

A TÓPICA COMO METODOLOGIA ATUAL E SUA APLICAÇÃO EM DIREITO <i>Maria Tereza Fonseca Dias</i>	109
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL	
O DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA MACRO E MICROCRIMINALIDADE <i>Luciano Sotero Santiago</i>	129
APLICABILIDADE DAS REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DO PRESO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO <i>Fábio Luís Guimarães</i>	159
PONTOS PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE A QUESTÃO DAS DROGAS <i>Claudio Henrique Ribeiro da Silva</i>	169
EMENTAS DOS DEMAIS TRABALHOS INSCRITOS.....	183
JURISPRUDÊNCIA.....	185

MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO E REFORMA CONSTITUCIONAL

Raul Machado Horta *

Sumário

1. Desestima constitucional. 2. Mudança na Constituição e mutações constitucionais. 3. Reforma, emenda e revisão. 4. Esgotamento de disposição constitucional transitória. 5. Limitações ao poder de reforma. 6. Reforma total e reforma parcial.

1 DESESTIMA CONSTITUCIONAL

É inquestionável a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado nem constante. A Constituição nominal e a Constituição semântica, categorias que *Loewenstein* introduziu em sua classificação das Constituições,¹ evidenciam os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental. Sem ingressar na análise dos tipos e de sua projeção nas diferentes áreas do universo constitucional, é necessário, todavia, identificar a fonte cultural da desestima constitucional, com reflexos no declínio e erosão da Constituição.

A famosa conferência de *Ferdinand Lassalle* sobre a “Essência da Constituição”² pode ser localizada na origem da crítica sociológica à concepção jurídico-formal da Constituição, opondo a Constituição escrita à Constituição real. A unidade da Lei Fundamental se pluraliza nos fragmentos da Constituição, cada um detendo uma parcela de poder. *Lassalle* estabeleceu o antagonismo entre a verdadeira ou real, que exprime a correlação das forças reais do País, e a Constituição escrita ou formal, qualificada de “*folha de papel*”. A Constituição, “folha de papel”, se transforma em objeto dos fragmentos do poder, dotados de força decisória sufici-

* Professor Catedrático e Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

1 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970, p.218/222.

2 LASSALE, Ferdinand. *Discours et pamphlets - De l'essence d'une Constitution*. Paris: Giard - Brière, 1903.

ente para reconstituí-la, se, na hipótese de *Lassalle*,³ um incêndio consumisse todos os seus exemplares. *Lassalle* deslocou a Constituição de sua posição suprema e inverteu as regras que o constitucionalismo clássico construiu. Não é a Constituição que controla e institucionaliza o Poder. É o Poder, através de seus fragmentos – o Soberano, sua Armada e Canhões, a Nobreza, os Grandes Produtores, os Banqueiros e a Bolsa – que dominam e fazem a Constituição. Basta projetar essas relações reais, esses fragmentos de Poder, em uma folha de papel, dar-lhes forma escrita e redação jurídica, para surgir a Constituição escrita.⁴ Figura representativa do pensamento socialista da segunda metade do século XIX, o realismo sociológico de *Lassalle* tornou-se precursor do movimento de desestima constitucional, que se alimentou das idéias lassalianas, no plano ideológico, e, no plano psicológico, também se exterioriza na indiferença pelo destino da Constituição, indiferença que torna a Constituição alvo frequente das arremetidas do poder fático, desfazendo a Lei Suprema na “folha de papel” a serviço dos interesses mutáveis dos fragmentos do poder.

A manifestação que denomino de *desestima pela Constituição*, apontando sua raízes ideológica, psicológicas e fáticas, mereceu a análise crítica de *Loewenstein* e de *Burdeau*.

*Loewenstein*⁵ aponta duas tendências, que incluo no fenômeno geral da desestima: a desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional e a erosão da consciência constitucional. No primeiro caso, a desvalorização advém da inobservância da Constituição pelos titulares do Poder. São várias as razões que conduzem à ineficácia de preceitos constitucionais em decorrência da conduta inadimplente: norma constitucional utópica e de difícil concretização, aversão de Partidos Políticos à aplicação da regra constitucional, pressão social e econômica contrária à complementação da norma. A utilização frequente do processo de emenda constitucional é outro elemento da desvalorização da Constituição. O volume pletórico das Emendas gera a indiferença e produz uma espécie de embotamento na consciência coletiva. O complexo mecanismo da Emenda não desperta maior interesse na opinião pública e o tema fica entregue aos especialistas e às lideranças políticas que o conduzem nas Comissões e o plenário das Câmaras.

