

A LEGITIMIDADE DO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

André Luiz Vinhas da Cruz

Procurador do Estado de Sergipe, Advogado, Mestrando em Direito, Estado e Cidadania pela UGF/RJ (Universidade Gama Filho), Professor de Direito Empresarial da FSL/SE (Faculdade São Luís), Secretário Geral da APESE (Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe), Coordenador de Divulgação da Escola APESE e Membro do IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública).

INTRODUÇÃO

Efetivamente, se consubstancia num problema de ordem técnica e política a elaboração de uma nova Constituição; quiçá o intento de reformar o texto fundamental.

Reveste-se de caráter técnico posto que, no particular do ramo jurídico-constitucional, toda mudança deve respeitar a princípios que inspirem um mínimo de ordem e condicionalidade, como caracteres inerentes ao direito.

Do mesmo modo, é uma questão política, porque não há cria ou reforma constitucional legítima, tão pouco duradoura, se apartada de desejos e sentimentos altaneiros do povo-nação.

A mescla desses dois elementos é que solidificaram toda a arquitetura constitucional, e não devem ser considerados de forma isolada ou em superposição de valores absolutos.

Vale dizer: se tal arcabouço constitucional tem pressupostos e reflexos políticos, absolutamente variáveis, nem por isso hão de ser deixados de lado os critérios e informes teóricos.

Seria absurdo exigir rígida proporção entre o fator lógico e o elemento histórico-social, como já nos asseveraria o saudoso e douto Josaphat Marinho¹, tendo em conta ser a relatividade própria da Ciência Jurídica:

“ A combinação inteligente do material técnico e do político é que produz o travejamento seguro, estável pela conciliação de concepções e propósitos diferenciados, em harmonia com o espírito da sociedade, ordinariamente fonte primária da norma legítima.”

¹ MARINHO, Josaphat. Poder Constituinte e poder de reforma constitucional. *In: Estudos Constitucionais*. 1ª ed. Salvador: UFBA, 1989, p. 159.

O Texto Magno, de modo especial, por ser de amplo conteúdo político, subentende a realização de concessões mútuas entre ideologias, partidos, facções, de modo a lhe imprimir um caráter nacional, ao invés de mero instrumento de grupos de pressão.

E nesse ínterim, o estudo do “poder de reforma constitucional” toma um novo rumo. Tal poder, de caráter “instituído”, é **circunscrito**.

Noutras palavras: o “*poder derivado*” (termo não acolhido por muitos, e com razão) possui um raio de ação, um núcleo de competência gizado pelo instrumento primeiro que lhe traçou o perfil, qual seja, o poder constituinte originário (“*Deus*”, numa ilustração sutil feita pelo ilustre mestre sergipano Carlos Britto).

Ora, se a Carta Política não corresponde, no seu bojo e em sua *mens*, aos anseios gerais do povo, que “é” (e não “tem”) o próprio poder que tudo pode, natural é sua substituição, confiando-se tal missão a uma Assembléia especialmente eleita para isto.

Reforma, *lato sensu*, só se revela profícua quando se afina com o texto emendado, pena de se ver válido o esposado por Loewenstein, *verbis*:

“Reformas constitucionais empreendidas por motivos oportunistas, para facilitar a gestão política, desvalorizam o sentimento constitucional.”²

No Brasil, de forma restritiva, diante do crescente dissídio entre a opinião pública e a Carta vigente, se discute, exatamente, se é mister empreendermos uma ampla revisão constitucional ou se se torna necessária a convocação de uma Assembléia Constituinte.

A divergência situa-se, salvo engano, na extensão e no processo das alterações, posto ser uníssona a ânsia por uma substancial modificação da ordem então vigorante.

Uns advogam a plenitude funcional do poder constituinte originário; outros querem a reforma, inclusive, se for o caso, das cláusulas petrificadas, por ser uma questão de democracia, num levante neoconstitucionalista.

² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de A. G. Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965, p. 200.

É esta a controvérsia posta nos autos deste trabalho, que de original tem muito pouco, mas de questionamentos está repleto, e em especial, quanto à legitimidade deste poder reformador.

I. A legitimidade do poder de reforma constitucional.

Após tanto se estudar a respeito da Teoria do Poder Constituinte, é de se concluir tratar-se de uma teoria da legitimidade do poder, poder este, que numa paráfrase do próprio Texto Maior, que emana do povo e **EM NOME DELE** é exercido. E aí é está a grande celeuma que aterroriza os juristas e estudiosos da matéria.

