucional que se desenvolve a temática da reforma constitucional e das limitações que lhe são inerentes.

Vale citar, finalmente, a consequência da rigidez quanto à interpretação das normas no que se refere ao seu efeito de posicionar a Constituição em um patamar hierárquico-formal superior em relação às demais normas produzidas dentro do ordenamento jurídico-positivo do Estado.

Com efeito, a sucessão de leis no tempo conduz à utilização dos seguintes critérios para a solução de antinomias aparentes: *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. O critério *lex posterior derogat legi priori* significa que a superveniência de uma lei, que trata da mesma matéria disciplinada pela lei anterior, implica a revogação desta última com a consequente aplicação da nova lei como forma de disciplina das relações sociais. A *lex specialis derogat legi generali*, por seu turno, conduz à inalterabilidade da regulamentação da matéria pela lei precedente, se a nova lei o faz de maneira geral, mantendo, deste modo, a disciplina especial anteriormente existente.

Contudo, a superioridade normativa da Constituição em relação à legislação ordinária afasta a aplicação dos critérios acima referidos para introduzir um método relacional entre normas de hierarquia diversa: *lex superior derogat legi inferiori*. A Constituição, seja originariamente em relação ao ordenamento precedente ou decorrente do

processo de reforma, se coloca em uma posição de superioridade normativa, afastando, por conseguinte, a legislação ordinária que a contrariar[138].

3. As funções da reforma constitucional

A reforma da Constituição constitui a alteração formal de seu texto, pelos instrumentos e com observância do procedimento previsto pelo titular do Poder Constituinte. Assim, o próprio poder inicial que elabora e edita a Constituição estabelece como sua obra pode ser alterada e adaptada às futuras contingências sociais, econômicas e culturais.

Jorge Miranda situa a reforma da Constituição em face das vicissitudes constitucionais, que são *"quaisquer eventos que se projetem sobre a subsistência da Constituição ou de alguma de suas normas"*[139]. Exatamente em função da permanência da Constituição, como estatuto jurídico-político fundamental, ocorrem durante sua vigência vários fatos que atingem a Constituição, sejam decorrentes do próprio sistema interno de garantia da Constituição – como a reforma constitucional - ou de fatores extraconstitucionais – como a revolução.

A reforma, assim, constitui um evento que se lança contra a Constituição originalmente estabelecida pelo Poder Constituinte, mas não estabelece, com ele, uma relação antitética. O Poder Constituinte finda seu labor, para voltar a permanecer em estado de latência, com a edição da Constituição, e, em uma primeira aproximação, poderia concluir-se que a reforma do texto, a alteração do produto do Poder Constituinte, pudesse

---

[138] AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 70.

[139] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 390.

constituir um atentado ou uma violência contra a Constituição e contra o próprio Poder Constituinte.

Contudo, a reforma da constituição constitui mesmo, além de outras funções que serão abaixo relacionadas, uma forma de permitir a permanência da Constituição, impedindo-a de envelhecer e se tornar decrépita, incapaz de reger a vida da sociedade e o Estado.

Assume a reforma constitucional, em relação à Constituição, uma relação de complementariedade, no sentido de que é a atuação do Poder de Reforma Constitucional que permitirá a permanência da Constituição se suas normas necessitarem ser alteradas; no caso de imodificabilidade do texto, a verificação de necessidade de modificação das normas constitucionais conduziria à intervenção revolucionária do Poder Constituinte, quebrantando a ordem jurídico-constitucional precedentemente existente para a instauração de uma outra.

Pedro de Vega, no que é acompanhado por José Afonso da Silva, apresenta as seguintes funções da reforma constitucional: a-) instrumento de adequação entre a realidade jurídica e política; b-) mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado; e c-) instituição básica de garantia[140].

No entanto, do que até aqui foi dito acerca da reforma da Constituição, bem como das consequências da imodificabilidade e das relações entre o Poder Constituinte e o Poder de Reforma Constitucional, é possível decompor a diferenciação acima referida para relacionar as seguintes funções da reforma: a-) função de garantia; b-) função de estabilização; c-) função de ajustamento; d-) função de correção; e-) função de colmatação; e f-) função de aperfeiçoamento.

---

[140] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 67; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265.

A função de garantia reside na previsão e utilização da reforma como forma de defender e permitir a perpetuação e permanência da Constituição. A articulação da reforma possibilita que o texto constitucional perdure como estruturação jurídico-política da sociedade e do Estado, sem envelhecer e impelir o aparecimento de uma nova Constituição atualizada. Aliás, pode-se afirmar que todas as demais funções que ora se relacionam transitam em torno da garantia da Constituição; constituem um instrumental importante preordenado a garantir a permanência da Constituição[141].

A função de estabilização significa a conservação do programa normativo representado pela Constituição pelo desencadeamento do processo de reforma[142]. Este enfoque normativista, por assim dizer, possibilita a continuidade da ordem jurídica fundamental, ainda que se reformem trechos ou passagens do texto constitucional. A estabilização decorre mesmo do processo agravado de reforma constitucional em relação ao processo legislativo ordinário estatal, retirando a alteração continuada e desenfreada do texto constitucional de acordo com maiorias casuais ou momentos de irrefletida agitação política.

As emendas à Constituição, introduzidas no texto pelo processo de reforma, possibilitam, ainda, uma adequação dos valores constitucionais aos valores sociais[143]. Esse realinhamento axiológico autorizado pela reforma constitucional implica que a Constituição continue a representar os anseios políticos e as decisões valorativas da sociedade, transformadas em normas de hierarquia superior dentro do ordenamento jurídico por obra do Poder Constituinte. Independentemente da concepção de Constituição que se adote, é sua nota essencial a representação da estrutura de valores sociais

---

[141] PACE, Alessandro. *Potere constituente, rigiditá costituzionale, autovincolli legislativi*. 2 ed. Padova: Cedam, 2007, p. 270; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1025; HELLER, Herman. *Teoria do estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 322.

[142] PONTES DE MIRANDA. *Defesa, guarda e rigidez das constituições.* In: Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica. Rio de Janeiro: Atlas, 1995, p. 87.

[143] RAWLS, John. *Liberalismo politico*. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 226.

fundamentais, e a manutenção do canal de ajustamento, por intermédio da reforma constitucional, concede à Constituição a continuidade e identificação entre os valores sociais e constitucionais.

Sob outro prisma, a Constituição estabelece a divisão dos poderes do Estado e estrutura os órgãos preordenados ao cumprimento das funções e tarefas conferidas pela sociedade, independentemente de constituir um Estado liberal ou intervencionista. A prática quotidiana da atividade estatal pode demonstrar a necessidade de correção ou readequação das instituições políticas para que os fins que lhe são atribuídos sejam exercidos de maneira satisfatória. A experiência constitucional pode demonstrar a imperiosa necessidade de alteração das instituições políticas, ou, como diz John Rawls, a ideia que anima a reforma é a correção das instituições políticas decorrentes da práxis constitucional[144].

Note-se que esta função apresenta-se em uma relação Estado-Constituição. A realidade social cambiante, a necessidade de alteração legislativa para que a Constituição não perca sua significação como norma jurídica, ou mesmo o realinhamento axiológico podem inexistir para o exercício do Poder de Reforma Constitucional no caso de correção das instituições políticas. Cuida-se, em verdade, de uma atividade terapêutica das atividades estatais demonstrada pela práxis constitucional.

A função de colmatação decorre do reconhecimento político de que determinada matéria seja disciplinada pela Constituição. Não se pretende, aqui, entrar na discussão acerca da existência de lacunas constitucionais propiciadoras de um processo de integração pelo intérprete da norma, mas demonstrar a verificação política da necessidade de inclusão, no texto da Constituição, de certa matéria ou determinada disciplina das relações sociais de forma a retirar sua modificação pelo mesmo processo da legislação ordinária. Trata-se,

---

[144] RAWLS, John. *Liberalismo politico*. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 227.

repise-se, de uma constatação e de uma decisão política que implica uma alteração formal do texto constitucional[145].

Finalmente, a reforma tem por objetivo o aperfeiçoamento do próprio regime democrático e, nesse contexto, a salvaguarda dos direitos fundamentais. Asseverou-se, algures, que o Poder Constituinte, hodiernamente, é o Poder Constituinte do povo e que, no âmbito de uma democracia, a função reformadora não pode ser atribuída senão a um poder ou a um órgão de formação democrática. Nesse sentido, não se pode afastar a função da reforma constitucional de um norte, prático e teórico, de progressiva participação popular no processo político e de um aprofundamento da deliberação e decisão democráticas.

A constatação política e social da necessidade de aperfeiçoamento dos canais de participação democrática no processo político devem conduzir à alteração do texto da Constituição a fim de retirar os entraves formalmente plasmados de participação do povo no processo de poder. Não se quer com isso dizer que deva ser afastada a estrutura formal representada pela Constituição, mas sim a introdução de uma dinâmica constitucional predestinada a uma captação progressiva da vontade popular.

Nesse sentido, na compreensão dinâmica das Constituições democráticas, como *"um processo permanente da exploração cada vez mais ampla do sistema de direitos fundamentais"*[146], reside a necessidade, diuturna, de abertura do processo político da criação e do aperfeiçoamento do complexo de direitos e garantias fundamentais. Não se deve olvidar, contudo, que a democracia impõe o respeito e a salvaguarda do direito das minorias, como um processo de convivência digna de todos os indivíduos, o que leva à

---

[145] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 170. Afirma Loewenstein, a respeito, que *"uma reforma constitucional, que aqui surge na forma de um complemento constitucional, pode-se produzir quando a constituição contém lacunas que devem ser cobertas com o fim de que fique entorpecido o processo político"*.

[146] HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 149.

concluir que o aprofundamento da amplitude democrática da Constituição caminha em conjunto com a proteção aos direitos fundamentais[147].

4. Reformas constitucionais e mutações constitucionais

A reforma constitucional impõe a alteração formal do texto da Constituição e, nesse sentido, difere da mutação constitucional, que se qualifica como uma espécie de alteração informal da Constituição, deixando incólume seu texto[148].

Ambas as formas de mudança constitucional, contudo, situam-se em um âmbito de continuidade constitucional e afastam, por este motivo, o quebrantamento ou a ruptura da ordem constitucional pela ação ressurgida do Poder Constituinte[149].

O fundamento da reforma constitucional, já o dissemos, é a modificação constante das estruturas sociais que impõe a alteração da Constituição para evitar sua derrocada revolucionária pelo exercício do Poder Constituinte.

Sob a vigência de uma Constituição rígida, a reforma constitucional possui um procedimento agravado para evitar modificações irrefletidas do texto constitucional e

---

[147] SARTORI, Giovanni. *Teoria da democracia revisitada*. Vol. 1. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, p. 53.

[148] JELLINEK, Georg. *Reforma y mutatcion de la constitucion*. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 50; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Aliança, 1984, p. 137; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 169; HÄBERLE, Peter. *L'état constitutionnel*. Trad. Marielle Roffi. Paris: Economica, 2004, p. 120; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 179; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.191; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p 282; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 220; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança das constituições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; MEIRELLES TEIXEIRA, J.J.. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 141; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. O Poder constituinte derivado: as balizas de sua atuação. In: CAGGIANO, Mônica Herman Salem (Org.). *Reflexões em Direito Político e Econômico*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 331; KUBLISCAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

[149] AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p 282.

conferir às emendas um reforçado substrato democrático. Esse procedimento mais dificultoso pode impedir a reforma em determinados momentos se não houver, por parte do órgão incumbido da reforma, uma concordância quanto aos termos e a extensão da reforma do texto. Mas a realidade social não estaciona; não aguarda a alteração das normas para autorizar sua marcha histórica.

Se a realidade cambiante não encontrar sua representação formal na alteração do texto constitucional, o sentido que se atribua às disposições constitucionais pode ser modificado, para atender às necessidades políticas e sociais. Portanto, embora complementares no sentido de representarem a mudança na Constituição para acompanhar a realidade modificada e modificável, a reforma e a mutação constitucional são excludentes: onde há alteração formal do texto da Constituição, afasta-se a ideia de mutação como modificação do sentido da norma, isto é, como mudança informal da Constituição.

Na feliz síntese de Klaus Stern, *"a problemática da mutação constitucional começa ali onde se renuncia à reforma da constituição."*[150]

A mutação constitucional rompe com a distinção positivista entre o ser e o dever-ser, a realidade constitucional e o exclusivo âmbito normativo representado, aqui, pela Constituição[151]. A interseção entre a realidade e a norma, outrora repelida pela dicotomia intransponível entre ser e dever-ser, passa a ser admitida pela aceitação da mutação constitucional, reconhecendo-se a possibilidade de diálogo entre o normado e a realidade social. A este respeito, vale citar Konrad Hesse, ao afirmar que

> "uma teoria jurídica da mutação constitucional e de seus limites só seria possível com o sacrifício dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estreita separação entre "Direito" e "realidade", assim como o que constitui sua

---

[150] *Derecho del estado de la Republica Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 338.
[151] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

> consequência, a rejeição de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação jurídica."[152]

Poder-se-ia dizer que, sob um critério textual, isto é, levando em conta o texto da Constituição, a reforma se apresenta como um processo endógeno de mudança constitucional, ao passo que a mutação se revela como um processo exógeno. O primeiro deflui da própria Constituição, considerada em seu espectro jurídico-positivo: as mudanças se operam dentro do texto, a partir da reforma de seu texto, ao passo que na mutação as mudanças decorrem do cotejo Constituição-realidade social, e a expressão da síntese dialética é a mudança da Constituição com a manutenção, indene, do seu texto.

Garcia-Pelayo, apoiado em Hsü-Dau-Lin, aponta quatro possibilidades jurídicas de mutação constitucional: a-) mutação devida a um prática política que não se opõe formalmente a uma Constituição escrita e para cuja regulação não existe nenhum norma constitucional; b-) mutação por impossibilidade de exercício ou por desuso das competências e atribuições estabelecidas na Constituição; c-) mutação por uma prática em oposição aos preceitos da Constituição (o que inclui as leis ordinárias); d-) mutação através da interpretação dos termos da Constituição, de forma a obterem um conteúdo distinto daquele existente quando foram pensados[153].

Outra questão que se entremostra de difícil solução refere-se aos limites da mutação constitucional, porquanto, atingida a elasticidade máxima admitida pelo texto, resta somente como solução a alteração formal da Constituição pelo procedimento de reforma constitucional.

As limitações expostas pela doutrina podem ser condensadas em limitações semânticas, ideológicas e democráticas.

---

[152] HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157.

[153] GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Aliança, 1984, p. 137-138; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 185; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

A limitação semântica relaciona-se ao sentido das palavras empregadas pelo Poder Constituinte ou pelo Poder de Reforma[154]. Com efeito, a limitação deve encontrar seu limite na possibilidade da construção de sentido da norma constitucional e não conferir aos signos linguísticos sentidos diversos dos seus significados. À evidência, a limitação semântica encontra, como sua nota característica, uma variabilidade temporal e espacial, de acordo com o significado que se atribua às palavras em determinado momento histórico e lugar. Contudo, fora das possibilidades de construção do sentido da norma a mutação constitucional, que se apresentar em desconformidade com o texto, passa a ser inconstitucional.

Outro aspecto relativo à limitação semântica correlaciona-se à maior ou menor abertura das palavras utilizadas no texto da Constituição, isto é, à plasticidade das normas constitucionais. Quanto mais aberto for o termo, o que geralmente encontra expressão nos princípios constitucionais, maior a elasticidade da Constituição e, também, mais ampla a possibilidade de mutação constitucional. Pode ser feita, aqui, uma analogia à limitação da elasticidade expressa pelas leis da física, em que a elasticidade de um sólido encontra seu limite até o ponto em que pode tolerar a energia sem se deformar de maneira permanente.

A limitação ideológica, por seu turno, preserva a identidade da Constituição[155]. Apresenta-se como um limite que impede que as mutações constitucionais desfigurem a Constituição concretamente considerada, imprimindo-lhe nova fisionomia com a alteração do sistema de valores por ela representado.

Em um ou em outro caso, é necessária, se houver uma alteração tão substancial da realidade subjacente à Constituição, a atuação do Poder de Reforma Constitucional ou do Poder Constituinte. Se o texto não comportar a atribuição do novo sentido construído pelo

---

[154] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.
[155] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140

intérprete, faz-se mister a alteração formal da Constituição, com observância do procedimento previsto. Contudo, se a profundidade das mutações for de tal sorte que, ainda que se reforme o texto da Constituição, a identidade constitucional não suportar a alteração do sistema de valores representado pela Constituição, mostra-se forçosa a irrupção do Poder Constituinte para que uma nova Constituição seja elaborada e estabelecida, com identidade e feição renovadas.

Uma última categoria de limitação pode ser qualificada de democrática. A adoção, pelo Poder Constituinte e expressa pela Constituição, de um Estado Democrático de Direito, implica reconhecer que o povo deve participar, direta ou indiretamente, do processo político, o que inclui, em sua manifestação legislativa mais elevada, a reforma da Constituição.

Pois bem. Embora exista alguma divergência doutrinária, a mutação constitucional pode decorrer da interpretação da Constituição, que, de regra, é elaborada pelo Poder Judiciário, ainda que se utilize de fontes acadêmicas e sociais, ou mesmo pela edição de leis ordinárias, com reduzido consenso democrático em relação à Constituição. Assim, alterar o sentido da norma, atribuída de maneira originária pelo Poder Constituinte, ou mesmo posteriormente, pelo Poder de Reforma Constitucional, significa desconsiderar as decisões democráticas tomadas pelo povo ou seus representantes, se não se mantém, com elas, uma ligação de solidariedade. Por este motivo, Peter Häberle afirma que *"por razões derivadas do princípio do Estado de direito democrático, ela (a revisão) só é parcialmente substituível por ou permutada com a 'mutação constitucional'."*[156]

Portanto, a mutação constitucional é admissível e mesmo inevitável, mas deve guardar, tal qual a reforma constitucional, com as decisões democráticas expressas no texto constitucional, uma relação de solidariedade e não de contraposição. As limitações não se

---

[156] HÄBERLE, Peter. *L'état constitutionnel*. Trad. Marielle Roffi. Paris: Economica, 2004, p. 120.

apresentam como um empecilho ou óbice à mutação, mas como uma fronteira para a modificação do conteúdo da Constituição sem a alteração de seu texto.

5. Natureza, características e conceito do Poder de Reforma Constitucional

O Poder Constituinte pode ser conceituado como o ato de fundação de um novo corpo político por intermédio da elaboração e do estabelecimento de uma Constituição. Apresenta como suas características a inicialidade, a ilimitação material e o incondicionamento formal e sua natureza é híbrida ou dual, como fato político em sua face transformadora e revolucionária e como fato jurídico em sua vertente genética, que diz respeito com o fato de inaugurar e dele originar o ordenamento jurídico estatal.

O Poder Constituinte, ademais, não está subordinado a nenhuma norma jurídico-positiva preexistente, vale dizer, o ordenamento jurídico que o precede não o vincula, nem formal nem materialmente.

Contudo, fundado o corpo político pela elaboração e estabelecimento da Constituição, a permanência do texto requer sua atualização às modificações sociais, econômicas, políticas e culturais para que a Constituição não perca sua significação como norma jurídica.

Assim, ultrapassado o momento privilegiado de inauguração da ordem jurídico-positiva, o Poder Constituinte permanece em estado de latência e volta atuar se se apresentar um ambiente que imponha a edição de uma nova Constituição. Entretanto, no período variável de tempo que medeia entre a edição de uma Constituição e seu sobrepujamento pela atuação revolucionária do Poder Constituinte, o Poder Constituinte incumbe um órgão, um poder, ou um conjunto de instituições responsáveis pela atualização e adequação do texto constitucional: o Poder de Reforma Constitucional.

Verifica-se, portanto, que o Poder de Reforma Constitucional não apresenta a mesma natureza que o Poder Constituinte, embora ambos tenham a função de dispor acerca do conteúdo da Constituição. Como exposto no capítulo precedente, não parece correta a utilização do termo Poder Constituinte Derivado, de Segundo Grau, Instituído ou mesmo Poder Constituinte Reformador. Ressalte-se, tão somente, que é a referência ao termo constituinte que não se tem por exata quando se fala de reforma da Constituição e não a utilização do termo poder.

A natureza do Poder de Reforma Constitucional, por conseguinte, é jurídica, porquanto a circunscrição de suas atribuições, os limites de sua atuação e a forma de sua atividade estão previstos pela mais alta norma jurídico-positiva no interior do Estado: a Constituição.

O Poder de Reforma Constitucional, portanto, é uma competência, caracterizada por sua nota finalística de alteração do texto constitucional. Uma competência no sentido que lhe atribui o Direito, como um conjunto de atribuições circunscritas juridicamente e, nesse sentido, é dentro deste círculo de atribuições que o Poder de Reforma Constitucional pode atuar. É preferível considerá-lo como uma competência ao invés de uma função estatal para que não se confunda com a divisão funcional do Poder, sendo de se notar, ainda, que a competência reformadora, em geral, é atribuída a um dos Poderes do Estado, o Poder Legislativo.

Não se apresenta, ainda, como uma competência ordinária, comum, de exercício habitual, mas de significativa valoração política e importância jurídica[157]. O Poder de Reforma age no contexto normativo de maior posição hierárquico-formal, e por este motivo, cada vez que seu produto é editado – a emenda, altera-se a estrutura jurídico-

---

[157] STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 326; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 236; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 118.

política fundamental da sociedade e do Estado. O Poder de Reforma Constitucional somente deve agir, segundo sua natureza e, ainda, em consideração às suas funções enumeradas acima, se se fizer necessária a alteração do texto e se constatar que suas disposições não mais correspondem à realidade social cambiante.

Pode-se definir, conseguintemente, o Poder de Reforma Constitucional como a competência extraordinária de mudança formal da Constituição.

Nestes termos, também é possível apresentar como suas características, a derivação, o condicionamento formal e a limitação material[158].

O Poder de Reforma Constitucional é derivado ou instituído porque recebe, do Poder Constituinte, a circunscrição das suas atribuições. Esta nota característica deflui do pensamento de Sieyès e da distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos; embora Sieyès não se refira expressamente ao Poder de Reforma Constitucional como um poder constituído, é possível extrair de seu pensamento tal conclusão. Demais disso, quando se afirma que o Poder de Reforma Constitucional no pensamento de Sieyès aparece como um Poder Constituído, não se quer com isso dizer que se inclui entre um dos poderes do Estado, resultantes da divisão funcional esboçada por Aristóteles e aprofundada por Montesquieu, mas, tão somente, que se apresenta como uma criação do Poder Constituinte para atuar e agir no interior do Estado na forma determinada na Constituição.

Nesse sentido, não difere ontologicamente das demais funções e competências estatais, determinadas e disciplinadas pela Constituição. Repise-se, entretanto, que não se cuida de uma competência ordinária, senão de atuação diuturna e vulgar, mas de utilização em momentos excepcionais e de imperiosa necessidade.

---

[158] GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 10 ed. Paris: Montchrestien, 1989, p. 200; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29; SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 42; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 139; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.112.

O condicionamento formal significa que o Poder de Reforma Constitucional deve agir em observância ao regramento procedimental previsto na Constituição. Esta característica decorre da aceitação da Constituição como norma jurídica positiva e, portanto, da sujeição de sua reforma a um processo legislativo formal previsto e regrado pela Constituição Federal.

De fato, a Constituição estabelece a quem compete a reforma do texto constitucional o que, no âmbito das democracias representativas modernas, tem sido atribuída aos Parlamentos. Também o processo legislativo e sua eventual submissão à aprovação popular – por plebiscitos ou referendos, devem ser observados pelo Poder de Reforma Constitucional.

Finalmente, a limitação material ou subordinação representa a vinculação do Poder de Reforma Constitucional ao conteúdo ou matéria determinada pelo Poder Constituinte como fora do seu espectro de atuação. O Poder Constituinte retira de maneira expressa certos conteúdos da ação reformadora para a preservação da identidade da Constituição ou estas limitações podem decorrer da própria Constituição ou do regime por ela adotado – pelo que se diz que podem ser implícitas.

As maiores discordâncias doutrinárias referem-se à limitação material do Poder de Reforma Constitucional. Uma série de argumentos ponderáveis é dirigida tanto à aceitação quanto à rejeição da limitação material ao Poder de Reforma Constitucional, mas como sua análise toca ao próprio objeto do presente trabalho, a ela será despendido um tratamento mais aprofundado e pormenorizado, adiante.

6. Os limites ao Poder de Reforma Constitucional

O Poder de Reforma Constitucional, portanto, sendo um poder de direito, regulado em sua origem, estrutura, função e limites pela Constituição, não pode agir livremente em descompasso com sua disciplina jurídico-constitucional. Cuida-se de uma competência e, portanto, a circunscrição de suas valoradas atribuições não pode ser suplantada pelo seu exercício. Disso se conclui que a reforma constitucional é sempre limitada.

Contudo, no início da história constitucional ocidental, nem todas as Constituições, editadas no século XVIII, previam limitações à sua reforma. Aliás, à época, prevalecia o princípio da mudança e, nesse sentido, previa a Constituição Francesa de 1793, em seu art. 28, que *"Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras."*[159] Posteriormente, a Constituição Francesa 1875, foi reformada pela Lei de Revisão de 14 de agosto de 1884, para a inclusão da determinação sobre a imodificabilidade da forma republicana de governo.

Contudo, a Constituição estadunidense, de 1787 estabelecia limitações de duas ordens, material e temporal. Não admitia a reforma que tivesse por objeto a negação da igualdade de participação dos Estados na atividade legislativa federal e previa, também, a impossibilidade de edição de atos pelo Congresso que visasse a suprimir a escravidão, até o ano de 1808.

Na experiência constitucional brasileira, a Constituição do Império de 1824 previa uma limitação temporal[160] e a Constituição Republicana de 1891 estabelecia limitações materiais que tornavam livre de abolição a república e a federação: *"Não poderão ser*

---

[159] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59; CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1.173.