3 LASSALE, Ferdinand. *Op. cit.*, p. 8.

4 LASSALE, Ferdinand. *Op. cit.*, p. 14.

5 LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. The University of Chicago Press, 1962, p. 153.

A erosão da consciência constitucional que, segundo *Loewenstein*,⁶ também decorre da indiferença pela Constituição, em contraste com os sentimentos que dominaram o período inicial do constitucionalismo moderno, quando a Constituição gozava de respeito quase religioso, favoreceu o aparecimento de “panacéias escatológicas”. De instrumento limitador do Poder, a Constituição, graças à perversão que nela introduziu a autocracia moderna, tornou-se instrumento para assegurar o poder ilimitado do Estado sobre a Sociedade e a pessoa humana. É certo que a perversão oriunda das autocracias modernas experimenta uma fase de superação. *Loewenstein*, escrevendo em 1963, na segunda impressão de seu livro, não poderia supor que ela viesse a ocorrer tão rapidamente.

A erosão da consciência constitucional não desapareceu e se manifesta de forma duradoura ou intermitente, para aparecer aqui e sucumbir mais adiante. No *Brasil*, a erosão da consciência constitucional, acompanhada do processo de solapamento da primazia e do acatamento à Constituição, começou na *Revolução de 1930*, a qual, distanciando-se do ideário liberal da campanha presidencial, prolongou a fase ditatorial, destruiu a *Constituição de 1934* e inaugurou a ilegitimidade do Poder com a *Carta de 1937*. A erosão da consciência constitucional ressurgiu em 1964, sob a forma de sucessivos *Atos Institucionais*, que destroçaram a *Constituição de 1946* e desmantelaram a *Constituição Congressual de 1967*.

No ensaio de uma ontologia das Constituições, publicado na *Revue Française de Science Politique*, *Loewenstein*⁷ assinalou outra tendência do constitucionalismo europeu contemporâneo. Não é a desestima, a perda do prestígio da Constituição, como acontece nos processos de desvalorização e de erosão da consciência constitucional. É o amortecimento da Constituição, a perda de sua intensidade. O charme mágico das Constituições, diz *Loewenstein* no ensaio citado, que emergiu, de forma breve e ilusória, no primeiro pós-guerra, desapareceu nas Constituições do segundo pós-guerra. A elaboração das novas Constituições se fez conscientemente, mas sem entusiasmo. Na Sociedade Ocidental daquela época, fatigada, inquieta, cética, sem ilusões, dividida internamente por correntes políticas antagônicas, a importância da Constituição escrita ficou amortecida. A inflação nos períodos da guerra e do pós-guerra deflagrou mudanças na estrutura social, ameaçando submergir os fundamentos da estabilidade econômica com a qual se habituara a sociedade européia nos anos trinta. São fatores dessa

6 LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*, p. 158-162.

7 LOEWENSTEIN, Karl. Reflexions sur la valeur des constitutions dans une Europe révolutionnaire – Esquisse d'une ontologie des Constitutions. *Revue Française de Science Politique*, v. II, n. 1, p. 13-15, janeiro-março 1952.

natureza que explicam a perda do “*charme magique des Constitutions*” no clima do segundo pós-guerra e sua substituição por textos mais técnicos e contidos, como os da *Constituição Francesa de 1946*, da *Constituição da Itália de 1947* e da *Lei Fundamental da Alemanha de 1949*.

