

Revisão da doutrina dos limites ao poder de reforma na constituição de 1988 (reflexões a partir do estudo de dois casos)

Fábio Carvalho Leite*

1. Introdução

A doutrina constitucional brasileira, com alguma variação na forma, tem revelado um certo consenso a respeito de alguns dos (assim denominados) limites ao poder de reforma constitucional, tanto em sede de teoria da Constituição como em relação aos limites previstos no Texto de 1988. Assim, em devida homenagem à monografia de NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O Poder de reforma constitucional*¹, de 1954, aponta-se comumente três espécies de limites ao poder constituinte derivado, a saber: limites temporais, circunstanciais e materiais – que por seu turno se subdividem em expressos e implícitos. Dentre estes, segundo boa parte da doutrina, a Constituição de 1988 teria previsto apenas os limites circunstanciais e os materiais (expressos e implícitos), mas não os limites temporais, eis que, como afirma categoricamente JOSÉ AFONSO DA SILVA, na história constitucional brasileira “*só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação*”².

Desse modo, admitindo-se que a Constituição brasileira de 1988 adotou apenas os limites circunstanciais – vedando a realização da alteração do texto constitucional em casos de estado de emergência, estado

* Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutorando em Direito Público (UERJ). E-mail: fabiojur@reit.puc-rio.br.

¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

de sítio ou intervenção federal —, os limites materiais expressos — vedando a adoção de emendas tendentes a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais — e os limites materiais implícitos — que aborda as matérias concernentes ao titular do poder constituinte, ao titular do poder reformador e ao processo de emenda constitucional — deveria se admitir também — e como decorrência lógica — que qualquer emenda será necessariamente constitucional desde que não desrespeite qualquer destes limites — e apenas estes. A verificação da constitucionalidade de uma emenda constitucional, então, deveria limitar-se tão somente à adequação a este rol de limites constitucionais ao poder de reforma.

Nesse sentido, a emenda constitucional n.º 2/92, que alterou o art. 2º do ADCT, antecipando de 7 de setembro de 1993 para 21 de abril do mesmo ano a data em que ocorreria o plebiscito onde o povo decidiria a respeito da forma (monarquia constitucional ou república) e do sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), não deveria levantar qualquer dúvida acerca da sua legitimidade constitucional, pois não violou limite temporal, que, segundo a melhor doutrina, ao longo da história constitucional apenas a Constituição do Império adotou, nem limite circunstancial, uma vez que não havia sido decretada intervenção federal, nem estado de sítio ou estado de defesa ao tempo de sua aprovação, nem limite material expresso, eis que compatível com as matérias elencadas no §4º do art. 60 do texto constitucional, nem sequer limite material implícito, pois não trata de matéria concernente ao titular do poder constituinte, ou ao titular do poder reformador ou mesmo ao processo de reforma.

Isto nada obstante, a EC n.º 2/92 foi objeto de nada menos que três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN's n.º 829, 830 e 833), devendo-se ainda frisar que a inconstitucionalidade da referida emenda foi acolhida por três Ministros do STF, e que — o que aqui se revela ainda mais importante — o fizeram por distintos fundamentos.

Outro exemplo que parece justificar a investigação a respeito do caráter exaustivo do rol de limites ao poder de reforma apresentados pela doutrina — exemplo que cresce em importância à medida que é retomado o debate — seria o de uma hipotética emenda constitucional, aprovada nos termos do art. 60 da Constituição, que adotasse o sistema parlamentar de governo, em substituição ao sistema presidencialista, sem, no entanto, submeter previamente esta proposta a novo plebiscito.

Esta emenda constitucional também não estaria transpondo os limites consagrados pela doutrina, pois não violaria limite temporal, nem circunstancial, nem material expresso ou implícito, ao menos não nos termos ali colocados. Ainda assim, não seria difícil defender a inconstitucionalidade desta emenda, seja por se entender que apenas o povo teria competência para rever suas próprias decisões, seja até mesmo por se entender que, uma vez feita a consulta prevista no ADCT, tanto a forma como o sistema de governo escolhidos passaram a integrar o rol de limites materiais ao poder de reforma.

O presente trabalho pretende, a partir da análise destas duas situações que sugerem que talvez a realidade não esteja se encaixando perfeitamente na teoria, questionar a suficiência dos limites ao poder de reforma constitucional apresentados – ou ao menos da forma como são apresentados – pela doutrina constitucionalista brasileira.

2. Análise crítica da doutrina brasileira

2.1 Os limites ao poder de reforma constitucional, segundo Nelson de Souza Sampaio

A doutrina constitucional brasileira, em geral, faz expressa referência, em suas considerações sobre os limites ao poder de reforma, à conhecida obra de NELSON DE SOUZA SAMPAIO. Embora publicada em 1954, a obra ainda exerce grande influência na abordagem doutrinária aos limites ao poder de reforma previstos na Constituição brasileira de 1988, o que justifica o início de uma abordagem doutrinária crítica a partir da análise da citada obra.

O autor inicia seu estudo sobre “limitações do poder reformador” (cap. IV) afirmando que os limites fixados pelo legislador constituinte para a reforma constitucional podem referir-se ao tempo, ao objeto ou ao processo, classificando assim as limitações do poder reformador em temporais, materiais e formais³.

O conceito de limitação temporal, segundo esta classificação, é abrangente, enquadrando assim (1) dispositivos que expressamente impedem qualquer alteração no texto constitucional durante certo tempo, ou seja, desde a entrada em vigor do texto constitucional até uma determinada data; (2) dispositivos que estabelecem realizações periódicas de revisão constitucional – não se enquadrando aqui as constituições que, ao lado das revisões periódicas, permitem também alterações constitu-

³ *Op. cit.*, p. 79.

cionais, a partir de um processo mais rigoroso, a qualquer tempo, desde que o façam expressamente; (3) dispositivos que impedem a realização de mudança no texto constitucional durante momentos de exceção institucional, como a vigência do estado de sítio por exemplo, visando assim assegurar que “as deliberações sobre uma reforma constitucional sejam tomadas num ambiente de liberdade, que evite as imposições da força ou de interesses unilaterais”.⁴

Como se pode verificar, embora estas três situações estejam enquadradas no conceito de limitação temporal conforme definido por NELSON DE SOUZA SAMPAIO, parece possível identificar duas razões bastante distintas a justificar o estabelecimento da limitação temporal nos dois primeiros casos, de um lado, e de outro, na terceira situação. De fato, tanto o estabelecimento de um prazo contado da entrada em vigor da Constituição em que o texto não pode sofrer alterações, quanto a vedação de modificação constitucional no interregno de reformas constitucionais, em caso de revisões periódicas, têm o inequívoco intuito de assegurar um prazo que se julgue razoável para a consolidação das instituições e do projeto político do texto constitucional – tal como estabelecido pelo poder constituinte originário, no primeiro caso, ou tal como reformado pelo poder constituinte derivado, no segundo.

Já a terceira hipótese de limitação temporal não tem por objetivo a consolidação de nenhum dispositivo constitucional, mas apenas visa assegurar que o processo transcorra em condições institucionais regulares; tutela antes o processo de reforma do que propriamente o projeto político-constitucional.

De todo modo, prossegue o autor:

Em nosso modo de ver, todas essas limitações temporais da revisão constitucional, sejam permanentes ou transitórias, não podem ser afastadas através de reforma da constituição, porque, do contrário, teríamos conferido ao poder reformador a faculdade de libertar-se das condições de tempo do seu exercício, impostas pelo legislador constituinte.⁵

Aqui, o Autor simplesmente constata que as normas que estabelecem as limitações temporais são elas próprias limitações ao poder reformador, o que, como se verá, é válido também para limitações de

⁴ *Op. cit.*, p. 82.

⁵ *Idem.*

qualquer outra espécie. Este reconhecimento, no entanto, deixará de ser óbvio quando se indaga que “espécie” de limitação as normas que estabelecem limites representam. Ou seja, admite-se sem maiores discussões que os limites impostos ao poder de reforma não podem eles próprios serem “suprimidos”, mas não parece tão certo afirmar que (ao menos os limites temporais) não podem ser “alterados”. Segundo NELSON SAMPAIO:

nenhuma reforma da Constituição do Império brasileiro poderia alterar para menos ou revogar o prazo de quatro anos, a contar do seu juramento, para admissibilidade da revisão constitucional. Proibições dessa ordem estabelecem um período de fixidez constitucional, que não pode ser abolido ou encurtado pelo poder reformador, da mesma sorte que não se pode adiar o início da rigidez da constituição, por ela previsto, prorrogando a competência do legislativo ordinário para realizar reformas constitucionais (...). O inverso, entretanto, nada tem de inadmissível. O poder reformador poderá prever ou estender o prazo de irreformabilidade da constituição, pois, em tal hipótese, estaria ele próprio criando ou tornando mais rigorosas as condições de tempo para o seu exercício.⁶

E, a seguir, acrescenta:

O mesmo devemos dizer, em boa doutrina, quando a constituição prevê a periodicidade das revisões. Os períodos fixados pela constituição não podem ser abreviados nem supressos por meio de reforma.⁷

Embora o Autor não colacione manifestações em sentido contrário e nem desenvolva mais a questão, vale observar que estas considerações não traduzem nenhuma obviedade ou consenso a respeito do assunto, cabendo aqui colocar ao menos duas alternativas a esta doutrina: 1) a de que o poder reformador pode alterar o intervalo entre as revisões constitucionais, para mais ou para menos, acompanhando assim as necessidades políticas, sociais e/ou econômicas da sociedade; e 2) a de que o prazo estabelecido pelo poder constituinte originário, seja para uma única revisão seja para revisões sucessivas, não pode ser alterado em hi-

⁶ *Op. cit.*, pp. 82-83.

⁷ *Op. cit.*, p. 83.

pótese alguma a fim de se respeitar a vontade deste e evitar casuísmos de qualquer ordem. Estas questões, como se verá adiante, revelam-se bastante atuais e estão longe de alcançar um consenso, sobretudo por enquadrarem-se na conhecida tensão entre constitucionalismo e democracia.

Quanto às chamadas limitações materiais, o Autor observa que, não houvesse um núcleo intangível do texto constitucional, haveria a possibilidade, em tese, da alteração de toda a Constituição, em bloco ou de forma parcelada, pelo poder reformador, que, pela sua própria natureza, deveria apenas “reformular” e não “substituir” a Constituição do Estado. Assim, o Autor aponta para alguns exemplos que revelam a preocupação do legislador constituinte em relação à possibilidade de modificação total de uma Constituição, ainda que por meio de várias emendas:

a Constituição grega não nos permite nenhuma dúvida: as reformas são parceladas e parciais, no sentido de que algo existe que não pode ser atingido por elas. Seu art. 108, depois de proclamar peremptoriamente que ‘a revisão total da Carta é proibida’, acrescenta: ‘dez anos após a entrada em vigor da presente disposição, será permitido rever os dispositivos não fundamentais da Carta, etc.’ Esse preceito é, aliás, a reprodução, em termos mais categóricos, do que já vinha na Constituição da Noruega, cujo art. 112 determina que as reformas ‘somente deverão recair sobre disposições particulares e não poderão transformar o espírito da Constituição’.⁸

Interessante observar que tais dispositivos não definem com clareza as matérias imodificáveis, mas são claros ao afirmar que a Constituição não pode ser toda ela modificada. Por outra, não dizem ao certo o que não pode ser suprimido ou alterado, mas deixam claro que nem tudo pode sê-lo, reafirmando na prática o que já se consolidara na teoria: as diferenças significativas entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, entre criador e criatura.

A seguir, o Autor enumera algumas constituições, sobretudo – e não por coincidência – no período pós-segunda guerra mundial, que mencionam expressamente os pontos inalteráveis pelo poder reformador, dentre as quais a Constituição da Alemanha Ocidental (Lei Fundamental de Bonn), “que não consente que se alterem ‘a divisão da

⁸ *Op. cit.*, pp. 85-86.

Federação em Estados-membros (Laender), o princípio da participação destes na legislação e os princípios estabelecidos nos arts. 1º e 20⁷ (art. 79, nº 3). O primeiro dos artigos aludidos refere-se aos direitos fundamentais, e o outro (art. 20) aos princípios do Estado de Direito e do governo popular.”⁹

Assim como fez em relação aos limites temporais, aqui o Autor também não trata dos limites materiais de forma absoluta, admitindo a possibilidade de que o poder reformador, neste caso, altere a forma, desde que não ataque o “sentido” das normas intangíveis. Em suas palavras, “o reformador está cerceado pelo conteúdo dessas proibições, e não pela forma em que estão vasadas”¹⁰.