[160] Art. 174. *Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece roforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.*

admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado."

De toda sorte, a generalidade das Constituições não contava com cláusulas expressas limitativas de reforma. Prevalecia, também em doutrina, o princípio da mudança constitucional.

No século XX, no entanto, mormente a partir do segundo quartel, grande parte das Constituições passaram a prever, expressamente, limitações materiais à sua reforma, à exceção da Constituição espanhola de 1978[161]. O momento de inclusão destas cláusulas limitativas coincide com o fim da Segunda Guerra Mundial e a verificação da fragilidade formal da Constituição de Weimar e sua suplantação pelo regime totalitário, que produziu um espetáculo de horror e ódio[162].

Assim, a título exemplificativo, a Lei Fundamental Alemã de 1949 prevê, em seu art. 79.3, que

> "Não é permitida nenhuma modificação da presente Lei Fundamental que afete a organização da Federação em Länder, ou o princípio da participação dos Länder na legislação, ou os princípios enunciados nos arts. 1 e 20".

O art. 1º cuida da proteção da dignidade humana e da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e o art. 20 trata do fundamento da ordem estatal e do direito de resistência.

A Constituição Portuguesa, de 1976, estabelece que

> "as leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades e garantias dos

---

[161] Outra Constituição que prevê a possibilidade de sua reforma irrestrita é a Constituição Argentina de 1853, ainda em vigor, mas que sofreu diversos processos de reforma. Prevê seu art. 30: *"A Constituição pode reformar-se no todo ou em qualquer de suas partes. A necessidade de reforma deve ser declarada pelo Congresso com o voto de dois terços, ao menos, de seus membros; mas não se efetuará senão por uma Convenção convocada para este fim."*

[162] KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p. 204; STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 334; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'état et la constitution démocratique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2000, p. 219. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1998, p. 505.

> cidadãos; e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas jurídicas; m) A independência dos tribunais; n) A autonomia das autarquias locais; o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira."

A Constituição Francesa de 1958 estabelece, em seu art. 89, que *"a forma republicana do Governo não pode ser objeto de revisão"* e a Constituição Italiana de 1947, no mesmo sentido, estatui, no seu art. 139, que *"não poderá ser objeto de revisão constitucional a forma republicana."*

A Constituição brasileira de 1988 estabelece, em seu art. 60, § 4º, que

> "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais."

O condicionamento formal não apresenta maiores problemas, porquanto não impede, por si só, a alteração da substância da Constituição, mas submete o processo de reforma a regramentos dificultosos como forma de garantir-lhe a continuidade. Observado o procedimento previsto pela Constituição, a emenda que altera o texto se mostra juridicamente válida, ao menos formalmente.

Contudo, a aceitação da vinculação material do Poder de Reforma Constitucional pelo Poder Constituinte – e pela Constituição – não se apresenta infensa a críticas de diversas ordens que lhe são lançadas pela doutrina jurídica e política, que defende que a reforma é sempre ilimitada.

É conhecido o embate doutrinário entre os defensores da existência de limites à reforma constitucional ou aqueles que não a admitem ou, ainda, aqueles outros que lhe conferem uma mutabilidade relativa por intermédio da dupla revisão. A discussão de fundo emerge como a tensão entre Direito e democracia.

Questionam-se as limitações materiais ou núcleo imodificável da Constituição e de que forma tais limitações são legítimas diante de uma perspectiva democrática. Sim, porque não é nova a discussão sobre os mecanismos de autovinculação das alterações constitucionais e a democracia, sendo recorrente a comparação à Odisséia, de Homero, o que requer, no entanto, temperamentos.

A discussão acerca do Poder de Reforma Constitucional e suas implicações no regime democrático, mostra-se de extraordinária importância, mormente porque possibilita o diálogo com a ciência política e a filosofia, envolvendo aspectos referentes à formação do próprio Estado, as bases sociais sobre as quais repousa o texto constitucional, a evolução social e a defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais, porquanto o Estado não é um fim em si mesmo, mas está preordenado à consecução de determinadas finalidades, sem as quais carece de legitimidade.

7. A reforma ilimitada

Para certa parte da doutrina, política e constitucional, não pode subsistir nenhuma espécie de limitação à reforma constitucional, pois o povo, o titular do Poder Constituinte, pode alterar sua obra. Esta consideração decorre, no mais das vezes, pela identificação entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional, ou melhor, identificam-se os fenômenos diversos sob a denominação de Poder Constituinte, ora originário, autêntico ou em situação de primogeneidade, ora derivado, instituído, de segundo grau, ou em etapa de continuidade[163].

[163] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma,1975, p. 173.

Assim, um mesmo fenômeno, ora agindo de maneira inicial, estruturando a sociedade e o Estado mediante a edição da Constituição, ora atuando para a reforma das normas fundamentais, não pode ser por si próprio limitado.

Aqui, acerca da insubsistência das limitações à reforma constitucional, é possível apresentar a crítica republicana, principalmente de Thomas Jefferson, David Hume, Thomas Paine e Condorcet, além de diversos constitucionalistas e teóricos políticos que se mostram contrários à reforma limitada da Constituição.

Thomas Jefferson afirmava que os mortos não podem, por intermédio da Constituição, determinar a vontade dos vivos, com isso significando que o Poder Constituinte de hoje não pode vincular o Poder Constituinte de amanhã[164] e estabelecendo o princípio da autossuficiência das gerações. Se a Constituição ao povo pertence, sempre deve estar à sua disposição para as mudanças que entender necessárias ou convenientes, sem quaisquer espécies de vinculações, amarras ou condicionamentos[165].

Esta posição foi cristalizada pelo art. 28 da Constituição Francesa de 1793, que mais uma vez se transcreve: *"Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras."*

Joseph-Barthélemy e Paul Duez também consideram inválidas as cláusulas limitativas à reforma constitucional. Aduzem, após discorrerem sobre as limitações

---

[164] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 58; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1095; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p. 204; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p 38; MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 241; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 128; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. PUF, 1994, p. 410.

[165] No mesmo sentido, defendendo a possibilidade de alteração da Constituição e a impossibilidade de vinculações geracionais: HUME, David. *Ensaios morais, políticos e literários*. Nova Cultural: São Paulo, 1999, p. 200; PEINE, Thomas. *Direitos do homem*. Trad. Edson Bini. Edipro: 2005, pp. 57, 59 e 184; e, sobre Condorcet: ALENGRY, Franck. *Condorcet: guide de la révolution française*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, p. 600.

existentes em diversas Constituições, incluindo a Constituição Brasileira de 1891, que *"é evidente que todas estas disposições constituem somente simples intenções, sem força jurídica obrigatória para os sucessores dos constituintes e para as gerações futuras."*[166]

Também Georges Vedel afirma que as limitações têm um valor político e não jurídico. *"Do ponto de vista jurídico uma declaração de imutabilidade constitucional absoluta não é concebível. O poder constituinte sendo o poder supremo do Estado não pode ser vinculado, nem por ele mesmo."*[167]

Em síntese, esta corrente se sustenta em duas categorias básicas de argumentos: um argumento político republicano, decorrente da impossibilidade de limitação da autonomia individual por regras elaboradas por gerações precedentes, e um argumento jurídico de equivalência hierárquico-formal das normas constitucionais, que importa a revogação da norma anterior pela superveniência de norma, da mesma hierarquia, que discipline a mesma matéria – é a aplicação, sem restrições, no âmbito constitucional, da parêmia *lex posterior derogat legi priori.*

8. A superação jurídica das limitações: a dupla revisão

Os limites ao Poder de Reforma Constitucional são classificados como expressos quando estão previstos no texto da Constituição. Com isto quer se dizer que o próprio Poder Constituinte, quando da elaboração da Constituição, faz introduzir no seu texto certas limitações que deve ser observadas pelos demais poderes instituídos e, notadamente, pelo Poder de Reforma Constitucional, cuja função é a alteração formal da Constituição.

---

[166] BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933, p. 231.

[167] VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949, p. 117. Também inadimitindo a prevalência dos limites à reforma constitucional: DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Trad. Jesús Ferrero. Barcelona: Ariel, 1962, p. 224; VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 190; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 230; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 189.

Como foi dito, a doutrina diverge quanto ao caráter absoluto ou não destas limitações. Contudo, há uma corrente que considera relativas as limitações ao Poder de Reforma Constitucional, vinculantes enquanto estiverem positivadas, mas com possibilidade de serem superadas pelo fenômeno da dupla revisão, quando deixarão de existir como empecilho à reforma do texto da Constituição.

Pela dupla revisão, revisão de duplo grau, ou, ainda, revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão, opera-se a reforma do texto em duas etapas. Inicialmente, o órgão ou poder incumbido da reforma, altera a Constituição para suprimir de seu texto a cláusula limitativa da mudança; posteriormente, agora sem a proibição jurídico-positiva, procede à reforma daqueles dispositivos outrora protegidos pela norma proibitiva.

Pode-se dizer, sinteticamente, que, por um processo de revisão dual, retira-se a interdição reformadora para, posteriormente, alterar-se, livremente, a Constituição.

Jorge Miranda, defensor da tese da dupla revisão, acrescenta-lhe uma nota característica que sofistica sua análise e permite falar em dupla revisão mitigada[168].

Com efeito, para o Professor português, os limites da revisão constitucional podem ser de primeiro grau ou próprios e de segundo grau ou impróprios. As limitações de primeiro grau ou próprias, de natureza declaratória, identificam-se com os limites ao próprio Poder Constituinte e, se não podem ser por ele desconsideradas, também não o podem ser pelo Poder de Reforma. Aqui não tem lugar a dupla revisão, porquanto as limitações existem para além do texto da Constituição.

As limitações impróprias ou de segundo grau, por seu turno, possuem natureza declaratória e constitutiva, e representam condicionamentos à reforma constitucional tão somente por sua presença na Constituição formal. É no âmbito destas limitações que se

---

[168] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 423. Posicionam-se, também, favoravelmente à dupla revisão: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*. Revista de Direito Administrativo, n. 202, out./dez., 1995; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito constitucional*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 230.

pode falar em dupla revisão, porquanto, extirpado o texto da Constituição da limitação desta natureza, a reforma vindoura não encontrará limites, nem de natureza jurídico-positiva, nem de natureza axiológica, condizentes com os limites do próprio Poder Constituinte.

Nesse sentido, compreende-se com clareza a assertiva de Jorge Miranda ao afirmar que as normas de limites não são lógica nem juridicamente necessárias; necessários são os limites. Na medida em que o Autor aceita, como limites próprios, somente aqueles de natureza declaratória, eles existirão apesar de sua previsão jurídico-positiva, isto é, vincularão o Poder de Reforma da Constituição a despeito de não estarem positivados no texto constitucional[169].

Tal posicionamento não é imune a críticas, contudo[170].

A tese da dupla revisão se apresenta, segundo sentimos, com uma solução jurídico-positiva à limitação ao Poder de Reforma Constitucional e implica o rompimento com a distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional.

Inicialmente as normas constitucionais representam decisões políticas estruturantes e fundamentais da sociedade política e do Estado, de tal sorte que substituir as normas que estabelecem os limites à reforma constitucional significaria desfigurar a própria Constituição, enevoando ou mesmo modificando a identidade determinada pelo Poder Constituinte.

---

[169] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 422.

[170] Posicionam-se contrariamente à tese da dupla revisão: MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa; Caminho, 1980, p. 106; AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez., 2001, pp. 11-32; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 267; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1033; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p. 200; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164; SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 291; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 91.

Aqui também tem lugar a delicada questão dos limites implícitos. Aceitá-los, significa reconhecer que a as cláusulas de imutabilidade apenas declaram as restrições à reforma da Constituição, de forma que a dupla revisão encontraria seu óbice não somente nas normas positivadas.

Ademais, o Poder de Reforma Constitucional aufere sua autoridade e competência do poder inicial e estruturante, o Poder Constituinte, e, como poder constituído que é, não pode alterar as condições de sua própria competência, caso contrário, apropriar-se-á daquilo que não lhe pertence: o poder de elaborar e estabelecer a Constituição do Estado e da sociedade.

9. A reforma limitada

Finalmente, acerca da defesa, relativização ou rejeição dos limites acerca da reforma constitucional, encontra-se a terceira corrente, que, por sustentar nosso ponto de vista, será tratada com minudência.

A premissa necessária para a sustentação da validade e legitimidade das limitações à reforma constitucional repousa na distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional. A identidade entre os dois fenômenos deve conduzir à autorização da superação dos limites; a distinção, por seu turno, permite inferir que o Poder que reforma a Constituição o faz por determinação do Poder Constituinte, que lhe fixa a competência, a forma de agir e as limitações[171].

As limitações, por conseguinte, condicionarão o exercício da reforma que se seguir, tanto no aspecto formal, disciplinando seu procedimento, quanto impedindo que

[171] BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. Paris: PUF, 1994, p. 357.

determinados princípios ou normas constitucionais sejam revogados ou alterados em sua substância.

Cuida-se, em verdade, da inalienabilidade da própria soberania, que permanece nas mãos do titular do Poder Constituinte, para agir em momentos de estruturação político-jurídica. A atividade política diuturna e ordinária de alteração do texto da Constituição para adequá-lo às novas realidades, ou mesmo exercer qualquer outra das funções que acima se arrolaram, é exercida por um Poder criado para tanto; não pode transformar-se a criatura em criador, pela assunção da soberania e da titularidade do Poder Constituinte, e modificar a Constituição em sua identidade, o que equivaleria à elaboração de uma nova Constituição.

Os contornos da atuação do Poder de Reforma Constitucional, assim como dos demais Poderes e órgãos estatais, são conferidos pelo Poder Constituinte. As margens conferidas de conformação da Constituição à realidade podem e devem ser ocupadas pela atividade reformadora, rejuvenescendo a Constituição e mantendo sua força normativa, mas alterar estes limites para conduzir a sociedade política e o Estado por leitos diversos daqueles fixados pelo povo implicará uma indevida alienação da soberania e do Poder Constituinte.

Repudiada no início do constitucionalismo, como já referido, as limitações à reforma, mormente após o segundo pós-guerra, ganharam força e legitimidade, como tentativa da preservação do Estado de Direito, da proteção dos direitos fundamentais e da subsistência do próprio regime democrático.

Hodiernamente, farta doutrina procura defender as limitações, valendo enumerar os seguintes Autores: Carl Friedrich, Claude Klein, Carl Schmitt, Klaus Stern, Maurice Hauriou, Olivier Beaud, Costantino Mortati, Pedro de Vega, Miguel Nogueira de Brito, Ignácio de Otto, Konrad Hesse, José Joaquim Gomes Canotilho, Nelson de Souza

Sampaio, Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Ayres Britto, Luís Virgílio Afonso da Silva e Edvaldo Brito, Meirelles Teixeira e Luis Recasens Siches.

As críticas de maior relevo que se colocam em relação à subsistência das limitações relacionam-se à democracia. Limitar as reformas constitucionais, notadamente no âmbito da democracia representativa que caracteriza os Estados modernos, significa retirar do próprio povo a possibilidade de autogovernar-se ao restringir a atuação de seus representantes.

Ao estabelecer cláusulas imutáveis que regerão o futuro da sociedade e do Estado, uma geração, em uma privilegiada posição de elaboração de uma Constituição, vinculará as gerações subsequentes. No entanto, uma geração quer vincular as gerações que sobrevierem, mas não deseja ser vinculada pelas gerações que a precederam. Nisso repousa o paradoxo da democracia[172].

Todavia, uma série de argumentos autoriza a defesa das limitações ao Poder de Reforma Constitucional, sem que tal conclusão impeça a livre deliberação democrática e o desenvolvimento social, máxime considerando que a democracia não significa liberdade absoluta da maioria.

O Poder Constituinte permanecerá no povo, que se levantará para a fundação de um novo corpo político, assim que as estruturas do regime precedente se mostrarem envelhecidas demais para sustentar as bases sobre as quais repousava.

9.1. Precomprometimento e autovinculação: Ulisses e as sereias

[172] ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas*. Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989, p. 159. Nas palavras de Elster, *"o paradoxo da democracia pode expressar-se assim: cada geração deseja ser livre para atar sua sucessora, sem estar atada por suas predecessoras."*

A questão é delicada e se encontra no ponto de encontro entre o Direito e a Democracia; cuida-se da tensão existente entre o precomprometimento constitucional, pela adoção de núcleos imodificáveis no seio das constituições, e o regime democrático, isto é, o paradoxo existente entre a reserva de Constituição, limitações materiais ao Poder de Reforma constitucional e o pretenso impedimento às gerações futuras de tomar as decisões políticas fundamentais[173].

Ao elaborar e estabelecer a Constituição, o povo se autovincula pelas regras por ele mesmo editadas. Trata-se, em verdade, de uma autovinculação ou precomprometimento intergeracionais, em razão mesmo da permanência da Constituição e da tentativa de perenizar-se, como norma fundamental da sociedade e do Estado.

Como decorrência desta autovinculação, as alterações na estrutura jurídico-política são obstadas, ainda que se mostrem sedutoras ou cativantes as alternativas que podem se apresentar. As premissas fixadas como válidas para o desenvolvimento racional da sociedade permanecerão como forma de impedir que sucessivas modificações estruturais tornem irracionais, movediças e fluidas as bases do processo político e da organização jurídica.

Vale aqui uma analogia literária, desenvolvida pela doutrina americana, entre a reforma constitucional e a Odisséia, de Homero[174]. Com efeito, para furtar-se à sedução do doce canto das sereias que os levariam, a si e aos seus tripulantes, à morte, Ulisses determinou que o amarrassem ao mastro para que, mesmo ouvindo os cantos fascinantes,

---

[173] HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ESTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 195-240; ELSTER, Jon. *Ulises y las Sirenas*. Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989, pp. 66 e ss.; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20; SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A Reforma da previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-48; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 125; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.385.

[174] ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas*. Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

não fossem conduzidos para a morte. Determinou aos seus tripulantes, cujos ouvidos estavam vedados com cera, que atassem ainda com mais força os laços, se lhes pedisse para soltá-lo. Eis a passagem citada:

> "por isso, amarrai-me de pé sobre a carlinga, com rudes laços, para que eu daqui não saia, e pendam fora do meu alcance as pontas das cordas. Se eu insistir convosco para que me solteis, apertai-me, então, com laços mais numerosos."[175]

O simbolismo expresso na passagem de Homero representa os laços aos quais a própria sociedade se ata, como forma de manutenção do regime democrático, para não ser suplantado por momentâneas debilidades do povo, bem como dos direitos humanos de uma minoria, que não pode ser esmagada ou oprimida pela vontade de uma maioria absoluta.

É evidente que tal alegoria deve ser vista com reservas. Qual ocorreu na Odisséia, não se pode fechar os ouvidos para a realidade social cambiante e para as necessidades do aperfeiçoamento do regime democrático e a salvaguarda dos direitos fundamentais. Cuida-se de um eixo axiológico do qual as modificações no compromisso inicial não podem se afastar, mas isso não impede, de maneira absoluta e total, a deliberação democrática do povo, pessoalmente ou por intermédio de seus representantes.

Demais disso, como bem anota Oscar Vilhena Vieira, a limitação que Ulisses se impôs era em relação à sua própria autonomia individual, e o precomprometimento que se coloca à sociedade, pelo estabelecimento da Constituição, é coletivo e supra-individual, de tal sorte que não depende tão somente de uma observância daquilo que se estabeleceu como norma vinculativa pelo próprio indivíduo, senão por toda a sociedade[176].

---

[175] HOMERO. *Odisséia*. Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Cutrix, 2006, p.144.

[176] VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20. O próprio Jon Eslter, que outrora defendia a tese da auto-restrição – self-binding – publicou uma obra, Ulisses Unbound, em que rejeita a ideia da autovinculação. Afirma ele, já no prefácio, afirma que a obra *"reflete uma mudança na minha visão sobre constituições como dispositivos de precompromisso. Fui bastante influenciado por um comentário de um crítico a respeito de Ulysses and the Sirens feito por meu amigo e mentor, o falecido historiador norueguês Jens Arup Seip: 'No mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros', Embora essa seja uma declaração radical, agora penso que está mais próxima da verdade do que a noção de que a auto-restrição é a essência da elaboração de uma constituição. Ulisses amarrou a si mesmo ao mastro, mas também pôs cera nos ouvidos dos remadores."* (ESLTER, Jon. *Ulisses liberto*. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009, p. 7. Veja-se,

Vale aludir, ainda, à possibilidade de que a função de autovinculação – precommitment ou self-binding – também pode adequar-se a um discurso liberal-constitucional ou a um discurso social-constitucional[177].

A autovinculação pode ser negativa, hipótese em que o compromisso repousa em omissões e abstenções, tanto do Estado quando dos indivíduos, implicando a previsão de cláusulas de limites tais quais as liberdades clássicas típicas do constitucionalismo liberal. A autovinculação, contudo, pode ser positiva, na medida em que se estabeleçam compromissos consubstanciados em atos positivos, ações, atitudes, isto é, que aspreferências plasmadas no compromisso se coadunem com as diretrizes do constitucionalismo social.

As limitações materiais ao Poder de Reforma Constitucional, por isso, apresentam-se como o núcleo do precomprometimento constitucional. Os princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição, revestidos de dignidade imutável, constituem um precompromisso do povo quanto à forma de seu desenvolvimento, à manutenção do regime democrático e à salvaguarda dos direitos fundamentais. Este núcleo é o eixo axiológico em torno do qual transitam todas as demais normas constitucionais e, de um modo geral, todas as normas estatais.

Afastar as cláusulas de imutabilidade significa atingir o centro do ordenamento constitucional, quebrantando as bases do compromisso inicial, o que não pode ser realizado senão por aqueles titulares da soberania e no momento historicamente elevado da irrupção do Poder Constituinte. Restabelecem-se, assim, os alicerces do novo corpo político, reconstruindo-o.

---

também, BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

[177] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.385.

9.2. Circunstâncias constitucionais distintas: o dualismo democrático

Também fundamenta a existência de limitações à reforma constitucional o dualismo democrático, que, nas palavras de Bruce Ackerman, significa duas decisões diferentes que podem ser tomadas numa democracia: a decisão do povo e a decisão do governo[178].

As decisões do povo são raras e ocorrem em momentos constitucionais especiais; nesta oportunidade historicamente situada, são expressas as decisões fundamentais ao estabelecer-se a Constituição, redefinir sua identidade e autodeterminar a comunidade política[179]. As decisões do governo, por seu turno, são rotineiras e quotidianas, e submetem-se a determinadas condições impostas pelo povo, ao editar a Constituição. O governo, aqui considerado em sentido amplo, tem responsabilidades perante o povo e lhe deve prestar contas no momento da votação, mas a simples vitória eleitoral não lhe confere a possibilidade irrestrita de alterar as garantias e princípios fundamentais eleitos pelo próprio povo.

São dois momentos distintos, que poderíamos referir como momento de estruturação e momento de funcionamento democrático, ou, ainda, como *constitucional politics* e *normal politics*.

Ideias congêneres ao dualismo democrático, em sua específica aplicação à teoria do Poder Constituinte, podem ser reconduzidas a Sieyès e aos *Federalistas*, com sua reformulação por Jon Elster[180].

---

[178] ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 7.

[179] CITADINO, Gisele. Apresentação. In: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XX.

[180] KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, pp. 3 e 139; BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 116; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état*. PUF, 1994, p. 451; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 59 e 74. Claude Klein aprofunda a distinção para encontrar suas raízes no decisionismo de Carl Schmitt e na diferenciação panteísta de Spinoza entre *natura naturans* e *natura naturata*, como momentos diferentes ou circunstâncias constitucionais diversas.

Com efeito, o dualismo democrático marca a existência de momentos constitucionais dessemelhantes; o primeiro, de expressão máxima da soberania popular pela elaboração dos princípios fundamentais que doravante regerão a vida da sociedade e do Estado, e outro, de expressão quotidiana e liberdade de ação democrática na medida das margens estipuladas pelo povo. Estes dois momentos guardam forte similitude com a separação, formulada por Sieyès, entre o Poder Constituinte ilimitado da Nação e o exercício limitado juridicamente dos Poderes Constituídos criados pela Constituição.

Apenas para rememorar, Sieyès colocava o Poder Constituinte nas mãos da Nação, que exercia sua soberania ilimitadamente ao elaborar a Constituição; os Poderes Constituídos, porque criados pela Constituição, agiriam na exata medida de sua competência, limitada materialmente e condicionada formalmente. Contudo, o Poder Constituinte permanecia nas mãos da Nação, que poderia alterar a Constituição quando lhe aprouvesse.

Na teoria de Sieyès a *constitucional politics* coincidiria com a irrupção revolucionária do Poder Constituinte que, quebrantando a ordem constitucional precedente, elabora os princípios fundamentais de regência social e estatal e edita a Constituição. O momento da *normal politics*, diferido para após a edição da Constituição, situa-se no exercício rotineiro do poder político, pelos Poderes Constituídos, nos termos estabelecidos pela Constituição.

Também James Madison, no Federalista, expressa a ideia de uma dicotomia temporal que reflete uma dualidade substancial quanto ao exercício da democracia e distingue entre *constitucional politics* e *normal politics*[181], sendo o primeiro uma

---

[181] MADISON, James. *O federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte, 2003, p. 310; HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ESTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 216.

circunstância excepcional de fundação do corpo político e o segundo representando o funcionamento normas das instituições precedentemente criadas.