A análise de *Burdeau*,⁸ no tópico que o notável constitucionalista e cientista político intitulou de perda ou caducidade das Constituições – *Décheance des Constitutions* –, se desdobra no exame de suas ocorrências do nominalismo constitucional. O nominalismo das *Constituições Africanas*, nas quais, nem do lado dos Governantes nem dos Governados, admitiu-se a idéia de submeter o Poder a um Estatuto. As *Constituições da África*, especialmente na fase sucessiva da descolonização, são produtos de exportação, sem raízes na psicologia coletiva. No segundo caso, as Constituições contemporâneas, assim as da Europa como as da América Latina, afastando-se dos modelos do constitucionalismo clássico, se dilataram, materialmente, pela adoção de princípios relativos à filosofia política e econômica do regime, em prolixidade que torna precária a permanência desses princípios. A Constituição, observa *Burdeau*,⁹ em lugar de definir a estrutura jurídica da coletividade a que ela se destina, se transformou no depósito de promessas, uma espécie de tratado para o futuro. As novas concepções constitucionais, que se distanciam da concepção originária, levaram *Burdeau* a indagar, em vaticínio desfavorável às Constituições expansivas, se a noção de Constituição não é inseparável da mentalidade liberal que a criou. *Burdeau* nos convida a refletir sobre o destino da Constituição e se esse destino não se encontra ameaçado, a partir do momento em que a Constituição deixa de ser instrumento de controle do poder.

2 MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição são manifestações que abalam a permanência da Constituição. Cabe examinar, em seguida, outro tipo de comportamento que repercute na permanência da Constituição, que é a *mudança na Constituição*, para identificar a natureza das relações entre a permanência e a mudança constitucional.

8 BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed.. Paris: LGDJ, 1969, v. IV, p. 101.

9 BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*, p. 101-102.

A mudança na Constituição não se identifica, necessariamente, com a desestima da Constituição. Ela se propõe, via de regra, a introduzir aperfeiçoamentos e correções no texto constitucional. Opera no rumo da evolução. Não obstante tais inspirações, a *mudança na Constituição* reflete, com maior ou menor profundidade, uma insatisfação com o texto constitucional, cuja matéria se propõe alterar ou substituir.

A mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: a *reforma constitucional*, empregando esta expressão no sentido amplo, para abranger revisão e emenda, e a *mutação constitucional*. *Garcia Pelayo*¹⁰ recorda que, desde *Laband*, a ciência jurídica alemã se dedica ao estudo das transformações constitucionais, fazendo a distinção entre reforma constitucional – *Verfassungänderung* – e a mutação constitucional – *Verfassungswandlung*.

Na definição de Hsu Dau-lin, em cujo texto *Formalistischer and anti-formalistischer Verassung-begriff*, publicado no “*Archiv des öffentlichen Rechts*” (vol. 22) se louvam *Garcia-Pelayo*¹¹ e *Pablo Lucas Verdú*,¹² a mutação constitucional é a separação entre o preceito constitucional e a realidade. A realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional. *Dau-lin* concebeu quatro classes de mutação constitucional: a) Mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita. b) Mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional. c) Mutação constitucional em razão de prática que contradiz a Constituição. d) Mutação constitucional mediante interpretação.

Exemplo clássico da mutação constitucional pelo não exercício de atribuição constitucional é o desuso do direito de dissolução da Câmara dos Deputados na III República Francesa. Prerrogativa do Presidente da República, a dissolução da Câmara dos Deputados verificou-se em uma única vez, sob a Presidência *Mac-Mahon*, em 1877. Neste ano, a renovação dos mandatos conduziu à Câmara dos Deputados expressiva maioria republicana, contrariando o objetivo de *Mac-Mahon*, o que motivou a renúncia do Presidente da República. O ato isolado não se repetiu na III República. O parlamentarismo dualista transformou-se no parlamentarismo monista, sob o comando da soberania do Parlamento.

10 GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 1984, p. 137.

11 GARCIA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 137.

12 VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 179.180.

A mutação constitucional nem sempre se ajusta ao sistema da Constituição rígida e sua adoção se compatibiliza melhor com a plasticidade da Constituição e aos períodos iniciais de funcionamento do regime político, como se pode verificar nos casos de sua aplicação. A mutação consagra o uso constitucional, que acaba se sobrepondo a norma escrita da Constituição. Na análise da mutação constitucional nos Estados Unidos, *Loewenstein*¹³ alude exatamente ao uso constitucional, cuja ação modificadora tornaria irreconhecível aos autores da Constituição o texto de 1787.

O regime parlamentar do século XIX, que surgiu e se consolidou sob o impulso de normas consuetudinárias, tornou-se o território predileto de mutação constitucional. São dessa natureza as *convenções constitucionais* do regime parlamentar britânico e as normas de “*correttezza costituzionale*”, que mereceram, estas últimas, largo tratamento no Direito Constitucional italiano.