NELSON SAMPAIO também lembra que os dispositivos que encerram limites materiais não podem ser objeto de uma reforma constitucional. De fato,

se isso não estivesse sempre subentendido, todas essas proibições antepostas ao poder reformador seriam vãs, porque ele as poderia ladear sempre, embora fazendo um caminho mais longo. Bastaria agir em duas etapas para afastar qualquer obstáculo à sua atuação. Na primeira fase, suprimiria o dispositivo que veda determinada reforma, e, na segunda fase, realizaria esta mesma reforma, primitivamente inadmissível¹¹.

Ao lado das limitações materiais explícitas, NELSON SAMPAIO identifica limites implícitos, admitindo, no entanto, divergência dou-

⁹ *Op. cit.*, p. 87. É interessante registrar que esta Constituição citada por NELSON SAMPAIO inaugura uma nova fase, por assim dizer, em relação às limitações materiais, que até então restringiam-se a questões relativas à estrutura do Estado, pois, como observa OSCAR VILHENA: “Tradicionalmente diversas constituições estabeleciam a intangibilidade de certos aspectos estruturantes do sistema político, como a forma republicana ou federativa. Na própria história constitucional brasileira, a partir da proclamação da República, encontraremos esse tipo de vedação constitucional expressa, impedindo a alteração das formas republicana e federativa. Essas ‘cláusulas pétreas’ tinham caráter estático, voltado a impedir a supressão da estrutura básica pelo qual o poder devia ser exercido. As atuais limitações materiais ao poder de emenda têm um caráter mais dinâmico e são passíveis de defesa por intermédio do Judiciário. Além da proteção da estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição. A partir da Lei Fundamental de Bonn, não protegem apenas a integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de direito e a democracia.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 24)

¹⁰ *Op. cit.*, p. 90.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 90-91.

trinária nesse sentido. Reconhece também que, mesmo entre aqueles que defendem limites naturais ao poder de reforma, não há acordo na discriminação desses limites. Isso nada obstante, o Autor entende que os “*espíritos lógicos*” haverão de concordar que quatro categorias de normas constitucionais estão fora do alcance do poder revisor: 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 constitucional¹².

O Autor fundamenta a primeira limitação implícita alegando, em princípio, o caráter supra-estatal dos direitos fundamentais, que seria obrigatório até mesmo para o poder constituinte originário. No entanto, vale-se também do pensamento de Carl Schmitt, que, a partir da conhecida diferenciação que estabelece entre constituição e leis constitucionais, reconhece esta categoria de direitos como parte essencial da Constituição de um Estado liberal de Direito, razão pela qual não poderiam ser suprimidos sem a conseqüente descaracterização da Constituição¹³.

No que tange às normas relativas aos titulares do poder constituinte e do poder reformador, o autor afirma que uma revisão não pode mudar o titular do poder constituinte, pela razão já conhecida de que o reformador não pode dispor do que não lhe pertence, e não pode renunciar à sua competência a favor de nenhum outro órgão, nem delegar as suas atribuições, pois estas lhe foram conferidas para que ele próprio as exercite. Nesse sentido, o autor afirma que “num sistema de constituição rígida, o poder revisor não pode subir até o poder constituinte, de onde ele deriva com a constituição, para, a pretexto de reformá-la, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta da criatura contra o criador”¹⁴. A questão que se coloca então é identificar que bases constitucionais são estas que, definidas pelo poder constituinte, estão fora do alcance do poder reformador. Não há dúvida de que as normas que estabelecem a titularidade destes dois poderes, bem como o processo de reforma, como se verá, integram estas bases. No entanto, o consenso doutrinário termina exatamente aí. A este respeito, o Autor se posiciona defendendo que outros aspectos da forma política só podem ser considerados intangíveis ao poder de reforma se este caráter estiver previsto expressamente. Em suas palavras:

¹² *Op. cit.*, p. 93.

¹³ *Op. cit.*, p. 94.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 96.

A permanência do titular do poder constituinte e do poder reformador (...) parece-nos os pontos naturalmente irreformáveis entre os que dizem respeito à organização política. Eles estão fora do alcance de qualquer reforma constitucional, ainda que não haja proibição expressa nesse sentido. O mesmo não sucede com os demais aspectos da forma política, os quais necessitam, ao nosso ver, de vedação explícita para que não possam ser atingidos por via de reforma constitucional.

Assim, a inalterabilidade da forma republicana e federativa somente pode ser sustentada quando conste expressamente no texto constitucional, como sucede no caso brasileiro.¹⁵

NELSON SAMPAIO, no entanto, reconhece que há divergência doutrinária a este respeito, e afirma que

São muitos, porém, os autores que pensam de modo diverso, considerando que nenhuma federação pode ser abolida por meio de reforma constitucional. Foi essa tese, aliás, que abriu caminho, nos Estados Unidos, à doutrina dos limites implícitos do poder de revisão constitucional. (...)

Schmitt é da mesma opinião, pois sustenta que as características republicanas e federativas fazem parte das ‘decisões políticas fundamentais’ e, conseqüentemente, ‘são assuntos próprios do poder constituinte do povo alemão e não pertencem à competência das instâncias autorizadas a reformar e rever as leis constitucionais’. Alterá-las seria, ao seu ver, suprimir e, não, reformar a constituição. (...)

Pensamos, porém, que tanto a federação como a república são aspectos secundários da estrutura política em relação ao problema do titular do poder constituinte ou reformador, para que gozem do pressuposto de que são irreformáveis.¹⁶

Como se pode verificar, toda a questão está centrada em se definir que bases constitucionais seriam estas que estão fora do alcance do poder de reforma ou, colocado em termos *schmittianos*, o que parece mais apropriado, quais as decisões políticas fundamentais que, uma vez alteradas, descaracterizam a própria Constituição. Mais precisamente: que decisões políticas merecem o qualificativo de “fundamentais”, já

¹⁵ *Op. cit.*, p. 97.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 97-98.

que toda Constituição é uma decisão política do poder constituinte? Colocada desta forma, devemos admitir que a questão não é simples. A teoria de Carl Schmitt tem um fundamento coerente com a doutrina do poder constituinte, e, portanto, convincente. Por outro lado, se fosse fora de discussão que questões como forma de Estado e forma de governo constituem “decisões políticas fundamentais” e que, portanto, não podem ser modificadas pelo poder reformador, seriam redundantes e assim desnecessárias as normas constitucionais que estabelecem expressamente esta vedação – e que são muitas, tanto nas constituições brasileiras ao longo do período republicano, como nas de outros países. Poder-se-ia também afirmar que a Constituição brasileira de 1988 permitiu expressamente a alteração tanto da forma como do sistema de governo, o que revelaria que tais questões não são fundamentais. Em síntese, parece que estes assuntos traduzem aspectos importantes e mesmo caracterizadores de uma ordem constitucional. A questão a ser enfrentada refere-se à possibilidade de se colocar tais matérias contra a vontade de uma eventual maioria em um determinado momento, ou seja, mais uma vez a questão refere-se à tensão entre constitucionalismo e democracia. Assim, NELSON SAMPAIO posiciona-se afirmando que

Em tese, por mais partidários que sejamos da federação e da república, não vemos vantagem na multiplicação de proibições dessa ordem, em virtude das quais certas transformações, como a adoção da monarquia ou do unitarismo, encontram fechadas as portas da revisão constitucional. Uma constituição pode estabelecer processos mais difíceis para a alteração da simples forma de governo, como faz a cubana¹⁷.

De fato, a Constituição cubana de 1940 previa que tanto a “reforma integral” como a revisão da forma de governo e a emenda de determinados artigos, deveriam correr de acordo com processos mais complicados do que os prescritos para a reforma parcial. Assim, o poder constituinte parece ter resolvido a questão, não impedindo a alteração destes aspectos, mas conferindo-lhe ao mesmo tempo um *status* de acordo com a sua importância. Mesmo a Constituição brasileira de 1988 permitiu a alteração da forma de governo definida pela Assembléia Nacional Constituinte, mas subordinou esta possibilidade à manifestação direta da cidadania, através de plebiscito previamente convocado.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 99.

Por fim, NELSON SAMPAIO define como um quarto limite implícito ao poder constituinte derivado o próprio processo de reforma constitucional. No entanto, entende o Autor que seria possível alterar o processo de reforma se a alteração tornasse mais rigorosas as exigências para a aprovação de emendas ao texto constitucional. Não é difícil concordar com a primeira parte desta opinião. De fato, salvo quando a Constituição expressamente o autorize, não cabe ao poder reformador, enquanto órgão instituído, alterar o processo a partir do qual o trabalho do poder constituinte poderá ser modificado. Entretanto, esta assertiva parece valer tanto para uma modificação que simplifique o processo como para uma que o torne ainda mais complexo. O respeito à vontade do legislador constituinte seria violado em qualquer hipótese. Ademais, esta permissão poderia gerar casuísmos como o de tornar mais complexo o processo de reforma após a aprovação de uma determinada mudança. Imagine-se, por exemplo, que o Congresso Nacional aprovasse uma emenda, segundo os trâmites constitucionais, e em seguida aprovasse outra emenda tornando mais difícil o processo de reforma constitucional. Esta mudança seguramente não teria o intuito de tornar mais rígido um projeto político, mas apenas o de reforçar (casuisticamente) uma alteração constitucional específica.

Estas são, em linhas gerais, as limitações ao poder de reforma constitucional, segundo apontado por NELSON DE SOUZA SAMPAIO, que, embora pensadas à luz da Constituição de 1946, grande influência ainda exercem sobre a doutrina brasileira contemporânea. Esta é, portanto, a base em que se assenta a doutrina sobre os limites ao poder de reforma na Constituição de 1988. Todavia, antes de passar à análise da adequação da doutrina contemporânea aos limites tal como previstos no texto de 1988, cabe assinalar o que talvez seja uma incongruência no próprio pensamento NELSON SAMPAIO. É que em determinado momento, o Autor manifesta opinião em favor da impossibilidade de, à luz da Constituição de 1946, extinguir-se Estados-membros mediante reforma constitucional, o que, se por um lado parece acertado, por outro não está de acordo com nenhum dos limites traçados pelo próprio Autor. De fato, este afirma que

É nossa opinião (...) que não podemos extinguir Estados-membros mediante reforma constitucional. No sistema brasileiro vigente, o único processo legítimo para esse fim é o prescrito no art. 2º da Constituição, relativo à anexação ou desmembramento dos Esta-

dos-membros, uma vez que tais atos exigem sempre o plebiscito das populações interessadas e voto dos respectivos Estados através de suas assembleias legislativas. É claro que a vontade do Estado a ser desmembrado ou anexado, além de ser insuficientemente expressa por meio de reforma constitucional, pode não se verificar de todo, quando esta se efetue contra o voto de sua representação no Congresso Nacional (ou, de modo, mais preciso, no Senado, que é a Câmara dos Estados). Temos, assim, a hipótese curiosa em que uma lei pode mais do que uma reforma constitucional.¹⁸

O fato de que “tais atos exigem sempre o plebiscito das populações interessadas e voto dos respectivos Estados através de suas assembleias legislativas” não se enquadra em nenhuma das limitações expostas pelo autor em sua obra. Isso nada obstante, parece que tem razão em não admitir a extinção de Estados por meio de reforma constitucional – e igualmente teria razão se o afirmasse à luz da Constituição de 1988 – o que não significa necessariamente que o processo de criação e extinção de Estados encerre em si uma cláusula pétrea. Imaginemos, por exemplo, que o texto original da Constituição dispusesse que a criação e extinção de Estados ocorreria segundo o processo legislativo ordinário e que uma emenda alterasse tal dispositivo, determinando que as populações diretamente interessadas deveriam ser sempre ouvidas, por meio de plebiscito. Neste caso, não só a inconstitucionalidade não parece tão certa, como ainda se poderia indagar acerca da constitucionalidade de nova emenda restabelecendo a redação original. Tais questões provocativas terão, no entanto, que aguardar outra oportunidade por fugirem ao escopo do presente trabalho.