Se o poder constituinte dito “*originário*” (num contraponto ao “*poder constituinte derivado*”) emana do povo, é porque lhe é intrínseco, interior (vem de dentro). E como tal, em seu nome é exercido.

Ora, então o povo passa a ter uma representação (ou, prezando pela boa técnica, sob a ótica pontiana, uma “*presentação*”). Esses presentantes são os congressistas, enquanto homens públicos eleitos pelo sufrágio universal, numa demonstração democrática da auto-determinação das nações.

Portanto, a questão é: tem esse poder menor, pós-Constituição, denominado “*constituído*”(aqui sim alcunhado de forma correta) o condão de tudo poder? Até mesmo de ferir de morte o poder que lhe deu vida, como o filho a matar o próprio pai? Tal ação é legítima? E se o for, qual é o círculo delimitativo de sua competência?

Todos esses questionamentos passam pelas avenidas que conceituam o que seja poder constituinte e constituído, assim como pelas estruturas explicativas de sua conformação, seja política seja teórico-técnica. Passemos, então, a analisar o enfoque político do nascedouro desta legitimidade.

I. 1. O enfoque político.

Já disse Fábio Konder Comparato³ que:

³ COMPARATO, Fábio Konder. Legitimidade do poder de reforma constitucional. *In: Perspectivas do Direito Público*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 156.

“... hoje, já ninguém põe em dúvida que a reforma ou revisão de uma Constituição em vigor distingue-se, nitidamente, do poder de instituir *ex ovo* uma ordem constitucional completa. Toda Constituição nova resulta de uma vontade política livre de qualquer vinculação constitucional anterior, vontade essa que representa o mais importante atributo de soberania...”

Nessa mesma obra, em nota de rodapé, Fábio Comparato lembra o comentário irônico do jurista alemão Carl Schmitt, de relação ao normativismo kelseniano, ao asseverar que nenhuma norma jurídica, menos ainda uma Constituição, põe-se a si mesma.

Para ele(Carl), o poder constituinte é um só:

“... é a vontade política, cujo poder ou autoridade é capaz de tomar a decisão coletiva sobre a espécie e forma da própria existência política; portanto, de determinar a existência da unidade política em sua inteireza...”⁴.

O poder de reforma constitucional nada mais é do que uma **“função pública”**.

Explique-se. É um poder-dever delimitado normativamente e vinculado a uma finalidade de interesse comum a todos os que a ele se submetem. Preso ao direito positivo constitucional, perde o cunho de autonomia, imanente ao poder constituinte propriamente dito.

É o que o saudoso professor baiano Néilson Sampaio costumava designar de *“teoria dos limites do poder de reforma da Constituição”*.

Todas as Constituições, em todas as épocas, geralmente demarcam balizas ao poder de reforma, tendo em vista ou a natureza da matéria ou a oportunidade da iniciativa (v.g. EUA, art. V; Itália, art. 139; Brasil, art. 60).

Destarte, palpita controvérsia em derredor da dimensão dos limites previstos e na apuração de desvios e excessos de reforma.

É que as Cartas, além de não redigidas de forma cristalina e clara, contêm princípios de valor e alcance distintos, porém com reflexos constantes sobre o poder de revisão.

⁴ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7ª ed. Berlim: Dunker-Umblot, 1989, § 8º.

A diversidade de tais regras basilares principiológicas é que geram dúvidas, a ponto de ter comentado certa feita, quando da implementação do regime parlamentar sob a égide da CF/46, João Mangabeira que:

“... numa Constituição há princípios expressos, princípios inerentes, princípios implícitos, princípios resultantes, princípios fundamentais e princípios circunstanciais. Todos eles pertencem tanto à Constituição quanto os explícitos. Porque a Constituição proíbe expressamente apenas os projetos tendentes a abolir a Federação e a República, somente a insânia poderia concluir que tudo o mais é permitido.” (grifos inexistentes no original)⁵

Ainda que inexista vedação expressa, o direito de emenda à Constituição é legítimo, como diria Stevens, “*enquanto caiba no seu espírito, em tudo quanto assente nas suas bases.*”

Seria um estupro à lógica jurídico-constitucional uma emenda que pugnasse, v.g., pela transformação do Poder Judiciário em mero ramo do Poder Executivo, ou, ainda, que simplesmente abolisse a Justiça Trabalhista, deixando desamparados milhares de trabalhadores.

Portanto, está sim submetido o poder de reforma a princípios ou limites também implícitos, sendo forçoso admitir que há revisões abusivas, porque contrárias à letra ou ao espírito da Constituição.