Jon Elster, do mesmo modo, distingue os dois momentos, decorrentes do precomprometimento constitucional. Assevera que

> "uma ideia fundamental é a função da assembleia constituinte que estabelece as regras básicas que devam seguir todas as gerações posteriores. Na realidade, só a assembléia constituinte é um ator político no sentido, no forte sentido de uma politique politisante; todas as gerações anteriores estão restritas à politique politisée ou à aplicação das regras fundamentais."[182]

Esta distinção não é meramente temporal, isto é, não se refere apenas a dois momentos distintos de expressão do processo democrático, mas, sobretudo, apresenta uma diferença qualitativa quanto à extensão e à fundamentalidade das decisões democráticas. No momento inicial de estruturação – *constitucional politics* ou *politique politisante* – as decisões políticas caracterizam-se por seu aspecto fundamental de criação das instituições políticas essenciais, o que implica uma maior mobilização popular e participação democrática, seguindo-se daí para diante, uma prática política solidária com os princípios fundamentais, que exprime um processo político habitual de funcionamento das instituições democráticas – a *normal politics* ou *politique politisée*.

A este respeito, expressiva é a constatação de Miguel Nogueira de Brito, quando assevera que

> "ao distinguir entre uma constituctional politics e uma normal politics, Ackerman não diferencia apenas a produção de normas de nível constitucional (higher law-making) da produção legislativa ordinária, mas caracteriza a primeira através da mobilização da cidadania e da virtude cívica e a segunda através de uma maior concessão ao jogo do pluralismo político e econômico."[183]

Transposta a cisão temporal para a análise do Poder Constituinte, a um primeiro momento corresponde a elaboração e edição da Constituição e a um segundo, de exercício

---

[182] ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas*. Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989, p. 159. Os termos *politique politisante* e *politique politisée* são utilizados em francês no original.

[183] BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição.* Coimbra: Coimbra, 2000, p. 116. Também assim: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 74.

limitado das competências constitucionais. Ou ainda, um momento de criação e outro de funcionamento do sistema político democrático.

Ao negar a distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma e rejeitar as limitações à reforma da Constituição, desaparecem as razões da diferença entre *constitucional politics* ou *politique politisante* e *normal politics* ou *politique politisée*, ao menos no aspecto que interesse ao presente estudo, porquanto a circunstância constitucional estruturante se diluirá no exercício político ordinário e quotidiano e permitirá a alteração das normas fundamentais, ainda que acobertadas pelo manto da imutabilidade, da mesma forma que as demais normas constitucionais.

9.3. Limites, democracia e direitos fundamentais

A tensão existente entre a democracia e o constitucionalismo revela-se de maneira valorada no tema das limitações ao Poder de Reforma Constitucional, na medida em que aqui se obstam, de maneira absoluta, as deliberações democráticas regulares e, caso a estrutura formal impeditiva da reforma não consiga conter a emergência da vontade democrática da mudança, rompem-se as correntes estabelecidas pela Constituição para que outra Constituição seja elaborada. Aparentemente, portanto, ou bem prevalece a segurança jurídica, cujo significado máximo no ordenamento jurídico é representado pela Constituição, ou bem vence o jogo democrático num ambiente de livre deliberação e decisão.

Contudo, nem a democracia pode ser compreendida, hodiernamente, em um sentido absoluto, nem tampouco a Constituição representa um óbice intransponível à deliberação democrática[184].

---

[184] SARTORI, Giovanni. *Teoria da democracia revisitada*. Vol. 1. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, p. 53; OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel,

Desde o início do constitucionalismo, o estabelecimento da Constituição significou a limitação do poder político e, como consequência, a proteção dos direitos fundamentais, naquele momento de cunho eminentemente negativo. Durante toda sua evolução, o constitucionalismo moldou a Constituição às necessidades e à expansão dos direitos fundamentais, provocando um engrandecimento do Estado na medida em que se fazia necessário para a promoção dos direitos sociais, que já adquiria também um sentido positivo.

Ao lado disso, para além daqueles princípios eleitos como imutáveis pelo Poder Constituinte, a deliberação e decisão democráticas se encontravam livres, pertencendo ao povo, que a exercia diretamente ou por intermédio dos seus representantes. Por conseguinte, apenas um núcleo é retirado da livre disposição democrática para manter a salvo o próprio regime democrático e possibilitar a proteção dos direitos fundamentais: eis o eixo axiológico em torno do qual devem transitar as limitações – a subsistência do regime democrático e a salvaguarda dos direitos fundamentais (e seu corolário de limitação do poder político).

Não são excludentes, portanto, democracia e direitos humanos, embora se reconheça que a conflituosidade decorrente do amesquinhamento da democracia pela expansão dos direitos fundamentais ou do fortalecimento da democracia em razão do refluxo daquela categoria de direitos essenciais.

A democracia, portanto, não pode ser considerada absoluta, no sentido do resultado *tout court* da deliberação da maioria, porquanto existe uma minoria, ou minorias, que fazem parte do povo – e, portanto, com direito também de autogoverno – e que possuem o direito à preservação de sua dignidade e dos direitos que a informam diretamente, ainda

---

2008, p. 62; BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 77; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1393.

que diante da força democrática majoritária[185]. É em relação a este núcleo que as limitações se mostram de extraordinária valia.

Além dos direitos fundamentais, a subsistência do regime democrático depende da manutenção de um mínimo de regras que qualifiquem e possibilitem a extração livre e igual da vontade democrática do povo. A modificação substancial, continuadamente, dos princípios jurídico-políticos estruturantes da sociedade e do Estado, pode conduzir a um ponto em que as deliberações democráticas não possam ser livre e refletidamente tomadas.

Ao afirmar-se que a garantia da imodificabilidade de determinadas normas constitucionais decorreria da necessidade de manutenção das regras do jogo no regime democrático, como forma de justificar a existência de limites ao poder de reforma constitucional, olvida-se que as limitações não tornam intagíveis tão somente normas, por assim dizer, de métodos ou de procedimentos democráticos, mas, também, princípios substanciais que promovem a pessoa humana e salvaguardam a sua dignidade. O que se quer com isso dizer é que se entremostra insuficiente, embora correta, a assertiva de que a manutenção das cláusulas de intangibilidade ou pétreas destina-se a manter as regras do jogo democrático, de modo a justificar as limitações ao poder de reforma constitucional no entrechoque paradoxal entre o constitucionalismo e a democracia. São resguardados, outrossim, princípios de ordem material ou substancial que constituem conquistas civilizatórias da humanidade, plasmada nos direitos fundamentais. Ao se permitir, portanto, a alteração de tais normas, como forma de suprimir tais direitos, chegar-se-á a outro paradoxo, agora em consideração à democracia substancial: esvaziar-se-á o próprio conteúdo da democracia, reconduzindo-a ao caráter meramente formal de um sistema de métodos e procedimentos para a escolha das decisões populares.

---

[185] PINTO FERREIRA, Luis. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Vol. I. 5 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 195; ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 36; BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 133.

Ocorre que a democracia, como forma de convivência, não pode prescindir do elemento contramajoritário, exatamente para proteger aqueles que, na dinâmica da política quotidiana, passem a constituir minorias democráticas.

Nesse sentido, a sensível constatação de Jürgen Habermas acerca da co-originalidade e complementariedade da soberania popular e dos direitos fundamentais se mostra de extraordinária valia, visto que um não pode sobreviver sem o outro. Afirma Habermas, citando Frank Michelman, que sua teoria destina-se a

> "mostrar que a relação aparentemente paradoxal entre Democracia e Estado de direito pode ser diluída na história, quando entendemos a constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes."[186]

Os direitos humanos, positivados como direitos fundamentais, somente têm condições de existir no âmbito de uma democracia não tomada num sentido absoluto, afastando a tirania de uma maioria eventual, bem como a democracia somente pode subsistir se os direitos fundamentais de todos forem observado: não há democracia, como governo do povo, sem povo para governar.

10. Tipologia das limitações à reforma constitucional

Far-se-á, neste momento, uma análise da tipologia das limitações ao poder de reforma, buscando estabelecer diretrizes conceituais, sem, contudo, investigá-las e determiná-las diante do texto da Constituição Federal de 1988, para, no capítulo que se seguir, tratar pormenorizadamente dos limites expressos, materiais, formais[187], temporais e circunstanciais, bem como dos limites implícitos ao Poder de Reforma Constitucional.

---

[186] HABERMAS, Jürgen. Estado Democrático de Direito – Uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios? In: *Era das transições*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156.

[187] Parte da doutrina classifica os limites formais em circunstanciais, temporais e processuais (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34), ou, ainda, ordena entre os limites adjetivos, os limites circunstanciais, temporais ou formais (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes.

10.1. Limites autônomos, heterônomos e absolutos

A doutrina costuma referir-se à existência de limites autônomos, heterônomos e absolutos, ao Poder de Reforma Constitucional. Tal classificação, que remonta a Walter Jellinek, leva em consideração a origem ou procedência da regra limitativa ao exercício do Poder de Reforma Constitucional[188].

Os limites autônomos seriam aqueles provenientes do próprio ordenamento jurídico de determinado Estado, vale dizer, derivariam do interior um ordenamento jurídico-constitucional concreto. Desta forma, os limites autônomos estão previstos no texto constitucional e desempenham um papel limitador ao exercício do poder reformador previsto pelo próprio Poder Constituinte no momento de criação da Constituição.

Denominam-se heterônomos, por seu turno, os limites que se originam fora do ordenamento jurídico-constitucional e são estranhos à Constituição positiva que se pretende reformar. Constituem limites heterônomos a eventual vinculação limitativa ao poder de reforma advinda de outros ordenamentos[189] ou do Direito Internacional[190].

Estamos diante de um limite absoluto caso seja ultrapassado o âmbito meramente jurídico e os limites sejam impostos por circunstâncias extrajurídicas. Os limites absolutos

---

Constituição e Mudança Constitucional: Limites ao Exercício do Poder de Reforma Constitucional. *Revista Forense*, v. 324, p. 32-39, out./dez., 1993, p. 31). Contudo, embora tais classificações sejam convenientes para opor os limites materiais a outros tipos de limitações que não se refiram ao conteúdo mesmo da Constituição, não é possível estabelecer uma nota fundamental única como critério de divisão do objeto dividendo (limitações) o que leva à inferência de que se tem, na divisão, utilização de "critérios ou pontos de vista diversos" (TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência: curso de lógica formal*. 6 ed.. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 318). Por este motivo, as limitações temporais, circunstanciais e processuais não são, neste trabalho, espécies do gênero limitações formais.

[188] Apud VANOSSI, Jorge Reinaldo *Teoría constitucional.* Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 178; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état.* Paris: PUF, 1994, p. 336.

[189] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 241.

[190] BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 92.

podem ainda ser subdivididos em ideológicos, como crenças, valores ou a superestrutura decorrente da doutrina marxista, e estruturais, decorrentes da estrutura social subjacente[191].

Por conseguinte, a presente classificação, coloca, ao mesmo lado, as limitações autônomas e heterônomas, de origem jurídica, não obstante encontradiças, respectivamente, dentro e fora do ordenamento jurídico-positivo, em contraposição às limitações absolutas, de cunho extrajurídico.

Tal classificação, contudo, é meramente descritiva e sem aplicação na prática político-constitucional. Com efeito, os limites heterônomos, de procedência jurídica externa ao ordenamento concreto de um Estado, podem ser incorporados e positivados, passando a subsistir como limitação autônoma, o que leva à inferência de que a classificação pode dissipar-se caso sejam interiorizadas aquelas regras limitativas que outrora se buscavam fora do ordenamento jurídico. Ademais, o reconhecimento dos limites absolutos repousa em crença e em fatores sociológicos, que podem não subsistir no momento mesmo da criação da ordem positiva com a elaboração da Constituição pelo Poder Constituinte Originário.

10.2. Limites absolutos e relativos

Os limites absolutos são aqueles que não podem ser sobrepujados pelo exercício do Poder de Reforma Constitucional, vale dizer, aqueles que, seja por determinação expressa do titular do Poder Constituinte Originário, por intermédio da positivação de normas limitadoras, ou por ilação ou dedução da própria Constituição, não podem ser eliminados do texto constitucional.

---

[191] VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 182.

Os limites relativos, por outro lado, condicionam ou regulam o exercício do Poder de Reforma Constitucional, mas não se destinam, de maneira precípua, a impedir a alteração de disposições jurídico-constitucionais[192], podendo, portanto, ser afastados pela reforma.

A questão da validade jurídico-política das limitações absolutas ao poder de reforma constitucional encontra, tanto na doutrina constitucional quanto na ciência política, defensores e adversários. Tal tensão, todavia, foi objeto de análise em momento oportuno. Contudo, não se pode deixar de ressaltar, uma vez mais, que o argumento jurídico de maior importância no que tange à possibilidade de superação dos limites absolutos ao poder de reforma constitucional refere-se à dupla revisão ou à revisão em duplo grau, que significa, em síntese, a alteração, pelo procedimento de reforma, da disposição constitucional que contém a norma proibitiva de alteração, para, num segundo momento, alterar a própria norma que outrora era objeto de proteção contra o exercício do Poder de Reforma.

10.3. Limites formais e materiais

Os limites materiais à reforma constitucionais referem-se ao conteúdo da Constituição, expresso por determinada norma ou conjunto de normas[193]. O Poder Constituinte pode retirar da competência reformadora a possibilidade de supressão de certa matéria da Constituição, para, desta forma, manter-lhe a identidade. As limitações materiais relacionam-se, portanto, ao conteúdo ou substância da Constituição e são

---

[192] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.033.

[193] BIDART CAMPOS, Germán J.. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 177; STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 342; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

denominadas de cláusulas de intangibilidade, núcleo intangível, cláusulas pétreas, garantias de eternidade, disposições de intangibilidade ou conteúdos fixos.

As limitações formais, por seu turno, dizem respeito ao próprio procedimento da reforma constitucional, o que envolve desde a titularidade, a forma de deliberação, o quorum, a submissão à ratificação popular, até a publicação do novel texto da Constituição. O procedimento de reforma, se agravado em relação à legislação ordinária, qualifica como rígida a Constituição. Ademais, embora não se refiram ao conteúdo da Constituição, as limitações formais constituem também uma garantia da identidade constitucional, na medida em que retiram da deliberação democrática quotidiana e das maiorias eventuais a possibilidade de reformar a Constituição[194].

10.4. Limites expressos, implícitos ou imanentes

De antemão, é preciso ressaltar que a doutrina dominante expressa a presente classificação de forma binária, contrapondo os limites explícitos ou expressos aos limites implícitos, tácitos, inerentes ou naturais, tão somente. É a posição aqui adotada[195].

Contudo, Canotilho distingue, ao lado dos limites expressos ou textuais, os limites textuais implícitos e os limites tácitos[196].

---

[194] SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 291-333.

[195] No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135; LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. 4. reimpressão. Barcelona, Ariel, 1986, p. 192; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 89; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: O problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 46, jan./mar., 2004, p. 305; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244; e VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente.* Madrid: Tecnos, 2007, p. 242; BEAUD, Olivier. *La Pussance de l'État.* Paris: PUF, 1994, p. 337.

[196] *Direito constitucional e teoria da constituição.* 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.031.

Para Canotilho, os denominados limites implícitos ao poder de reforma constitucional, na verdade, sustentam-se sobre duas ordens de fundamentos. A primeira refere-se ao espírito da Constituição e a identidade constitucional, isto é, àquele conjunto de princípios e valores que identificam a Constituição e a ordem por ela criada e os quais, alterados ou abolidos, desfigurariam a feição própria de determinada Constituição. Por isso mesmo, esta espécie de limitações refere-se a uma ordem constitucional concreta e historicamente situada, à identidade da Constituição e não das Constituições, e são deduzidas, portanto, do texto de determinada Constituição. Ao lado das limitações decorrentes do espírito de determinada Constituição, reconhece-se, outrossim, a existência de limites que, segundo Canotilho, decorreriam de uma ordem de valores pré-positiva e, portanto, não se originariam da identidade de determinada ordem constitucional, mas de um plexo de valores preexistentes aos ordenamentos dos Estados e que limitariam, desta forma, a reforma do texto constitucional que os suprimisse. Por conseguinte, aos primeiros dar-se-ia a denominação de limites textuais implícitos, porque não expressos ou determinados por determinada ordem constitucional positiva. Às limitações que se imporiam ao Poder de Reforma Constitucional sob o fundamento de preexistirem ao próprio Estado e à Constituição, denominam-se limites tácitos.

Os limites são expressos, explícitos ou textuais quando estão previstos normativamente no texto da Constituição como limitações ao exercício do poder de reforma constitucional. Há a previsão, expressa, acerca de uma determinada norma ou grupo de normas que não podem ser objeto de reforma constitucional, o que conduz à impossibilidade de supressão ou abolição das matérias ou conteúdos do texto da Constituição. São denominados de cláusulas de intangibilidade, núcleo intangível, cláusulas pétreas, garantias de eternidade, disposições de intangibilidade ou conteúdos fixos caso se refiram ao conteúdo ou substância da Constituição.

Os limites expressos podem ser temporais e circunstanciais e, ainda, formais, se se referirem ao processo de reforma da Constituição, incluindo o rito previsto para a emenda ou revisão da Constituição, a iniciativa, o quorum de votação, caso a competência reformadora seja atribuída a uma Assembléia.

Os limites implícitos, por óbvio, não estão positivados no texto constitucional, mas estão compreendidos na própria essência da Constituição, a qual é considerada sob o enfoque concreto, historicamente situada, criadora de um sistema de valores e princípios jurídico-políticos, ou, ainda, da existência de valores que se antepõem ao ordenamento jurídico-positivo e que, por decorrência lógica, devem ser extensíveis a todas as Constituições[197].

Na primeira hipótese, a percepção acerca da existência dos limites implícitos deve ter em conta determinada Constituição, sua situação histórica e o sistema jurídico-político que inaugura, para que se deduza qual é o seu espírito, a sua identidade, e se extraiam, daí, os possíveis limites implícitos ao poder de revisão, porquanto, caso o poder reformador leve a cabo uma reforma que alcance as normas que consagram os princípios fundamentais que constituem o próprio telos constitucional, estar-se-á diante da destruição da Constituição e não apenas da reforma do texto daquela Constituição, sobrepondo-se a vontade constituída à vontade constituinte.

A segunda categoria de limites implícitos, a que decorre daquele complexo de valores que preexistem ao Estado e, portanto, à Constituição, se entremostra mais abrangente e mais universalizante. Com efeito, dentre os limites implícitos que aqui podem ser encontrados, põem-se aqueles que logicamente resultam da adoção, pelo Estado, de

---

[197] Loewenstein afirma que os limites inerentes ou implícitos constituem "*um renascimento do direito natural, empreendido como defesa frente ao positivismo jurídico*" (*Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 192). Tal assertiva, contudo, é admissível diante da aceitação da hipótese da existência de limites decorrentes de "uma ordem de valores pré-positiva" como diz Canotilho. Mas ao situar historicamente determinada Constituição concreta e dela extrair valores e princípios estruturalmente fundamentais, não se pode afirmar que a gênese de tais limites implícitos seja o direito natural ressurgido, senão a própria ordem jurídico-positiva.

uma Constituição rígida, como a inalterabilidade do titular do poder constituinte e do titular do poder reformador, bem como a impossibilidade de se modificar o próprio processo da emenda[198]. A estes limites, ainda, acrescenta a doutrina a impossibilidade de supressão ou abolição, por meio do exercício do poder de reforma, dos direitos fundamentais que na Constituição estejam previstos.

Os limites implícitos podem referir-se, ainda, a aspectos do procedimento de reforma constitucional, sendo, portanto, limites implícitos formais[199], ou, ainda, ao conteúdo imutável da Constituição, por encerrar a decisão política fundamental do Poder Constituinte, o qual, se sofrer alteração ou supressão por parte do poder reformador, conduzirá à desfiguração da Constituição. Trata-se, neste caso, de limites implícitos materiais.

10.5. Limites circunstancias

Os limites circunstanciais[200] implicam a impossibilidade do exercício do Poder de Reforma Constitucional na pendência de determinadas situações de grave crise institucional ou instabilidade política. Estas circunstâncias de anormalidade jurídico-política provocam o quebrantamento do equilíbrio de forças estabelecidas pela Constituição e dificultam a discussão livre e refletida da instância deliberativa à qual foi atribuída a competência reformadora. Contudo, concluídas as situações excepcionais que obstam a reforma da Constituição ou suspendem o exame daquelas que haviam iniciado, inexistirá óbice desta natureza à continuidade do exercício do Poder Reformador.

---

[198] SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954, p. 93.

[199] Embora a limitação à reforma se refira, ainda nas limitações implícitas formais, ao conteúdo mesmo da Constituição, por impedir a reforma de dispositivos cujo objeto seja o procedimento de reforma, é preferível continuar a falar em limitações formais para destacar que, neste caso, é o próprio procedimento que está a salvo de alterações.

[200] Nelson de Sousa Sampaio denomina as limitações circunstanciais de limitações temporais permanentes, em oposição às limitações temporais transitórias, que constituiriam, hoje, o que a doutrina nomeia de limitações temporais, *tout court* (*O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954, p. 80).

A supressão de direitos e restrição de determinadas liberdades se mostra premente em momentos de crise, bem como a alteração das estruturas institucionais para que o Estado possa responder prontamente para restabelecer a normalidade institucional. Assim, ao obstar a reforma constitucional nestas situações, o Poder Constituinte deseja que "as modificações introduzidas no sistema constitucional não sejam vislumbradas sob a ótica enevoada a que os momentos de incerteza e de insegurança conduzem"[201].

10.6. Limites temporais

Por vezes, o Poder Constituinte originário pode determinar que sua obra seja reformada apenas depois do transcurso de certo lapso temporal ou, ainda, definir que as reformas se deem periodicamente, observados os prazos constitucionalmente previstos[202]. Loewenstein denomina os limites temporais de prazos de espera[203].

No primeiro caso, a Constituição estabelece que não será reformada senão após algum tempo previamente fixado, isto é, prevê um período de suspensão do exercício do Poder de Reforma Constitucional, o qual poderá funcionar somente após o decurso daquele prazo.

11. Caráter declaratório ou constitutivos das limitações materiais: a identidade constitucional

---

[201] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista Forense*, v. 324, out./dez., 1993, p. 32.

[202] Barroso anota que estas foram as primeiras limitações expressas ao poder de reforma constitucional. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état.* Paris: PUF, 1994, p. 337; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 142; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244.

[203] *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Madri: Ariel, 1986, p. 188.

Afirma-se que as limitações materiais protegem a identidade constitucional. Contudo, tal assertiva pode ou não corresponder à realidade dependendo das normas constitucionais retiradas da competência reformadora por uma Constituição concretamente considerada. O contrário também é válido, pois podem existir disposições constitucionais que não estão protegidas do poder de revisão e, constituem forte representação da identidade da Constituição concreta. Assim, malgrado se entremostre correta a asserção sobre a função de revelação da identidade constitucional pelas cláusulas pétreas, pode ocorrer que tal função não seja suficiente para atingir essa finalidade. É preciso, no nosso sentir, precedentemente, identificar um texto constitucional concreto e sua feição e espírito próprios e, em um cotejo com as disposições de intangibilidade, verificar se existe coincidência. Em existindo a necessária coincidência, as disposições de intangibilidade terão cumprido eficazmente o seu mister de revelação da identidade constitucional.

Contudo, na hipótese de um amesquinhamento das cláusulas de intangibilidade em relação ao espírito identificado da Constituição, é forçoso o reconhecimento de que limites outros existem, embora não expressos ou textuais.

Nesse sentido, as limitações materiais podem ter o caráter declaratório ou constitutivo. As limitações têm o cunho declaratório, assim, se expressam a identidade da Constituição concreta e são constitutivas se, embora possam não encontrar representação na identidade fundamental da Constituição, são previstas como impedimento à reforma da Constituição[204].

12. Interpretação das limitações à reforma constitucional

[204] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424; BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

A questão da interpretação das cláusulas de intangibilidade podem partir de duas premissas para, destarte, atingirem inferências distintas. Se se parte da premissa de que a revisão da constituição constitui exceção à estabilidade da Constituição, garantida pela rigidez, deve-se concluir que a interpretação das normas limitativas deve dar-se de maneira elástica e ampla, uma vez que, com a amplitude das limitações ao poder de reforma constitucional reduz-se a possibilidade de alterações formais no texto e, com isso, entremostra-se valorizada a estabilidade constitucional[205]. Contudo, se se considera a previsão de limitações ao poder de reforma constitucional, cristalizados nas cláusulas de intangibilidade, como empecilhos ao próprio exercício da democracia e da livre expressão das decisões políticas, outra não pode ser a conclusão senão pela restrição da interpretação daquelas limitações, de forma a garantir, com maior amplidão possível, um espaço maior de discussão e decisão políticas.

Como decorrência da permanente tensão entre o constitucionalismo e a democracia, as limitações que são impostas a esta última pela previsão de conteúdos fixos na Constituição, não podem ser tomadas em um sentido amplo, senão restrito e nos exatos termos em que prevista[206]. Contudo, deve ser acrescentado que as limitações declaratórias comportam uma maior elasticidade interpretativa, mesmo dentro de uma perspectiva restritiva, por representarem o âmago mesmo do sistema jurídico-constitucional e se ajustarem à identidade da Constituição.

---

[205] SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 328.

[206] Admitindo uma interpretação restritiva: STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 345; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176; SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A Reforma da previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-48.

CAPÍTULO III - O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL E SUA EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. O Poder de Reforma e as limitações ao Poder de Reforma Constitucional no constitucionalismo brasileiro

Todas as Constituições brasileiras disciplinaram a forma de atuação do Poder de Reforma Constitucional, estabeleceram o órgão incumbido de tal mister e previram limitações ao seu exercício, de onde se conclui que o sistema jurídico-constitucional brasileiro sempre reconheceu a dicotomia entre o Poder Constituinte e o Poder de Reforma Constitucional.

Vale a pena transcrever os dispositivos de todas as Constituições brasileiras que cuidaram do Poder de Reforma Constitucional para possibilitar uma visualização da evolução da disciplina constitucional e da forma de tratamento da matéria na nossa história constitucional, observando-se a linguagem utilizada pelo constituinte de cada época.