2.2 Os limites ao poder de reforma na Constituição de 1988, segundo a doutrina

Iniciaremos a análise da doutrina constitucional brasileira a partir do estudo de uma das maiores referências neste campo, o *Curso de Direito Constitucional Positivo*, de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Segundo o autor, o poder de reforma constitucional é inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir. “Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma”, assinala o autor, “configura

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 101-102.

limitações formais, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição¹⁹. E prossegue:

A doutrina costuma distribuir as limitações do poder de reforma em três grupos: as temporais, as circunstanciais e as materiais (explícitas e implícitas).

As limitações temporais não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, visto que previra que tão-só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada (art. 174). A Constituição de Portugal declara que pode ser revista decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão (art. 284). É desnecessário lembrar que a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, não revelava limitação temporal, a qual, aliás, se esgotou com a mal feita revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional. Não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não há como revive-la legitimamente. Agora só existe o processo das emendas do art. 60.²⁰

Três pontos merecem ser ressaltados a respeito da manifestação acima transcrita. Em primeiro lugar, cabe observar que o autor conceitua limitação temporal como aquela que impede que ocorra reforma constitucional em determinado período de tempo, e não em função de momentos de exceção institucional. Assim, considera como limitação temporal o estabelecimento expresso de um período, a partir da entrada em vigor da Constituição, dentro do qual a Constituição não pode ser alterada, a fim de se consolidar o seu projeto político, ou o estabelecimento de revisões regulares, que impediria alterações em seus intervalos, visando assim assegurar as mudanças empreendidas pelo poder revisor. Não inclui, portanto, no conceito de limite temporal os períodos de exceção institucional, como o da vigência de estado de sítio. Em segundo lugar, cumpre frisar que o autor afirma categoricamente que na história constitucional brasileira apenas há registro de limitação temporal na Cons-

¹⁹ *Op. cit.*, p. 65.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 65-66.

tuição do Império. *Contrario sensu*, pode-se deduzir que, segundo o autor, não há limitação temporal no texto de 1988. Por fim, merece destaque a afirmação de que a revisão de 1993 não representa uma limitação temporal, no que parece estar certo, não porque de fato houve emendas anteriores à revisão, mas por conta do que efetivamente deu causa ao disposto no art. 3º do ADCT: um clima de desconfiança em relação a uma eventual *ingovernabilidade* que a Constituição representaria, provocado por forças conservadoras durante o processo constituinte. Nesse sentido, o prazo de cinco anos não representava um período para consolidação de um projeto, mas apenas assegurava que, após aquele transcurso de tempo, a Constituição poderia ser modificada por um processo mais simples.

A respeito das limitações circunstanciais, o autor observa que

Desde a Constituição de 1934, tornou-se prática corrente estatuir um tipo de limitação circunstancial ao poder de reforma, qual seja a de que não se procederá à reforma da Constituição na vigência de estado de sítio. A Constituição vigente mudou um pouco nesse particular. Veda emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Introduziu a vedação referente à intervenção federal nos Estados, que não era prevista antes (art. 60, §1º).²¹

Nota-se aqui que o autor denomina “circunstancial” o que NELSON DE SOUZA SAMPAIO incluía no rol de limites temporais. JOSÉ AFONSO DA SILVA também recorda que a Constituição de 1988 inovou ao inserir a intervenção federal como uma situação durante a qual fica vedada a reforma constitucional, no que talvez não tenha sido muito feliz. Duas razões apontam para esta conclusão: primeiramente, a intervenção federal, muito embora seja em regra uma discricionariedade do chefe do Poder Executivo, em muitos casos não tem sido decretada apenas em função de interesse deste na aprovação de propostas de emenda constitucional de sua autoria. Este argumento pode não ser decisivo ou mesmo convincente, eis que também poderia valer para a decretação de estado de sítio ou de defesa. O argumento que de fato pesa contra a inclusão da intervenção federal como um assim denominado limite circunstancial ao poder de reforma é que tal medida, adotada nos termos cautelosos previstos pela Constituição

²¹ *Op. cit.*, p. 66.

de 1988, e limitada a um determinado Estado-membro da federação, não parece ser impedimento ao transcurso de uma proposta de emenda constitucional. Entende-se que deveria ser uma limitação circunstancial às propostas de emenda às constituições estaduais, prevista nos respectivos textos, quando estas unidades federativas estivessem sob intervenção do governo da União – e assim o foi durante o período da primeira República, onde diversos Estados estabeleceram que quando estivessem sob intervenção federal, não poderia ser aprovada nenhuma emenda à respectiva constituição. Mas trata-se aí de situação diversa. A questão intrigante e provocativa seria verificar a possibilidade de se suprimir, através de emenda, esta limitação circunstancial, o que, salvo melhor juízo, seria inconstitucional segundo parecer de NELSON DE SOUZA SAMPAIO.

No que tange às limitações materiais, JOSÉ AFONSO DA SILVA recorda que a doutrina distingue entre limitações materiais explícitas e limitações materiais implícitas. Segundo o autor,

Quanto às primeiras, compreende-se facilmente que o constituinte originário poderá, expressamente, excluir determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de reforma. As constituições brasileiras republicanas sempre contiveram um núcleo imodificável, preservando a Federação e a República. A atual Constituição já não veda emenda tendente a abolir a República, embora inscreva a forma republicana como um princípio constitucional a ser assegurado e observado (art. 34, VII, a). Isso quer dizer, por um lado, que certos elementos do conceito de República, como a periodicidade de mandato, devem ser assegurados e observados, mas, por outro lado, fica também reconhecido o direito de formação de partido monarquista que atue no sentido de instaurar a Monarquia, mediante emenda à Constituição. Enquanto houver República, seus princípios devem ser assegurados, mas resta a possibilidade de sua abolição na via de emenda constitucional, que agora poderá ser objeto de deliberação, ao contrário do que dispunham constituições anteriores.²²

Interessante observar que, embora não aprofunde a questão, o autor assinala para a possibilidade de se alterar a forma de governo, mesmo depois de ocorrido o plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT²³. Ou

²² Idem.

²³ *Op. cit.*, pp. 66-67.

seja, ao que parece, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a forma de governo definida pelo povo por meio de plebiscito não se tornou cláusula pétrea, podendo ser modificada. O autor, no entanto, não afirma se seria necessário um novo plebiscito ou se o Congresso Nacional poderia fazê-lo simplesmente conforme os trâmites previstos no art. 60 da Constituição Federal.

Quanto às limitações materiais implícitas, o autor faz referência expressa à obra de NELSON DE SOUZA SAMPAIO. Em suas palavras:

Quanto às limitações materiais implícitas ou inerentes, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram bem expostos por Nelson de Souza Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a conseqüência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. É caso, por exemplo, da Constituição portuguesa que arrolou como limites materiais de sua revisão enorme relação de matérias (art. 188). Assim, também, quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tornar essa postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita.²⁴

Parece um tanto quanto radical (e até perigosa) a afirmação de que a tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas tem como conseqüência o não reconhecimento da possibilidade de limitações materiais implícitas. O próprio exemplo trazido pelo autor revela o equívoco e o perigo embutidos em tal assertiva. É que a Constituição de 1988, justamente porque não assegurou expressamente os direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, mas sim os direitos e garantias individuais, deixou dúvidas na doutrina quanto à inclusão dos chamados direitos sociais no núcleo imodificável da Constituição. Ademais, seguindo rigorosamente o que sugere este entendimento manifestado pelo autor, o poder reformador poderia alterar, por exemplo, as finalidades do Estado brasileiro (art. 3º), que, embora figurem como princípios fundamentais da Constituição brasileira, não integram o rol de limites materiais expressos previstos no texto constitucional.

Em seguida, o autor afirma:

²⁴ *Op. cit.*, pp. 67-68.

Todavia, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Souza Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as três seguintes ainda nos parece que o estão, por razões lógicas, como sejam: se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

- (1) ‘as concernentes ao titular do poder constituinte’, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;
- (2) ‘as referentes ao titular do poder reformador’, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;
- (3) ‘as relativas ao processo da própria emenda’, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo.²⁵

É importante registrar que o autor não apenas repete algumas categorias enunciadas por NELSON DE SOUZA SAMPAIO, como espousa suas idiosincrasias no que tange à possibilidade de modificação do processo de reforma constitucional a fim de torná-lo mais complexo.

Já MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu *Curso de Direito Constitucional*, não dedica muito espaço à análise dos limites ao poder de reforma, limitando-se a identificar três espécies de restrições ao poder de emenda – temporais, circunstanciais e materiais – e a afirmar que:

A Constituição brasileira em vigor fixa limitações materiais e circunstanciais, além de prever uma revisão decorridos cinco anos de sua vigência (1993), ou seja, limitações circunstanciais – proibição de emendar a Constituição durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, §1º); limitações materiais – proibição de sequer deliberar sobre propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º).²⁶

²⁵ *Op. cit.*, p. 68.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

O autor não tece nenhum comentário sobre os limites materiais implícitos invocados por NELSON DE SOUZA SAMPAIO, deixando dúvidas quanto à sua opinião sobre o tema.

CELSO RIBEIRO BASTOS, em seu *Curso de Direito Constitucional*, identifica como espécies de limites ao poder de reforma na Constituição de 1988:

Limite substancial – as Emendas não podem versar sobre pontos tendentes a abolir a Federação, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Limite formal – quanto à iniciativa: se a proposta for apresentada por parlamentar, deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara ou um terço dos membros do Senado (art. 60, I). Se por Assembléias Legislativas, deverá ter apoio de mais da metade das unidades da Federação, expressa por maioria relativa de seus membros; quanto à deliberação: a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, e será aprovada se obtiver, em ambas as votações, três quintos dos votos dos membros da Câmara e três quintos dos votos dos membros do Senado (art. 60, §2º).

Limite temporal – a Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de defesa e intervenção federal (art. 60, §1º). Se houver alguma proposta de emenda já em tramitação, o seu andamento ficará suspenso, em qualquer fase em que se encontre, até que o País volte à normalidade.²⁷

Três questões merecem aqui ser destacadas. Primeiramente, o autor, assim como MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, limita-se a tratar das limitações materiais expressas – a qual chama de limitações substanciais – não fazendo qualquer referência às limitações implícitas.

Em segundo lugar, o autor acrescenta como um limite ao poder de reforma todo o processo legislativo para aprovação de emendas, incluindo a iniciativa. Não é fácil aceitar esta inclusão. Guardadas as devidas proporções, seria como afirmar que o processo legislativo ordinário é um limite formal à aprovação de leis ordinárias. Ademais, os qualificativos “simples” e “complexo” que definem os processos legislativos são conceitos relativos e não absolutos. Nesse sentido, o processo de reforma constitucional previsto no texto de 1988 não é um processo

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 326.

complexo, e sim um processo “mais complexo” do que, por exemplo, o previsto para a aprovação de leis ordinárias e/ou complementares – mas não um processo complexo em si. Assim, parece discutível a inclusão das fases do processo legislativo de aprovação de emendas constitucionais como um limite ao poder de reforma, pois estaria necessariamente partindo de uma perspectiva de comparação com o processo legislativo ordinário, o que seria descabido.

Por fim, cabe registrar que o autor utiliza a nomenclatura limite temporal para fazer referência à impossibilidade de mudança no texto constitucional durante a vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa.

ALEXANDRE DE MORAES inicia sua exposição acerca dos limites ao poder de reforma frisando a importância de não se permitir que a mudança “na” Constituição se converta em mudança “da” Constituição. Assim, observa:

A alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da constituição. A revisão serve, pois, para alterar a constituição mas não para mudá-la, uma vez que não será uma reforma constitucional o meio propício para fazer revoluções constitucionais. A substituição de uma constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e esta não pode ter lugar, naturalmente, sem uma ruptura constitucional, pois é certo que a possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário.²⁸

A seguir, classifica as limitações ao poder de reforma previstas na Constituição de 1988 em duas espécies, a saber: limitações expressas e implícitas, sendo que as expressas se subdividiriam em três subespécies: circunstanciais, materiais e formais; “enquanto os limites implícitos do poder de reforma, que”, observa o autor, “são os que derivam, no dizer de Nelson de Souza Sampaio, dos limites expressos, dividem-se em dois grupos: as normas sobre o titular do poder constituinte reformador e as disposições relativas à eventual supressão das limitações expressas”²⁹.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 588.