E mais uma vez, de forma sábia, bebendo na fonte inesgotável do citado jurista baiano, tais alterações, opostas ao sistema vigente, **“só as pode fazer o povo pela revolução por ele feita ou aceita, ou por uma constituinte especificamente eleita.”**

Trata-se, pois, tal poder de reforma de uma competência constitucional extraordinária, e justamente por isto, o âmbito da discussão jurídico-política, a respeito, não se limita à questão de se saber qual o sentido e o alcance das normas do direito positivo que a regulam (matéria de hermenêutica constitucional), mas compreende também a de se determinar se, e em que medida, a atribuição subjetiva dessa competência é congruente com o regime político adotado e a consciência política dominante, ou seja, uma indagação de legitimidade.

⁵ MANGABEIRA, João. *Idéias políticas*. v. 3. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, p. 300-301.

A legitimidade política do poder pode dizer respeito aos governantes ou aos regimes políticos.

Quanto aos governantes, Max Weber classificou 3 tipos ideais de dominação: a racional-legal, a carismática e a tradicional.

Para ele, “dominação” (*herrschaft*) e “poder” (*gewalt*) são coisas distintas. Enquanto a primeira significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, o segundo reflete a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo.

De relação aos regimes políticos, foi o francês Talleyrand um dos maiores estudiosos. Para ele:

“... um governo legítimo, seja monárquico ou republicano, hereditário ou eletivo, aristocrático ou democrático, é sempre aquele cuja existência, forma e modo de ação estão consolidados e consagrados por uma longa sucessão de anos. [...] A legitimidade da potência soberana resulta do antigo estado de posse, assim como sucede, para os particulares, com a legitimidade do direito de propriedade.”

No mundo moderno, ao contrário, o principal vetor da legitimidade política não encontra seu fundamento valorativo apenas na conservação das tradições, mas, sobretudo, na transformação da sociedade, conforme as tendências históricas dominantes.

Com o surgimento do direito positivo como normatividade posta pelos governantes acima dos costumes e tradições ancestrais, assim como com o advento da noção da lei como mecanismo de transformação social, em especial a partir de Augusto Comte, se vislumbra aquilo que sempre existiu: o descompasso temporal entre os regimes políticos e a vida política.

Ou seja: em países subdesenvolvidos, como o Brasil, é normal existirem 2 Constituições em vigor: uma oficial, escrita e promulgada pelos órgãos estatais competentes, e uma “*Constituição real*” (numa expressão furtada de Ferdinand Lassale), largamente sedimentada na mentalidade e nos costumes sociais, sendo que a ambas faltará o monopólio do *imperium*, e sempre existirá uma dicotomia ideológica.

Tal dicotomia se dá, por exemplo, quando a sociedade ainda é altamente oligárquica e o texto fundamental é essencialmente democrático.

É o problema da “realização” das Constituições, tão bem lembrado por Konrad Hesse. A legitimidade democrática da Carta Magna dependerá, então, exclusivamente, da capacidade estatal de fazer evoluir a mentalidade e os costumes sociais rumo à democracia.

I.2. O poder constituinte e sua legitimidade.

Compete, de forma específica, a uma assembleia representativa da vontade popular.

Desimportante a quem seja atribuída a titularidade dela: ou à Nação, *in genere*, ou, de forma concreta, ao povo, como corpo votante. Da mesma forma, se diga de relação à fonte de onde emane a convenção: seja de um reclamo da opinião pública, seja o símbolo de uma campanha revolucionária ou uma “quartelada”.

O poder constituinte reside, em sua essência, na coletividade nacional, e não em grupos abastardos ou mesmo em pessoas, singularmente falando.

É, em *ultima ratio*, uma faculdade própria, exclusiva, inerente ao povo. Por representar a vontade geral popular, a Assembleia Constituinte é livre para atuar, com autonomia, na substituição da ordem jurídica posta, sem quaisquer amarras ou rédeas.

De forma apertada, porém concludente, sentencia Maurice Hauriou⁶ que “ **o poder constituinte é um poder legislativo fundador, agindo em nome da nação soberana.**”

É elemento inovador, e como tal desatrelado do direito antigo. *Modus in rebus*. Face à sociedade nacional, não pode o poder constituinte ser arbitrário. Como poder emanado do povo, não se há de pressupor que lhe caiba decidir em contraste com a fonte de que emerge sua competência.

Não se trata, todavia, de mandato imperativo. Os mandatários políticos são livres para tecer a Constituição, mas em consonância aos anseios de seu principal destinatário.