A Constituição do Império, de 1824, estabelecia expressamente a distinção entre Constituição formal e material, afastando as limitações formais do processo legislativo tendente à alteração das matérias que não se referissem à Constituição material[207].

---

[207] Art. 178. *E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.*

Também esta Constituição estabeleceu uma limitação temporal no seu art. 174 e incumbiu as duas Casas da Assembleia Geral da reforma da Constituição:

> Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece roforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.
>
> Art. 175. A proposição será lida por tres vezes com intervallos de seis dias de uma á outra leitura; e depois da terceira, deliberará a Camara dos Deputados, se poderá ser admittida á discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei.
>
> Art. 176. Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sanccionada, e promulgada pelo Imperador em fórma ordinaria; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procurações lhes confiram especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma.
>
> Art. 177. Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão será a materia proposta, e discutida, e o que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou addição á Lei fundamental; e juntando-se á Constituição será solemnemente promulgada.

Na primeira Constituição republicana brasileira, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, havia a previsão da reforma da Constituição, incumbindo às duas Casas do Congresso Nacional a aprovação da proposta, e estabelecia, outrossim, limitações materiais quanto à abolição da federação e da república, bem como da igualdade da representação dos Estados no Senado:

> Art 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembléias dos Estados.
>
> § 1º - Considerar-se-á proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita em três discussões, por dois terços dos votos em uma e em outra Câmara, ou quando for solicitada por dois terços dos Estados, no decurso de um ano, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembléia.
>
> § 2º - Essa proposta dar-se-á por aprovada, se no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso.

> § 3º - A proposta aprovada publicar-se-á com as assinaturas dos Presidentes e Secretários das duas Câmaras, incorporar-se-á à Constituição, como parte integrante dela.
>
> § 4º - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.

A Constituição Federal de 1934 também previu a reforma constitucional, determinando que competia às duas Casas do Congresso o processo legislativo respectivo, além de limitações de ordem formal, circunstancial e material, e distinguiu, de maneira expressa, a reforma e a revisão constitucional:

> Art 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Titulo I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário.
>
> § 1º - Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa:
>
> a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
>
> b) de mais de metade dos Estadas, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva.
>
> Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos.
>
> Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria.
>
> § 2º - Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembléias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa.
>
> § 3º - A revisão ou emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A primeira será incorporada e a segunda anexada com o respectivo número de ordem, ao texto constitucional que, nesta

> conformidade, deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas.
>
> § 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio.
>
> § 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.

A Constituição de 1937 disciplinou o processo legislativo da reforma constitucional com a participação do Presidente da República, prevendo pela primeira vez a reforma plebiscitária, no caso de rejeição da proposta de iniciativa do Presidente da República, ou da aprovação apesar da oposição do Presidente da República, e não estabeleceu limitações materiais expressas à reforma de seu texto:

> Art 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.
>
> § 1º - O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras.
>
> § 2º - O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige para ser aprovado, o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara.
>
> § 3º - O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Este, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte.
>
> § 4º - No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito.

A Constituição Federal de 1946 manteve a titularidade do Poder de Reforma Constitucional nas duas Casas do Congresso Nacional e as limitações materiais expressas protegendo a federação e a república:

Art 217 - A Constituição poderá ser emendada.

§ 1 º - Considerar-se-á proposta a emenda, se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.

§ 2 º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas.

§ 3 º - Se a emenda obtiver numa das Câmaras, em duas discussões, o voto de dois terços dos seus membros, será logo submetida à outra; e, sendo nesta aprovada pelo mesmo trâmite e por igual maioria, dar-se-á por aceita.

§ 4 º - A emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Publicada com a assinatura dos membros das duas Mesas, será anexada, com o respectivo número de ordem, ao texto da Constituição.

§ 5 º - Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio.

§ 6 º - Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República.

A Constituição Federal de 1967 estende a iniciativa da proposta de emenda ao Presidente da República, além dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e das Assembléias Legislativas dos Estados já existentes na Constituição de 1946, mantendo a titularidade e as limitações materiais e circunstanciais:

Art 50 - A Constituição poderá ser emendada por proposta:

I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de Assembléias Legislativas dos Estados.

§ 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

§ 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sitio.

§ 3º - A proposta, quando apresentada à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, deverá ter a assinatura da quarta parte de seus membros.

> § 4º - Será apresentada ao Senado Federal a proposta aceita por mais de metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.
>
> Art 51 - Em qualquer dos casos do art. 50, itens I, II e III, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, dentro, de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, em duas sessões, e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso.
>
> Art 52 - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

A Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, retirou a iniciativa da proposta de emenda das Assembléias Legislativas dos Estados, diferentemente do que era previsto na Constituição Federal de 1967, e manteve as limitações materiais expressas quanto à federação e à republica e a limitação circunstancial de vedação da reforma na vigência do estado de sítio.

> Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou
>
> II - do Presidente da República.
>
> § 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.
>
> § 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.
>
> § 3º No caso do item I, a proposta deverá ter a assinatura de um têrço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.
>
> Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, itens I e II, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de sessenta dias, a contar da sua apresentação ou recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de suas Casas.
>
> Art. 49. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.[208]

[208] Esta é a redação original dos arts. 47 e 48, que passou por alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 8/1977, 11/1978 e 22/1982.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, ampliou o rol de limitações materiais expressas e de limitações circunstanciais, passando a impedir a reforma na vigência do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal, e restaurou a possibilidade de as Assembléias Legislativas dos Estados apresentarem propostas de emenda constitucional:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
>
> II - do Presidente da República;
>
> III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
>
> § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
>
> § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
>
> § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
>
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> IV - os direitos e garantias individuais.
>
> § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

É possível extrair alguns traços comuns do Poder de Reforma Constitucional no constitucionalismo brasileiro: o órgão ao qual foi atribuída a competência reformadora sempre foram as duas Casas do Poder Legislativo, com processos legislativos distintos, não se adotando o princípio da especialidade, pelo qual o órgão de reforma seria eleito especificamente para este fim, dissolvendo-se posteriormente. As limitações

circunstanciais, introduzidas a partir da Constituição de 1891, relacionam-se ao estado de exceção, incluindo ora somente o estado de sítio, ora o estado de defesa e de sítio e a intervenção federal. O ponto comum em relação às limitações materiais expressas refere-se à federação, protegida da abolição pela reforma durante toda a história constitucional republicana brasileira, com exceção da Constituição Federal de 1937 que não estabelecia limitações expressas à reforma da Constituição, e à república, retirada da proteção apenas na Constituição Federal de 1988, com expressiva ampliação por esta última Constituição.

A titularidade do Poder de Reforma sempre foi de cunho representativo e, afora a previsão da Constituição de 1937, nunca foi expressamente exigida a participação popular direta para a reforma do texto constitucional.

2. A Constituição Federal de 1988 e as reformas constitucionais

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, sofreu, até agora, 66 emendas ordinárias e 6 emendas de revisão, totalizando 72 emendas constitucionais em pouco mais de vinte e dois anos de vigência[209].

Verifica-se, por conseguinte, uma profusão de emendas constitucionais que não só alteram, suprimem e adicionam artigos ao texto constitucional e ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como, muitas delas, trazem dispositivos que não se incorporam ao texto na Constituição, na forma de artigos, mas possuem status constitucional e passam, com ela, a formar um grande bloco de normas constitucionais.

Na verdade, a Constituição Federal de 1988 é marcantemente analítica, transformando, por vezes, a importante atividade reformadora quase que em uma atividade legislativa ordinária, em função mesmo da presença, na Constituição formal, de diversos

[209] Apenas a título comparativo, a Constituição Americana de 1787, sofreu, em mais de 200 anos de vigência, 22 emendas, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1948, 52 emendas após mais de sessenta anos em vigor.

temas que poderiam perfeitamente ser tratados pela legislação ordinária e complementar, afora a extrema minudência no tratamento de variegadas matérias.

A Constituição conta, atualmente, com nada menos que duzentos e cinquenta artigos além de noventa e sete artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[210]. Muitos dos artigos se desdobram em vários parágrafos e incisos, pormenorizando em demasia a disciplina de diversas matérias.

Este caráter analítico e minucioso da Constituição Federal de 1988 traduz uma menor plasticidade em relação a diversas matérias, o que conduz a uma série de modificações no texto constitucional, de variada extensão e profundidade.

A extensão se reflete no impressionante volume de dispositivos constitucionais modificados, como acima referido. A profundidade decorre de alterações ou transmudações da estrutura jurídico-política plasmada no texto da Constituição ou mesmo em relação a determinados temas. O que se quer com isso dizer é que muitas das mudanças não são meramente superficiais ou pontuais, mas atingem de maneira profunda e substancial a estrutura jurídico-política da sociedade e do Estado ou determinados temas tratados originariamente pelo constituinte.

Nas duas Casas do Congresso Nacional ainda se encontram em tramitação diversas propostas de emenda constitucional. Apenas para se ter um panorama da atual situação, no Senado Federal encontram-se em tramitação 120 propostas de emenda constitucional apresentadas apenas no período de 1 de janeiro de 2008 a 30 de novembro de 2010, cuidando das mais variadas matérias. Na Câmara dos Deputados, tramitam 306 propostas de emenda à Constituição apresentadas, também, no período que medeia entre 1 de janeiro de 2008 a 30 de novembro de 2010.

---

[210] Na verdade, devem ser acrescidos, ainda, o art. 29-A, incluído pela Emenda Constitucional 25/2000, os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, incluídos pela Emenda Constitucional 45/2004, o art. 146-A, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 e o art. 149-A, incluído pela Emenda Constitucional 39/02. Deve ser ressaltado que foram suprimidos os arts. 117, 171 e 233, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 24/1999, 6/ 1995 e 28/2000.

Duas consequências podem ser apontadas diante de tal fragmentação. Inicialmente, a frequência com que a Constituição Federal é emenda pode ser um sinal da ineficiência das instituições jurídico-políticas da forma como foram criadas pelo Poder Constituinte em 1988, que reclama constantes aperfeiçoamentos. Evidentemente que, diante da práxis constitucional, as deficiências podem ser identificadas e a atividade reformadora tem, como uma de suas funções, exatamente o ajustamento institucional, para que entraves existentes para o perfeito funcionamento das instituições do País sejam retirados ou mesmo alteradas as estruturas políticas originariamente estabelecidas.

Contudo, o acelerado processo de reforma pode impedir que a Constituição se reafirme como norma jurídica capaz de reger a vida da sociedade e do Estado. Com efeito, cada vez que as instituições democráticas se mostrarem ineficientes ou mesmo inconvenientes, ao invés de se fortalecer a força normativa da Constituição pelo funcionamento ordinário dos órgãos e poderes políticos, transmuda-se sua conformação para atender a uma cambialidade transitória ou pontual, sem que se diagnostique, no mais das vezes, quais são as efetivas dificuldades estruturais no exercício das atividades institucionais.

Demais disso, a superveniência de uma nova Constituição ou a alteração de suas normas traz implicações em relação à legislação infraconstitucional. Com efeito, problemas relativos à recepção[211] e à inconstitucionalidade podem se tornar frequentes e, com isso, anomias podem surgir em razão de uma inicial incompatibilidade normativa com o texto constitucional que acaba por se reformar.

Vale anotar, finalmente, que a Constituição Federal de 1988 é fruto do exercício do Poder Constituinte e não do Poder de Reforma Constitucional instituído pela Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/1969.

---

[211] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Efeitos da constituição sobre o direito anterior. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Vol. 31, jun. 1989, São Paulo, pp. 45/56.

O fato de a Emenda Constitucional nº 26/1985 ter convocado a Assembléia Nacional Constituinte e determinado que seria composta pelos deputados federais e senadores não transforma a atual Constituição em fruto de uma reforma constitucional. O princípio da especialidade – convocação de uma Assembléia formada exclusivamente para a elaboração e a edição de uma Constituição – não é determinante para a caracterização da originalidade da Constituição, o que decorre de uma viragem histórica fundamental no campo político e jurídico. A renovação da estrutura fundamental da sociedade e do Estado, que provinha de um regime ditatorial e avançava em direção à democracia, justifica a fundação de um novo corpo político pela Constituição Federal de 1988. É nesse sentido que se orientou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[212].

3. Reforma, revisão e emenda constitucional

A reforma constitucional deve ser empregada em um sentido genérico, para abranger tanto a revisão constitucional quanto emenda constitucional. Assim, as emendas consistiriam, tão somente, no acréscimo pontual ou limitado de dispositivos

[212] No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, de Relatoria do Ministro Eros Grau, julgada em 29 de abril de 2010, em que se questionava a Lei da Anistia – o Supremo Tribunal Federal reafirmou a originalidade da Constituição Federal de 1988, como se extrai do seguinte excerto: *"[...] 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem. [...]."* Também entendendo que se cuidava de manifestação do Poder Constituinte: AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23. Contrariamente, afirmando que a Constituição Federal de 1988 é fruto de uma reforma constitucional: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 164.

constitucionais, supressão ou alteração de outros, ao passo que a revisão constitucional implicaria modificações mais profundas ou com maior extensão[213].

Aliás, é da história do nosso constitucionalismo a distinção entre reforma, revisão e emenda. Como acima referido, a Constituição de 1934 distinguia de maneira expressa o processo de emenda do processo de revisão constitucional, declarando que à revisão somente competia a alteração da estrutura política do Estado e a organização ou a competência dos poderes da soberania.

Tal distinção, embora não reafirmada expressamente pela Constituição Federal de 1988, pode ser extraída por intermédio de uma interpretação sistemática. Com efeito, a emenda à Constituição, como espécie compreendida no processo legislativo, tem previsão nos arts. 59, I, e 60, da Constituição Federal. Contudo, o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que a revisão constitucional se realizaria cinco anos após a promulgação da Constituição, em sessão unicameral, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros.

É possível inferir, assim, que a revisão, tal como prevista pelo Poder Constituinte, implica uma alteração mais profunda e extensa no texto da Constituição, decorrente da experiência haurida da aplicação da Constituição no período de cinco anos após sua promulgação.

É preciso ter em conta, no entanto, que tanto a revisão quanto a emenda submetem-se ao mesmo sistema de limites estabelecido pelo Poder Constituinte, bem como aos

---

[213] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62, e MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 130; BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 101. Em sentido contrário, afirmando que inexiste, diante do texto constitucional de 1988, a referida dicotomia, COMPARATO, Fabio Konder. Emenda e revisão na constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 93, p. 125/128, jan./mar., 1990; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, emenda ou revisão constitucional. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 24, p. 454/456, dezembro, 1991.

limites implícitos decorrentes da Constituição concreta[214]. A extensão majorada da revisão constitucional não a liberta dos limites impostos pelo Poder Constituinte, pois remanesce a distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional. Não poderia a revisão, por exemplo, abolir a separação de poderes ou a forma federativa de Estado, sob o pretexto de que suas competências seriam mais amplas do que a emenda constitucional[215].

O Poder Constituinte atribuiu ao Poder de Reforma a incumbência de rever sua obra, para mantê-la viva, e não substituí-la por outra mediante uma alteração tão profunda que lhe desfigurasse a identidade.

Sobre outro enfoque, todavia, a emenda é o resultado do processo de alteração da Constituição e isso fica bem claro, no nosso sistema jurídico-positivo, diante da análise da revisão constitucional, que alterou a Constituição por intermédio de seis emendas constitucionais de revisão. Com efeito, tanto o processo ordinário de reforma da Constituição quanto a revisão alteram o texto constitucional pela emendas constitucionais, que modificam os dispositivos, suprimem ou acrescem outros.

4. As limitações ao Poder de Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz limitações de ordem formal, como decorrência mesmo de seu caráter rígido, de ordem material, temporal e circunstancial. Tais são as limitações expressas, previstas pelo Poder Constituinte como restrições à liberdade de conformação constitucional do Poder de Reforma Constitucional.

---

[214] "*O Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da submissão, também da revisão constitucional, às limitações materiais previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal: "As mudanças na constituição, decorrentes da 'revisão' do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das 'clausulas pétreas' consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988*." (ADI 981-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 17-12-1994, Plenário, *DJ* de 5-8-1994).

[215] CAGGIANO, Mônica Herman Salem. O Poder constituinte derivado: as balizas de sua atuação. In: _____. (Org.). Reflexões em Direito Político e Econômico. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 308.

Não se faz mister repetir, aqui, o que foi dito acerca da celeuma em torno das limitações ao Poder de Reforma Constitucional e sua subsistência diante de uma perspectiva democrática. Ficou assentado, diante da exposição dos argumentos favoráveis à existência de limites, que as restrições se mostram necessárias para a limitação do poder, a salvaguarda dos direitos fundamentais e a preservação da própria democracia.

Resta analisar, por conseguinte, como as limitações se expressam no texto da Constituição Federal de 1988.

5. Controle de constitucionalidade das emendas

O Poder de Reforma Constitucional, como desenvolvido nos dois capítulos precedentes, é um poder constituído e, por isso, deve observar as margens de sua atuação estatuídas pelo Poder Constituinte. Cuida-se, em verdade, de uma competência extraordinária, no sentido da posse de um conjunto de atribuições juridicamente circunscritas.

Os limites de sua atuação são exprimidos por limites de variegada natureza, que condicionam a forma de atuação do Poder de Reforma Constitucional, estabelecem o momento apropriado para proceder à reforma, enumeram as circunstâncias nas quais a reforma se mostra temerária ou inconveniente e, finalmente, prescrevem as matérias que estão fora de seu espectro de competência reformadora.

A circunscrição de suas atribuições pelo Poder Constituinte implica, portanto, a emergência de um parâmetro de controle da reforma constitucional. A competência reformadora deve agir, por conseguinte, dentro das fronteiras fixadas pelo Poder Constituinte, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade de natureza formal ou

material, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade previsto em cada ordenamento constitucional.

Como as emendas se incorporam formalmente ao texto da Constituição Federal, o controle de constitucionalidade que se exercerá será da Constituição em relação à própria Constituição[216], seja de maneira preventiva, antes mesmo da edição da norma constitucional, ou repressivamente, após a aprovação e promulgação da emenda Constitucional.

Veja-se que o controle que se exerce dá-se entre a Constituição Federal, tal como editada pelo Poder Constituinte, e as emendas produzidas pelo Poder de Reforma Constitucional. É típico do nosso constitucionalismo não admitir o controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo Poder Constituinte: se ele elabora e edita a Constituição, com a característica essencial da inicialidade, sem nenhuma sorte de vinculação ao ordenamento jurídico-positivo anterior, faltará parâmetro para o controle de constitucionalidade. Sendo o controle de constitucionalidade um conceito relacional, deve haver dois polos para possibilitar seu exercício: um polo-paradigma, referencialmente posto, e outro polo de conferência, para que se verifique se foi imunizada pela Constituição a emenda constitucional, em decorrência da observância de suas normas. Isso não ocorre com as normas produzidas originariamente pelo Poder Constituinte, na medida em que todas as normas se encontram em um dos polos da aferição relacional.

Há um perigo, outrossim, na aceitação deste tipo de controle. Se se pretender eleger uma das normas do mesmo corpo constitucional originário como parâmetro de controle, isso implicará um manejo político do polo-paradigma, na medida em que pode ser

[216] A Constituição Federal de 1988 é silente quanto à incorporação das emendas ao texto da constitucional, mas é uma decorrência lógica do processo de reforma de um diploma legislativo. Na maioria das Constituições precedentes, contudo, havia previsões expressas nesse sentido. A Constituição de 1824 dizia que a emenda juntava-se à Constituição (art. 177), a Constituição de 1891 estabelecia que a emenda incorporava-se à Constituição, como parte integrante dela (art. 90, § 3º), a Constituição de 1934, em decorrência da previsão expressa da dicotomia entre revisão e emenda, previa a incorporação da primeira ao texto e a anexação da segunda (art. 178, § 3º) e, finalmente, a Constituição de 1946 determinava a anexação da emenda à Constituição (art. 217, § 4º).

selecionada, ao talante do intérprete, quaisquer das normas do texto constitucional para se pretender afastar do sistema outras normas, que podem se apresentar jurídica ou politicamente inadequadas ou inconvenientes. Ignora-se a vontade constituinte e a unidade da Constituição[217].

A impossibilidade de controle de constitucionalidade das normas originárias já foi mais de uma vez rechaçada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta seu entendimento sobre o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição[218].

O controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo Poder de Reforma Constitucional, contudo, em cotejo com as normas de limitações, tem aceitação histórica tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto pela doutrina, brasileira e estrangeira.

Aliás, poder-se-ia mesmo dizer, como o fez Claude Klein, que a afirmação das limitações ao poder de reforma constitucional somente é possível na perspectiva da existência de um controle de constitucionalidade[219]. De nada valeriam solenes disposições de intangibilidade apostas aos textos constitucionais se ao Parlamento fosse conferida a onipotência de dispor da Constituição como lhe prouvesse e inexistisse um controle de constitucionalidade da reforma constitucional que garantisse a força normativa da Constituição e salvaguardasse sua identidade.

---

[217] Tal análise se dá em um ambiente exclusivamente positivo, isto é, em relação ao texto normativo de maior hierarquia dentro da ordem jurídica. Não se olvide, contudo, que, é apontado pela doutrina que podem existir diferenciações dentro da própria Constituição em razão da fundamentalidade de suas disposições – em cujo centro residem os direitos fundamentais –, ou mesmo da existência de um direito constitucional não escrito, o que se vincula a uma compreensão de Constituição material, o que autorizaria o controle de constitucionalidade também das normas originárias. Nesse sentido: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 64 e seguintes.

[218] *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. Inadmissibilidade. Art. 14, § 4º, da CF. Norma constitucional originária. Objeto nomológico insuscetível de controle de constitucionalidade. Princípio da unidade hierárquico-normativa e caráter rígido da Constituição brasileira. Doutrina. Precedentes. Carência da ação. Inépcia reconhecida. Indeferimento da petição inicial. Agravo improvido. Não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário."* (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.097/DF, Relator Ministro César Peluso, DJe de 6 de novembro de 2008).

[219] KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p. 204.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade das emendas remonta a um julgado de 1926, ainda sob a égide da primeira Constituição republicana, de 1891 (Habeas Corpus 18.178. Relator Ministro Hermenegildo de Barros, apreciado nas sessões plenárias de 27 e 28 de setembro e 1º de outubro de 1026).

Sob a égide da Constituição de 1988, o primeiro acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à admissibilidade do controle de constitucionalidade das emendas, veio a lume no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, que foi ajuizada para que se declarasse a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, notadamente no que se refere ao imposto provisório sobre movimentações financeiras - IPMF. Eis o excerto da decisão que interessa a este ponto do desenvolvimento do tema:

> Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). [...].DJ 18-03-1994 PP-05165.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal autoriza o controle preventivo de constitucionalidade. Com efeito, com base na interpretação do art. 60, § 4º da Constituição (*"não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]"*), reconhece a legitimidade aos parlamentares para a impugnação, via controle concentrado, por intermédio da impetração de mandado de segurança, já da proposta de emenda à Constituição, caso seu conteúdo toque no núcleo imutável do texto constitucional[220]. Veja-

[220] *"PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 60, § 4º). MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA*

se que, como a Constituição diz que "não será objeto de deliberação", isto é, refere-se ao processo legislativo mesmo da emenda constitucional, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os parlamentares têm direito subjetivo de obstar a tramitação de emendas ofensivas às limitações materiais à reforma da Constituição[221].

No que se refere ao controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal o admite apenas após a edição da emenda Constitucional, não havendo meios de se impugnar o processo legislativo da emenda enquanto não ultimado[222].

No âmbito doutrinário, a maioria dos autores defende a possibilidade de controle de constitucionalidade que tenha por objeto o produto da reforma constitucional: as emendas[223].

DO MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. WRIT MANDAMENTAL UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE QUALIDADE PARA AGIR. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO.- O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar - que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo - assiste legitimidade ativa ad causam para provocar a fiscalização jurisdicional.[...]". (Mandado de Segurança nº 23.565/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Diário de Justiça de 27 de novembro de 1999, p. 33).

[221] Veja-se que esta interpretação tem origem ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 1/1969, que possuía a mesma redação da atual Constituição. Dispunha seu art. 47, § 1º, que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [....]." e o Supremo Tribunal Federal, com base neste dispositivo, reconheceu ao parlamentar o direito líquido e certo de não participar do processo legislativo: "*MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE A ABOLIÇÃO DA REPUBLICA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM HIPÓTESES EM QUE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL SE DIRIGE AO PRÓPRIO PROCESSAMENTO DA LEI OU DA EMENDA, VEDANDO A SUA APRESENTAÇÃO (COMO E O CASO PREVISTO NO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). NESSES CASOS, A INCONSTITUCIONALIDADE DIZ RESPEITO AO PRÓPRIO ANDAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO, E ISSO PORQUE A CONSTITUIÇÃO NÃO QUER - EM FACE DA GRAVIDADE DESSAS DELIBERAÇÕES, SE CONSUMADAS - QUE SEQUER SE CHEGUE A DELIBERAÇÃO, PROIBINDO-A TAXATIVAMENTE. A INCONSTITUCIONALIDADE, SE OCORRENTE, JA EXISTE ANTES DE O PROJETO OU DE A PROPOSTA SE TRANSFORMAR EM LEI OU EM EMENDA CONSTITUCIONAL, PORQUE O PRÓPRIO PROCESSAMENTO JA DESRESPEITA, FRONTALMENTE, A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDADE, UMA VEZ QUE A PRORROGAÇÃO DE MANDATO DE DOIS PARA QUATRO ANOS, TENDO EM VISTA A CONVENIENCIA DA COINCIDENCIA DE MANDATOS NOS VARIOS NIVEIS DA FEDERAÇÃO, NÃO IMPLICA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE OS MANDATOS NÃO MAIS SÃO TEMPORARIOS, NEM ENVOLVE, INDIRETAMENTE, SUA ADOÇÃO DE FATO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO."* (Mandado de Segurança nº 20.257/DF, Relator Ministro Décio Miranda, Diário de Justiça de 27 de fevereiro de 1981, p. 1.304).