²⁹ *Op. cit.*, p. 589.

Interessante observar que, embora faça referência expressa a NELSON DE SOUZA SAMPAIO, sua classificação em muito se afasta em relação à deste professor, inclusive no que tange aos limites implícitos.

Em relação aos limites expressos materiais, o autor manifesta opinião no sentido de que:

a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.³⁰

Nesse sentido, cita famoso julgado do Supremo Tribunal Federal, onde aquela Corte reconheceu como uma garantia individual, protegida como cláusula pétrea, o princípio da anterioridade tributária, assegurado não no art. 5º, mas no art. 150, III, “b” da Constituição Federal.

Em seguida, o autor registra que, no referido julgamento, o Ministro MARCO AURÉLIO havia afirmado a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, §4º, da Constituição Federal, e já o Ministro CARLOS VELLOSO havia se referido aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis. Ambas as manifestações, cada uma a seu modo e com seu respectivo alcance, ampliam a abrangência da proteção conferida aos direitos e garantias previstos no art. 60, §4º. O autor, no entanto, não afirma expressamente se está de acordo com esta ampliação, nem, em caso afirmativo, a partir de qual perspectiva, limitando-se a dizer que é importante ressaltar tais manifestações³¹.

Quanto às limitações circunstanciais, após identificá-las no art. 60, §1º da Constituição, faz questão de frisar que não se confundem com as limitações temporais, em suas palavras, “não consagradas por nossa Constituição Federal e consistentes na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais”³².

³⁰ *Op. cit.*, p. 590.

³¹ *Idem.*

³² *Op. cit.*, p. 591.

No que tange às chamadas limitações procedimentais, o Autor enumera todo o processo para aprovação de emendas constitucionais, a partir de uma análise comparativa com o processo legislativo ordinário. Em textual, afirma que as limitações procedimentais ou formais:

referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal. Dessa forma, partindo do estudo anterior do procedimento de feitura de uma lei ordinária, vemos quais as diferenças na elaboração e aprovação de uma emenda à constituição³³.

Interessante observar que, procedendo desta forma, o autor admite, ainda que não expressamente, que a inclusão das peculiaridades que envolvem o processo para aprovação de emendas constitucionais como uma limitação do poder de reforma só pode ser aceita a partir de uma análise comparativa. Cumpre insistir, no entanto, que tal fato só revela a dificuldade de se incluir tais questões como limites, posto que as limitações devem ser consideradas por si, e não em comparação com o processo legislativo ordinário.

O autor inclui ainda como uma limitação procedimental (ou formal) a vedação, constante no §5º do art. 60 da Constituição Federal, que expressamente impede que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Por fim, em relação às limitações implícitas, informa que:

a existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que, entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do titular do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.³⁴

³³ Idem.

³⁴ *Op. cit.*, p. 593.

Mais uma vez, embora faça referência expressa a NELSON DE SOUZA SAMPAIO, o autor não segue rigorosamente a doutrina daquele professor, que enumera ainda como limites implícitos as normas referentes à titularidade do poder constituinte originário – as quais ALEXANDRE DE MORAES não menciona.

PAULO BONAVIDES, em seu estudo sobre as limitações ao poder de reforma, afirma que estas podem ser explícitas ou implícitas, sendo que as primeiras podem ser temporais, circunstanciais e materiais. O autor identifica, em sua exposição, as limitações circunstanciais (art. 60, §1º) e as limitações materiais (“todo o §4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma”) presentes no texto constitucional de 1988, não apontando ali nenhum exemplo de limitação temporal.³⁵

Em seguida, o Autor enumera as limitações tácitas, “decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição”, e que basicamente se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário³⁶. A extensão da reforma, salvo melhor juízo, não é propriamente um limite ao poder de reforma, mas uma simples consequência da existência destes limites. Ou seja, a razão pela qual não pode haver uma revisão total da Constituição é justamente o fato de haver limites ao poder de reforma, até porque, como o próprio professor BONAVIDES admite, a revisão total poderia ocorrer por meio de reformas parciais, que só se tornariam inconstitucionais quando e se violassem algum limite ao poder de reforma. Em suas próprias palavras:

Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional³⁷.

Quanto ao processo de reforma, o autor afirma que a maior parte dos publicistas nega a possibilidade de mudança no sistema de revisão,

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 177.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 178-184.

³⁷ *Op. cit.*, p. 179.

com o que manifesta sua concordância, sem, no entanto, mencionar a possibilidade de mudança no referido processo a fim de torná-lo mais complexo, questão na qual não adentra e nem mesmo cita.

Importante registrar que, após discorrer sobre os limites ao poder de reforma na Constituição de 1988, PAULO BONAVIDES reconhece que:

o poder de emenda não se acha tolo apenas por esses limites que acabamos de enunciar. Há outros não menos importantes e de igual eficácia que decorrem da natureza das instituições e são invioláveis; feri-los importaria suprimir a razão de ser da ordem constitucional e quebrantar o espírito da nossa forma de Estado de Direito abraçado à ideologia das liberdades democráticas.

Esses valores, providos também de supernormatividade formal e petrificados com a cláusula de intangibilidade do art. 60, §4º, facilmente se inferem de outros lugares da Constituição ou neles se acham já formulados, quais, por exemplo, o pluripartidarismo e a soberania nacional.³⁸

De certo modo, ao afirmar que as limitações apresentadas até então não são exaustivas, acaba por reconhecer aquilo que constitui a hipótese do presente trabalho. Até porque, o Autor apresenta exemplos – pluripartidarismo e soberania nacional – sem enquadrá-los nas categorias de limites ao poder de reforma até então apresentadas, reconhecendo assim a limitação da própria classificação doutrinária.

Importante destacar também que PAULO BONAVIDES entende como inconstitucional a antecipação do plebiscito determinada pela EC 2/92, o que faz a partir de alegações consistentes, embora mais uma vez sem localizar mesmo na sua própria doutrina uma categoria específica de limitação do poder de reforma que teria sido violada. Em suas palavras:

Antes de concluirmos, faz-se mister, pelo relevo que tem assumido em todas as tribunas onde se debate a reforma constitucional, suscitar outra vez, mas em termos estritamente jurídicos, a questão da antecipação do plebiscito.

Seria, ao nosso ver, equivalente a desferir um golpe de Estado, visto que não tem outra qualificação perpetrar tamanha inconstitucionalidade.

³⁸ *Op. cit.*, p. 185.

A fixação da data 7 de setembro de 1993 foi ato do poder constituinte de primeiro grau no exercício de um poder formal juridicamente ilimitado. O estabelecimento do prazo não se fez por mero acaso ou capricho do legislador supremo, com indiferença aos seus efeitos. Na realidade o que ele quis foi dar ao povo uma oportunidade de cinco anos para ponderar, meditar, acompanhar e avaliar a possível eficácia do regime sob a Constituição presidencialista vigente, antes de sujeitá-la a uma revisão profunda de variação do sistema de governo.

Antecipar o plebiscito é portanto ocasionar gravíssima lesão ao texto magno, tanto do ponto de vista material como formal. Sem embargo da inconstitucionalidade que isso representa, o Congresso Nacional antecipou para 21 de abril de 1993 a realização desse plebiscito.³⁹

NAGIB SLAIBI FILHO classifica as limitações ao poder de reforma na Constituição de 1988 como “restrições temporais” e “restrições de conteúdo”. Quanto às primeiras, afirma o Autor que:

Não pode a Constituição ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, §1º), ampliando-se, assim, as limitações constantes da Carta de 1969, que impossibilitava emendas durante estado de sítio ou estado de emergência [40]. A restrição decorre da necessidade de assegurar a mais ampla liberdade ao parlamentar para manifestar a vontade na elaboração da emenda, já que a intervenção federal limita a autonomia de um Estado-membro e o estado de defesa ou o estado de sítio são exacerbações do exercício do poder de polícia, com restrição às liberdades constitucionais.⁴¹

³⁹ *Op. cit.*, p. 199.

⁴⁰ É importante, no entanto, observar que o estado de emergência não figurava como um limite circunstancial tanto no texto original da Constituição de 1967 (art. 50, §2º), como na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (art. 47, §2º) – ou Constituição de 1969, como prefere o autor. Foi apenas com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 11, de 1978, que a decretação de estado de emergência passou a ser um limite ao poder de reforma (art. 47, §2º). Assim, das medidas de exceção em vigor na ordem constitucional (arts. 155 a 159), a saber, “medidas de emergência” (art. 155), “estado de sítio” (arts. 156 e 157) e “estado de emergência” (arts. 158 e 159), apenas a decretação da primeira não impediria a aprovação de uma emenda constitucional. Vale recordar que, em 8 abril de 1984, a duas semanas da votação da proposta de emenda constitucional conhecida como Dante de Oliveira (que reestabeleceria as eleições diretas para o cargo de Presidente da República), o Governo federal havia editado o Decreto n. 89.566, determinando “medidas de emergência” na área do Distrito Federal, visando assim a pressionar o Congresso Nacional sem, contudo, impedir a votação da aludida proposta, o que efetivamente pôde ocorrer por não se tratar, nos termos daquela Constituição, de um limite ao poder de reforma.

⁴¹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 46.

Cumpra registrar que, segundo o autor, as intervenções decretadas nas hipóteses previstas nos arts. 34, VII e 36, I, II e IV, que o autor identifica como “intervenções decretadas pelo Poder Judiciário”⁴², não restringem a liberdade do Congresso Nacional para a elaboração de emendas constitucionais. Em que pese a crítica feita anteriormente à inclusão da intervenção federal como um limite ao poder de reforma (novidade trazida pela Constituição de 1988), não parece correta esta interpretação que afasta, em determinadas hipóteses, este impedimento circunstancial à aprovação de emendas. A exclusão da intervenção federal do rol de limites ao poder de reforma só poderia ocorrer, quando muito, através de emenda constitucional, o que ainda assim seria discutível, face ao que já foi exposto.

Quanto às restrições de conteúdo, o autor afirma que:

não será objeto de deliberação pelo Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional tendente a abolir as matérias consideradas “cláusulas pétreas” ou “cerne da Constituição”, ou, na terminologia europeia, as denominadas “cláusulas de perpetuidade” do poder constituinte originário, isto é, as decisões fundamentais deste sobre o modo de ser da organização social.⁴³

Muito embora o autor fale nas “decisões fundamentais” do poder constituinte originário sobre o modo de ser da organização social, o que oferece uma perspectiva mais ampla em relação aos limites ao poder de reforma, incluindo não apenas limitações materiais expressas, como também implícitas, albergando assim os princípios fundamentais de um texto constitucional, NAGIB SLAIBI menciona como “restrições de conteúdo” na Constituição de 1988 apenas as cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º e a vedação prevista no art. 60, §5º. Importa registrar que em momento algum o autor menciona ou sequer cogita da existência de limitações implícitas.

MICHEL TEMER localiza na Constituição de 1988 limitações procedimentais (relativas ao processo legislativo para aprovação de emendas), circunstanciais (art. 60, §1º) e materiais, subdivididas estas em explícitas e implícitas.

⁴² Cumpra observar que, rigorosamente, a intervenção federal é sempre decretada pelo Poder Executivo – nunca pelo Poder Judiciário.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 46-47.

No que tange às limitações materiais, após identificar as limitações explícitas no art. 60, §4.º, o autor passa a enumerar, por meio de uma redação que sugere um rol taxativo, as limitações implícitas previstas na Constituição de 1988. Em suas palavras:

São implícitas as vedações atinentes à supressão do próprio artigo que impõe expressamente aquelas proibições. Não teria sentido emenda que suprimisse o disposto no §4º do art. 60, da CF. Outra vedação implícita é a impeditiva de reforma constitucional que reduza as competências dos Estados federados. Assim, não é permitido ao exercente da competência reformadora localizar as competências residuais dos Estados e, por emenda aditiva, acrescentá-las às da União ou do Município, pois isto tende a abolir a Federação. É que, em dado instante, o Texto Constitucional, embora mantivesse intacta a sua letra, estaria substancialmente modificado na medida em que os Estados federados não tivessem nenhuma competência.

Também se veda, implicitamente, alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos, dado que a temporariedade daqueles é assento do princípio republicano.