⁶ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1929, p. 248.

Distinto do legislador ordinário, afeito à casos concretos, o legislador constituinte tem a tarefa de intuir, como um profeta visionário, o que seja melhor para o povo, dentro de um caleidoscópio de interesses contrapostos. E para tanto há de estar atento para o que a sociedade majoritária pensa e quer.

Traduz-se, sim, em portentosa “força social”, que por mais força que expresse sofre limitações naturais, posto que ínsita também a noção de “ordem jurídica” a que atinge, e a que, em certos casos, tem que respeitar, como sói acontecer face a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Debalde, não se é de esquecer que o povo não se despe de sua titularidade, quando delega à Assembléia a função de elaborar o texto constitucional.

E, no particular, existem instrumentos jurídicos específicos que confirmam essa asserção: o plebiscito e o *referendum*. O fato de ser força instrumentada não confere ao governo o privilégio de se distanciar *ad infinitum* da opinião pública.

Ilegítimo será aquele texto que não prime pelo equilíbrio entre o Estado-governo e a Nação, sob pena de se manifestar a necessidade de implante de uma nova Carta ou reforma do texto vigente, por lhe faltar “condição essencial à sua existência definitiva”.

Enfim, a legitimidade de uma Constituição depende largamente da legitimidade do constituinte, ou seja, do fato de que o seu poder de impor coercitivamente as normas que adota (*suprema potestas*) encontra-se justificado, aos olhos do povo, pelo prestígio pessoal ou grupal de que se reveste (*auctoritas*).

III. O CASO BRASILEIRO: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Embora nossa Constituição, para os moldes internacionais, ainda seja uma debutante (acabou de comemorar 15 anos de vida), a verdade é que está se transformando numa “colcha de retalhos”.

Aquela obra-prima da democracia pós-ditadura militar, que representou enorme avanço, em matéria de legislação constitucional pátria, para a época, hoje se transformou num “óbice”,

segundo os “neo” (liberais e constitucionalistas), para as reformas do Estado rumo à uma sociedade globalizada.

O ideal reformista parece ter ganhado mais e mais espaço nos últimos anos. Induvidoso que, do ponto de vista formal, o processo de simples reforma pode e está sendo implementado.

De 1992 até agora, já se contabilizam 38 emendas à Constituição da República de 1988, e a tendência é de crescimento progressivo de tal número.

Contudo, como já ressaltado, ter-se-á que se respeitar os limites expressos e implícitos, impostos pelo instrumento vigente.

É visível que a opinião pede mudanças, inclusive na expectativa de providências mais eficazes para os problemas sociais e econômicos. A revisão de diretrizes em harmonia com o sentimento popular não debilita, mas sim fortalece o governo. E é justamente nessa comunhão entre o poder central e as crenças coletivas que reside o substrato moral da autoridade.

O sistema nacional de emendas constitucionais adotado desde 1992 serviu, como sempre (e como ainda serve) como elemento garantidor adicional do regime oligárquico.

A participação popular, detentor legítimo da soberania, é continuamente afastada de todo e qualquer processo constituinte, sem ter viv’alma a bradar contra tamanha incongruência. É o que Sérgio Buarque de Holanda denomina de “*lamentável mal-entendido*”.⁷

Parece, entretanto, que tal continuidade oligárquica se encontra agudamente ameaçada, diante da insofismável necessidade de afirmação da democracia de massas. Até então as classes dominantes se valiam de 2 recursos políticos (o autoritarismo institucional e a prática populista), hoje em franca derrocada.

A ilegitimidade do processo de reforma constitucional, utilizado pelas nossas Cartas republicanas, evidenciou-se, sobretudo, com o episódio da malograda revisão, capitulada no art. 3º do ADCT da CF/88.

Mister se faz recuperar a legitimidade democrática do modelo constitucional brasileiro.

No plano político, o poder oligárquico se fez impor diante da maioria por via do uso de 3 expedientes nefastos: a fraude eleitoral, o autoritarismo e o populismo.

A Era Vargas é exemplo marcante desse momento histórico de nosso país. Não é preciso dizer que foi Getúlio Vargas o introdutor do populismo como forma de manobra das massas.

A política populista exigiu maior refinamento teórico do que o simples autoritarismo, até porque era sempre precário o equilíbrio mantido entre a satisfação dos interesses oligárquicos e a resposta aos anseios populares.

E para que se transmigre do autoritarismo para a democracia, é de bom tom que se pulverize alguns núcleos de resistência oligárquica, enquistados na própria Magna Carta, a começar pelo próprio sistema de reforma da ordem constitucional.