[222] Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, DJe de 6 de março de 2008.

Repita-se que, como exercício de uma competência e, portanto, com contornos jurídicos definidos, o Poder de Reforma tem sua atuação sujeita a limitações e estas limitações somente têm sua força normativa se vinculada à existência de um controle de constitucionalidade das emendas.

6. Limitações circunstancias

Os limites circunstanciais[224] implicam a impossibilidade do exercício do Poder de Reforma Constitucional na pendência de determinadas situações de grave crise institucional ou instabilidade política. Estas circunstâncias de anormalidade jurídico-política provocam o quebrantamento do equilíbrio de forças estabelecidas pela Constituição e dificultam a discussão livre e refletida da instância deliberativa à qual foi atribuída a competência reformadora. Contudo, concluídas as situações excepcionais que obstam a reforma da Constituição ou suspendem o exame daquelas que haviam iniciado, inexistirá óbice desta natureza à continuidade do exercício do Poder Reformador.

A supressão de direitos e restrição de determinadas liberdades se mostra premente em momentos de crise, bem como a alteração das estruturas institucionais para que o Estado possa responder prontamente para restabelecer a normalidade institucional. Assim, ao obstar a reforma constitucional nestas situações, o Poder Constituinte deseja que "*as*

---

[223] VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 67; VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 217; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008, p. 70; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p 161; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 671; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 72; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 160; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 253.

[224] Nelson de Sousa Sampaio denomina as limitações circunstanciais de limitações temporais permanentes, em oposição às limitações temporais transitórias, que constituiriam, hoje, o que a doutrina nomeia de limitações temporais, *tout court* (*O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954, p. 80).

modificações introduzidas no sistema constitucional não sejam vislumbradas sob a ótica enevoada a que os momentos de incerteza e de insegurança conduzem"[225].

Na história constitucional brasileira, a primeira Constituição a prever limitações circunstanciais ao Poder de Reforma foi a Constituição de 1934, que, em seu art. 178, § 4º, previa a impossibilidade de reforma constitucional na vigência do estado de sítio. A mesma limitação foi reiterada nas Constituições de 1937, 1946, 1967, na emenda 1/69. Posteriormente, a emenda constitucional 11/78 dilatou a proibição para incluir, também, o estado de emergência (atualmente, estado de defesa).

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 60, § 1º, que "a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

Nos estados de defesa ou estado de sítio, instaura-se uma ordenação legal extraordinária e temporária[226], que provoca a suspensão das garantias constitucionais enumeradas no texto constitucional, até que desapareçam as causas que deram ensejo à decretação formal das situações excepcionais.

A vigência da intervenção federal como forma de interditar o exercício do Poder de Reforma Constitucional não era prevista nas Constituições brasileiras anteriores e constitui novidade trazida pelo texto constitucional de 1988. A intervenção federal constitui medida de natureza política e situa-se no ponto de tensão entre duas características estruturais do Estado federativo - a autonomia do Estado-membro e a inexistência do direito à secessão – e é por este motivo que Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma, com exatidão, que a intervenção federal nos Estados-membros foi instituída *"com vistas à preservação do Estado federal contra veleidades separatistas"*[227].

---

[225] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista Forense*, v. 324, out./dez., 1993, p. 32.
[226] SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 737.
[227] *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho parece discordar da inclusão da intervenção federal como empecilho ao exercício do Poder de Reforma Constitucional ao afirmar que a situação de anormalidade e excepcionalidade do estado de defesa e do estado de sítio justificam a existência da limitação, mas preleciona que *"não é o caso, porém, da intervenção federal, que é medida pontual, de repercussão restrita"*[228]. Todavia, a gravidade da intervenção federal, dependendo da situação fática que justifica a decretação da medida, pode justificar a paralisação dos processos de emenda constitucional tanto quanto o estado de defesa e o estado de sítio o justificam.

Entre as causas constitucionalmente enumeradas como pressupostos para a decretação da intervenção federal, várias delas se referem à salvaguarda do próprio Estado Brasileiro ou a proteção da forma federativa de Estado, como, por exemplo, a intervenção da União Federal no Estado-membro para a manutenção da integridade nacional, para repelir invasão estrangeira[229], repelir invasão de uma unidade da Federação em outra, por termo a grave comprometimento da ordem pública ou, ainda, para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, I a IV, da Constituição Federal).

Verifica-se, assim, que as causas acima enumeradas podem sim comprometer a normalidade do funcionamento das instituições jurídico-políticas e causar inquietações sociais, propagando seus efeitos para além das fronteiras dos Estados-membros sujeitos à intervenção, de forma a comprometer o livre exercício do Poder Reformador. Considere-se, ainda, o fato de que a intervenção federal pode originar arranjos e resistências políticas que conduzam a reformas constitucionais indesejáveis e oportunistas.

Contudo, em relação a algumas das hipóteses que autorizam a intervenção, assiste razão a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porquanto os efeitos que daí podem decorrer não

---

[228] *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136.

[229] A ocupação do território nacional, em todo ou em parte, constitui limite circunstancial à reforma constitucional na França, conforme se verá.

têm o condão de se alastrar para fora das esferas políticas locais ou regionais e, portanto, não tornariam o ambiente jurídico-político desfavorável ao exercício da competência reformadora.

Acrescente-se, demais disso, que constitui óbice à reforma constitucional a intervenção da União Federal nos Estados-membros e no Distrito Federal, mas não a intervenção dos Estados-membros em seus Municípios, nem tampouco a intervenção da União Federal nos Municípios localizados em Território Federal[230]. Não obstante a Constituição Federal não faça distinção entre intervenção federal nos Estados e nos Municípios localizados em Territórios Federais, as situações são diversas, pela repercussão política que conservam, e, portanto, demandam soluções distintas.

Com efeito, a interpretação das limitações ao Poder de Reforma, já o dissemos, deve ser restrita, exatamente por constituírem restrições à ampla deliberação democrática em relação a determinadas matérias previamente eleitas pelo Poder Constituinte Originário; possibilitar a interpretação ampliativa e abrangente implicaria uma contenção da possibilidade de decisões diferentes sobre matérias em relação às quais inexiste restrição. Assim, a paralisação da necessária atualização do texto da Constituição Federal em razão de medida extremamente pontual e de repercussão política diminuta, como a intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais, não possui a mesma justificativa daquela existente para a imobilização do Poder de Reforma na pendência da intervenção federal nos Estados.

Os três eventos que limitam o poder de reforma constitucional são de caráter temporário, pela própria natureza e dicção constitucional[231], de tal sorte que a duração

---

[230] A hipótese de intervenção federal nos Municípios localizados em Territórios Federais, por ora, não se mostra possível, haja vista que os Territórios Federais existentes sob o regime constitucional anterior, a saber, Roraima, Amapá e Fernando de Noronha, foram, os dois primeiros, transformados em Estados e o último, incorporado ao Estado de Pernambuco (arts. 14 e 15 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

[231] A Constituição Federal, em seu art. 36, § 1º, determina que o decreto do Presidente da República que levar a efeito a intervenção deverá especificar, além da amplitude e condições de execução, o prazo de sua

destas espécies de limitações é transitória e desaparecerá, como dito, com o restabelecimento da normalidade e a cessação formal do ato interventivo ou do Estado de Defesa ou de Sítio.

A Constituição Francesa de 1958, em seu art. 89, prevê que não se iniciará nenhuma reforma ou se prosseguirá na que já tiver principiado se o território do Estado estiver ocupado por forças estrangeiras, no todo ou em parte. Georges Burdeau afirma que o valor jurídico desta disposição "é incontestável pois, paralisando o exercício da soberania nacional, a invasão torna impossível o exercício do poder constituinte"[232].

7. Limitações temporais

Por vezes, o Poder Constituinte originário pode determinar que sua obra seja reformada apenas depois do transcurso de certo lapso temporal ou, ainda, definir que as reformas se deem periodicamente, observados os prazos constitucionalmente previstos[233]. Loewenstein denomina os limites temporais de prazos de espera[234].

No primeiro caso, a Constituição estabelece que não será reformada senão após algum tempo previamente fixado, isto é, prevê um período de suspensão do exercício do Poder de Reforma Constitucional, o qual poderá funcionar somente após o decurso daquele prazo.

---

duração. Em relação ao Estado de Defesa, a Constituição Federal prevê que o decreto do Presidente da República que o instituir determinará o tempo de sua duração, que não será superior a trinta dias, prorrogáveis por uma única vez (art. 136, § 1º, e § 2º). O Estado de Sítio, por seu turno, também terá seu prazo fixado no decreto do Presidente da República, que não poderá ser superior a trinta dias, prorrogáveis por igual período, ou, em outras hipóteses, será decretado pelo tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira (art. 138, § 1º).

[232] BURDEAU, Georges. *Droit constitucionnel et institutions politiques*. 20 ed. Paris: Librarie Génerale de Droit e Jurisprudence, 1984, p. 188.

[233] Barroso anota que estas foram as primeiras limitações expressas ao poder de reforma constitucional. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

[234] *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona, Ariel, 1986, p. 188.

Na história constitucional brasileira, a Constituição do Império, de 1824, previa esta espécie de limitação temporal[235], em seu art. 174, in verbis:

> Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que alguns dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

A Constituição Argentina de 1853 previa um prazo de dez anos para a reforma, o qual não foi cumprido[236]. A Constituição Francesa de 1791 vedava a proposta de revisão durante as três primeiras legislaturas, mas a atual Constituição Francesa não prevê nenhum tipo de limitação temporal[237]. A Constituição Portuguesa de 1976 estabeleceu, também, um prazo de quatro anos para que pudesse ser reformada[238]. Finalmente, a Constituição Americana tornou impossível sua reforma por um ano[239].

A limitação temporal ao poder de reforma constitucional, ainda, pode referir-se à impossibilidade de reforma da integralidade da Constituição ou obstar a atividade reformadora somente em relação a determinado conteúdo ou fragmento do texto constitucional, o que pode denominar-se de limitação temporal restrita. A Constituição Americana, de 1776, vedou a edição de atos pelo Congresso que visassem a suprimir a escravidão, até o ano de 1808[240].

---

[235] PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça: 1958, p. 477.
[236] VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constituciona*. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 179.
[237] BURDEAU, Georges. *Droit constitucionnel et institutions politiques*. 20 ed. Paris: Librarie Génerale de Droit e Jurisprudence, 1984, p. 92.
[238] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.028.
[239] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.
[240] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148; BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35; KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presse Universitaire de France, 1996, p. 21. A proibição temporal em referência veio prevista no Artigo V da Constituição Americana; FRIEDRICH, Carl. J.; BOWIE, Robert. R.. *Études sur le fédérelisme*. Deuxième Partie. Paris: Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962, p. 634.

Outra categoria de limitações temporais são concernentes à fixação de um intervalo regular para as reformas constitucionais, isto é, determina-se que o exercício do poder de reforma se dê periodicamente. Este modelo nunca foi previsto pelas Constituições brasileiras, mas a Constituição Portuguesa de 1976 prescreve que as revisões constitucionais ordinárias se realizarão observado o interstício de cinco anos, que poderá ser inobservado, dando origem a uma revisão extraordinária, caso haja requerimento de 4/5 da Assembléia[241].

De toda forma, tanto uma como outra modalidade de limitações temporais intentam fazer com que a Constituição se consolide como norma fundamental da Nação, tendo tempo suficiente para seu enraizamento como estatuto fundante, bem como possibilite que o povo com ela se habitue.

Com efeito, a Constituição inaugura a ordem jurídico-positiva do Estado e, por sua própria natureza, institui a estrutura jurídico-política fundamental. O funcionamento normal das instituições públicas da forma como foi estabelecido pela novel Constituição requer um prazo para sua decantação e para que daí possam ser extraídas as consequências próprias imaginadas pelo Poder Constituinte Originário e somente após este período de espera é possível verificar a necessidade de ajustamento ou rearranjo institucional para que exerçam adequadamente o seu mister. A revisão precipitada ou irrefletida, caracterizada pelo eventual curto espaço de tempo entre a promulgação da Constituição e as reformas que se seguirem, não permite bem avaliar a conformidade da organização estatal e do sistema de direitos fundamentais instituídos às estruturas sociais subjacentes.

O mesmo vale para a periodicidade das revisões, porquanto a cada revisão após o interstício constitucionalmente definido há a indispensabilidade da passagem do tempo

---

[241] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.029.

para que a sociedade se familiarize com as novas normas constitucionais e que a Constituição se estabilize como norma fundamental.

A mudança das normas jurídicas sem que haja tempo para sua conformação e estabilização é um problema de todas as normas jurídico-positivas e não somente das normas constitucionais. Ocorre que, em relação às normas constitucionais, o problema se torna ainda mais intrincado, na medida em que as normas constitucionais constituem o fundamento das demais normas do ordenamento jurídico e, a cada alteração do texto constitucional, questões de constitucionalidade e de anomia jurídica surgirão, mormente em consideração à expressiva constitucionalização do direito.

Mesmo autores que rejeitam a possibilidade da imposição de limites de ordem material ao poder de reforma constitucional, admitem a utilidade do estabelecimento de prazos para que se possa proceder à reforma constitucional. Assim, Loewenstein, que considera inconvenientes os limites materiais, afirma que *"são perfeitamente defensáveis prazos de espera para reformar determinadas disposições constitucionais"*[242].

Ainda acerca das limitações temporais, deve-se ter presente que o Poder Reformador não tem, à sua disposição, a faculdade de deixar de observar o prazo previsto pelo Constituinte Originário, alterando o dispositivo constitucional que prevê o prazo de espera. Portanto, estabelecido um prazo antes do qual é vedada a reforma constitucional, o Poder Reformador não pode orientar sua atividade reformadora para a supressão da própria revisão, o que constituiria a substituição da vontade constituída pela vontade constituinte, vale dizer, a alteração da esfera competencial pelo próprio sujeito que a exerce[243]. Acrescente-se a isso que tampouco pode ser utilizado o processo de dupla revisão ou revisão em duplo grau para, inicialmente suprimir o limite temporal e, posteriormente,

---

[242] *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona, Ariel, 1986, p. 188.

[243] No mesmo sentido: BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 94; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Poder constituinte reformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954, p. 82.

proceder à reforma da Constituição antes do termo fixado ou em inobservância à periodicidade estabelecida.

A limitação temporal, em suma, refere-se à restrição da reforma constitucional tendo como critério limitativo o tempo. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas espécies de limitações: a limitação temporal para a revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a prevista no art. 60, § 5º, que determina que *"a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa."*[244]

Afora a questão da revisão constitucional já realizada, remanesce a limitação a que se refere o art. 60, § 5º, da Constituição, acima transcrito. Nesse sentido, caso seja uma emenda constitucional rejeitada, outra não poderá ser proposta na mesma sessão legislativa, isto é, dentro do mesmo ano, nos períodos de funcionamento do Poder Legislativo federal (de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro de cada ano, durante uma legislatura). Contudo, como as sessões legislativas podem ser ordinárias e extraordinárias, não pode a emenda, rejeitada dentro da sessão legislativa ordinária, ser novamente proposta na sessão legislativa extraordinária, de convocação excepcional[245]. O sentido da norma restritiva relaciona-se à maior reflexão quanto à

---

[244] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a limitação temporal inserta no art. 60, § 5º, da Constituição Federal: *"Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto."* **(**MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8-5-1996, Plenário, *DJ* de 6-6-1997.)

[245] Relembre-se, aliás, que, segundo o art. 57, § 7º, da Constituição Federal, na sessão legislativa extraordinária, o Congresso só pode deliberar sobre a matéria para a qual foi convocado, exceto se houver medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, hipótese em serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação (§ 8º).

conveniência política da adoção da reforma constitucional e implica, por isso, o funcionamento ordinário das Casas Legislativas.

Se aprovada, contudo, a emenda, ainda dentro da sessão legislativa em que fora rejeitada, será inconstitucional em virtude da inobservância da limitação temporal estabelecida no texto constitucional.

8. Limitações formais

As limitações formais aludem ao próprio procedimento da reforma constitucional, o que envolve desde a titularidade, a forma de deliberação, o quorum, a submissão à ratificação popular, até a publicação do novel texto da Constituição. O procedimento de reforma, se agravado em relação à legislação ordinária, qualifica como rígida a Constituição. Ademais, embora não se refiram ao conteúdo da Constituição, as limitações formais constituem também uma garantia da identidade constitucional, na medida em que retiram da deliberação democrática quotidiana e das maiorias eventuais a possibilidade de reformar a Constituição[246].

O Poder Constituinte conferiu às duas Casas do Congresso Nacional, a competência reformadora: eis o titular do Poder de Reforma Constitucional na nossa Constituição.

O procedimento de reforma possui três fases distintas: a apresentação da proposta, a fase deliberativa e a fase complementar[247].

---

[246] SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 291-333.

[247] *Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. . § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.*

A Constituição Federal prevê a iniciativa comum para a apresentação das propostas de emenda à Constituição. Podem fazê-lo um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Nestes dois casos a iniciativa é coletiva[248], porque demanda a atuação conjunta de um número mínimo de parlamentares federais ou, no caso dos parlamentares estaduais, além da exigência numérica mínima, faz-se mister que pelo menos metade as Assembléias Legislativas formulem a proposta.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que é mais fácil obter a adesão de um terço dos membros de uma das casas do Congresso Nacional do que alcançar a dificultosa aderência de mais da metade das Assembléias Legislativas Estaduais e, em cada uma delas, ao menos a maioria relativa de seus membros[249]. De fato, haveria necessidade da coesão das Assembléias Legislativas Estaduais em torno de um interesse político, jurídico, econômico ou social, muito elevado para que se fizesse desaparecer as diferenças locais ou regionais.

Contudo, tal previsão constitui uma forma de participação dos Estados na formação da vontade soberana nacional e, desta forma, por exprimir um dos elementos essenciais da federação, não pode ser suprimida.

Além destas duas hipóteses de iniciativa coletiva, pode apresentar proposta de emenda à Constituição o Presidente da República.

Apresentada a proposta de emenda exige-se, para sua aprovação, pelo menos três quintos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Veja-se que aqui a Constituição não se refere a três quintos dos presentes à sessão, mas a três quintos dos membros do Congresso Nacional, independentemente do número de parlamentares

---

[248] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 239.
[249] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240.

presentes. Além disso, requer-se a discussão e votação da proposta de emenda em cada uma cada uma Casas em dois turnos.

A determinação da Casa inicial dependerá da iniciativa da proposta; se a proposta advier do Presidente da República, dos Deputados Federais ou das Assembléias Legislativas Estaduais, será apreciada inicialmente na Câmara dos Deputados. Se, porventura, foi apresentada pelos Senadores, tramitará em primeiro lugar no Senado Federal. A este respeito, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031/DF[250].

Neste mesmo julgamento, e em outros anteriores, o Supremo Tribunal Federal também decidiu que, a casa revisora não tem de devolver a proposta de emenda constitucional à casa inicial se as alterações que se fizerem na proposta forem somente redacionais e não a alterarem substancialmente[251].

---

[250] *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ART. 75 E PARÁGRAFOS, ACRESCENTADOS AO ADCT PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 21, DE 18 DE MARÇO DE 1999). 1 - O início da tramitação da proposta de emenda no Senado Federal está em harmonia com o disposto no art. 60, inciso I da Constituição Federal, que confere poder de iniciativa a ambas as Casas Legislativas. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada no Senado Federal, sofreu alteração na Câmara dos Deputados, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à alteração implementada no § 1º do art. 75 do ADCT, que não importou em mudança substancial do sentido daquilo que foi aprovado no Senado Federal. [...]."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, publicado no Diário de Justiça de 17 de outubro de 2003, p. 13).

[251] *"MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA-CPMF (ARTS. 84 E 85, ACRESCENTADOS AO ADCT PELO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37, DE 12 DE JUNHO DE 2002). 1 - Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter interna corporis do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional. 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º da Constituição Federal no tocante à supressão, no Senado Federal, da expressão "observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal", que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). [...]".* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.666/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, publicado no Diário de Justiça de 6 de dezembro de 2002, p. 51). No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal nos julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 3, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031/DF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.673/DF, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-MC, DJE 7 de março de 2008).

Com a aprovação da proposta pelas duas Casas do Congresso Nacional, ela será promulgada pelas duas mesas e receberá o número de ordem respectivo.

Note-se, ademais, que não há participação do Presidente da República nesta fase de tramitação da proposta de emenda constitucional[252], diferentemente do que ocorre com o processo legislativo ordinário, em que o Chefe do Poder Executivo pode sancionar ou vetar o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo.

9. Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: hierarquia e tendência à abolição

Os limites materiais à reforma constitucional referem-se ao conteúdo da Constituição, expresso por determinada norma ou conjunto de normas[253]. O Poder Constituinte pode retirar da competência reformadora a possibilidade de supressão de certa matéria da Constituição, para, desta forma, manter-lhe a identidade. As limitações materiais relacionam-se, portanto, ao conteúdo ou substância da Constituição e são denominadas de cláusulas de intangibilidade, núcleo intangível, cláusulas pétreas, garantias de eternidade, disposições de intangibilidade, conteúdos fixos ou cláusulas limitativas da reforma constitucional.

As disposições de limitação material, porque protegem um conjunto determinado de matérias que apresentam uma nota de fundamentalidade em relação às demais normas constitucionais, têm a função de conferir à Constituição sua identidade e espírito

---

[252] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 157; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 356.

[253] BIDART CAMPOS, Germán J.. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 177; STERN, Klaus. *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Trad. Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 342; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

próprios[254]. Ao corporificar jurídica e politicamente a sociedade e o Estado o Poder Constituinte se vale de normas que impedem a alteração do conteúdo fundamental de seu estatuto pelo exercício da competência reformadora; a alteração deste conteúdo fundamental estruturante é obra do Poder Constituinte e não do Poder de Reforma Constitucional. Constituem, nas palavras precisas de Vital Moreira, *"um sumário de toda tradição constitucional democrática."*[255]

Ainda aqui, é preciso referir que Maurice Hauriou fala em superlegalidade constitucional[256] para se referir a este núcleo intangível da Constituição, que não pode ser sobrepujado pela reforma constitucional, conferindo-lhe uma superioridade hierárquica em relação às demais normas constitucionais. Oscar Vilhena Vieira[257], de outro lado, prefere a expressão superconstitucionalidade, para a explicação do mesmo fenômeno da super-rigidez das cláusulas protegidas contra a reforma constitucional.

Concordamos, contudo, nesse ponto, com Luis Roberto Barroso[258]. A hierarquia, no âmbito jurídico, liga-se à ideia de um escalonamento que confere à norma superior uma posição de primazia formal sobre as demais e assim sucessivamente para a formação do ordenamento jurídico. A posição de intocabilidade dos núcleos protegidos pelas cláusulas limitativas de reforma encontram-se fora da competência reformadora não porque ocupam uma posição hierárquico-formal diferenciada e superior às demais normas constitucionais – o que inclui as emendas constitucionais -, mas, sobretudo, porque representam uma decisão fundamental sobre a forma de existir da sociedade política e do Estado. É o seu conteúdo impregnado de valorações jurídico-políticas, que estruturam o sistema constitucional do

---

[254] BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 185.
[255] *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980, p. 102.
[256] *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz de Castillo. Granada: Comares, 2003, p. 335. Também, no sentido de superlegalidade como o significado jurídico das cláusulas de intangibilidade: VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 255.
[257] *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134.
[258] *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167.

Estado e da sociedade, que justifica a intangibilidade de determinadas matérias por decisão do próprio Poder Constituinte.

Além de sua significação na estrutura jurídico-política fundamental, as cláusulas limitativas da reforma constitucional retiram do círculo competencial do Poder Reformador a faculdade de alteração de seu conteúdo. A intrusão do Poder de Reforma constitucional em um âmbito fora do seu alcance funcional, para além das gravíssimas implicações políticas, significa uma usurpação das funções que são próprias do Poder Constituinte.

A Constituição Federal de 1988 estabelece as seguintes limitações materiais ao Poder de Reforma Constitucional: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Na nossa história constitucional, a federação veio prevista como limitação à reforma nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, na Emenda Constitucional nº 1/1969, e na Constituição Federal de 1988. A república constituía limitação material à reforma nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/1969, mas não foi incluída como limitação expressa pelo Poder Constituinte de 1988. A separação de poderes do Estado e os direitos e garantias individuais têm, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, proteção contra a reforma constitucional.

Cada um dos gêneros de limitações materiais será examinado pormenorizadamente. No entanto, a enunciação da norma limitativa da reforma constitucional traz consequências quanto à sua extensão.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 60, § 4º, que *"não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]"*. Entre as possibilidades de construção do sentido da norma acima transcrita, podem-se citar duas tendências.

Uma primeira tendência mais restritiva poderia apontar a imutabilidade absoluta e textual dos dispositivos constitucionais protegidos pelas normas limitativas da reforma da

Constituição. Assim, todo enunciado constitucional que tocar de perto a matéria irreformável, estará imune a qualquer tipo de alteração; o próprio texto, e não as normas que nele estão contidas, está protegido da reforma.

Esta primeira interpretação pode conduzir a uma petrificação da Constituição em termos tais que a única alternativa à sua adaptação à realidade e às contingências sociais passa a ser a irrupção do Poder Constituinte revolucionário. Aqui, a função da reforma de garantir a permanência da Constituição não se realizará.

Isso contradiz, também, a própria dicção legal que estabelece que a emenda não poderá abolir as matérias enunciadas. Abolir tem o sentido de suprimir, eliminar ou extinguir o direito ou o princípio que constitui a limitação à reforma da Constituição. Destarte, segundo o texto da Constituição, o que se impede, por intermédio da reforma, é o desaparecimento do direito previsto pelo Poder Constituinte, mas não se impedem modificações que lhes preservem o conteúdo essencial.