Finalmente, é proibição implícita aquela que atina ao procedimento de criação da norma constitucional, em nível derivado. Isto porque o constituinte estabeleceu procedimento rígido para a reforma e em grau determinado. Não pode o órgão a quem se atribuiu a competência reformadora modificar o critério de rigidez estabelecido pelo legislador constituinte.⁴⁴

Alguns comentários fazem-se necessários ao que foi exposto. Primeiramente, a vedação à alteração das competências tal como foi colocada pelo autor deveria figurar como exemplo de limitação material explícita, pois o próprio autor afirma que isto “tende a abolir a federação”, fazendo uso de terminologia prevista justamente no art. 60, §4º. Em relação à temporariedade dos mandatos políticos, estes poderiam ser identificados como decorrentes do voto periódico previsto no art. 60, §4º, II, e, portanto, outro exemplo de limitação material expressa. Não significa que a afirmação do autor, de que se trata de uma decorrência do princípio republicano, esteja equivocada. Todavia, e aqui cabe outra

⁴⁴ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 38-39.

crítica, o autor não explica por que a República seria uma limitação implícita ao poder de reforma, pois, se for por ser um princípio fundamental, cabe recordar que não é o único, embora o autor, logo após esta manifestação, faça uso do vocábulo “finalmente”, para acrescentar como limite implícito o processo de reforma, sugerindo assim que o rol apresentado seria taxativo e não meramente exemplificativo.

O professor MANOEL JORGE E SILVA NETO identifica no texto constitucional brasileiro limitações processuais ou procedimentais (fazendo expressa referência, no primeiro caso, a CELSO RIBEIRO BASTOS e, no segundo, a MICHEL TEMER), circunstanciais (art. 60, §1º) e materiais (explícitas e implícitas), afirmando ainda que a Constituição de 1988 não adotou qualquer limitação temporal.

Em relação às limitações materiais explícitas, o autor, após enumerar as cláusulas pétreas dispostas no art. 60, §4º, observa o seguinte:

Importa assinalar não apenas ser vedada a mera e simples supressão de quaisquer das matérias previstas pelo §4º do art. 60, mas também o atingimento, ainda que pela via oblíqua, reflexa ou indireta, das garantias previstas no preceito constitucional, como, por exemplo, na retirada de competências da União para transferi-las aos Estados-membros, porque (mesmo na prossecução da idéia descentralizadora a marcar indelevelmente o modelo federativo, em tese) estaríamos admitindo a mudança da Federação concebida com a repartição de competências originária e imperativamente ditada pelo poder constituinte fundador⁴⁵

Como se pode verificar, hipótese similar à apresentada por MICHEL TEMER como limitação implícita é repetida aqui como limitação explícita, o que parece mais acertado.

Quanto às limitações implícitas, após frisar que estas vêm perdendo, ao longo da evolução do direito constitucional contemporâneo, importância prática, uma vez que as constituições modernas tendem a alargar as limitações explícitas, citando, a título de ilustração, a Constituição portuguesa de 1976, o autor manifesta expressa adesão à doutrina de NELSON DE SOUZA SAMPAIO, identificando como limitações implícitas: a) as relativas ao titular do poder constituinte; b) as referentes ao titular do poder de reforma e, c) as alusivas ao processo da própria emenda. Todavia, indaga o autor:

⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, tomo I, p. 26.

Mas são apenas estas as vedações materiais implícitas? Parece-nos que não. Efetivamente, não é razoável acreditar que os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, incisos I a V), bem assim os seus objetivos primaciais (art. 3º incisos I a IV), possam vir a ser modificados pelo constituinte derivado, já que, idealmente, o constituinte originário determinou a persecução e concreção de tais finalidades como a razão ontológica da unidade estatal brasileira, necessário, portanto, o recurso à interpretação sistemática do texto constitucional para avistar o seu conteúdo imodificável não incluído nas cláusulas expressas de intocabilidade.⁴⁶

Embora o autor avance em relação à doutrina consolidada, que, em geral, não inclui os fundamentos nem os objetivos do Estado brasileiro como limites ao poder de reforma, cabe indagar por que o autor destacou apenas estes dois dispositivos constitucionais – arts. 1º e 3º – e não todo o Título I que trata dos Princípios Fundamentais. É que, pelas mesmas razões apontadas pelo autor para que não sejam alterados os fundamentos ou os objetivos do Estado brasileiro, poder-se-ia defender a imutabilidade dos princípios que regem as relações do Estado brasileiro na ordem internacional (art. 4º), por exemplo.

Em seguida, o autor passa à reflexão acerca da possibilidade de mudança constitucional em relação à forma e ao sistema de governo definidos no plebiscito realizado em 21.04.1993, defendendo que as mudanças, “uma vez recusadas pelo povo brasileiro, podem ser tentadas novamente pelo legislador constituinte de competência derivada”⁴⁷. Segundo o autor:

contra a alteração poderia ser argumentado que a repulsa quanto às mudanças promover a vedação material ao reexame do tema pelo Congresso Nacional em função reformadora, porquanto o único momento apropriado para o debate e eventual transformação do sistema e forma de governo se esgotara com a revisão constitucional. A par disso, poderia ser levantado o óbice referente ao art. 60, §4º, III, a impedir seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes, porque a transferência da chefia de governo para o primeiro-ministro induziria a transgressão indireta da cláusula intocável.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 28.

Quanto à primeira argumentação, não parece correto concluir-se daquela maneira, fundamentalmente porque a revisão constitucional materializa procedimento destinado a aumentar o nível de consensualidade em torno à constituição recém promulgada. O fato, per se, todavia, não deve se constituir em barreira insuperável à nova discussão sobre conservar-se a república e o presidencialismo, máxime quando fatores de ordem política, social ou mesmo econômica impuserem seja dotado o parlamentarismo e eventual retorno à monarquia. E, quanto ao segundo entendimento, esclarece-nos Michel Temer, ao ponderar: “O que o constituinte quer, no art. 60, é que o sistema seja sustentado por três funções distintas exercidas por órgãos distintos. A deslocação de uma das tarefas de um poder para o outro não significa a abolição desse poder. Não fosse assim, não poderíamos cogitar da reforma tributária porque uma de suas conseqüências é transferir competências ou recursos de uma para outra pessoa política: União, Estados e Municípios. E ‘Federação’ é, também cláusula dita ‘pétrea’.”⁴⁸

Como se pode verificar, o autor conclui pela constitucionalidade de uma emenda que alterasse a forma e/ou sistema de governo contestando dois argumentos que poderiam ser levantados de forma contrária, a saber: 1) que a única oportunidade para mudança se esgotou com o plebiscito de 1993; e 2) que o princípio da separação de poderes, enquanto cláusula pétrea, constituiria obstáculo a tais mudanças. Todavia, da superação destes argumentos não se conclui necessariamente pela constitucionalidade da referida emenda, uma vez que o argumento que parece constituir o principal obstáculo a uma emenda constitucional que tivesse este objeto não foi sequer levantado pelo autor, qual seja, a necessidade de nova consulta plebiscitária. O autor limita-se a afirmar que tais alterações *podem ser tentadas novamente pelo legislador constituinte de competência derivada*, mas não enfrenta a seguinte e problemática questão: se o legislador constituinte de competência derivada alterar a forma e/ou o sistema de governo sem nova consulta plebiscitária não estará desrespeitando a vontade popular manifestada em 1993? É o que se tentará responder adiante.

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 28-29.

2.3 Conclusões preliminares

Em breve síntese, são os seguintes os limites ao poder de reforma na Constituição de 1988 identificados pela doutrina:

- a) Art. 60, §1º – limites circunstanciais (JOSÉ AFONSO DA SILVA, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO BONAVIDES, MICHEL TEMER, MANOEL JORGE E SILVA NETO, RICARDO CUNHA CHIMENTI, LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO) ou limitações expressas circunstanciais (ALEXANDRE DE MORAES) ou limites temporais (CELSO RIBEIRO BASTOS) ou restrições temporais (NAGIB SLAIBI FILHO);
- b) Art. 60, §4º – limites materiais explícitos (JOSÉ AFONSO DA SILVA, MICHEL TEMER, MANOEL JORGE E SILVA NETO) ou limites materiais (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO BONAVIDES) ou limites substanciais (CELSO RIBEIRO BASTOS) ou limitações expressas materiais (ALEXANDRE DE MORAES) ou limitações explícitas materiais (LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO) ou restrições de conteúdo (NAGIB SLAIBI FILHO);
- c) o processo de reforma como uma espécie de limite – limites formais (CELSO RIBEIRO BASTOS) ou limitações procedimentais ou formais (ALEXANDRE DE MORAES) ou limitações procedimentais (MICHEL TEMER, RICARDO CUNHA CHIMENTI) ou limitações processuais ou procedimentais (MANOEL JORGE E SILVA NETO);
- d) a norma que estabelece o processo de reforma como norma inalterável – limitações materiais implícitas (JOSÉ AFONSO DA SILVA, MICHEL TEMER, MANOEL JORGE E SILVA NETO), limitação tácita (PAULO BONAVIDES) ou limitações implícitas (LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO);
- e) normas concernentes ao titular do poder constituinte – limitações materiais implícitas (JOSÉ AFONSO DA SILVA, MANOEL JORGE E SILVA NETO);
- f) normas referentes ao titular do poder reformador - limitações materiais implícitas (JOSÉ AFONSO DA SILVA, MANOEL JORGE E SILVA NETO) ou limitações implícitas (ALEXANDRE DE MORAES) ou limitação tácita (PAULO BONAVIDES);
- g) art. 60, §5º – limitação procedimental ou formal (ALEXANDRE DE MORAES) ou limitação temporal (RICARDO CUNHA CHIMENTI) ou limitação procedimental (LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO);

- h) pluripartidarismo e soberania nacional – PAULO BONAVIDES (sem classificação);
- i) antecipação do plebiscito – PAULO BONAVIDES (sem classificação);
- j) o próprio art. 60, §4º – limitações materiais implícitas (MICHEL TEMER, RICARDO CUNHA CHIMENTI) ou limitações implícitas (LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO);
- k) redução das competências dos Estados Federados – limitações materiais implícitas (MICHEL TEMER);
- l) temporariedade de mandatos/princípio republicano – limitações materiais implícitas (MICHEL TEMER);
- m) fundamentos e objetivos do Estado brasileiro (arts. 1º e 3º, CF) – limitações materiais implícitas (MANOEL JORGE E SILVA NETO) ou limitações implícitas (LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO).

A partir deste quadro, pode-se observar que, embora a doutrina adote as mais variadas denominações para discriminar as espécies de limites ao poder de reforma constitucional, há um consenso em torno de dois aspectos: não pode haver emenda tendente a abolir os tópicos previstos no §º 4 do art. 60 e não pode ser aprovada emenda durante a vigência de estado de defesa, estado de sítio ou intervenção federal, nos termos do §1º do art. 60. Estes, entretanto, são os únicos pontos em que há total e expressa convergência, o que não significa, todavia, que os autores diverjam em relação aos demais. É que muitas vezes os autores simplesmente não se manifestam sobre determinados pontos, o que poderia levar ao entendimento de que, *contrario sensu*, não identificam estes tópicos, sobre os quais silenciaram, como limites ao poder de reforma. Esta conclusão, todavia, parece arriscada, dada a matéria de que se trata. Compreende-se que muitos autores não incluam em suas considerações sobre os limites ao poder de reforma, por exemplo, a vedação à supressão do §4º do art. 60, como fazem alguns, eis que tal impedimento é uma decorrência lógica, como já havia apontado NELSON DE SOUZA SAMPAIO. O problema surge quando não são incluídos, por exemplo, os princípios fundamentais como um limite ao poder de reforma. Difícil aceitar que autores de índole democrática, como o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, advogassem pela constitucionalidade de uma emenda que suprimisse um dos incisos do art. 1º ou do art. 3º da Constituição Federal, embora ele não defina tais dispositivos como limites ao poder de reforma nem seja possível identificá-los com qualquer das categorias por ele apresentadas.

Assim, pode-se arriscar a dizer que a doutrina, contraditoriamente, apresenta como taxativo um rol de limites que para ela mesma seria exemplificativo. Isto fica ainda mais claro na exposição do professor PAULO BONAVIDES, que, após arrolar as espécies de limites ao poder de reforma na Constituição de 1988, apresenta outros, como meros exemplos, e, além disso, sem revelar qualquer preocupação em identificá-los com as categorias de limites até então utilizadas.

