

## OS LIMITES EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS DA REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993

LÊNIO LUIZ STRECK

Promotor de Justiça-RS — Professor da Escola Superior do Ministério Público do RS

ACHILES DE JESUS SIQUARA FILHO

Promotor de Justiça-BA — Presidente da Associação do Ministério Público do Estado da Bahia

Estas reflexões pretendem trazer algumas contribuições para o debate acerca da revisão constitucional prevista no “Ato das disposições transitórias” da Carta Política de 1988. Nesse sentido, pretende-se discutir as condições e possibilidades relacionadas aos limites explícitos (formais) e implícitos (materiais) dessa propalada “reforma” da Constituição brasileira.

### I — OS LIMITES EXPLÍCITOS

A questão inicial que deve ser levantada diz respeito à legitimidade dos atuais congressistas. Como muito bem assevera Ataliba, “é equivocado pensar que os parlamentares agora eleitos são como constituintes. Desconhecimento da ciência do direito constitucional é que permite tal equívoco”.<sup>1</sup>

Relevante ressaltar que, na sessão do Senado Federal do dia 18.9.91, o Sen. e Prof. Josaphat Marinho, em discurso sobre a reforma constitucional, já alertava seus pares e a Nação, no sentido de que “a idéia corrente de ampla reforma constitucional aconselha-nos uma reflexão em voz alta, antes que as circunstâncias ou as paixões nos dividam de modo irreparável”.

Se tal divisão “de modo irreparável” ainda não se processou, na medida em que pouco embalada se encontra a discussão até o momento, em breve, entretanto, essa divisão poderá ocorrer, se não formos capazes de estancá-la, face a movimentação de determinados setores do *stablishment* e da classe empresarial, interessados em impor retrocesso à nossa Constituição.

Preponderantemente, o que se questiona é o art. 3.º das “Disposições Transitórias”, que prevê a revisão constitucional, se diz respeito tão-somente à adequação da Constituição ao resultado do plebiscito (art. 2.º do ADCT)

1. Ver Geraldo Ataliba, “Revisão Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa* 110, abril-junho/91, pp. 87-90

ou se o art. 3.º possibilita ampla e ilimitada mudança constitucional. De qualquer sorte, há de prevalecer a resposta firme, segura, confiável.

Citado pelo Prof. Josaphat Marinho, no discurso mencionado, o Prof. argentino Vanossi adverte que a reforma constitucional pressupõe acordo em várias questões, singularmente a respeito de três: o que se quer reformar, o que deve reformar e o que, presumivelmente, se pode reformar.

Não se encontram discrepâncias doutrinárias no sentido de que no objeto da Teoria da Constituição, estão, preeminentemente, as reflexões sobre a natureza, a titularidade e as ocasiões de ocorrência do poder constituinte.<sup>2</sup>

O poder constituinte, em linguagem apropriada de Genaro Carrió,<sup>3</sup> é uma eficácia atual, ou seja, uma força histórica que se efetiva, em determinadas circunstâncias da vida de uma sociedade, para realizar sua finalidade: criar uma nova ordem jurídica.

Assinala o Prof. Edvaldo Brito, em sua *Teoria da Constituição*, que as conceituações distintas de poder constituinte originário e poder constituinte derivado produzem desafios que têm sido vencidos, em boa parte com auxílio da lógica jurídica.<sup>4</sup>

Todas as Constituições são passíveis de reformas, porém a velocidade das transformações com que se torna relativa a idéia de estabilidade das constituições, não justifica reformas institucionais bruscas. A interpretação e o processo permanente de adaptação do texto à realidade social e política em constante mutação.<sup>5</sup>

Afonso Arinos, em sua obra *Teoria da Constituição*,<sup>6</sup> analisando discussão de autores sobre se a faculdade de revisão, atribuída ao Legislativo, pode ser ilimitada, conclui que o questionamento não depende de nenhuma doutrina, mas do sistema jurídico positivo do país em causa. A regra geral, segundo ensina, é a de que a própria Constituição estabelece limites às iniciativas reformistas, sendo estes limites determinados pelas condições e interesses existentes.