Deste modo, é preciso identificar as bases fundamentais dos institutos constitucionalmente previstos para a verificação concreta da possibilidade de sua abolição. Um reforma, por vezes extensa, no texto da Constituição, pode preservar o núcleo essencial do direito protegido, ao passo que uma alteração pontual pode corromper o direito ou o princípio se tocar em algum dos seus elementos essenciais.

O que a Constituição protege, por conseguinte, não é o texto da Constituição, mas a decisão fundamental expressa por intermédio de suas cláusulas de intangibilidade. Se remanescer o núcleo fundamental, as alterações redacionais são plenamente aceitáveis[259].

---

[259] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243; MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 423; AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 67.

São precisas, no mesmo sentido, as palavras de Klaus Stern, que ao comentar o art. 79.3 da Lei Fundamental de Bonn, que torna intangíveis certos princípios fundamentais, assevera que:

> "Tendo em conta o grande alcance do art. 79.3 LFB como limitação inclusive ao legislador de reforma da constituição que decide com maioria qualificada e sua interpretação tendencialmente restritiva de maneira necessária, é lógico dar como certo que o Art. 79.3 só pretende declarar intangíveis os conteúdos normativos em seus princípios fundamentais contidos nos Arts. 1 e 20 LFB. Se trata de seu núcleo, de seu conteúdo essencial. Estes elementos essenciais são intangíveis. [...] Em consequência, podem produzir-se modificações nos conteúdos jurídicos fixados nos Arts. 1 e 20 LFB, na medida em que não se afete o conteúdo fundamental. Só está protegido o conteúdo essencial, mas este de maneira absoluta."[260]

Em consequência, na esteira das lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é possível distinguir, neste ponto, o direito e o regime do direito[261]. O direito ou o princípio não podem ser extintos ou ter esvaziado seu conteúdo, embora continuem presentes no texto constitucional. Seu regime jurídico, todavia, especificamente no que tange à sua matriz constitucional, pode ser alterado, desde que se mantenham incólumes seus fundamentos e seu conteúdo.

Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal.

Em decisão sempre citada pela doutrina que comenta as limitações ao Poder de Reforma Constitucional, decidiu aquela Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.047/DF, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11 de fevereiro de 1998, o quanto segue:

> "Reitero logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, são significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege."

---

[260] *Derecho del estado de la República Federal Alemana*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 354.

[261] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243.

Passar-se-á, portanto, à apreciação de cada uma das limitações materiais expressas à reforma constitucional.

9.1. A forma federativa de Estado

A Constituição põe a salvo da reforma a forma federativa de Estado.

O art. 1º da Constituição Federal estatui que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e estabelece, em seu art. 60, § 4º, que o a forma federativa de Estado não pode ser abolida pela reforma constitucional.

É da tradição do nosso constitucionalismo a inclusão da forma federativa de Estado nos limites materiais ao Poder de Reforma Constitucional. A forma federativa de Estado foi prevista, como limitação material expressa à reforma da Constituição, na Constituição de 1891, art, 90, § 4ª, na Constituição de 1934, art. 178, § 5º, na Constituição de 1946, art. 217, § 6º, na Constituição de 1967, art. 50, º§ 1º, e, pela Emenda Constitucional 1/1969, a limitação passou a constar do art. 47, § 1º[262].

A federação é uma forma de divisão espacial do poder político, contrapondo-se ao Estado unitário[263]. No Estado Federal, duas ordens jurídico-políticas coexistem, a nacional

---

[262] Em toda história constitucional brasileira, somente sob a égide da Constituição do Império o País experimentou um Estado Unitário e, embora houvesse Províncias, não existia nenhuma autonomia caracterizadora do Estado Federal. Previa o art. 165 da Constituição de 1924: *"Haverá em cada Provincia um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado."* Nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23; PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça: 1958, p. 22.

[263] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 357; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986; BITTAR, Orlando. *Estudos de dreito constitucional e direito do trabalho*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 167; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alinaza, 2006; AFONSO DA

e a regional, convivendo em um delicado equilíbrio de manutenção da unicidade, como forma de preservação da integridade nacional, e do respeito à autonomia regionall, sem a qual o Estado volta a ser unitário, isto é, sem a divisão espacial do poder com característica de autonomia[264].

A nota essencial da federação é a descentralização do poder jurídico e político, dentro de um mesmo território estatal[265]. A coexistência de duas ordens, dentro do mesmo território, contudo, implica a limitação do âmbito das ordens jurídicas regionais em cada porção do território dividido, bem como a vigência, em âmbito nacional, da ordem estatal federal.

A coexistência de ordens jurídicas parciais pressupõe que as competências estatais sejam partilhadas entre cada um dos entes federados, o que leva a doutrina a afirmar que a adoção da forma federativa de Estado depende de uma Constituição escrita que estabeleça as competências e a quem pertencem dentro da gama de funções estatais atribuídas ao Estado[266]. Aliás, dando um passo atrás, é o Poder Constituinte, no momento da fundação do corpo político, que define a forma pela qual será exercido espacialmente o poder político, mantendo-o centralizado ou repartindo as competências que estabelece entre unidades parciais autônomas.

SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273; FRIEDRICH, Carl. J. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958, p. 162; GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza, 1984. p. 215; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 269; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171; BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 193.

[264] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 357; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

[265] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 171.

[266] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273.

A repartição das competências entre as unidades federadas pressupõe autonomia no seu exercício, vale dizer, o conjunto de atribuições juridicamente circunscritas conferidas aos entes federados, para que se verifique, no plano fático, uma verdadeira federação. A mera denominação, no plano normativo, de uma forma federativa de Estado pode não encontrar expressão fática se as competências outorgadas aos entes federados não forem exercidas com autonomia, caso em que se pode falar em mera descentralização territorial[267], mas com a manutenção da centralização do poder político típica de um Estado unitário.

E é exatamente pela repartição de competências, pela outorga de conjunto de atribuições juridicamente circunscritas, que se confere aos entes federados autonomia em relação ao poder central e é, segundo Loewenstein, a *"chave da estrutura do poder federal"*[268]. Ademais, a Constituição, por intermédio da repartição das competências estatais, caracterizará o Estado federal com tendência centralizadora, pela amplitude das competências reservadas ou outorgadas à União, ou descentralizadora, pela reserva ou outorga de competências ampliadas aos Estados-membros, em relação àquelas destinadas à União Federal[269].

A origem da federação e a multiplicidade de competências, avolumadas com o advento do constitucionalismo social, bem como a forma de sua repartição, geram representações históricas concretas de federação, com feição e identidade próprias. A federação adotada em cada Estado e cada uma das federações criadas pelas Constituições que se sucedem, representam experiências históricas concretas, com reflexos jurídico-

---

[267] CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil: o poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 66.
[268] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 356.
[269] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 276.

políticos na conformação da forma descentralizada de Estado[270]. Afora alguns princípios de ordem geral – a autonomia dos entes federados, a repartição de competências e a participação dos entes federados na formação da vontade nacional – não se pode simplesmente transpor as experiências historicamente situadas para a investigação da federação de cada Estado[271].

Contudo, se a federação se caracteriza pela descentralização política, nem toda descentralização política constitui uma federação, e neste ponto faz-se necessária a distinção entre federação e confederação. A federação caracteriza-se pela coexistência de unidades federadas autônomas, que recebem da Constituição suas competências e que, em razão mesmo da união que se forma, estão impedidas de se dissolver. A confederação, por seu turno, tem por ato de fundação um tratado ou uma convenção, que preserva a soberania dos Estados confederados e, por este motivo, remanesce, sempre, a possibilidade de secessão[272].

Vale citar, ainda, dois tipos de federação resultantes de condições políticas existentes no momento de sua formação e o papel que a Constituição exerce na sua estruturação: a federação por agregação ou de formação centrípeta e federalismo por segregação ou de formação centrífuga[273].

---

[270] BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 9; BITTAR, Orlando. Organização federal brasileira. In: *Estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 174.

[271] No julgamento da Ação Direta de Insconstitucionalidade nº 1.749/DF, Relator para o acórdão o Ministo Nelson Jobim, julgado em 25 de novembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que o controle de constitucionalidade das emendas não se estabelecida diante de um modelo ideal de federação, senão daquele concretamente instituído pela Constituição Federal.

[272] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274; FRIEDRICH, Carl. J. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958, p. 164; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 355.

[273] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 86; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 275; AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 475; GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza, 1984. p. 215; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito*

O federalismo por agregação ou de formação centrípeta resulta da união de Estados independentes que, associando-se, elaboram uma Constituição. Este tipo de federalismo, exatamente por decorrer de soberanias nacionais que se ajuntam, tende a manter nos Estados-membros um amplo espectro de competências, isto é, os entes federados delegam ao ente central somente as competências necessárias à manutenção da unidade federal, reservando para si as demais. Este tipo de federalismo pode provir de uma confederação de Estados, como ocorreu com a federação americana.

O federalismo por segregação ou de formação centrífuga, por seu turno, não decorre de uma associação de Estados que, abrindo mão de sua soberania, instituem um Estado federal. Contrariamente, é um Estado unitário que, decompondo territorialmente o poder político, cria unidades federadas autônomas outorgando-lhe um conjunto de competências determinadas. A tendência, neste tipo histórico de federalismo, é a manutenção, no poder central, de uma gama enorme de competências, na medida em que serão concedidas aos entes federados tão somente aquele conjunto de atribuições politico-jurídicas necessárias à existência de um polo de decisão política autônoma.

Finalmente, apenas para a elaboração de notas propedêuticas que permitam a compreensão do federalismo e dos limites que são impostos ao Poder Reformador, é importante citar que a Constituição, seja nos casos de uma federação por agregação ou uma federação por segregação, organiza a federação e reparte as competências, atribuindo-as aos entes federados. Pois bem, a alteração da Constituição, ou ainda, a formação da vontade política nacional, necessariamente tem de contar com participação das unidades locais, que, em conjunto, constituem o Estado federal.

Em decorrência do que foi agora exposto, é possível apontar como características essenciais do Estado federal, sem as quais este tipo de Estado se dissolve em um mero

---

constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 755; MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 143.

federalismo nominal: a autonomia dos entes federados, a repartição de competências e a participação dos entes federados na formação da vontade nacional[274].

Quando a Constituição estabelece, pois, que as emendas constitucionais não podem abolir a forma federativa de Estado, significa que estes três elementos essências terão de ser preservados, caso contrário haverá a transmudação de um federalismo factual para um federalismo meramente nominal, mas com a expressão real de um Estado centralizado ou unitário.

A autonomia dos entes federados tem o significado de uma capacidade de autodeterminação[275], limitado pelas margens determinadas pela Constituição. É possível, assim, decompor a autonomia dos entes federativos em quatro capacidades: capacidade de auto-organização, capacidade de autolegislação, capacidade de autogoverno e capacidade de autoadministração[276].

Em poucas palavras, apenas para identificar a autonomia dos entes federados, a capacidade de auto-organização significa a possibilidade de organizar-se pela adoção de uma Constituição; a capacidade de autolegislação implica o reconhecimento da aptidão para a produção de leis no âmbito de sua competência; a capacidade de autogoverno significa a estruturação dos Poderes do ente federado sem intermediação do poder central – como a elegibilidade dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo e o ingresso dos membros do Poder Judiciário; e, finalmente, a capacidade de autoadministração, que envolve a possibilidade de gerir os serviços que lhe são atribuídos pela Constituição Federal ao repartir as competências.

---

[274] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 173; BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

[275] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 277.

[276] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo.* 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 589; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 54; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 277.

Acrescente-se, ainda, que a autonomia abrange, à evidência, a autonomia financeira, com a captação de recursos suficientes para que o ente federado possa auto-organizar-se, produzir, pelos órgãos próprios, suas leis, autogovernar-se e autoadministrar-se. Isso, no nosso sistema federativo, dá-se pela partilha dos tributos[277], pela repartição das receitas tributárias e pelos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios[278].

A repartição das competências é a questão fundamental de um Estado federal, porquanto é com a distribuição das competências que se atribui, aos entes federados, um conjunto de atribuições para serem exercidas autonomamente[279]. Sem a repartição das competências, remanesce um Estado unitário. Entes federados esvaziados de competências não formam uma unidade e não existe, conseguintemente, uma federação.

Finalmente, no momento em que o Estado ingressa em uma associação de cunho federativo, ou, ainda, quando é o Estado unitário que se decompõe em unidades periféricas, descentralizando-se politicamente, passa-se a constituir uma unidade na multiplicidade e a unidade do Estado federal somente existe na pluralidade dos entes federativos. Nesse sentido, é necessário que as partes contribuam na formação da vontade central, ou seja, que haja participação dos Estado na formação da vontade da União, "*influindo sobre as decisões soberanas, pois estas são decisões do conjunto no qual eles se acham integrados*."[280]

---

[277] No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, Rel. Ministro Sidney Sanches, julgada em 15 de dezembro de 1993, o Supremo Constitucional Federal entendeu que a Emenda Constitucional nº 3/1993, que criou o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F, ofendeu a norma limitativa da reforma consubstanciada na Federação, uma vez que afastou a imunidade recíproca entre os entes federados, prevista no art. 150, VI, 'a' da Constituição Federal, que constitui garantia da Federação por assegurar a autonomia financeira dos componentes do Estado federal.

[278] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 15; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986, p. 20.

[279] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

[280] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986, p. 18.

Na nossa Constituição, a participação dos Estados na formação da vontade soberana nacional dá-se, fundamentalmente, pelo Senado Federal, que é uma Casa Legislativa de representação dos Estados, que toma parte na produção legislativa federal[281], bem como pela participação dos Estados no processo de emenda à Constituição, seja pela previsão de iniciativa mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, seja pela participação também do Senado Federal no processo de aprovação das emendas[282].

Pelo que foi exposto até agora, é possível inferir que a reforma constitucional, para que não infrinja a cláusula limitativa inserta no art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal deverá preservar a autonomia dos entes federados, a participação dos Estados na formação da vontade federal e a repartição de competências. Contudo, diante da dicção do texto constitucional, são necessários alguns temperamentos.

A autonomia é preservada desde que não se retire do Estado a capacidade de decisão política – o que inclui a capacidade de auto-organização, autolegislação e autogoverno e autoadministração – preservando, no interior do ente federado, o centro de decisão autônomo criado pelo Poder Constituinte. Nesse sentido, afirma Konrad Hesse, ao comentar limitação similar existente na Lei Fundamental de Bonn, que a restrição destina-se à *"conservação dos estados como centros de decisão democraticamente legítimos."*[283]

Os Estados têm de continuar a ser Estados e não autarquias às quais se confira, tão somente, a execução de serviços e funções públicas cuja titularidade pertence ao poder

---

[281] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 15. A Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida lembra, na obra referida, com propriedade, a crítica que se dirige ao Senado Federal como órgão de representação estadual, pela vinculação dos representantes eleitos aos programas partidários que, nem sempre, coincidem com os interesses do Estado que os elegeu. Nesse sentido, confira-se, também, LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 358.

[282] Relembre-se que a Lei Fundamental Alemã de 1949 prevê, em seu art. 79.3, que "*Não é permitida nenhuma modificação da presente Lei Fundamental que afete a organização da Federação em Länder, ou o princípio da participação dos Länder na legislação [...].*"

[283] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 515; Também, STERN, Klaus. *Derecho del estado de la República Federal Alemana*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 348.

central. A federação envolve necessariamente a descentralização política e, nesse sentido, os entes parciais ou periféricos, recebendo ou mantendo a parcela deste poder funcionam como centros de poder político democrático e as reformas que sucederem no texto da Constituição Federal não podem eliminar a autonomia no exercício deste poder.

Alterações competenciais são admitidas[284], contudo, desde que não tendam à abolição da forma federativa de Estado pela absorção, pelo ente central, das competências dos entes federados em nível tal que passem a depender da intermediação da União Federal para o exercício do poder político[285]. Esta verificação, demais disso, deve ser feita de duas maneiras: pontualmente e historicamente.

A emenda à Constituição Federal, individualmente considerada, que alterar ou reordenar a repartição de competências encontrará no art. 60, § 4º, empecilho à dissolução da autonomia estadual. Contudo, se uma tal emenda sozinha não extinguir a autonomia dos entes federados, mas um conjunto de sucessivas modificações formais no texto da Constituição Federal motivar a perda paulatina das competências em favor da União de forma a eliminarem o centro autônomo de decisão política, o processo de reforma deve ser obstado pela existência da cláusula limitativa de reforma.

Ressalte-se que o raciocínio desenvolvido indica sempre, como impedimento à reforma, o esvaziamento da autonomia dos Estados pelas alterações no sistema de repartição de competências, em razão da tendência histórica brasileira de centralização do poder político nas mãos da União Federal. O inverso, contudo, também pode levar a reformas inconstitucionais.

---

[284] É ilustrativo, nesse sentido, o voto no Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Insconstitucionalidade n 1.749/DF, Rel. Ministro Octavio Gallotti, julgado em 18 de dezembro de 1997: *"Isso não significa, a meu ver, que, no dimensionamento de tal cláusula pétrea, se tenham petrificado todos os pormenores constitucionais relativos à Federação, de tal modo que qualquer alteração deles, como na distribuição de renda ou dos encargos de cada um dos entes federativos, significasse violação ao limite material ao poder de reforma constitucional."*

[285] STERN, Klaus. *Derecho del estado de la República Federal Alemana*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 348.

O remodelamento do sistema de repartição de competências não pode implicar a diluição das competências federais, com o consequente esgotamento do poder político central. Existem competências que são tipicamente federais e são atribuídas ao poder central exatamente para possibilitar a manutenção da forma federativa de Estado, como a possibilidade de intervenção para a salvaguarda da federação, a condução das relações internacionais ou mesmo a defesa do território nacional. Estas competências devem permanecer no âmbito federal porque não podem ser atribuídas a um Estado, que passaria a uma posição de superioridade em relação aos outros, o que acabaria por ferir uma isonomia entre os entes federados, de deletérios efeitos para o sistema de multiplicidade de ordens jurídico-políticas.

Contudo, as alterações que tenderem para uma descentralização atenderão com maior propriedade a ideia central da federação, de coexistência, sob uma mesma soberania, de entidades autônomas mais próximas dos indivíduos e dos problemas plurais que podem surgir em um Estado com grande extensão territorial. Pode-se afirmar, nesse sentido, que o fortalecimento do princípio da subsidiariedade[286], como forma de defesa mais eficiente do pluralismo e da diversidade, decorrente das modificações constitucionais que alteram as competências constitucionais, deve ser tolerado com mais largueza do que o amesquinhamento das competências estaduais. A aproximação da participação do povo na resolução dos problemas e da determinação de um *modus vivendi* culturalmente situado, fortalece o princípio democrático e, por este motivo, encontra supedâneo em nossa Constituição Federal. Por este motivo Canotilho afirma que o princípio da subsidiariedade,

---

[286] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 362; CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 51; *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003., p. 149; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 202, out./dez. 1995, pp. 49-60.

em razão da apropinquação das decisões políticas dos cidadãos, representa uma democracia de proximidade[287].

Finalmente, uma nota deve ser acrescentada quanto à federação brasileira e sua preservação como forma de Estado e se refere à inclusão dos Municípios como entes federados. A Constituição Federal prevê, logo em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e, no art. 18, estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.

Afora algumas vozes dissonantes[288], segundo o texto da Constituição Federal e a doutrina majoritária, o Município é ente federativo, o que confere, à nossa federação, a característica de uma federação de duplo grau[289]. Goza, deste modo, da mesma autonomia dos Estados-Membros, com a ressalva de que não participa da formação da vontade federal, na medida que o Senado Federal é órgão de representação somente dos Estados. Assim, o que foi dito no tocante à preservação da autonomia e das competências que assegurem um centro de decisão política autônoma, vale também em relação ao Município. Acrescente-se, ainda, que tampouco é possível a supressão do Município, como ente federado, pelo processo de reforma constitucional, o que implicaria a desfiguração completa da federação brasileira da forma como estabelecida pelo Poder Constituinte.

9.2. O voto direto, secreto, universal e periódico

---

[287] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 362.

[288] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 620.

[289] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 283; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1007, p. 310.

No art. 60, § 4º, II, da Constituição Federal, é protegido contra a emenda constitucional tendente à sua abolição, o voto direto, secreto, universal e periódico.

A limitação que ora se comenta, na verdade, protege contra a reforma constitucional os instrumentos da democracia representativa e, ao cabo, a própria democracia[290]. Aliás, já no preâmbulo da Constituição, encontra-se a referência ao estabelecimento de um Estado Democrático[291] e no art. 1º, parágrafo único, prevê-se que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."*

O voto direto significa a ausência de intermediários na eleição dos representantes políticos, o que afasta a formação de colégios eleitorais que procederão à escolha dos representantes, tal como ocorre nos Estados Unidos. A única exceção constitucionalmente prevista de eleições indiretas é a escolha do Presidente e do Vice-Presidente da Republica pelo Congresso Nacional se vagarem os respectivos cargos nos últimos anos do mandato presidencial (art. 81, § 2º). Trata-se do mandato-tampão e os sucessores somente completarão o período de mandato de seus antecessores.

O voto secreto é uma das condições de subsistência do regime democrático representativo, na medida em que possibilita a escolha livre e desvinculada de pressões políticas. Por conseguinte, não pode sobrevir uma emenda constitucional que determine que o voto passará a ser aberto nas eleições ou que, mesmo sendo secreto no momento da votação, posteriormente seja divulgado seu conteúdo. O caráter secreto do voto tem de se manter tanto no momento da decisão política democrática – o voto – quanto

---

[290] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 673. Luis Roberto Barrroso, aliás, afirma que *"por metonímia, o que se deve ler é que os elementos essenciais do Estado democrático são intangíveis." Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

[291] *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]."*

posteriormente, quando esta decisão já encontra representação no arcabouço institucional do Estado.

Vale ressaltar que a vedação à abolição do voto secreto destina-se à formação da vontade democrática representativa; as votações secretas que porventura ocorram no âmbito dos Parlamentos não estão albergadas pelo manto protetivo previsto no art. 60 § 4º, III, b, da Constituição Federal. Podem encontrar óbice no princípio republicano ou mesmo no direito fundamental à informação, mas para além destes obstáculos jurídico-políticos não pode ser justificada a inconstitucionalidade destas formas de deliberação.

O caráter universal do voto também foi erigido à categoria de inamovível pelo Poder Constituinte. A universalidade do voto encontra, na democracia, um caráter fundamental, porquanto tende à identificação entre Soberano e Súditos[292] como forma de autogoverno ou autolegislação, na lição de Rousseau. Desta forma, a ampliação do corpo popular que poderá participar da formação da vontade democrática, por intermédio das eleições, procura identificar ou aproximar ao máximo a vontade soberana daqueles que a ela se submeterão[293].

Nesse sentido, não pode ser suprimida, do texto constitucional, a extensão da capacidade eleitoral ativa aos analfabetos e aos menores, entre dezesseis e dezoito anos (art. 14, II, da Constituição Federal)[294]. Contudo, não só na capacidade eleitoral ativa repousa a eficácia da norma limitativa da reforma, mas ao estabelecimento de toda forma de participação popular no processo de formação e captação da vontade popular, seja em circunstâncias deliberativas ou em momentos decisionais. Assim, em qualquer procedimento de formação da vontade popular – seja de democracia direta ou

---

[292] SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO, Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.
[293] HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofia social*. 5ª edição. Madri: Tecnos, 2008, p. 103.
[294] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213.

representativa – não pode ser suprimida a possibilidade de participação de todos aqueles a quem a Constituição conferiu tal prerrogativa. Acrescente-se, ainda, que a restrição implicaria a supressão ao direito fundamental no âmbito de uma democracia: a formação da vontade popular, à qual o cidadão também irá se submeter.

Finalmente, está protegida a periodicidade do voto. Há, aqui, a confluência de dois princípios políticos que marcam a identidade de nossa Constituição: a democracia e a república. Com efeito, a periodicidade do voto significa, por um lado, a possibilidade de participação popular ininterrupta na formação da vontade democrática o que implica uma maior controle do poder político pelo cidadão bem como a alternância no exercício do poder[295].

Assim, os mandatos eletivos não podem ser dilatados até um ponto em que se torne exageradamente distante do povo e não autorize o controle dos eleitos por parte dos cidadãos. Veja-se que o mandato representativo de modelo liberal implicou um rompimento dos vínculos entre o representante e os representados, de tal sorte que os representantes acabam por exercer livremente seus mandatos e a responsabilização política converge para o momento das eleições. Se a extensão temporal do mandato, pela sua demasia, não autorizar o controle do poder e a alternância no seu exercício, debilitados estarão tanto o princípio democrático quanto o republicano.

A periodicidade do voto, ademais, não autoriza a substituição da república (que constitui, segundo entendemos, limitação material implícita à reforma da Constituição) pela monarquia, em razão mesmo da necessária vitaliciedade no exercício do cargo. Isso foi reforçado pela decisão popular expressa no plebiscito realizado em 1993, por determinação do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

---

[295] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173; ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101; MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 149.

9.3. A separação de poderes

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, a separação de poderes constitui o cerne imutável da Constituição.

Ao prever que a separação de poderes não pode ser abolida, a Constituição deseja que o poder político não seja unificado, centralizado, concentrando em uma única categoria institucional a totalidade do poder e, assim, concedendo uma primazia a um poder em relação aos outros. Canotilho fala na proibição do "*monismo de poder*"[296]. Em verdade, não se cuida de divisão do poder político, substancialmente uno, mas de funções estatais, divididas entre os órgãos previstos pela Constituição da República. Destarte, a Constituição divide as funções estatais entre os poderes que cria, determinando, neste sentido, que sejam prestadas de maneira independente e harmônica[297].