Biscaretti di Ruffia, retomando o tema que *Santi Romano*¹⁴ desenvolveu no seu trabalho – “Diritto e Correttezza Costituzionale” – qualifica a norma de correção de norma social e muitas vezes o Direito nela encontra seu pressuposto necessário. Estranha ao Direito, a norma de correção é dele indispensável complemento. A norma de *correttezza* socorre, circunda, alimenta e vivifica o Direito, mas não é o Direito. Raciocinando em função do *Estatuto Albertino*, na obra escrita em 1939,¹⁵ *Biscaretti* relaciona a norma de correção e o regime parlamentar, “*vera inesauribile fonte di norme convenzionali*”. No ordenamento italiano, *Biscaretti* localizou as normas de correção, que não encontravam maiores resistências no breve texto constitucional flexível, representado pelo *Estatuto Fundamental de 4 de março de 1848*, em dois planos: o dos poderes discricionários dos órgãos estatais e o das regras de lealdade, educação, cortesia, discreção e deferência entre os Poderes. Dentro desse duplo conteúdo, *Biscaretti* examinou as mais relevantes normas de *correttezza costituzionale* relativas à Coroa, ao governo do Rei, ao Grande Conselho, às Câmaras, no ordenamento anterior à Constituição Republicana de 1947. Detendo-se no segundo grupo a que se referiu *Biscaretti*, *Spagna Musso*¹⁶ estabeleceu a distinção entre as convenções constitucionais do regime parlamentar britânico – *Conventions of the*

13 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. p. 107.

14 SANTI ROMANO. *Scritti minori* – Diritto costituzionale. Milano: Dott A. Giuffrè, 1950, v. 1, p. 270/285.

15 RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Le norme della correttezza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1939, v. 1, p. 130/133.

16 MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto costituzionale*. Padova: Cedam, v. 1, 1976.

Constitution – e as normas de *correttezza costituzionale*. Enquanto as convenções constitucionais são normas carentes de juridicidade, embora impregnadas de substancial relevo jurídico e dotadas de sanção política, as normas de *correttezza costituzionale*, segundo conceito elaborado no Direito Italiano, são normas do cerimonial, da boa educação política, do *fair play* constitucional, correção de comportamento nas relações políticas.

Na perspectiva histórica, a mudança constitucional se realiza através de formas variadas, as quais repercutem, com maior ou menor intensidade, na validade e na vigência da Constituição. A *mudança da Constituição* é que se encarrega do processo mais radical de mudança, seja mediante a substituição de uma Constituição por outra, a destruição da Constituição ou a supressão da Constituição, abrindo caminho ao Poder Constituinte originário.

Carl Schmitt,¹⁷ em sua conhecida “Teoria da Constituição”, publicada em 1927, descreveu as formas históricas das mudanças constitucionais, nelas abrangendo mudanças *da* Constituição e mudanças *na* Constituição, identificadas na *Destruição da Constituição*, *Supressão da Constituição*, *Reforma Constitucional*, *Quebra da Constituição* e *Suspensão da Constituição*. A destruição e a supressão da constituição são formas radicais da mudança constitucional, enquanto a reforma constitucional, a quebra da Constituição e a suspensão da Constituição significam mudanças parciais, atingindo “prescrição legal-constitucional”, sem acarretar substituição da Constituição, embora a mudança parcial possa alcançar forma mais intensa, que se avizinha das formas radicais, quando não obedecer a uma prévia regulação constitucional do processo de mudança. É o que acontece com a suspensão da Constituição, sob a forma de suspensão parcial de regras constitucionais, em processo não previsto na Constituição, para autorizá-la. Infere-se da exposição de *Carl Schmitt* que as formas radicais da mudança constitucional acarretam a substituição, por destruição ou supressão da Constituição, das decisões políticas fundamentais (formas de Governo e de Estado, direitos fundamentais), enquanto as mudanças parciais se referem às leis constitucionais ou prescrições legais-constitucionais, observada a distinção que *Carl Schmitt*¹⁸ estabeleceu entre Constituição e Lei Constitucional, o conceito absoluto e o conceito relativo de Constituição. Na primeira acepção, a Constituição é decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política. Na segunda, a Constituição é o documento que contém uma pluralidade de leis constitucionais.