Não cabe aqui investigar por que a doutrina é falha neste aspecto; seria especulativo e de pouca utilidade para o trabalho. Basta por ora reconhecer a sua inadequação para então passarmos à análise de duas situações distintas: a constitucionalidade da emenda que antecipou o plebiscito previsto no ADCT e a de uma emenda (hipotética) que alterasse o sistema de governo previsto na Constituição de 1988.

3 A EC 2/92 e o sistema de governo no Brasil

3.1 A EC 2/92 segundo o STF

A emenda constitucional n.º2/92, que antecipou a data da realização do plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT de 7 de setembro de 1993 para 21 de abril do mesmo ano, teve sua constitucionalidade questionada junto ao STF por meio das ADINs n.º 829, 830 e 833, ajuizadas, respectivamente, pelo PRONA, pelo PSB e pelo (à época) governador do Estado do Paraná ROBERTO REQUIÃO.

Antes mesmo de enfrentarmos o mérito das referidas ações, e independentemente das razões apresentadas pelos respectivos autores, uma questão se destaca desde já: fosse perfeitamente adequada a doutrina produzida até o momento a respeito dos limites ao poder de reforma na Constituição de 1988, estas ações constitucionais não teriam razão de ser. É que visivelmente a antecipação do mencionado plebiscito não viola as limitações circunstanciais, materiais expressas, materiais implícitas ou mesmo procedimentais apresentadas – ou tal como apresentadas – pela doutrina. Ainda assim, a argüição a respeito da constitucionalidade da aludida emenda permanece intrigante: pode o poder constituinte derivado alterar a data do plebiscito? Poderia o Congresso Nacional ter adiado o plebiscito para o ano seguinte ao originalmente estabelecido? E no ano seguinte, poderia o poder constituinte derivado se manifestar mais uma vez, postergando a realização para mais um, ou dois, ou dez, ou vinte anos? Se até aqui não parecerem inconstitucionais tais medidas, cabe avançar: seria constitucional uma emenda que suprimisse o disposto no art. 2.º do ADCT, determinando que não

mais ocorreria tal plebiscito. Se a resposta for negativa, surgirá inevitavelmente outra pergunta: por quê? Ou, por outra, para se defender a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional neste sentido, deve-se indagar: que limite ao poder de reforma estaria sendo violado?

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um eventual adiamento do plebiscito, no entanto, não implicaria necessariamente o entendimento pela inconstitucionalidade da sua antecipação, pois embora ambas as hipóteses impliquem a alteração da data original, seus efeitos serão bastante distintos, ao menos no que tange à segurança acerca da efetiva realização da consulta. De fato, caso se admitisse a possibilidade de adiamento, a vontade do poder constituinte originário de que ao menos ocorra o plebiscito seria eterna refém da vontade do Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado, que poderia adiar o evento *ad eternum* através de emendas constitucionais. Já a sua antecipação não abalaria a certeza de que o evento iria ocorrer; apenas não se realizaria na data previamente estabelecida. Esta constatação coloca a questão em nova perspectiva, a saber: qual a importância da data originalmente estabelecida pelo poder constituinte originário? Assegurada a realização do plebiscito, eis que se imagina aqui apenas a sua eventual antecipação, que valor estaria sendo protegido pelo reconhecimento da imutabilidade da data originalmente prevista? Não se deve aqui ignorar que a imutabilidade das normas constitucionais, independentemente do valor que representam e do bem que tutelam, sempre se coloca contra uma eventual maioria, o que torna mais difícil, mas não impossível, a sua legitimação, eis que deverá ser antimajoritária sem ser com isso antidemocrática. Nesse sentido, e a fim de buscar respostas a estas perguntas, imaginemos que, após a aprovação do texto constitucional em 1988, o povo estivesse relativamente dividido em relação ao melhor sistema de governo a ser adotado no país e que deveria ser por ele escolhido em 07 de setembro de 1993. Imagine-se que, após as eleições ocorridas no ano de 1990, o Congresso Nacional passou a ter uma composição formada majoritariamente por defensores do sistema parlamentarista. Imagine-se ainda que tenha ocorrido neste período algum acidente histórico, evento político ou crise econômica que tenha abalado a confiança de uma parcela significativa do povo no sistema de governo em vigor, no caso o presidencialismo, de modo que naquele determinado momento o povo, majoritariamente, estivesse inclinado a escolher o sistema parlamentarista de governo. Neste cenário hipotético, poderia o Congresso Nacional casuisticamente antecipar a data do

plebiscito para o ano de 1991 ou mesmo 1992? Se o entendimento for pela impossibilidade da antecipação neste caso, em um ou dois anos, cabe indagar se há alguma diferença para a antecipação em meses representada pela EC 2/92, e se o lapso temporal faz realmente alguma diferença. Por fim, se o entendimento for pela inconstitucionalidade da antecipação do plebiscito em qualquer hipótese, caberá mais uma vez a pergunta: por quê? Ou, por outra, que limite ao poder de reforma teria sido violado?

Por simples opção metodológica, pretendemos levar estas indagações à análise das argumentações trazidas pelos ministros do STF no julgamento das ADINs acima mencionadas – tanto os que se revelaram favoráveis como os contrários à tese da inconstitucionalidade da referida emenda – para ao final tentar oferecer uma resposta e uma contribuição à doutrina dos limites ao poder de reforma na Constituição de 1988.

Primeiramente, cabe destacar que variadas foram as razões alegadas pelos autores das ADINs apontando a inconstitucionalidade da EC 2/92. Importa, no entanto, ao presente trabalho, destacar apenas duas, que parecem, dentre as que foram apresentadas, as mais sólidas, e que foram assim relatadas pelo Ministro Moreira Alves:

[ADIn 833] Alega o requerente, em síntese, que a deliberação de matéria constante no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é da competência exclusiva do Poder Constituinte Originário, pela própria natureza das prescrições nele estatuídas e do objetivo aí colimado, que é o de operar a transição de uma ordem constitucional para outra. Dessa forma, as normas aí contidas são insuscetíveis de alteração pelo Congresso Nacional.

[ADIn 829] O art. 60 e seus parágrafos autorizam a emenda em relação à parte permanente do texto constitucional, não, porém, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em seu voto, o Ministro MOREIRA ALVES assim expôs a questão:

De duas ordens são os ataques que, em síntese, se dirigem, nestas três ações diretas que estão sendo julgadas em conjunto, contra essa Emenda Constitucional:

- a) uma de ordem geral: a de que a Emenda em causa é inconstitucional, ou porque o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é imune ao poder de reforma, ou porque, sendo os representantes do povo alijados pelo plebiscito, qualquer alteração em sua data será espúria;
- b) outra de ordem tópica, relativamente aos parágrafos do artigo único da referida Emenda: o §1º se tem por inconstitucional por “usur-

pação da competência do poder soberano” (a implantação da monarquia ou do parlamentarismo, se vitoriosos, teria de ser feita de imediato, salvo se o povo, na resposta plebiscitária, fixasse outro termo inicial); e os §§ 2º e 3º são qualificados de inconstitucionais, porquanto, alterando a competência excepcional que o artigo 2º do ADCT outorgou ao Tribunal Superior Eleitoral, infringiu a cláusula pétrea referente à separação dos Poderes (art. 60, §4º, III da Constituição Federal) ao reduzir essa competência em favor do Poder Legislativo.

As informações prestadas pelos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como as manifestações da advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República e até mesmo os votos dos ministros do STF foram, via de regra, idênticos nas três ações, razão pela qual estas não serão discriminadas ao longo da análise que se segue.

Dentre as informações e pareceres apresentados nos autos dos referidos processos, todos apontando a constitucionalidade da EC 2/92, serão destacados apenas aqueles que importam ao presente trabalho.

Nesse sentido, segundo o presidente da Câmara dos Deputados, a EC 2/92 seria constitucional porque

- 1) o ato impugnado não infringiu limites formais ou materiais, explícitos ou implícitos, estabelecidos na Lei Maior;
- 2) as normas que compõem o Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal não constituem cláusulas pétreas, insuscetíveis de modificação, porque não existe limitação nessa matéria no texto constitucional; a tese de sua imutabilidade levaria ao caminho revolucionário para sua modificação, colocando em risco a própria ordem jurídica constitucional, o que não se compatibiliza com a experiência histórica, a revelar que as reformas constitucionais se fazem pela evolução, e não pela revolução;
- 3) a EC n.º 26, de 27.11.85, conferiu às duas Casas do Congresso Nacional, a partir de 10.02.87, os poderes de Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana; no entanto, não tendo ocorrendo ruptura constitucional, a Constituição de 1988 emanou de um Poder Constituinte Derivado, e não do Poder Constituinte Originário, de sorte que podiam ser efetivadas as alterações, resguardadas as cláusulas pétreas.

Interessante observar a premissa que inicia a manifestação do presidente daquela Casa legislativa, a saber, a de que o ato seria constitucio-

nal porque “*não infringiu limites formais ou materiais, explícitos ou implícitos, estabelecidos na Lei Maior*”, eis que constitui justamente um dos pontos questionados no início do presente trabalho: estariam já prévia, correta e definitivamente estabelecidos quais são os “limites formais ou materiais, explícitos ou implícitos” para que a partir daí se pudesse identificar se uma emenda é o ou não inconstitucional?

O segundo ponto levantado na manifestação acima é um dos mais intrigantes e será discutido de forma mais aprofundada nos votos dos ministros do STF.

Já o terceiro e último argumento trazido pelo presidente da Câmara dos Deputados já foi devidamente contestado por constitucionalistas de renome, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, e não merece maiores considerações. De todo modo, vale recordar que a história constitucional brasileira é marcada por convocações de constituintes por meio de decretos (1891, 1934), leis constitucionais (1946) e atos institucionais (1967 e 1969) – quando não através de outorgas autoritárias e explícitas (1824 e 1937) – nunca tendo sido negado que tais atos normativos, pouco importando se decretos, leis ou atos institucionais, representavam, pela sua natureza, atos políticos e não jurídicos, independentemente do nome que se desse ou da forma de que se revestissem os atos convocatórios. Mas, porque a vida é irônica, a tese que advogava o tolhimento de uma Assembléia Nacional Constituinte eleita democraticamente⁴⁹, aconteceu justamente no período de maior participação

⁴⁹ Muito se tem afirmado sobre uma suposta participação de “senadores biônicos” (eleitos, portanto, indiretamente) na Assembléia Nacional Constituinte. Trata-se de um equívoco que convém ser desde logo corrigido. Os (assim denominados) “senadores biônicos” foram criados pela EC 8/77, que estabelecia que, quando os Estados renovassem 2/3 dos seus senadores, metade seria eleita indiretamente pela respectiva Assembléia Legislativa. Foram assim eleitos os senadores em 1978. Ocorre que em 1980 foi promulgada a EC 15, re-estabelecendo a eleição direta para o todo o Senado. Assim, os senadores biônicos concluíram seus mandatos em 1986 e não tomaram parte na Assembléia Nacional Constituinte, ao menos não nesta condição. É possível – não necessariamente provável – que a afirmação de que senadores biônicos tenham participado do processo constituinte tenha decorrido de um fato inusitado que se verificou logo na primeira sessão daquela assembleia. De fato, no dia seguinte à data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte, uma questão de ordem foi levantada pelo constituinte PLÍNIO DE ARRUDA SAMPAIO, representante do PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, acerca da composição da referida Assembléia. Segundo o entendimento do deputado constituinte, esposado por toda a bancada de seu partido, a Assembléia Constituinte, tendo sido convocada apenas no ano 1985, não poderia contar com membros eleitos antes desta data, eis que comprometeria o caráter de legitimidade daquele órgão. Em seus próprios fundamentos, defendia o constituinte: “*O povo é o titular do poder constituinte e não pode haver, portanto, membro da Assembléia Nacional Constituinte que não haja recebido mandato expresso do povo. Convocada*

popular registrada na história do País. E tudo porque fora convocada, ainda que sob os atributos de “livre e soberana” (o que significa necessariamente inicial, ilimitada e incondicionada), por meio de uma emenda constitucional. Antes tivesse sido um decreto legislativo, e nunca se teria discutido se era ou não soberana. Como diria a Julieta *shakespeariana*: “Ah, Romeu, Romeu! Por que tinhas de ser Romeu?” Desnecessário dizer que este foi o único momento em que tal argumento foi apresentado.