A separação dos poderes do Estado, contudo, não é um ideia política jusnaturalista ou atemporal[298]. É uma criação histórica e, sendo assim, apresenta expressão diversificada de acordo com sua situação temporal e espacial e em decorrência das contingências particulares de cada povo, cada Estado e cada Constituição. Caso sejam reproduzidas, nas Constituições concretas, as formulações teóricas, principalmente de John Locke e Montesquieu, isso significa tão somente que diante da dinâmica do poder político local, tal fato se entremostra conveniente ou apropriado à estruturação do poder político, à limitação

---

[296] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra Almedina, 2000, p. 545.

[297] MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 572; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 340.

[298] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 368; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 542; HÄBERLE, Peter. *L'état constitutionnel*. Paris: Economica, 2004, p. 167.

do poder[299] e à garantia dos direitos fundamentais[300], sem que isso traduza a unicidade conceitual da separação de poderes tal como elaborada por aqueles autores.

Este princípio, aliás, veio previsto no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, na seguinte formulação: *"a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."*

Diante disso, deixa de ter formulação meramente teórica para se apresentar como um princípio constitucional[301] e é este princípio, da maneira como a Constituição o conforma, que está a salvo da eliminação pelo Poder de Reforma Constitucional.

Deve ser registrado, ainda, que o princípio da separação de poderes, malgrado de expressão histórico-concreta no seio de cada Constituição, possui um caráter finalístico que o informa e anima sua organização: a limitação do poder político. A divisão funcional do poder em órgãos independentes, ou mesmo interdependentes, que se controlam reciprocamente, tem a vantagem de demarcar a linha de atuação de cada um dos poderes e autorizar o controle pelos outros poderes caso os marcos competenciais sejam transbordados. Cuida-se do sistema de freios ou contrapesos – *checks and balances* ou *le pouvoir arrête le pouvoir*.

Este mecanismo, de contenção do poder do Estado pela divisão funcional, de controle mútuo dos poderes estatais conformados pela Constituição, destina-se, em última análise, à salvaguarda da liberdade individual[302]. Eis o fundamento possível da eleição,

---

[299] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 368; FRIEDRICH, Carl. J. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958, p. 148.

[300] Manuel Garcia-Pelayo afirma, nesse sentido, que *"por cima das garantias parciais dos direitos individualizados, o Estado liberal cuidou também de assegurar o conjunto da liberdade mediante um sistema geral de garantia que fosse possível graças à estruturação da constituição com arranjo de um esquema racional, e que deu lugar à divisão de poderes e ao Estado de Direito." Derecho constitucional comparado*. Madri: Alianza, 1984. p. 154.

[301] VERDU, Pablo Lucas; CUEVA, Pablo Lucas Murillo de la. *Manual de derecho politico*. Vol. 1. Madri: Tecnos, 2005, p. 175.

[302] FRIEDRICH, Carl. J. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958, p. 155.

pelo Poder Constituinte, da separação de poderes como princípio integrante do núcleo axiológico fundamental e imutável da Constituição.

A partir de tais premissas, buscar-se-á na Constituição Federal a estruturação particular da separação de poderes para, após determinar seu conteúdo fundamental, determinar quais são os limites de sua alteração.

A Constituição Federal, em seu art 2º, enuncia que *"são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."* Adota, portanto, nosso texto constitucional a tripartição de funções já esboçada por Aristóteles e difundida por Montesquieu. Ao fazê-lo, identifica três tipos de funções estatais e determina por quais poderes será exercida.

As reformas que sucederem no texto, para que preservem os fundamentos teórico-constitucionais da separação de poderes devem observar a separação funcional, a divisão orgânica, a adequação funcional, a independência e a manutenção do regime de controle recíproco entre poderes. É a coexistência destes elementos que conformam a separação de poderes diante da Constituição Brasileira de 1988.

Inicialmente, repita-se, a Constituição Federal identificou e selecionou três funções estatais distintas: a função legislativa, a função executiva e a função judiciária. O conteúdo essencial de cada uma destas funções, embora tenha sofrido importantes alterações diante da evolução do constitucionalismo e das contingências sociais, ainda pode ser reconduzido aos fundamentos da doutrina clássica. Assim, em linhas gerais, à função legislativa compete o estabelecimento de normas gerais e abstratas regulatórias das relações sociais e da atuação estatal; a função executiva se qualifica como a atuação, concreta ou abstrata, da vontade democrática expressa nas normas criadas pelo Poder Legislativo; e, por fim, à

função judiciária pertence a atividade de resolução concreta dos conflitos que surgirem da aplicação da lei[303].

A separação orgânica significa que as diferentes funções constitucionalmente identificadas devem ser exercidas por órgãos distintos. De fato, a par da previsão de funções, a Constituição as atribuiu a Poderes distintos[304] e assim deve ser mantido pela atuação do Poder de Reforma Constitucional.

Deve ser resguardada, outrossim, a adequação funcional entre as atividades e os Poderes aos quais são atribuídas[305]. A substituição das atividades típicas atribuíveis a cada um dos Poderes do Estado tem de manter, com a estrutura orgânica, uma relação de adequação funcional. Cada um dos Poderes do Estado é constitucionalmente conformado ao adequado exercício das competências constitucionais que lhe são imputadas e as

---

[303] O Supremo Tribunal Federal apreciou a alegação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/04, analisando-a em cotejo com a norma limitativa da reforma concernente à separação de podres, no específico ponto da criação do Conselho Nacional de Justiça: *"Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102,* caput, *I, letra r, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus Ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito."* **(**ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, *DJ* de 22-9-2006).

[304] A expressão "Poderes', aqui, têm o significado de órgãos ou composto de órgãos aos quais são atribuídas competências constitucionais e que, tomados em sua totalidade, encontram-se funcionalmente dependentes ou interdependentes dos demais. Em sentido semelhante, Canotilho, ao afirmar que a Constituição Portuguesa de 1976 prefere a expressão 'órgãos de soberania, ao invés de poderes do Estado, assevera que *"a fórmula poderes do Estado pretende-se significar os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas 'supremas', mas separados e interdependentes entre si." Direito constitucional e teoria da constituição.* 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 529.

[305] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 543.

reformas que toquem na separação de poderes não podem quebrantar esta relação atributividade-adequação, provocando uma desorganização político-institucional e, pior, enfraquecendo o sistema de proteção da liberdade que anima a divisão funcional do poder.

Assim, se o Poder Judiciário exerce uma função contramajoritária não pode receber funções legislativas típicas, mormente porque não é composto por membros democraticamente eleitos. Na sua conformação constitucional de contrapoder reside a garantia da execução de suas funções com independência. Ao se lhe atribuir, por conseguinte, tarefas legislativas de expressão genérica, corre-se o risco de enfraquecimento da tarefa de resolução de conflitos concretos e de proteção dos direitos fundamentais – que é o conteúdo essencial da função judiciária.

Ainda neste caso, as normas gerais editadas careceriam de legitimidade democrática, porquanto editadas por um Poder do Estado que não possui, na base do recrutamento de seus membros, nenhuma participação popular – embora sujeito ao controle público.

A independência entre os Poderes de Estado também encontra assento constitucional.

A independência exprime a ideia de que cada um dos Poderes do Estado possui autonomia no exercício de suas valoradas funções. Da atributividade das funções, adequadamente conformadas ao Poder do Estado respectivo, resulta que não pode haver intromissão ou ingerência de outros Poderes na forma e extensão das atividades exercidas, desde que haja observância das margens constitucionais, pois caso contrário, haverá o desencadeamento dos mecanismos de controle previstos pela Constituição da República.

A independência, ainda, apresenta como corolário a impossibilidade dos membros de um dos Poderes ocuparem, simultaneamente, cargos nos outros Poderes[306], o que pode

---

[306] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174.

vir expresso nas Constituições como incompatibilidades[307]. Não seria crível que um indivíduo ou um grupo, como membros de um Poder do Estado, pudessem exercer com independência suas funções, se ao mesmo tempo pertencessem a outro Poder, principalmente se se considerar que cada um dos Poderes exerce, sobre o outro, um controle político – podem ocupar, concomitantemente, a função de controlador e de controlado.

Ainda no que se refere à independência, um outro questionamento pode surgir e se reporta à eventual adoção, por intermédio da reforma constitucional, do regime parlamentarista de governo. No regime parlamentarista de governo, diversamente do presidencialista previsto na nossa Constituição, há interdependência entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo e os membros do Parlamento podem ocupar a vaga de Primeiro Ministro – enfraquecendo a incompatibilidade de participação simultânea em mais de um Poder típica do nosso sistema constitucional.

De fato, há um obstáculo à adoção do regime parlamentarista de governo por intermédio de uma reforma constitucional[308].

A interdependência resultante da adoção deste regime não parece impedir sua preferência pelo Poder de Reforma, uma vez que o regime parlamentarista também preserva os fundamentos axiológicos da separação de poderes – a limitação do poder político e a garantia geral do sistema de direitos fundamentais – embora decorrente de um rearranjo institucional que aproxime, numa relação diversa, os Poderes Legislativo e Executivo[309].

---

[307] HÄBERLE, Peter. *L'état constitutionnel*. Paris: Economica, 2004, p. 169.

[308] Elival da Silva Ramos entende que é possível a aprovação de uma emenda parlamentarista, como decorrência de sua interpretação das cláusulas pétreas como limitativas da alteração dos princípios nucleares das matérias tratadas no art. 60, IV, da Constituição Federal. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227.

[309] Em sentido diverso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a *"a separação de poderes não é compatível com o sistema parlamentar de governo. Com efeito, neste há uma interdependência jurídico-política entre Legislativo e Executivo, pois este depende da confiança daquele, ou seja, da maioria parlamentar, e o primeiro pode sofrer a dissolução, isto é, a extinção mandato de seus membros por*

Repita-se, como afirmamos algures, que a vedação à supressão da separação de poderes é preordenada a evitar a concentração do poder político em uma única categoria institucional e, assim, concedendo uma primazia a um poder em relação aos outros, e, no regime parlamentar de governo a afluência demasiada de poder em direção a um só complexo orgânico não acontece.

Tampouco a referência doutrinária ao voto direto pode impedir, segundo entendemos, a adoção do sistema parlamentar. Aponta-se que a intangibilidade do voto direto implicaria a não aceitação, pela nossa Constituição, do parlamentarismo[310], porquanto neste sistema de governo o Chefe do Poder Executivo - o Primeiro Ministro – é escolhido pelo próprio Parlamento. Embora seja correta tal assertiva, verifica-se que a lógica do sistema parlamentarista repousa na interdependência entre os Poderes Executivo e Legislativo, de tal sorte que não se retira do povo a possibilidade de eleição direta dos membros do Poder Legislativo, cuja maioria decidirá qual será o Chefe do Poder Executivo e sustentará sua manutenção no poder. O povo participará, direta e periodicamente, da formação do Governo pela eleição do Parlamento.

Contudo, um argumento se entremostra intransponível na defesa da impossibilidade da adoção do regime parlamentarista de governo em substituição ao regime presidencialista: é a vontade do titular do Poder Constituinte, que se manifestou diretamente pela rejeição desde sistema de governo no plebiscito previsto pelo art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias.

Finalmente, o último aspecto a se considerar na reforma da Constituição, no que se refere especificamente a esta cláusula limitativa, é a mantença da separação de poderes como mecanismo de controle recíproco dos Poderes do Estado. A função de controle

---

determinação do segundo. Assim, no quadro do parlamentarismo existe uma distinção de poderes, não uma verdadeira separação de poderes." O Poder constituinte. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

[310] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213.

recíproco encontra em Montesquieu sua formulação clássica na seguinte passagem do Espírito das Leis: "*Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder*"[311].

Isso não traduz uma intangibilidade no princípio em referência, nem nos mecanismo de controle do poder, nem no sistema de responsabilidades constitucionais, mas somente que devem ser mantidos instrumentos de controle mútuo. Nesse sentido, não seria consentânea com a Constituição da República uma emenda que suprimisse quaisquer mecanismos de controle, elevando a um grau absoluto a separação dos poderes e a irresponsabilidade de seus membros; isso também tocaria no princípio republicano.

9.4. Direitos e garantias fundamentais

Note-se que o título desta parte do trabalho não coincide com a dicção constitucional, que põe a salvo da supressão os direitos e garantias individuais[312], mas já demonstra uma tomada de posição. Esta espécie de limitação é a que pode causar o maior número de desacordos, seja quanto à extensão textual da cláusula de reserva, seja quanto aos direitos sociais.

Utilizaremos, neste estudo, a expressão direitos fundamentais, ao invés de direitos humanos, perfilhando a distinção formulada pela doutrina alemã no sentido de que "*direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.*"[313] Ademais, nossa Constituição Federal utiliza o termo direitos e garantias fundamentais quando se refere aos direitos humanos tratados em seu texto e direitos

---

[311] MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.
[312] Art. 60, § 4º- *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.*
[313] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 73.

humanos nos momentos em que se refere às relações internacionais ou aos tratados internacionais[314].

A centralidade dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais e nas relações internacionais contemporâneas transita em torno de seu núcleo axiológico: a dignidade da pessoa humana. De difícil concretização teórica, a dignidade da pessoa humana justifica, em suas diversas expressões, a previsão jurídico-positiva de categorias de direitos essenciais e fundamentais do indivíduo. A análise fático-normativa, contudo, pode trazer aproximações daquilo que se pode considerar como a dignidade, afastando-se, de plano situações de restrições injustificáveis da liberdade e de privações materiais que acabam por fulminar também a liberdade civil e política.

A análise da limitação constitucional no tocante aos direitos fundamentais, por ser expressa, demanda uma análise do texto da Constituição Federal, para que se possibilite a construção do sentido da norma e a vontade do Poder Constituinte.

9.4.1. Extensão textual

A Constituição Federal declara, de maneira expressa, que são ineliminéveis da Constituição Federal os direitos e garantias individuais, o que remete, em uma análise meramente textual, ao Capítulo I, do Título II, da Constituição, cujo título é “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Mesmo assim, como este título trata de direitos individuais e direitos coletivos – ou mesmo de direitos individuais de expressão coletiva - não são todos eles que estão livres da supressão pela reforma constitucional.

Esta é a posição de Gilmar Ferreira Mendes. Ele afirma que o art. 60, § 4º, da Constituição Federal se refere aos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da

[314] É utilizado, pela Constituição Federal, o termo direitos humanos, no art. 4º, II, art. 5º, § 3º, art. 109, V-A, e seu § 5º, do corpo permanente da Constituição, e no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Constituição e, em relação a esta enumeração, ainda deve ser investigada a natureza real de direitos ou garantias individuais[315], para fim de se aferir se sua modificação está protegida contra a atividade do Poder de Reforma Constitucional, na esteira do que dispõem a Lei Fundamental Alemã, de 1949, e a Constituição Portuguesa, de 1976.

Contudo, não é essa a posição que prevalece. A Constituição, ao prever a limitação concernente aos direitos e garantias individuais, não remeteu ao seu art. 5º, com o que se sepultaria a divergência, ao menos no âmbito da discussão das limitações expressas. Enunciou, tão somente, que não podem ser abolidos os direitos e garantias individuais. Mas eles somente se localizam no art. 5º do texto constitucional?

Diversos outros dispositivos cujo significado essencial pode ser reconduzido aos direitos ou garantias individuais são encontradiços na Constituição, ou de maneira autônoma ou como desdobramento lógico dos direitos e garantias individuais previstos no art. 5º. Da primeira modalidade, podem ser citados os direitos de participação política; da segunda modalidade, vale enunciar o princípio da legalidade tributária – corolário do princípio da legalidade, mas com contornos mais rígidos -, o princípio da vedação ao confisco – decorrente do direito de propriedade.

Aliás, esta interpretação ganha força em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição[316]: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

A cláusula de extensão estatuída no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, já autoriza a exegese no sentido da existência de outros direitos e garantias individuais fora do extenso elenco previsto nos seus setenta e oito incisos.

---

[315] Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. n. 21, out./dez./1997. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 69-91.

[316] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal interpreta o termo ‘direitos e garantias individuais’ previsto no art. 60 da Constituição Federal.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-DF, cuja relatoria coube ao Ministro Sidney Sanches, o Supremo Tribunal Federal considerou o princípio da anterioridade tributária como direito individual do contribuinte, declarando, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional[317].

Portanto, no que se refere ao aspecto textual, infere-se que se direitos e garantias individuais forem encontrados para além do art. 5º da Constituição Federal, também se encontram sob o manto protetivo da cláusula limitativa do Poder de Reforma Constitucional.

9.4.2. Direitos sociais

Outra indagação surge a partir da conclusão acima enunciada: Se a previsão de imutabilidade se estende para outros direitos além daqueles previstos no art. 5º da Constituição Federal, também os direitos sociais estão resguardados contra uma reforma constitucional restritiva ou supressora?[318]

---

[317] *“Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I,e art. 150, VI, "a", da C.F.) [...].”* Acórdão publicado em 18 de março de 1994, no Diário Oficial da União, p. 160.

[318] Aceitando a extensão da cláusula de limitação inserta no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, também aos direitos sociais: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo:

Embora tratemos indistintamente de direitos sociais, há distinções internas, como anota José Adércio Leite Sampaio:

> "Os direitos sociais propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instruir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, como o reconhecimento do direito ao lazer e o direito a não haver discriminação. Já os direitos econômicos se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo que cada pessoa desenvolva suas potencialidade. [...] Por fim, os direitos culturais dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias"[319].

Uma série de argumentos milita no sentido do reconhecimento da expansão da proteção, inserta na cláusula limitativa, também aos direitos fundamentais sociais, os quais serão abaixo expostos, observando uma sequência que parte de uma maior concretude até a busca de uma fundamentação ética à proteção dos direitos sociais.

A Constituição Federal não utiliza o termo direitos individuais e fundamentais em seu sentido técnico, tendente à diferenciação, no plano normativo, das espécies de direitos em cotejo com as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais[320]. Uma análise do texto da Constituição permite verificar que ora se utiliza da expressão "direitos e garantias fundamentais" (art. 5º, § 1º), ora "direitos e liberdades constitucionais" (art. 5º, LXXI), ora "direitos e garantias individuais" (art, 60, § 4º, IV).

Como decorrência do tratamento atécnico dos direitos fundamentais pelo Poder Constituinte, anote-se que não há, na Constituição, distinção também no que tange à proteção dos direitos fundamentais de acordo à categoria geracional a que pertencem. A

Maheiros, 2008, p. 651; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 215; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236.

[319] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 262/263.

[320] Ingo Wolfgang. Sarlet prefere o termo "dimensão", porquanto a designação "gerações" conduziria à impressão de que se cuida de alternância entre as etapas históricas e não de um processo cumulativo. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54; MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Desafios à efetividade dos direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, vol. 893, março/2010, pp. 47-61.

Constituição não dispensa, conseguintemente, um tratamento dessemelhante aos direitos fundamentais pelo fato de pertencerem a uma outra geração. Assim, ao lado da ausência de técnica da enunciação da cláusula de proteção em referência, caminha a indiferenciação, no plano normativo, do esquema de proteção dos direitos fundamentais em consideração ao seu conteúdo ou momento histórico de surgimento.

Os direitos fundamentais devem, outrossim, ser tomados em seu conjunto, como forma de expressão categorial da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a fragmentação histórica do estudo dos direitos humanos e, neste trabalho, dos direitos fundamentais, traz prejuízos à compreensão de sua complementariedade e indivisibilidade[321]. Todos os tipos de direitos fundamentais informam o núcleo axiológico relacionado à dignidade da pessoa humana e a sua categorização, mormente em consideração à sucessão temporal em que apareceram, pode conduzir a uma compreensão equivocada de sua essencialidade e centralidade no nosso sistema jurídico-constitucional. Vale como escorço histórico, mas não encontra supedâneo no nosso sistema constitucional, ao menos no que toca ao regime jurídico e ao reconhecimento de sua justiciabilidade[322]. Veja-se que não se afirma, aqui, que inexistem diferenças entre os direitos de liberdade clássicos, os direitos sociais e mesmo os direitos da terceira geração, de solidariedade no plano internacional, seja no que toca à sua matriz ideológica e sua titularidade, seja em relação à atuação material do Estado para a sua implementação, mas, tão somente, que não existe diferença quanto à sua salvaguarda no plano constitucional.

A este respeito, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

> "[...] não é possível extrair de nossa Constituição um regime diferenciado entre os direitos de liberdade (individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos, notadamente entre a dimensão negativa (defensiva) e a

[321] AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 196/197.
[322] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 37.

> positiva (prestacional) existam diferenças quanto ao seu objeto e à sua função."[323]

Tampouco seu conteúdo relacional com a natureza da atividade estatal pode ser oposto à consideração da extensão limitativa também aos direitos sociais.

Costuma-se afirmar que os direitos de liberdade ou de primeira geração têm um conteúdo negativo e os de segunda geração possuem um conteúdo positivo. De fato, a análise genética das liberdades clássicas conduz ao reconhecimento de seu caráter negativo em relação, precipuamente, à atuação do Estado, na medida em que protegia a esfera de liberdade individual diante de interferências estatais[324]. Os direitos sociais, por seu turno, consubstanciam-se em prestações materiais do Estado e constituem, por isso, *"direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade"*[325]. No entanto, modernamente, os direitos individuais não mais são considerados puramente como direitos de não intervenção específica do Estado na esfera de liberdade individual e reclamam, por parte do Estado, tanto uma conduta promotora da liberdade, por intermédio de ações positivas, quanto uma atuação tendente a impedir intervenções de terceiros nesta seara[326]. Também os direitos sociais, constitucionalmente plasmados, demandam uma não intervenção estatal, ao menos uma obstrução a uma atuação desconforme com as diretivas sociais e os programas estatais presentes na Constituição da República.

Também não se pode afirmar que se trata de uma interpretação ampliativa, ou seja, uma dilatação do sentido da norma para abranger situações ou fatos não previstos pelo texto. Deve-se, nesse ponto, distinguir o texto e norma que dele emana, num complexo de

---

[323] Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 317.
[324] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. 6 Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 126.
[325] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. 6 Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.
[326] GALDINO, Gustavo. *O Custo dos direitos*, in *Legitimação dos Direitos Humanos*, org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 139 a 222.

possibilidades interpretativas que procura extrair a norma – a determinação vinculativa – do texto da lei. É possível asseverar que a norma que se extrai do texto da Constituição, mormente em cotejo com o sistema de direitos fundamentais por ela organizado, é aquela que atribui uma eficácia protetiva também aos direitos sociais, sem que isso implique uma interpretação que amplie as margens das possibilidades da construção do sentido da norma constitucional. Se é isso que está dito – os direitos sociais, tal qual os direitos de liberdade, são imunes à abolição – não há que se falar em interpretação ampliativa.

Conserva-se a necessária margem ampla de conformação democrática da sociedade e do Estado e, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais na amplitude de sua evolução histórica e de sua positivação constitucional.

Por fim, para concluir as brevíssimas considerações sobre a proteção dos direitos sociais pela cláusula limitativa da reforma, deve-se referir que os direitos sociais formam, juntamente com as demais categorias geracionais de direitos fundamentais, um sistema de posições da pessoa, em sua expressão individual e coletiva, que informam e estruturam sua dignidade. Não somente os direitos de liberdade relacionam-se com o preceito nuclear do sistema de diretos fundamentais – a dignidade da pessoa humana. Também as condições materiais de existência que se encontram na raiz fática e ideológica dos direitos sociais exprimem a possibilidade de uma existência digna do ser humano.

A constatação de que no conteúdo da norma de proteção também estão incluídos os direitos sociais não é algo desprovido de sentido prático, porquanto esta categoria de direitos fundamentais é a que tem sofrido a maior ameaça de suplantação, ao menos no plano normativo-constitucional. Hodiernamente, os direitos sociais apresentam-se como entrave ao desenvolvimento econômico e à expansão do sistema capitalista, o que tem levado à erosão do sistema de direitos fundamentais de cunho social previsto nas

Constituições nacionais. Não parece ser esta, contudo, a decisão política do poder constituinte.

Os direitos fundamentais e entre eles, os direitos sociais, por conseguinte, formam a identidade da nossa Constituição[327]. A supressão destes direitos do corpo da Constituição a desfiguraria e lhe conferiria outra identidade, tarefa incompatível como o exercício limitado do Poder de Reforma Constitucional.

Assim, segundo uma análise da identidade e do espírito da Constituição, não se pode deixar de reconhecer que os direitos sociais se incluem em seu núcleo fundamental e, portanto, são inafastáveis da ordem constitucional positiva. Se não fosse a solene disposição de intangibilidade constante do art. 60, § 4ª, IV, da Constituição Federal, tais direitos continuariam a ser protegidos de vulneração ou supressão por constituírem limites implícitos ao poder de reforma constitucional[328].

10. Limites implícitos

A análise das limitações expressas à reforma constitucional não esgota o problema, porquanto parte da doutrina, a qual acompanhamos, entende que podem existir, também, limitações implícitas.

Como referimos precedentemente, a maior parte dos autores apresenta uma classificação dual em relação ao critério da positivação das limitações: explícitas e

---

[327] Antonio E. Perez Luño, acerca dos direitos fundamentais formarem o núcleo que identifica a Constituição Espanhola, afirma: "*Os direitos fundamentais são parte do núcleo definitório da própria Constituição, cuja permanência se faz necessária para manter e salvaguardar a própria identidade do texto constitucional. Daí que a mutação do estatuto dos direitos fundamentais não implique uma mera mutação parcial da norma básica, senão que pode entranhar a substituição de uma Constituição por outra.*" *Los derechos fundamentales*. 9 ed. Madri: Tecnos, 2007, p. 68.

[328] Também no sentido de constituírem os direitos sociais limites implícitos ao Poder de Reforma Constitucional: SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 311; SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 134.

implícitas[329]. Canotilho, contudo, divide-as em limites expressos ou textuais, limites textuais implícitos e os limites tácitos[330]. Se levarmos em consideração como nota distintiva a positivação das limitações, isto é, sua presença ou não no texto da Constituição, a classificação mais coerente parece ser aquela que simplesmente contrapõe as limitações encontradiças na Constituição com aquelas outras que, embora condicionem a atividade reformadora, não estão presentes no texto constitucional.