17 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934, p. 115/117.

18 SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 13, 23, 27, 28, 29.

*Jorge Miranda*¹⁹ elaborou o conceito de *vicissitudes constitucionais*, que corresponde ao de mudanças constitucionais, dando-lhe o significado de “quaisquer eventos que se projetem sobre a substância da Constituição ou de algumas das suas normas”, para abranger na amplitude da categoria as vicissitudes radicais e as vicissitudes parciais. São tipos de *vicissitudes constitucionais* a revisão constitucional, a derrogação constitucional, o costume constitucional, a interpretação evolutiva da Constituição, a revisão indireta, a revolução, a ruptura não revolucionária, a transição constitucional e a suspensão parcial da Constituição.

Esclarece *Jorge Miranda*²⁰ que a *revisão constitucional* é a modificação da Constituição com a finalidade de autoregeneração e autoconservação. A *derrogação* corresponde a violação, a título excepcional, de prescrição legal-constitucional. O *costume constitucional* e *interpretação evolutiva* da Constituição são modificações tácitas da Constituição. A *revolução* e a *ruptura não revolucionária* situam-se no plano das vicissitudes constitucionais com ruptura na continuidade da ordem jurídica, mediante alterações totais ou parciais. A *transição constitucional* é a passagem de uma Constituição material a outra com observância das formas constitucionais, a *suspensão da Constituição* acarreta a não vigência durante certo tempo de algumas normas constitucionais, por imperativos de *salus publica*, configuradora do estado de sítio e de outras situações extraordinárias ou de necessidade.

A *reforma da Constituição*, é processo técnico de mudança constitucional. Trata-se de criação do poder constituinte originário, do qual o poder de reforma recebeu a incumbência de introduzir alterações na Constituição, para aperfeiçoá-la às exigências do tempo. A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do Poder constituinte originário e do Poder Legislativo ordinário. Não dispõe da plenitude criadora do Poder Constituinte originário e se sobrepõe ao legislador ordinário. Tendo por objeto de sua atuação a norma constitucional, o poder de reforma, na ampla acepção do termo, apresenta-se como o constituinte de segundo grau, subordinado ao Poder Constituinte originário, que é o responsável pela sua introdução no texto da Constituição e autor das regras que condicionam o seu aparecimento e disciplinam sua atividade normativa. Dentro dessa configuração dual do Poder Consti-

19 JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, v. 1, t. 2, p. 429.

20 JORGE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 433, 434, 436, 437, 439, 441.

tuinte, não me parecem procedentes as críticas que impugnam o emprego da expressão consagrada, de modo geral, pelos publicistas – *Poder Constituinte derivado ou instituído* –, sob o argumento de que a denominação de Poder Constituinte deve ser reservada ao poder originário, o criador da Constituição, negando autonomia à segunda categoria de Poder Constituinte, ao qual esses críticos preferem tratar de *poder de reforma*, subtraindo dele a qualificação constituinte.

Reforma, Emenda e Revisão são manifestações do Poder Constituinte instituído, que podem receber tratamento diferenciado, atribuindo a cada uma dessas formas objeto próprio de atividade, bem como tratamento indiferenciado, sem distinguir uma da outra manifestação pela forma ou matéria de sua atividade.

3 REFORMA, EMENDA E REVISÃO

Como é da essência da Constituição rígida, o texto federal de 1988 estabeleceu, para mudança de suas regras originárias, a *reforma* pela técnica da *Emenda* à Constituição e a *Revisão Constitucional*, dentro de prazo pré-determinado.

A *Emenda* poderá ser proposta por iniciativa de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembleias Legislativas Estaduais, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (Constituição Federal, art. 60, I, II, III). É vedada a deliberação de *Emenda*, a partir da fase da iniciativa, na vigência da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio (art. 60 § 1º). A *Emenda* impõe o processo deliberativo bicameral, isto é, discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, e sua aprovação requer três quintos dos votos, em ambas as Casas (art. 60 § 2º). A relatividade da rigidez constitucional, que admite mudança na Constituição mediante a observância de regras próprias, recebeu o contraste da rigidez absoluta, como forma de proteção de setores insubstituíveis pelo poder derivado da reforma, constituindo o núcleo da irreformabilidade, inalcançável pela supressão, ostensiva ou disfarçada, do poder constituinte instituído: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais (Constituição, art. 60 § 4º, I, II, III, IV). A *Emenda* é técnica de natureza permanente, para ser deflagrada pelos titulares de sua iniciativa, em qualquer momento, salvo nos períodos de sua vedação, observadas as normas de sua tramitação.