Com efeito, o art. 3.º do “Ato das disposições transitórias”, diz respeito a uma revisão constitucional a realizar-se “após cinco anos da promulgação da Constituição”. Ou seja, tal revisão terá lugar após a data de 5.10.93. De pronto, deve ficar claro que o art. 3.º citado deve ser interpretado em conjunto, de forma sistemática, com o sistema constitucional surgido em 5.10.88. Não pode, a evidência, ser interpretado de forma isolada. As palavras da lei não podem ser interpretadas de forma descontextualizada. Acerca dessa problemática, Barros de Carvalho nos dá um exemplo lapidar: se uma norma cuida de quatro cidadãos que disputam uma cadeira no Senado, só apressada, perfunctória e leiga visão permitirá supor que quatro pessoas agarram-se fisicamente a uma cadeira — cada

2. Edvaldo Brito, “Teoria da Constituição”, *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, julho/91, junho/92.

3. Genaro Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, p. 49 e ss.

4. Brito, ob. cit.

5. Afonso Arinos de Melo Franco, *Teoria da Constituição*, São Paulo, Forense, pp. 95 e 96.

6. Idem, *ibidem*.

qual puxando por uma perna — integrante do mobiliário do prédio onde está instalada aquela Casa Legislativa.<sup>7</sup> Assim, além do significado de base de uma palavra da lei, há que se levar em conta o significado contextual, decorrente, dentre outras coisas, do sistema jurídico, construído, por sua vez, através de um repertório e pela estrutura, no dizer de Ferraz Jr., em que repertório é o conjunto material de elementos e estrutura é o modo de sua arrumação.<sup>8</sup> Isso tudo nos mostra que o art. 3.º do ADCT, não pode ser interpretado sem que se o relacione, de forma direta, com o sistema constitucional, formado pelo todo, que é o texto da Constituição de 1988.

Nessa linha de raciocínio, cabe ressaltar que o art. 60 da atual CF, disciplina a forma de alteração constitucional. Qualquer modificação, mediante emenda constitucional, deverá ser aprovada por 3/5 em cada Casa do Congresso, em dois turnos, não podendo ter por objeto certos princípios, suas implicações e desdobramentos (§ 4.º), sendo impossível deliberação a respeito de: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

É preciso ficar claro, nesse diapasão, que tal processo especialíssimo e qualificado é que faz com que a nossa Constituição seja *rigida*. O obstáculo do § 4.º, faz desses princípios — que lhe são estruturais, básicos e fundamentais — rigidíssimos, supraconstitucionais, no sentido de que não podem ser solapados, reduzidos, diminuídos, mesmo pelos mais conspícuos poderes constituídos: o Congresso, como órgão de reforma constitucional. O processo especial e qualificado de reforma dos demais preceitos dá-lhes garantia de estabilidade. Desse modo, eles ficam acima das disponibilidades de maiorias eventuais e de paixões momentâneas. Somente uma sólida convicção permitirá alcançar o difícil quórum de 3/5 para introduzir alterações na Constituição.

Em dois pontos, entretanto, consoante lembra Ataliba,<sup>9</sup> o constituinte não se sentiu seguro para decidir com tal robustez, preferindo deixar para o próprio povo a decisão final e última: forma de Estado e sistema de Governo. República ou monarquia e parlamentarismo ou presidencialismo. As decisões constituintes, quanto a tais matérias, foram provisórias. Válidas só por cinco anos. A última e final palavra será dada pelo povo, em 1993, através de plebiscito (art. 2.º do ADCT). Ora, se a república presidencial que temos pode modificar-se (para república parlamentar ou para monarquia, necessariamente parlamentar), pronunciando-se o povo mediante simples voto sim ou não, o Congresso deverá implementar tal decisão, editando as regras necessárias a dar eficácia aos novos princípios. Desse modo, é intuitivo, lógico, claro, aceitável que a emenda constitucional a ser editada pelo Congresso, limitando-se a “adaptar-se” o texto Magno a inovação — fruto de votação popular — é forçosa e necessária.