As razões da existência e da aceitação das limitações implícitas já foram expostas, restando a investigação sobre sua presença na Constituição da República Federativa do Brasil.

A identificação dos limites implícitos, outrossim, a partir de uma determinada ordem constitucional concreta, afasta uma dose extremada de subjetivismo, o que é objeto de crítica por parte daqueles que consideram inexistente esta ordem de limites[331].

Considerando, inicialmente, que a atual Constituição Federal ampliou sobremaneira o rol de limitações materiais expressas, incluindo muitas matérias que a doutrina considera como limitações implícitas – democracia, direitos fundamentais, separação de poderes e

---

[329] No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135; LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. 4. reimpressão. Barcelona, Ariel, 1986, p. 192; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205; SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 89; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 46, jan./mar., 2004, p. 305; AFONSO DA SILVA, José. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244; e VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente.* Madrid: Tecnos, 2007, p. 242; BEAUD, Olivier. *La puissance de l'état.* Paris: PUF, 1994, p. 337.

[330] *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.031.

[331] VANOSSI, Jorge Reinaldo A.. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 190; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O cerne infrangível da Constituição: a limitação do poder de alteração constitucional.* No prelo. Neste trabalho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho é enfático ao rejeitar as limitações implícitas, ao afirmar que *"aceitar limitações implícitas a coexistir com outras explícitas seria supor o constituinte a brincar, pois teria tido o humor de enunciar algumas limitações, deixando outras para que os intérpretes as descobrissem."*

federação – não restou muito espaço para sua análise[332], mas elas remanescem como impedimento à livre atuação do Poder de Reforma Constitucional.

No que se refere à nossa Constituição concreta, deflui do seu espírito e demonstra sua identidade, além das cláusulas expressas, a eleição da forma republicana de governo e sua constituição como Estado Democrático de Direito.

Toda a estrutura da Constituição e a corporificação do Estado e da sociedade, fundamentam-se sobre as estruturas de uma República, com a consequente alternância no poder, periodicidade dos votos e controle do poder pelo povo, diretamente ou por mecanismos de intermediação. A supressão da República do texto constitucional autorizaria, posteriormente, a formação de uma forma de governo alheia ao controle popular. A nossa Constituição identifica-se com a República e o motivo para sua não inclusão no catálogo de limitações expressas deveu-se ao plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Acrescente-se, demais disso, que a decisão do titular do Poder Constituinte no plebiscito realizado em 1993 estratificou o regime republicano como identificador da nossa ordem constitucional[333]. Somente uma nova Constituição poderá afastar o princípio republicano; mas então, quem o fará será o Poder Constituinte, juridicamente ilimitado, e não o Poder de Reforma Constitucional.

O Estado Democrático de Direito, e os princípios dele decorrentes, também são um elemento que identificam e dão feição particular à nossa Constituição[334]. Aliás, no próprio preâmbulo da nossa Constituição estabelece que o povo brasileiro, por intermédio dos seus representantes, se reuniu para a instituição de um Estado de Direito.

---

[332] AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442.
[333] AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 60.
[334] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 60.

A submissão do Estado às leis e à Constituição é típica da formulação teórica do Estado Democrático de Direito. Reitere-se, tão somente, que em virtude da extensão do rol de direitos e garantias fundamentais, muitos dos princípios típicos do Estado Democrático de Direito já se encontram salvaguardados pelas cláusulas expressas – como o princípio da legalidade e o *due process of law*.

Finalmente, são princípios, agora de natureza formal, que estão livres da atuação reformadora, as normas acerca do Poder de Reforma Constitucional – titularidade, procedimento[335]. O Poder de Reforma não pode transferir a outro órgão ou complexo de órgãos a titularidade de reformar a Constituição, olvidando, assim, o que decidiu o Poder Constituinte, nem tampouco alterar o procedimento, seja agravando seja flexibilizando, uma vez que este caráter da Constituição – rigidez ou flexibilidade - e sua medida, constitui decisão do Poder Constituinte.

11. O ato das disposições constitucionais transitórias

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias constitui um conjunto de normas constitucionais destinadas à regulamentação de situações provisórias decorrentes da edição da nova Constituição e se situa, em nossa experiência constitucional, apartado do corpo da Constituição[336].

---

[335] SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 93; VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madri: Tecnos, 2007, p. 265; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Melheiros, 2008, p. 202; SARLET, Ingo Wolfang. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, in TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005, p. 310.

[336] AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 891; AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 204; HORTA, Raul Machado. Constituição e ato das disposições constitucionais transitórias. In: *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 259/272; BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 67; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 26, jan/mar 1999, p. 54-68; FRIEDRICH, Carl. J.; BOWIE, Robert. R.. *Études sur le fédéralisme*. Deuxième Partie. Paris: Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962, p. 635.

As normas constitucionais transitórias são preordenadas à disciplina de situações pretéritas que projetarão seus efeitos em relação ao novo ordenamento constitucional, ou seja, tem por finalidade específica a regulação de relações ou instituições que ultrapassam o limiar da edição da Constituição, lançando-se para o futuro com bases fáticas passadas e regulação jurídico-constitucional renovada.

As situações e instituições decorrentes da edição da Constituição e por ela criadas, no mais das vezes, prescindem de normas transitórias, porquanto requerem um período normal de sedimentação e acomodação institucional, reclamando, se for o caso, uma posterior reforma constitucional para seu aperfeiçoamento, mas isso não significa que não possam trazer problemas de aplicação que requeiram normas de disciplina passageira e transitória. Contudo, são, em geral, as relações e instituições já existentes no momento da edição da Constituição que necessitam de normas que regulamentem a sua passagem para um regime jurídico-constitucional renovado.

Na experiência constitucional brasileira, embora as Constituições anteriores trouxessem normas de transição constitucional, somente com a Constituição de 1946 é que foi utilizada a técnica de separação de um ato com disposições transitórias do corpo permanente da Constituição[337]. A Constituição Federal de 1988 manteve este instrumento destacado do corpo permanente, originariamente com oitenta e nove artigos e atualmente, após sucessivos processos de reforma, com noventa e sete artigos.

As normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são normas que ostentam a mesma posição hierárquico-formal das demais normas da Constituição, formando, com ela, um sistema de normas constitucionais caracterizados por sua unicidade, e são fruto da atividade do Poder Constituinte, motivo pelo qual não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade em cotejo com as normas do corpo permanente.

---

[337] HORTA, Raul Machado. Constituição e ato das disposições constitucionais transitórias. In: *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 264.

Por este motivo, sujeitam-se ao mesmo sistema de limites impostos à reforma da Constituição, seja quanto ao procedimento, seja quanto ao conteúdo, circunstâncias ou períodos da reforma[338].

Ademais, por sua predestinação à disciplina de relações transitórias, são exauríveis em sua aplicabilidade, vale dizer, sua força normativa perdura enquanto se conserva a situação transitória que pretende regular, sendo, posteriormente, consumida pela passagem do tempo e pela estabilização da novel ordem constitucional. Perde, a partir de então, sua capacidade normativa e remanesce como fato histórico, já que ultrapassados os marcos temporais de sua aplicabilidade[339].

Exatamente em razão de sua temporariedade e exauribilidade é que certa doutrina lhe empresta uma eficácia impeditiva de reforma e, neste ponto, é possível identificar três correntes.

Um primeiro posicionamento mais restritivo, com olhos fitos no caráter finalístico de regulamentação transitória, defende a impossibilidade de reforma do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto são normas criadas pelo Poder Constituinte apenas e tão somente para permitir a passagem de um ordenamento constitucional a outro e, esgotada sua aplicação, não é possível a extensão temporal de sua aplicação[340].

Uma corrente intermediária, representada por Anna Candida da Cunha Ferraz, entende que a possibilidade de reforma se estende até o momento de exaurimento da norma de transição. Afirma que não são "*'absolutamente' ou 'inexoravelmente' irreformáveis*", mas que "*quando a norma transitória já produziu seus efeitos, quando o termo ou prazo*

---

[338] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 26, jan/mar 1999, p. 59.
[339] AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 892.
[340] BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 67.

nela fixado já está definitivamente consumado, por óbvio não será mais passível de modificação."[341]

Finalmente, uma terceira corrente propugna pela reformabilidade do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[342]. De fato, sendo as normas transitórias normas constitucionais, estão sujeitas à reforma tal qual o corpo permanente da Constituição, sujeitando-se, contudo, às limitações que são previstas para a reforma das demais normas constitucionais, e o caráter exaurível das normas transitórias não lhes retira a possibilidade de modificação.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias constitui uma técnica de racionalização formal ao se retirar do corpo permanente normas que terão consumida sua eficácia de regulamentar situações transitórias, mas inexiste empecilho para que sejam reformadas, seja restabelecendo a eficácia já exaurida ou mesmo prorrogando os marcos temporais de sua aplicabilidade . Não são dotadas de uma rigidez constitucional superior às demais normas constitucionais e o mesmo raciocínio pode ser aplicado às normas constitucionais transitórias constantes do corpo permanente da Constituição ou mesmo das emendas constitucionais, que eventualmente trazem normas de transição não incorporadas ao texto da Constituição.

Evidentemente que há situações de irreversibilidade fática que justifiquem a inconveniência ou mesmo inutilidade da restauração da normatividade das disposições

---

[341] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 26, jan/mar 1999, p. 59 e 60.

[342] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma, emenda ou revisão constitucional. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 24, p. 454/456, dezembro, 1991. Afirma o Professor que "*As normas das Disposições Transitórias são regras constitucionais como as do corpo da Constituição. Não gozam, por isso, de uma rigidez maior que a destas. Nem isso teria motivo, visto que essas disposições, como transitórias que são, têm menor importância do que as que foram previstas como permanentes. Na verdade, elas, ou tratam de questões menores, não raro de natureza administrativa, ou excepcionam temporalmente a incidência das normas constitucionais permanentes. Não há, portanto, por que lhes dar imunidade à emenda.*"

transitórias, mas isso se trata de uma avaliação política, do órgão responsável pela reforma constitucional, e não enseja, por isso, uma declaração de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A análise do Poder de Reforma Constitucional não pode prescindir de sua correta inserção na Teoria do Poder Constituinte. A exposição superficial do constitucionalismo, movimento jurídico-político cuja nota essencial é a limitação do poder político e, portanto, a garantia da liberdade, permitiu visualizar as razões que justificaram o aparecimento das Constituições.

As doutrinas contratualistas que surgiram no início do constitucionalismo possuíam elementos que se aproximavam da Teoria do Poder Constituinte, da forma como foi exposta posteriormente por Sieyès. Assim, podem ser identificados como pontos de aproximação, para Thomas Hobbes, a existência do soberano como resultado de uma decisão coletiva e a fundamentação política do poder do Estado; para John Locke, a distinção entre o poder fundante e os poderes ordinários, cujas limitações são estabelecidas pelo poder inicial; e para Rousseau, a identificação do pacto social como gênese da ordem jurídica estatal – em similitude à função própria do Poder Constituinte -, que influenciou fortemente os revolucionários franceses do final do século XVIII.

Em Sieyès, contudo, a Teoria do Poder Constituinte encontrou sua máxima expressão. Para ele, todo Estado possui uma Constituição, obra de um Poder Constituinte que pertence à nação – identificada como o Terceiro Estado. O Poder Constituinte, sendo logicamente anterior ao seu produto, não está sujeito a nenhuma espécie de limitação pelo ordenamento jurídico precedente, e, sendo a nação um ente abstrato, Sieyès considerava a representação política a forma mais apropriada de expressão do Poder Constituinte.

Finalmente, Sieyès distinguia o Poder Constituinte dos poderes constituídos e, como os poderes constituídos eram criados pelo poder inicial, não poderiam alterar as condições de sua competência.

O Poder Constituinte situa-se, nesse sentido, em uma passagem do político para o jurídico e, por conseguinte, possui natureza dúplice: política quanto à sua origem, pois decorre de fatos revolucionários que quebrantam a ordem jurídica anterior, e jurídica, porquanto constitui a gênese do ordenamento jurídico que se instaura pela edição da nova Constituição.

Este caráter finalístico – de criação do novo corpo político pela elaboração e edição da Constituição – diferencia o Poder Constituinte do Poder de Reforma Constitucional. O primeiro cria e instaura a ordem jurídica estatal pelo estabelecimento da Constituição, como expressão máxima da soberania popular, e o segundo tem a função de reformar a Constituição para adequá-la às transformações sociais e, assim, garantir sua permanência; a sua função de reforma do texto constitucional, contudo, não inclui a possibilidade de substituir uma Constituição por outra, devendo ser preservada sua identidade através da manutenção de seus princípios fundamentais. Por isso, a natureza do Poder de Reforma Constitucional é de uma competência extraordinária e, nesse passo, possui suas atribuições circunscritas pelo Poder Constituinte.

A limitação do Poder de Reforma Constitucional, no entanto, não é infenso a críticas. Dirigem-se-lhe críticas republicanas no sentido da impossibilidade de uma geração vincular as gerações futuras ou mesmo puramente jurídicas, uma vez que, sendo a Constituição uma norma jurídica, poderia ser revogada pela superveniência de outra norma com status constitucional.

Todavia, a limitação do Poder de Reforma assenta-se em uma série de argumentos que autorizam a conclusão no sentido de sua legitimidade. Assim, o precomprometimento

constitucional, o dualismo democrático, a salvaguarda dos direitos fundamentais e da própria democracia possibilitam defender a limitação do exercício do Poder de Reforma Constitucional.

A partir de tais premissas de exposição necessária – a distinção entre Poder Constituinte e Poder de Reforma Constitucional, a existência de limitações de diversas ordens ao exercício da competência reformadora e a diferenciação entre mudança formal e informal da Constituição – é que passamos a desenvolver a investigação do Poder de Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988. Não seria possível, conseguintemente, o desenvolvimento do estudo relativo à reforma da Constituição sem antes verificar sua natureza e extensão, bem como acompanhar a doutrina que propugna pela validade dos limites impostos à sua atuação.

Expusemos a disciplina ao Poder de Reforma da Constituição durante todo o constitucionalismo brasileiro, o que permitiu notar uma certa uniformidade histórica quanto ao titular do Poder de Reforma e no tocante às limitações materiais concernentes à república e à federação, com algumas exceções. Isso proporcionou, também, uma análise da dicção constitucional de cada época e da aproximação terminológica do constituinte de cada momento histórico.

A Constituição Federal de 1988 é marcantemente analítica, o que provocou, ao longo de pouco mais de vinte anos de vigência, uma atividade reformadora significativa, tanto em extensão quanto em profundidade. Além de tratar de várias matérias que poderiam ser disciplinadas pela legislação infraconstitucional, a Constituição desce a minúcias que impelem a reforma constitucional em cada alteração pontual de determinada instituição ou assunto. Tal fato tem consequências também no âmbito infraconstitucional, podendo trazer problemas de anomia jurídica e de uma intensa produção legislativa para acompanhar as alterações que se processam na Constituição.

A atual Constituição prevê limitações circunstanciais, temporais, formais e materiais e, entre estas últimas, estabelece que não poderão ser abolidas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

As limitações circunstanciais impedem a reforma da Constituição em momentos de crise que podem conduzir a alterações irrefletidas ou inconvenientes justificadas apenas em razão das instabilidades jurídico-políticas produzidas por tais eventos. A respeito deste tipo de limitações, a Constituição prevê que não poderá ser emendada na vigência do estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal.

As limitações de ordem temporal, por seu turno, significam o desejo, por parte do Poder Constituinte, de que haja um período de reflexão e assentamento das instituições políticas para, então, proceder à reforma se for verificada sua necessidade. A este respeito, a Constituição previu o prazo de cinco anos para a sua revisão e determina que a matéria constate de emenda rejeitada ou prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

As limitações formais constituem a primeira barreira à erosão da identidade da Constituição e, como é previsto um procedimento agravado de reforma em relação à legislação ordinária, caracterizam a rigidez da Constituição. A titularidade do Poder de Reforma é atribuído às duas Casas do Congresso Nacional e o projeto tem de submetido a duas votações em cada uma das Casas, obtendo aprovação por três quintos de seus membros.

No que tange às limitações materiais, é preciso ressaltar que não estão proibidas alterações no texto da Constituição, especificamente nos dispositivos que cuidam das matérias protegidas pelas normas limitativas da reforma constitucional. O que se pretende proteger – mormente pela dicção da própria Constituição – é o conteúdo essencial de cada

uma das matérias protegidas pela reforma. Nesse sentido, identificamos os elementos que nos pareceram compor o conteúdo essencial de cada uma das limitações.

As maiores divergências surgem quanto à impossibilidade de abolição dos direitos e garantias individuais. Concluímos, a este respeito, que as limitações se estendem a todos os direitos individuais, não importando sua localização no texto da Constituição, bem como aos direitos sociais, em razão de não existir distinção constitucional quanto à proteção das diversas gerações de direitos fundamentais e de informarem, juntamente com as demais categorias de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aceita o controle de constitucionalidade das emendas. Permite mesmo uma forma de controle preventivo, ao autorizar a impetração de mandado de segurança pelos parlamentares, ainda durante o processo legislativo, se houver, na proposta de emenda, desobediência ao dispositivo constitucional que prevê as limitações materiais.

Ao lado das limitações expressas, contudo, existem limitações implícitas que, embora não tenham sido referidas pelo Poder Constituinte, constituem a identidade da Constituição e, por isso, estão protegidas da reforma constitucional. Em razão da extensão das limitações expressas, as limitações implícitas acabam por restringir-se à república e ao Estado Democrático de Direito.

Finalmente, não perfilhamos o entendimento acerca da inalterabilidade do ato das disposições constitucionais transitórias. Com efeito, embora de caráter exaurível, o ato das disposições constitucionais podem ser reformados, seja para estender temporalmente as normas de transição constitucional, seja para incluir outras normas constitucionais temporárias, desde que observadas as mesmas limitações impostas para a reforma do corpo permanente da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____.*Transformação do Direito Constitucional*. Tradução Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. 1 ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AGESTA, Luis Sanches. *Principios de teoria politica*. 7 ed. Madri: EDERSA, 1990.

ALENGRY, Franck. *Condorcet: guide de la révolution française*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 99, 2008.

_____; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Efeitos da constituição sobre o direito anterior. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Vol. 31, jun. 1989, São Paulo, pp. 45/56.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução I. Morais. Lisboa: Antropos, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Revisão constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 33-36, jul./set. 1990.

AYALA, Francisco. *Los políticos*. Buenos Aires: Depalma, 1944,

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, IBDC, Forense, vol. 1, n. 4, p. 69-104, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das constituições rígidas*. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 23, p. 63-146, out./dez., 1982.

_____. A Federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 202, out./dez. 1995, pp. 49-60.

BARROS, Sérgio Resende de. Reformas (in)constitucionais. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 114, p. 165-178, abr./jun., 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933.

BASTOS, Aurélio Wander. Introdução. In: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán J.. *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BITTAR, Eduardo C. B., *Curso de filosofia política*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Orlando. *Estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Brasília: UNB, 2007, 2 v.

_____. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. *O Futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

_____. *Locke e o direito natural*. Tradução Sergio Bath. 2 ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. *Thomas Hobbes*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le droit, l'état et la constitution démocratique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A Reforma constitucional e o plebiscito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 29, p. 53-66, jan./mar., 1992.

_____. *Teoria do estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. As Cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). *Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BURDEAU, Georges. *Droit Constitucionnel et Institutions Politiques*. 20 ed. Paris: Librarie Génerale de Droit e Jurisprudence, 1984.

_____. *Traité de science politique*. Tomo IV. 3 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

CHAGAS, Magno Guedes. *Federalismo no Brasil: O poder constituinte decorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: O discurso competente e outras falas*. 12 ed. São Paulo, Cortez, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Os Limites da revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 113, jan/mar, 1992, p. 67/86.

COMPARATO, Fábio Konder. Legitimidade do poder de reforma constitucional. In: *Direito Público: Estudo e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Emenda e revisão na constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 93, p. 125/128, jan./mar., 1990.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Trad. Jesús Ferrero. Barcelona: Ariel, 1962.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 3-23, jan./mar. 2006.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *Ulisses Liberto*. Tradução Cláudio Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

_____. *Ulisses y las sirenas.* Trad. Juan José Utrilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FARIA, José Eduardo Faria. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A revisão constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 114, abr./jun., 1992.

_____. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 26, jan/mar 1999, p. 54-68.

_____. Mutação, reforma ou revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 2, p. 5-24, out./dez., 1993.

_____. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte – Assembléia, Processo e Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. *Curso de direito constitucional*. 32 ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Estado de direito e constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O cerne infrangível da Constituição: a limitação do poder de alteração constitucional.* No prelo.

_____. *O poder constituinte*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Reforma, emenda ou revisão Constitucional. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1991.

_____. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez., 1995.

FERREIRA, Luis Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Volume I. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

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

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Vol. 1. 2 ed. Rio de Janeiro, 1968.

FRATESCHI, Yara. John Locke: estado e resistência. In: MACEDO, Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política*. São Paulo: Atlas, 2008.

FRIEDRICH, Carl. J.. *La démocratie constitutionnelle*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978.

_____.. *Études sur le fédérelisme*. Deuxième Partie. Paris: Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1962.

GALDINO, Gustavo. *O Custo dos direitos*, in *Legitimação dos Direitos Humanos*, org. Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 139 a 222.

GARCIA, Maria. Exercício do poder constituinte derivado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, p. 31/48, abr./jun., 1995.

_____. 20 Anos da constituição e o poder reformador: as emendas constitucionais. *Revista do Advogado*, n. 99, 2008.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madri: Aliança, 1984.

GICQUEL, Jean. D*roit constitutionnel et institutions politiques*. 10 ed.. Paris: Montchrestien, 1989.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro – estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

_____. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Teoría y praxis: estudios de filosofia social*. 5 ed. Madri: Tecnos, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. 5 edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz de Castillo. Granada: Comares, 2003.

HELLER, Herman. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HÄBERLE, Peter. *L'état constitutionnel*. Tradução Marielle Roffi. Aix-en-Provence-Paris: Presse Universitaire d'Aix-Marseille/Economica, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *A Força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOBSBAWN, Eric. J.. *A Era das revoluções, 1789-1848*. 25 ed. Trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ESTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 195-240.

HOMERO. *Odisséia*. Trad. Jaime Bruna. São Paulo: Cutrix, 2006.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1.

_____. HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUME, David. *Ensaios morais, políticos e literários*. Nova Cultural: São Paulo, 1999.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: IBRASA, 1995.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutation de la constitucion*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: P.U.F., 1996.

LAFER, Celso. *Hobbes, o direito e o estado moderno*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1980.

_____. *A Reconstrução dos direitos humanos*. 6 Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1990.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. *The paradox of constitucionalism*. Oxford University Press, 2007.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona, Ariel, 1986.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional crasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad. 2001.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Desafios à efetividade dos direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, vol. 893, março/2010, pp. 47-61.

MATEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y liberdad. Historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui e Manuel Martínez Neira Madri: Trotta, 1998.

_____. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13 ed. Volume 1. Brasília: UNB, 2007.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. *Clássicos do pensamento político*. V. 1. São Paulo: Ática, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação, *AJURIS – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, n. 60.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional*. Trad. Cândido Motta Filho. São Paulo: Editora Nacional, 1933.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumman. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Poder constituinte: natureza e perspectivas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 87, p. 153-166, jul./set., 1985.

NASCIMENTO, Milton Pereira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C.. *Os clássicos da política*. Volume 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

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

NEVES, Marcelo. *A Constituição simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional – sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2008.

PACE, Alessandro. *Potere constituente, rifigità costituzionale, autovincoli legislativi.* Padova: CEDAM, 1997.

PEINE, Thomas. *Direitos do homem*. Trad. Edson Bini. Edipro: 2005.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9 ed. Madri: Tecnos, 2007.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça: 1958.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTES DE MIRANDA. *Defesa, guarda e rigidez das constituições.* In: Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica. Rio de Janeiro: Atlas, 1995.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Sergio René Madero Baéz. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofia del derecho.* 19 ed. México, Porrúa, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C.. *Os clássicos da política*. Volume 1. 14 ed.. São Paulo: Ática, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista Forense*, v. 324, p. 32-39, out./dez., 1993.

_____. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Considérations sur le gouvernement de Pologne. In: *The political writings of Jean Jacques Rousseau.* Vol. II. Cambridge: Cambridge University Press, 1915.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SALDANHA, Nivaldo Brum Villar. Poder constituinte e poder de reforma. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 34, jan./mar., 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

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

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). *A Reforma da Previdência Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-48.

_____. Ubiquidade constitucional: os Dois Lados da Moeda. *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n 2, p. 83-118.abr/jun 2006.

SARTORI, Giovanni. *Comparative constitutional engineering*. Nova York: New York University Press, 1994.

_____. *Teoria da Democracia Revisitada*. Volume 1. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2007.

_____. Direitos sociais: O problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 46, jan./mar., 2004.

_____. Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Poder*. São Paulo: Manole, 2005.

SCHMITT, Carl. *Conceito de político/Teoria do partinsan*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teoría de la constitución*. Tradução Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituição burguesa*. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO, Ronaldo Porto. *Curso de filosofia política*. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez., 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A Constituição, a assembléia constituinte e o congresso nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Tratado da Consequência: Curso de Lógica Formal. 6ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

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

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional.* Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VATTEL, Emer de. *Droit des gents*. Tomo I. A Londres: 1758.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente.* Madri: Tecnos, 2007.

VERDU, Pablo Lucas; CUEVA, Murillo de la. *Manual de derecho politico*. Vol. 1. 3 ed. Madri: Tecnos, 2005.

VIAMONTE, Carlos Sanches. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VITAL MOREIRA. Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa. In: MAUÉS, Antonio. G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo, Max Limonad, 2001.

_____. *Constituição e Revisão Constitucional*. Lisboa; Caminho, 1980.