A *Revisão Constitucional*, ao contrário, foi concebida em caráter transitório, após cinco anos de vigência da Constituição, contados de sua promulgação. Dentro desse período, sua realização se aperfeiçoaria pelo voto da *maioria absoluta* dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, bastando na legislatura atual o concurso de 293 membros, sendo duzentos e cinquenta e dois *Deputados*, e quarenta e um *Senadores*, para uma composição global de 584 congressistas.

4 ESGOTAMENTO DE DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL TRANSITÓRIA

A Revisão Constitucional, prevista no título reservado às Disposições Transitórias da Constituição, extinguiu-se com o encerramento de suas atividades, em 31 de maio de 1994. É da natureza da *disposição transitória* o seu desaparecimento, uma vez realizada a condição ou expirado o prazo nela previsto. O ilustre Relator Geral, Deputado *Nelson Jobim*, elaborou 77 pareceres, apreciando propostas revisionais e apresentando igual número de Emendas Constitucionais de Revisão. Desse conjunto de Propostas, que exprime o intenso labor de Relator Geral, foram aproveitadas as que se converteram nas Emendas Revisionais n. 1, 2, 3, 4, 5 e 6. Todas as demais ficaram prejudicadas, por rejeição ou não apreciação. Não logrou êxito a *proposta* de Emenda Constitucional de Revisão, em substitutivo do Relator *Nelson Jobim*, que acrescentava o § 6º ao artigo 60, para nele dispor sem prejuízo do processo regular de emendas, a possibilidade da *reforma total* da Constituição, disciplinada em procedimento complexo, no qual se previa o Projeto de Resolução da Reforma; a votação do Projeto em sessão unicameral do Congresso Nacional; o *referendum* popular sobre decisão congressional favorável à reforma; a instalação dos trabalhos de reforma da Constituição, se aprovada no *referendum*, e a *reforma total* de dez em dez anos, a contar da promulgação de reforma imediatamente anterior.

Consumada a Revisão Constitucional, prevista na *Ato das Disposições Transitórias*, pelo encerramento de suas atividades, a *Revisão Constitucional* perdeu oportunidade. Não sendo imutável a Constituição, o exercício do poder de reforma ou de mudança permanece no domínio da *Emenda à Constituição*, regulado na parte permanente da Constituição. É de manifesta *oportunidade* a reforma da Constituição, observado o procedimento da *Emenda* e não mais o da *Revisão*.

5 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA

A Constituição de 1988, que proveio de Assembléia Nacional Constituinte, diversificada na sua composição e nas tendências políticas e culturais de seus membros, não é documento originário da gestação tranquila do laboratório normativo de técnicos do Direito Público. A Constituição reflete o desequilíbrio de concepções antagônicas e a redação, às vezes apressada de suas cláusulas, é nela imposição das deliberações sujeitas a prazos pré-fixados, adotados no tumulto das discussões em plenário numeroso e agitado pelas disputas entre Partidos e correntes políticas. A tensão política, a carga emocional e a rivalidade partidária geralmente acompanham a tramitação dos textos nas Comissões, nos Comitês, nos Grupos e deságuam no recinto ampliado do plenário, renovando-se, neste último, as etapas agitadas do percurso do projeto. Não é este, de modo geral, o ambiente e o cenário em que os técnicos trabalham e redigem os documentos que recolhem suas concepções. Por isso, oriunda das controvérsias inerentes ao clima constituinte, a Constituição de 1988 exibe desigualdade na redação de suas matérias e ostenta os desequilíbrios de concepções não homogêneas.

O período já decorrido de vigência da Constituição e a renovação do Congresso Nacional nas eleições de 3 de outubro propiciam condições favoráveis ao exame da oportunidade e conveniência de modificação do texto constitucional, através de emendas de aprimoramento de Institutos e da correção de soluções que não mais se justificam.