A Advocacia da União, por seu turno, alegou, em síntese, que

Ao modificar a data do plebiscito, a Emenda n.º 2, de 1992, não infringiu aspectos relacionados com o conteúdo de princípios protegidos pelas cláusulas pétreas; a alteração não afeta, na substância, a decisão fundamental consagrada no artigo 2º do ADCT, porque o essencial aí é a própria definição do plebiscito e a consequência que se lhe atribuiu de produzir profunda modificação no próprio sistema constitucional, se for adotada a monarquia ou o sistema parlamentarista de governo. (...)

Não pode prevalecer o argumento de que o reconhecimento da legitimidade da antecipação levaria a considerar legítimo igualmente o seu adiamento indefinido, porque não ocorreu isso, no caso, e as considerações em torno da existência ou não de fraude à Constituição devem ser aferidas à vista do caso concreto, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do citado Mandado de Segurança n.º 20.257.

Verifica-se assim que, segundo a manifestação da Advocacia da União, a alteração da data proporcionada pela EC 2/92 (portanto, antecipação) não violou nenhuma das cláusulas pétreas. Por outro lado, ao afirmar que esta alteração não afetou na substância a decisão funda-

apenas no ano de 1985, não pode a Constituinte contar com a participação de membros que não receberam delegação expressa do povo para elaborar a nova Constituição do Brasil. A participação dos Senadores eleitos em 1982 constitui uma afronta brutal ao princípio da legítima representatividade constituinte que deve ser o guia maior dos trabalhos da Assembléia instalada no dia de ontem. E, como observa o grande jurista Agustín Gordillo, nos “Princípios Generales de Derecho Público”, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma escrita. Por tudo isso, entende a Bancada do Partido dos Trabalhadores, interpretando o sentido de milhões de brasileiros, que os Senadores eleitos em 1982 não devem participar da Assembléia Nacional Constituinte, não podendo, portanto, participar do processo de escolha de seu Presidente.” (Assembléia Nacional Constituinte – Anais, Senado Federal – Subsecretaria de Anais, 2.ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte em 02.02.1987, p. 10.). Assim, a questão de ordem referia-se à participação de senadores eleitos em 1982, sem mandato constituinte portanto, não a senadores biônicos, cujos mandatos e a própria existência terminaram em 1986.

mental consagrada no artigo 2.º do ADCT, reconheceu o parecerista que a convocação do plebiscito pelo poder constituinte originário representou uma decisão fundamental, que, salvo melhor juízo, deve, na perspectiva do próprio advogado da União, ser respeitada. Se assim for, nota-se uma certa contradição neste argumento, pois se as cláusulas pétreas são os únicos parâmetros para se verificar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma emenda, que importância teria afetar ou não afetar uma decisão fundamental do constituinte?

Quanto à equivalência entre antecipação e adiamento indefinido do plebiscito, a Advocacia da União afastou a análise alegando que este não era o caso, embora, como visto acima, são de fato situações diferentes ao menos no que tange às consequências.

A Procuradoria da República iniciou sua manifestação pela premissa de que “as prescrições que compõem o ADCT têm natureza constitucional, como as do texto permanente, podendo ser emendadas pelo mesmo processo estabelecido para estas”. Partindo desta premissa, conclui que

as normas constantes do ADCT, portanto, não adquirem a condição de cláusulas imutáveis do texto constitucional por terem caráter transitório. As limitações materiais expressas são unicamente as elencadas no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que não se refere às disposições transitórias. Podem constituir limites indiretos ou implícitos ao poder de reforma constitucional pelo próprio conteúdo da matéria que veiculam, e não por seu caráter transitório.

(...)

Ao estabelecer que a forma e o sistema de governo seriam decididos através de plebiscito, a regra, em realidade, excluiu do poder de reforma constitucional a decisão a respeito, outorgando-a diretamente ao eleitorado, ou seja, ao povo.

Cumprir notar que a afirmação de que “podem constituir limites indiretos ou implícitos ao poder de reforma constitucional pelo próprio conteúdo da matéria que veiculam, e não por seu caráter transitório” sugere que seria constitucional o adiamento indefinido do plebiscito convocado inicialmente para 7 de setembro de 1993.

Outrossim, interessante observar que o parecer acima admite, de algum modo, que as matérias referentes a forma e sistema de governo estão excluídas do poder de reforma constitucional segundo os trâmites

previstos no art. 60 da Constituição, eis que a decisão a este respeito foi deixada ao povo.

Adiante, prossegue o procurador da República:

Questão mais delicada é a de saber se o legislador constituinte derivado poderia, antecipando o plebiscito, implementar a forma e o sistema de governo decididos pelo eleitorado, antes de 7 de setembro de 1993. Em outras palavras, cuida-se aqui de saber se data fixada no artigo 2º do ADCT constitui também uma limitação temporal à mudança da forma republicana e do sistema presidencialista de governo, estabelecidos na Constituição Federal.

A data do plebiscito, pura e simplesmente, não constitui uma limitação ao legislador constituinte derivado. Seria razoável entender-se que a data fixada no artigo 2º do ADCT constituía uma limitação temporal se a Emenda houvesse determinado a implantação imediata da forma e do sistema de governo definidos no plebiscito.

É que a Constituição Federal estabeleceu a forma republicana e o sistema presidencialista de governo subordinando sua alteração à consulta plebiscitária prevista inicialmente para 7 de setembro de 1993. Antes dessa decisão do eleitorado, seria razoável sustentar-se que o legislador constituinte derivado não poderia alterar a forma e o sistema adotados na parte permanente da Constituição Federal. Em realidade, a proibição da antecipação da mudança pode ser considerada um corolário da limitação implícita decorrente da imposição da forma republicana e do sistema presidencialista, pelo menos até a data fixada no artigo 2º do ADCT.

Segundo a manifestação acima, não poderia o legislador constituinte derivado antecipar a data da implantação da mudança, mas sim a data de quando seria tomada a decisão eventualmente pela mudança. É interessante esta manifestação pois ela admite que a decisão de que em 07 de setembro de 1993 ocorreria um plebiscito que definiria a forma e o sistema de governo a vigorarem no País não é um simples joguete na mão do legislador constituinte, com o que ele poderia opera qualquer mudança arbitrária. Assim, reconhece a importância da data da eventual mudança; todavia, não reconhece a importância do momento em que seria feita a consulta ao povo e que seria decisiva a esta eventual mudança. Fosse a opinião pública estática e de fato a mudança nesta data não teria qualquer importância, pois não afetaria o seu resultado, que

seria o mesmo em abril ou em setembro, ou um ano antes ou um ano depois. Mas sendo a realidade dinâmica, a mudança nesta data poderia alterar o resultado, pelo que deveria ter a sua importância reconhecida, o que não foi feito pelo parecer acima, segundo o qual importa a data da implantação da mudança, mas não a data que será decisiva para se saber se haverá ou não mudança na forma e no sistema de governo. Nesse sentido, prossegue o parecer da procuradoria da República:

Ocorre, porém, que a Emenda Constitucional impugnada se limitou a antecipar a data de realização do plebiscito, determinando que a forma e o sistema de governo, definidos na consulta plebiscitária, só terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

Dessa forma, ocorreu simples alteração da data do plebiscito, sendo certo que a data originariamente fixada não traduzia ou encerrava, isoladamente, limitação de qualquer modalidade ao poder de reforma constitucional. Só poderia representar um limite ao legislador constituinte derivado, no que se refere à época de efetiva concretização da forma e do sistema de governo decididos pelo eleitorado. A Emenda n.º 2, de 1992, não desrespeitou essa limitação, antes a manteve, determinando que a forma e o sistema de governo, definidos no plebiscito, terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

A alteração, portanto, cingiu-se a aspectos secundários e simplesmente instrumentais do artigo 2º do ADCT, não aos preceitos substanciais aí contidos, que, estes sim, traduzem limitações tácitas ou implícitas ao legislador constituinte derivado.

Adiante, citando manifestação da professora CARMEN LUCIA DE ANTUNES ROCHA, observa o seguinte:

Dir-se-ia que a data do plebiscito tem razão de ser, 'porque reserva o melhor resultado, que é o esclarecimento no prazo certo de informação e amadurecimento do povo sobre a matéria que será objeto de sua deliberação'.

Ocorre, no entanto, que o processo de maturação do eleitorado, identificado como a ratio legis do art. 2º do ADCT, na parte em que fixou a data do plebiscito, não está consubstanciado em princípio, tutelado por cláusula de imutabilidade na Lei Fundamental.

Parece que a data foi fixada para permitir que a decisão sobre a forma e o sistema de governo fossem definidos pelo eleitorado antes da revisão constitucional, previsto no artigo 3º do ADCT, que tem início após

cinco anos contados da promulgação da Constituição, isto é, a partir de 5 de outubro de 1993.

Não parece, no entanto, que se deva buscar a *ratio legis* do art. 2º do ADCT no porquê do dia 7 de setembro ou no porquê do período de cerca de cinco anos entre a promulgação da Constituição e a data do plebiscito. Fosse o dia 7, 8 ou 9 de setembro, fosse um feriado de cunho mais monarquista (dia da independência) ou de cunho mais republicano (“Tiradentes”), ou mesmo não fosse qualquer feriado histórico do País, houvesse ou não, no prazo de 5 anos, tempo suficiente para a maturação do eleitorado a respeito dos temas, o que realmente parece importar é que uma data foi escolhida e fixada pela Assembléia Nacional Constituinte, e que deveriam ser escolhidos a forma e o sistema de governo que tivessem o maior apoio do eleitorado “naquela data” – resultado que não poderia ser de conhecimento daquela Assembléia cerca de cinco anos antes.

Após a apresentação do relatório, votaram, nesta ordem, os Ministros MOREIRA ALVES, FRANCISCO REZEK, MARCO AURÉLIO, CARLOS VELLOSO, CELSO DE MELLO, SEPÚLVEDA PERTENCE, PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA, SYDNEY SANCHES. A ação foi julgada improcedente por maioria de votos, vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO, CARLOS VELLOSO e SEPÚLVEDA PERTENCE. Passaremos então à análise de cada um destes votos, registrando desde já que os Ministros FRANCISCO REZEK, OCTAVIO GALLOTTI e SYDNEY SANCHES limitaram-se a declarar que acompanhariam o voto do relator, Min. MOREIRA ALVES.

Iniciando o julgamento, o Ministro MOREIRA ALVES assevera em seu voto que tanto o argumento de que (1) o processo de emenda constitucional disciplinado no artigo 60 da Constituição Federal não se aplicaria ao ADCT, por ser este independente daquela, tendo inclusive numeração própria e sendo dotado de autonomia instrumental, como o argumento de que, (2) sendo o ADCT integrado por normas de exceção transitórias às regras da parte permanente da Constituição, decorreria da natureza mesma dessa transitoriedade a impossibilidade de vir a tornar-se perene por sucessivas alterações de prazo, são, ambas as alegações “*de manifesta improcedência*”.

De fato, o primeiro argumento apontado pelo Ministro MOREIRA ALVES parece infundado, pois, conforme recorda em seu voto, “a

autonomia da numeração se justifica por motivo de ordem prática: o de evitar, no texto permanente da Constituição, dispositivos que, exaurida totalmente sua eficácia provisória, perdem a vigência”.

A questão referente à transitoriedade das normas, no entanto, parece mais delicada, por envolver um campo que, pela sua natureza, identifica-se primeiramente com o poder constituinte originário, a saber: regular a transição de uma ordem constitucional para outra. Aparentemente, é neste ponto que reside a grande dificuldade de se lidar com o tema. O Ministro MOREIRA ALVES, no entanto, argumentou em outro sentido, sem envolver os conceitos de poder constituinte originário e derivado, ou decisões políticas fundamentais. Em suas palavras:

A transitoriedade em si mesma não torna impossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa de sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilargar-se o período de transitoriedade.