A redução do quórum para maioria absoluta, nessa revisão, deve ser interpretada restritivamente, só se aplicando a esse momento (aliás desig-

7. *Apud* Ataliba, *ob. cit.*

8. Cf. Tércio S. Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 224.

9. *Idem*, *ibidem*.

nado como *revisão* e não como *reforma* constitucional) e a essa matéria: forma de Estado e sistema de Governo. Interpretação em sentido contrário, *data venia*, é afirmar a quase inutilidade do processo constituinte de 1987/88, fruto de intensa luta popular, além de relegar a Constituição à vala comum de simples regra provisória, sem qualquer superioridade, abalando-se todos os direitos duramente conquistados após 20 anos de regime de exceção.

Sustentar a tese de revisão ampla (sic) é dizer que o trabalho dos constituintes só valeu por cinco anos. Aliás, como ficam os direitos, p. ex., assegurados no art. 40 do ADCT, até o ano de 2013? Seriam estes mais duradouros que a própria Constituição???

Não é demais ressaltar que a diferença entre Constituições rígidas e flexíveis se tornou firme a partir de 1803, nos Estados Unidos, através do caso “*Marbury versus Madison*”.<sup>10</sup> O Brasil optou por ter uma Constituição rígida, a partir de dispositivos como o art. 60 e seu § 4.º da atual Carta. Frise-se, por diligência, que rígida é a Constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.<sup>11</sup> Aliás, nesse diapasão é relevante frisar que, consoante o art. 69 da CF, “as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”. Cabe, então, a pergunta: Revisar — de forma ampla — a Constituição em 1993 exigiria o mesmo quórum que o da feitura de uma Lei Complementar? Claro que não. Com a tese da “ampla revisão” com “quórum reduzido e votação unicameral”, estar-se-ia colocando por terra uma tradição constitucional. Destarte, nessa linha de raciocínio, nada impede que, através dessa “ampla revisão”, se inclua a pena de morte, se exclua o princípio da rigidez constitucional etc. Claro que a estabilidade das constituições não

10. A importância deste caso está no fato de haver sido o primeiro em que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América declarou nula uma lei do Congresso, abrindo um precedente seguido desde então. Antecedentes: As vésperas de sua saída da Presidência, John Adams nomeou William Marbury para o cargo de Juiz de Paz. O novo Presidente, Thomas Jefferson, ordenou ao seu Secretário de Estado, James Madison, no sentido de que este não desse a Marbury o comissionamento. Este, então, moveu ação por um mandado, exigindo de Madison a entrega do comissionamento. Na decisão, o Ministro da Suprema Corte, John Marshall, considerou dois pontos. Um era o de o Presidente não ter o direito de negar a Marbury o comissionamento, sendo o outro o de a Lei Judiciária de 1789, que dava à Suprema Corte o poder de conceder mandados, contrariar a Constituição. Assim, a Suprema Corte tomou a si o histórico poder de declarar inconstitucionais e, portanto, nulos, atos do Congresso. Ou seja, decidiu-se que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o Poder Legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária.

11. O conceito é de José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8.ª ed., Malheiros Ed., p. 43. Frise-se, contudo, que o citado autor não comunga da tese aqui exposta, entendendo que a revisão constante no artigo 3.º do ADCT não encontra limites no art. 60, do texto permanente da Carta. A pergunta: As limitações mencionadas (art. 60 e § 4.º) valem também para essa revisão constitucional?, o autor responde que, salvo quanto a limitações formais — exigência de quórum de maioria absoluta e funcionamento unicameral — a lógica, quanto ao mais, conduz a uma resposta negativa, pois se se prevê ali uma possibilidade de ampla mudança formal na Constituição, por certo que isso abre exceção ao previsto no processo de emenda do art. 60 (p. 62).

deve ser absoluta e não pode significar imutabilidade. Mas, e isso é relevante, deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita “adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social”.<sup>12</sup> Não nos olvidemos que grande parte da atual Constituição ainda pende de regulamentação. Com a tese da revisão ampla, muitos artigos poderão ser retirados da Carta sem nunca terem tido eficácia. Ou seja, “foram sem nunca ter sido...”. Seria a nossa Constituição a única no mundo com validade limitada no tempo?