O poder de reforma ou de emenda é poder limitado na sua atividade de constituinte de segundo grau. A *emenda* é incompatível com a ruptura da Constituição. É processo de alteração material sem a erosão dos fundamentos da Constituição, que se exteriorizam nas decisões políticas fundamentais, configuradoras do “*centro comum de imputação*”, para nos valeremos da formulação conceitual de *Francisco Campos*.²¹

Do “centro comum de imputação”, que limita a atividade do órgão de revisão constitucional, dimanam, inicialmente, as matérias incluídas na cláusula da irreformabilidade do artigo 60, § 4º, I, II, III, IV, da Constituição. São improponíveis no Congresso Nacional, em sessão apartada de cada Casa, os temas irreformáveis, que não podem ser objeto de emenda à Constituição: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, os Direitos e Garantias individuais. Poder de emenda é poder instituído e derivado, instrumento da mudança cons-

21 CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. II, p. 80.

titucional de segundo grau, submetido ao “centro comum de imputação”, que assegura a permanência das decisões políticas fundamentais reveladas pelo poder constituinte originário.

As limitações do § 4º do artigo 60 da Constituição são *limitações materiais explícitas*, assim configuradas na sede da norma constitucional. Essas limitações não exaurem as linhas da demarcação intransponível pelo poder de emenda.

Há outras limitações difundidas nas regras constitucionais e de cuja pesquisa se recolherá o conjunto das *limitações materiais implícitas*. Integram essa categoria os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I, II, III, IV, V), o povo como fonte de poder (art. 1º, parágrafo único), os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, I, II, III, IV), os princípios das relações internacionais (art. 4º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, parágrafo único), os direitos sociais (art. 6º), a autonomia dos Estados Federados (art. 25), a autonomia dos Municípios (art. 29, 30, I, II, III), a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44), a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (art. 53), as garantias dos Juízes (art. 95, I, II, III), a permanência institucional do Ministério Público (art. 127) e de suas garantias (art. 128, I, a, b, c), as limitações do poder de tributar (art. 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, art. 151) e os princípios da Ordem Econômica (art. 170, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, parágrafo único).

A autonomia dos Estados e dos Municípios e a organização bicameral do Poder Legislativo são princípios abrangidos por dupla limitação de irreformabilidade, a que provém da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I), nesta se incluindo a composição plural da República Federativa (art. 18), objeto de limitação material explícita e a que decorre da limitação implícita, por ilação extraída do enunciado da regra explícita. O plebiscito de 21 de abril de 1993, que consagrou a inequívoca preferência do eleitorado brasileiro pela forma republicana e o regime presidencial, incorporou outra limitação material ao exercício da revisão constitucional. No tocante ao regime presidencial, parece-me que violaria a vontade soberana do eleitorado a introdução no Poder Executivo presidencial de técnicas inerentes ao regime parlamentar, através de regra desconhecida no regime presidencial brasileiro, exprimido forma oblíqua de manifestação de confiança do Congresso ou de órgãos do Congresso em ato do Presidente da República e no Ministério por ele constituído, como seria, por exemplo, a regra que impusesse a aprovação política do Congresso ou de órgão do Congresso na escolha de Ministros de Estado, a qual, no regime presidencial, que o eleitorado consagrou plebiscitariamente, sempre caracterizou ato presidencial desvinculado.

6 REFORMA TOTAL E REFORMA PARCIAL

Fixado o esgotamento da revisão constitucional, como processo *transitório* de mudança da Constituição, acolhido no artigo 3º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, que deixou de existir como técnica autônoma de reforma, cabe verificar quais são os setores da Constituição merecedores de modificação na via da *Emenda*. Uma ressalva prévia deve ser feita. A Constituição não adotou a técnica da *reforma total* e proposta nesse sentido não obteve aprovação no extinto Congresso de Revisão. A reforma só poderá ser *parcial*. Dentro dessa perspectiva, o constituinte deverá evitar a fragmentação da Constituição mediante a pluralidade numerosa de Emendas. É preferível concentrar as alterações em número reduzido de Emendas, se não for adotada a solução da *Emenda Única*.

Como vimos, a Constituição dispõe de apreciável conteúdo que não pode ser objeto de proposta de emenda tendente a abolir as matérias excluídas do poder de reforma. As limitações materiais explícitas se prolongam nas limitações materiais implícitas. É proibida a abolição direta e ostensiva, como a abolição dissimulada, indireta e disfarçada.