Como questão de ordem, porém, para o bom andamento da discussão, é de se afirmar que, menos trabalhoso e mais inteligente do que simplesmente reformar o texto, seria interpretá-lo, de modo que se atinja o seu alcance, em consonância com os elementos externos existentes à época da interpretação, e daí aplicá-lo.

É a “interpretação sem redução de texto”, ou, em outros termos, “interpretação conforme a Constituição”.

Há séculos assim é feito nos EUA, e lá o juiz tem papel fundamental, merecedor, até, da pecha de poder “constituente”, para alguns.

A jurisprudência norte-americana é sólida e decisiva na resolução de questões do cotidiano do povo americano. Ainda assim, é preferível tal sistema ao nosso, exageradamente instável. Não é preciso lembrar que a estabilidade das relações jurídicas é desejo de toda e qualquer ordem jurídica que se preze.

⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, p. 119.

Muito mais prático interpretar o que já existe e aplicar-lhe ao caso concreto do que reformar-lhe via emenda constitucional. Doses homeopáticas causam menor sofrimento do que a atitude abrupta da revisão.

Como observado, é mera questão de hermenêutica constitucional. Reforma apenas no último caso, e em situações emergentes. Afinal de contas a Constituição é feita para durar, ter vida longa.

IV. CONCLUSÕES.

Dúvidas não restam de que a soberania é inalienável, muito embora o seu exercício – e somente ele – possa ser delegado. Porém, tal delegação do poder constituinte *quoad usum*, para ser juridicamente reconhecida, há de ser expressa segundo a forma política própria, *id est*, por via da eleição dos representantes do povo para uma finalidade específica.

Nesse passo, é contraditório, para qualquer sistema constitucional que se queira rotular “democrático”, atribuir-se o poder de reforma constitucional ao órgão legislativo ordinário. Mais do que isto, é **ilegítimo**. O caráter democrático de uma reforma constitucional só se afirma quando o povo participa, decisivamente do processo.

Essa participação popular pode se dar, de forma alternativa, quer pelo referendo, quer pela eleição de uma assembléia revisora. Por dizer respeito à votação de normas constitucionais, mais correto será que tal *referendum* seja sucedido por uma votação parlamentar afirmativa, separadamente, em cada Casa Legislativa.

A eleição da assembléia revisora da Constituição seria de iniciativa concorrente do Presidente da República e de fração do povo (aqui se dirigiria o requerimento ao Presidente do TSE, que trataria de cuidar das providências convocatórias), nos dizeres de Fábio Konder Comparato⁸.

Por questão de prudência e em respeito ao princípio da relativa rigidez da ordem constitucional, delimitar-se-ia o lapso temporal quinquenal entre duas convocações de assembléias revisoras da Magna Carta. Quanto aos limites de ordem material a uma reforma, estes diriam respeito aos

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Legitimidade do poder de reforma constitucional. *In: Perspectivas do Direito Público*, ed. cit., p. 172.

direitos humanos, único princípio que se sobrepõe ao da soberania popular, insuscetíveis de revogação pela vontade popular.

Tais “*direitos humanos*” se classificam, segundo a doutrina germânica, em dois tipos: os propriamente ditos (relativos à dignidade da pessoa humana) e os direitos fundamentais de organização social (invioláveis apenas de relação ao legislador ordinário, e cujo “*conteúdo essencial*” é preenchido pela **lei**, como, v. g., os direitos sociais).

Por fim, todas essas indicações dariam a necessária legitimidade ao poder de reforma constitucional, de tal forma que se respeitaria o ideal democrático tão propalado pelos neoconstitucionalistas (mas não da forma radical por eles defendida, como “*chuva ácida*” que é, num termo utilizado por Carlos Britto).

Contudo, e particularmente no Brasil, é de se pensar ser mais viável aderir ao modelo norte-americano de “interpretação sem redução de texto”, conforme a letra da Constituição vigente, por ser menos chocante e mais eficiente.

BIBLIOGRAFIA

- COMPARATO, Fábio Konder. Legitimidade do poder de reforma constitucional. *In: Perspectivas do Direito Público*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.), Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1929.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, [].
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de A. G. Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1965.
- MANGABEIRA, João. *Idéias políticas*. v. 3. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.
- MARINHO, Josaphat. *Estudos Constitucionais*. 1ª ed. Salvador: UFBA, 1989.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Perspectivas do Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7ª ed. Berlim: Dunker-Umblot, 1989, § 8º.