A discussão, pois, tem relação profunda com a preservação do regime democrático e o Estado de Direito Democrático. Não é admissível que o trabalho dos constituintes, eleitos para elaborar uma Constituição *rígida*, venha, agora, ser modificada por um Congresso que não foi eleito/legitimado para ser constituinte, como se a atual Constituição fosse *flexível*.

A vingar a tese da reforma ampla, a discussão deverá passar pela seara do controle da constitucionalidade das leis, com a arguição da inconstitucionalidade de uma eventual revisão que ultrapasse os limites rígidos do art. 3.º do ADCT, em combinação com o art. 60 e seu § 4.º do texto permanente da Carta Política.

## II — OS LIMITES IMPLÍCITOS

Como já visto, na divisão entre Constituições rígidas e flexíveis, a brasileira se enquadra entre as primeiras, o que se depreende do art. 60 e §§ do texto permanente da Carta.

Assim, a par de toda uma especialíssima forma que deve ser observada no que tange às alterações constitucionais, a Constituição traz, no § 4.º do art. 60, aquilo que se pode chamar de “cláusulas pétreas”. São, em outras palavras, as proibições explícitas de reforma.

Ao lado dessas vedações explícitas, há o que se pode denominar de “vedações ou limites implícitos”<sup>13</sup> do poder de reforma. Com efeito, como disse Hegel, a Constituição é um “e que vem a ser”. O processo de mudança constitucional nada tem a ver com as conveniências dos políticos — os partidos ou o chefe do governo — para se soltar dos freios da lei suprema, visto que a Constituição, enquanto produto de um jogo de forças

12. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8.ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., p. 44.

13. Existe uma polêmica em torno do que sejam os limites implícitos. Nelson de Souza Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, indica quatro categorias de normas intangíveis: 1.ª) as relativas aos direitos fundamentais; 2.ª) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3.ª) as referentes ao titular do poder reformador; 4.ª) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional. Já Maurice Hauriou fala de uma “superlegalidade constitucional”, que compreende, também, os princípios superiores à Constituição escrita, sendo característico dos princípios existir e valer sem texto escrito. Afirma Hauriou que se trata de um novo caminho e ser explorado. Consoante Celso Ribeiro Bastos, parece ser viável a construção de uma teoria das cláusulas pétreas implícitas, desde que os estudiosos tentassem formulá-la a partir do direito positivo de um determinado Estado, e que tivesse em vista a extração do sistema dos princípios que, desrespeitados, implicariam a ruptura da ordem constitucional.

que se estabeleceram na Assembléia Nacional Constituinte, tem uma sistematicidade e uma materialidade que não podem ser ignoradas. A Constituição, em seu sentido amplo, não é uma máscara do jogo do poder, como muito bem asseverou Raimundo Faoro, que se possa abandonar quando se chega lá.

Diante da possibilidade de uma revisão constitucional em 1993, há que se refletir sobre os limites desta. Além dos limites formais/explicítos — já abordados anteriormente — há aqueles que decorrem da sistematicidade da Carta Política. Tais vedações — implícitas — são limitações de reforma produzidas pela própria estrutura do discurso pelo qual se expressa a Constituição. São aquelas que se originam dos paradigmas adotados pelo próprio sistema jurídico e que definem, com alguma clareza, quais as normas que a ele pertençam ou possam pertencer.

Desse modo, não tendo o atual Congresso Nacional o poder constituinte originário e sim somente a competência de produzir normas constitucionais, não pode vingar, p. ex., uma emenda constitucional que vise a expungir do texto Maior a autonomia administrativa do Poder Judiciário, do Legislativo ou do Ministério Público, uma vez que isto iria de encontro ao que se pode chamar de “relação de pertinência”.<sup>14</sup> Destarte, se o constituinte de 1988, que tinha o poder originário, disse, p. ex., que o Poder Judiciário, o Legislativo ou Ministério Público, para cumprir o seu múnus, deveriam ser independentes, com autonomia orçamentária e administrativa, como poderia, em sede de revisão constitucional, ser retirado o cerne, o âmago da estrutura de um desses Poderes ou do Ministério Público? Mudança desse quilate infringiria a relação de pertinência e o sistema criado pela Constituição. Atingido estaria, em outras palavras, o núcleo político da Lei Maior. Os exemplos acima valem para outras situações, como sistema de seguridade social, liberdade de imprensa, anterioridade dos impostos etc.

Enganam-se, *data venia*, pois, aqueles que acham que uma revisão constitucional não conhece limites, podendo a ordem jurídica soberana receber qualquer conteúdo. Esse, aliás, era o entendimento de Kelsen,<sup>15</sup> para quem até a introdução da escravidão como instituto jurídico se acha “inteiramente no âmbito da possibilidade de uma ordem jurídica”. Para ele, assim, tanto o poder constituinte originário, o que faz as Constituições, como o poder constituinte derivado, o que é dotado de competência para modificar ou reformar a Constituição, não conhecem juridicamente limites materiais ao exercício de sua função.

Em obra escrita em 1985, quando se discutia o futuro processo constituinte, Bonavides<sup>16</sup> já alertava que, a par das limitações materiais, depa-ram-se-nos ainda limitações provenientes também do conteúdo que se pretende constitucionalizar. Pragmaticamente, enfatiza, não se concebe, p. ex., determinados retrocessos. Ninguém admitiria, assim, que uma mudança

14. A expressão é de Néelson Jobin, *Poder Constituinte Originário e Poder Derivado*, p. 5.

15. Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, p. 45, apud Paulo Bonavides, *Política e Constituição. Os caminhos da democracia*, Rio, Forense, 1985, p. 188.

16. Ver, para tanto, Bonavides, ob. cit., pp. 235 e ss.

constitucional abolisse certos direitos fundamentais ou fossem suprimidas garantias sociais básicas. As palavras de Bonavides, acrescenta-se que, se isso já era válido para o processo constituinte, muito mais cuidado há que se ter agora, em face das próprias reações de grupos conservadores em relação aos avanços constitucionais votados pelos constituintes em 1987/88.

O núcleo político ou a estrutura da Constituição de 1988 deve, pois, ser preservado, tanto no que diz respeito a eventuais emendas constitucionais individuais ou no concernente ao processo de revisão previsto para 1993. Qualquer alteração constitucional que atinja explícita ou implicitamente esse núcleo, será inconstitucional.

### III — EM CONCLUSÃO, RESUMIDAMENTE

a) O art. 3.º do “Ato das disposições transitórias” da CF permite, somente, a revisão dos princípios inovadores que o povo tenha decidido introduzir, mediante plebiscito (sistema parlamentar, forma monárquica). Se o plebiscito redundar em confirmação da república presidencial, nada haverá a ser alterado, perdendo, o citado preceito da ADCT, sua função.

b) Alterações constitucionais que não tenham relação com o plebiscito, somente poderão ser efetuadas de acordo com o art. 60 do texto permanente de 1988, que é perene, mediante o quórum de 3/5 dos membros do Congresso Nacional.

c) O Constituinte de 1988 traçou limites explícitos ao poder de reforma ou de revisão da Constituição, através dos incs. I-IV do art. 60 das “Disposições permanentes”, que não podem ser desobedecidas. Ao lado destas, existem as limitações implícitas ao poder de reforma ou revisão. As alterações não podem atingir a relação de pertinência existente na Constituição. As vedações implícitas dizem respeito com o núcleo político da Carta.

d) Se a Constituição Federal for reformada ampla e ilimitadamente, através de quórum de maioria absoluta, impõe-se ao Ministério Público a arguição de inconstitucionalidade perante o STF.

e) Impõe-se à sociedade civil organizada grande empenho no sentido da mobilização nacional para evitar que a vontade do constituinte, explícita ou implicitamente, fique a mercê de caprichos ocasionais, de interesses questionáveis, que venham a inviabilizar a realidade constitucional e social.