A seguir, o Ministro aponta outra fundamentação pela inconstitucionalidade da EC 2/92, e que admite ser mais complexa, a saber:

A de que o artigo 2º do ADCT, por ter conferido ao eleitorado, mediante plebiscito, o poder de definir a forma e o sistema de governo, retirou essas matérias da competência do Poder de Reforma (Poder Constituinte derivado, que é exercido pelo Congresso Nacional), o que implica dizer, em última análise, que, às matérias insusceptíveis de ser objeto de emenda constitucional por parte do Poder Constituinte derivado aludidas no §4º do artigo 60 da Constituição, se acrescentam essas duas, sendo, pois, o artigo 2º do ADCT uma cláusula pétrea implícita para esse Poder Constituinte, além de conter tal dispositivo, com relação ao titular do poder de decisão quanto à forma e ao sistema de governo – o eleitorado –, uma limitação temporal: a data prefixada para o plebiscito (7 de setembro de 1993).

O Ministro MOREIRA ALVES, no entanto, restringe sua análise apenas ao segundo fundamento, por entender que a primeira parte des-

sa fundamentação “só estaria em causa se a Emenda Constitucional sob exame houvesse revogado esse artigo 2º, ou alterado a titularidade da decisão de que ele trata, ou, ainda, modificado a forma ou o sistema de governo independentemente do plebiscito, ou contrariamente ao que nele fosse decidido”. Cabe observar que o Ministro somente afastou a análise deste primeiro fundamento, não se pronunciando pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma eventual emenda que tivesse como objeto alguma das hipóteses acima mencionadas.

Com relação à parte final da fundamentação, ou seja, a que defende ser a data do plebiscito uma limitação temporal, MOREIRA ALVES lembra que, conforme leciona o constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO, o limite temporal “costuma ser justificado pela necessidade de assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais”. Nesse sentido, a limitação temporal na Constituição brasileira de 1988 somente poderia dizer respeito ao procedimento de reforma, previsto no art. 60, ou ao procedimento excepcional disciplinado no artigo 3º de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Segundo o Ministro, “isso se explica pela circunstância de que é com esse procedimento que se pode chegar à alteração da Constituição, caso a reforma venha a ser aprovada. Impedindo-se que ele se inicie antes de certo período, garante-se a estabilidade a que visa limitação dessa ordem”. O Ministro MOREIRA ALVES afirma, então, que “a revisão constitucional a que alude o artigo 3º do ADCT (...) tem, inequivocamente, uma limitação temporal: seu procedimento só poderá ser desencadeado ‘após cinco anos, contados da promulgação da Constituição.’” E prossegue:

O aspecto singular que ocorre, na espécie, é que, para que essa revisão possa ser feita no tocante à forma e ao sistema de governo, se alterou o titular dessa decisão, estabelecendo-se que não seria ele o Poder Constituinte derivado (o Congresso Nacional), mas o eleitorado, por meio de plebiscito. Portanto, para se reformar a Constituição quanto a essas duas matérias, exigiu-se uma fase preliminar ao procedimento de reforma: a decisão do eleitorado, em plebiscito. Mas – note-se –, essa transferência de titularidade não se fez permanentemente, e, sim, de modo transitório, no sentido de que ao eleitorado, em uma só vez, por meio de plebiscito, competirá tomar tal decisão, como ato preparatório à alteração constitucional que, a respeito, será necessária se não se mantiver a república presidencialista. Surge, então, uma outra

pergunta: ato preparatório a que procedimento de modificação constitucional? Ao do artigo 60 da parte permanente da Constituição ou ao do artigo 3º do ADCT? Para a resposta a essa indagação não será suficiente o fato de o artigo 2º ser uma disposição transitória (natureza essa que basta para caracterizar que a mudança da titularidade do poder de decidir sobre a forma e o sistema de governo se deu por uma só vez, exaurindo-se com a ocorrência dela), pois, se o plebiscito puder ser realizado após a revisão aludida no artigo 3º do ADCT, nada impedirá que, pelo procedimento do artigo 60 da parte permanente da Constituição, se façam as alterações necessárias para a execução da decisão política tomada nesse plebiscito. A data que, no artigo 2º do ADCT, se estabeleceu para o plebiscito – 7 de setembro de 1993 –, indica, claramente, que, com ela, se visa a vincular essa decisão ao procedimento de reforma previsto no artigo 3º do ADCT. Essa data, porém, é uma limitação temporal ao próprio procedimento da revisão de si mesmo? Parece-me evidente que não. Ela diz respeito a uma fase preparatória desse procedimento, ainda que condicionante para ele, no tocante à alteração dessas matérias. Mais. Estando a revisão limitada temporalmente pelo artigo 3º, a limitação temporal que não pode ser modificada por emenda é esta e não a de fase preparatória para ela no tocante à forma e ao sistema de governo. Aliás, a imutabilidade dessa data não encontra justificativa razoável nem na necessidade de se assegurar, por determinado prazo, uma certa estabilidade às instituições constitucionais (pois não é ela que interfere no procedimento estrito da revisão de que decorreria a execução da alteração decidida), nem na conveniência de não se antecipar o momento do plebiscito para se dar mais tempo para a campanha de esclarecimento do eleitorado, certo como é que essa campanha, desde que a antecipação não a prejudique manifestamente pelo pouco tempo que lhe deixa – e nesse caso poderia ocorrer a configuração de fraude à Constituição –, se realiza em período limitado, que antecede imediatamente ao plebiscito, e que se ajusta à data de sua realização, como aliás, se tem feito, com início bem posterior ao da promulgação da Emenda Constitucional ora impugnada.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, segundo o Ministro MOREIRA ALVES, a Constituição de 1988 transferiu, do Congresso Nacional para o eleitorado, a titularidade da decisão sobre a mudança da forma e do sistema de governo na ordem constitucional brasileira. Ou seja, embora, via de regra, caiba ao Congresso Nacional, no exercício do

poder constituinte derivado, decidir sobre as mudanças no texto constitucional, dentro dos limites juridicamente estabelecidos, o legislador constituinte de 1988 teria, no exercício da sua competência originária, estabelecido uma exceção, definindo que caberia ao eleitorado, e não ao Congresso Nacional, decidir sobre a alteração destas matérias. O assunto será adiante mais profundamente analisado. No entanto, cabe desde já observar que, após estabelecer esta premissa, o autor faz questão de asseverar que essa transferência de titularidade não se fez permanentemente, mas de modo transitório. Ao fazer tal afirmação, o Ministro MOREIRA ALVES deixa dúvidas a respeito do seu posicionamento sobre uma nova oportunidade de se alterar a forma ou o sistema de governo então decididos pelo eleitorado. Haveria esta nova possibilidade ou tais decisões se converteriam em cláusulas pétreas? E se houvesse nova oportunidade, a quem caberia fazê-lo? Se ao povo, cabe indagar por que o autor foi tão categórico ao afirmar que a transferência não se fez permanente. Se ao Congresso Nacional, surge a pergunta: seria possível o povo decidir, em 1993, pela manutenção da forma republicana e do sistema presidencialista – de modo que nada seria alterado durante o processo de revisão a respeito destas matérias – e logo após, em 1994, o Congresso Nacional decidir, nos termos do art. 60, pela forma monárquica e pelo sistema parlamentarista? A estas perguntas a manifestação do Ministro não oferece respostas seguras.

Quanto à possibilidade de se alterar a data do plebiscito, o Ministro não apenas afirma a constitucionalidade da antecipação como ainda permitiria o adiamento da consulta popular, entendendo que neste caso, como já teria ocorrido a revisão prevista no art. 3º, a eventual mudança se daria segundo o processo regular de reforma constitucional, previsto no art. 60 da Constituição, não reconhecendo, portanto, no art. 2º, sequer a vedação quanto ao seu adiamento, e permitindo, salvo melhor juízo, o adiamento infinito. Acrescenta ainda que a data do plebiscito não se enquadra na idéia de limitação temporal, que, segundo a melhor doutrina, teria o objetivo de “assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais”, não sendo este definitivamente o caso. Com razão o Ministro a este respeito, pois, de fato, como se verá adiante, o artigo 2º do ADCT não representa um “limite temporal” ao poder de reforma.

O Ministro MARCO AURÉLIO iniciou seu voto alertando para a distinção entre as normas constitucionais permanentes e as transitórias, observando que as primeiras são projetadas no tempo “sem balizas

que lhe limitem a vigência por período certo”, e que “é justamente a indeterminação temporal da vigência das regras que justifica a previsão do poder de emenda”. Nesse sentido, o Ministro identifica e justifica o processo de reforma apenas em relação às normas permanentes, mas não estendendo às transitórias:

O Poder Constituinte que atuou em 1988 (...) trouxe ao mundo jurídico coisas distintas, ou seja, uma Constituição composta de 245 artigos e passível de ser emendada consoante disciplinado em preceito nela própria inserido – o do artigo 60, e um conjunto de normas, também de estatura constitucional que, sem integrá-la em si, foi composto em atendimento a um critério, o da transitoriedade. Desde logo, assentou-se o exaurimento de efeitos, o que equivale dizer, em palavras de compreensão mediana, que as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias surgiram por força de circunstâncias reinantes em um certo período, a exigir tratamento diferenciado e definitivo que necessariamente há de ocorrer.

E prossegue:

Admitir-se a possibilidade de emenda não à Constituição, mas ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias equivale a reconhecer aos Congressistas o Poder Constituinte Originário que os legisladores de 1988 tiveram, retornando-se a fase legislativa-constitucional de há muito suplantada. Implica substituição indevida, quer sob o ângulo temporal, quer sob o do credenciamento, quer sob o factual.

Como se pode notar, o Ministro MARCO AURÉLIO parece identificar as normas transitórias, porque normas reguladoras da transição para uma nova ordem constitucional, como uma espécie de norma de competência exclusiva do poder constituinte originário. É o que de certo modo revelam os exemplos trazidos pelo Ministro para ilustrar seu posicionamento:

A leitura dos artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sugere grande perplexidade, uma vez admitido o poder de emenda. Atente-se para as datas correspondentes aos términos de mandatos e às eleições pertinentes, passando pelo requerimento de registro de novos partidos, a criação de Estados e extinção de territórios e as regras re-

ferentes a impostos. Tais definições passarão, no que não exauridos os efeitos normativos próprios, a estar ao sabor de conveniências diversas daquelas notadas pelos que enfeixaram o Poder Constituinte de 1988, decorrendo daí a própria descaracterização das normas.

Uma vez admitido o poder de emenda, despido que é de contorno constituinte originário, aos Congressistas teria sido lícito, por exemplo, alterar o limite do mandato do Presidente da República em exercício em 1988, dos Governadores, Vice-governadores, Prefeitos e Vice-Prefeitos de então, e o será quanto à data da própria revisão constitucional prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sim, legítima a alteração da época do plebiscito que motivou a previsão, antecipando-a, nada impede que se proceda da mesma forma quanto à da revisão. O mesmo ocorre com a projeção no tempo dos atos previstos para ocorrerem em época certa e determinada.

A partir destes exemplos, o Ministro MARCO AURÉLIO passa a tratar da “imutabilidade dos preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Nesse sentido, e a fim de corroborar tal entendimento, traz à colação manifestação do Subprocurador-Geral da República Osvaldo Flávio Degrazia, que afirmou que

Intangibilidade ínsita também instituiu o Constituinte ao dispor, transitoriamente, sobre várias matérias e casos.

E por que tal intangibilidade?

Porque o direito ali criado ou reconhecido cristalizou-se na sua feitura, ou aperfeiçoou-se na sua elaboração, ou consumou-se plenamente, ao se integrar a norma com o fato por acontecer.

E, mais ainda, porque o direito ali criado o foi através da regra de última vontade do poder constituinte originário.

São de tal natureza todas as normas que se contém no ADCT, v.g.: a que criou o Estado do Tocantins, art. 13; a que considerou Ministros do Superior Tribunal de Justiça dos antigos Ministros do extinto TFR e seus Ministros aposentados, art. 26, [§§] 2º, I, e 4º; a que estabeleceu o plebiscito e marcou-lhe data para realização.

Como se pode verificar, a partir da identificação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como uma esfera reservada ao poder constituinte originário, expressão de sua última vontade, o autor supracitado concluiu que *“todas as normas que se contém no ADCT”* seriam

caracterizadas como intangíveis – entendimento compartilhado pelo Ministro MARCO AURÉLIO. E a fim de corroborar tal assertiva, cita alguns exemplos presentes no ADCT. Ocorre que todas as normas citadas pelo autor têm como característica comum o fato de terem se exaurido logo após a promulgação do texto constitucional, ou seja, tratavam de situações que não estavam condicionadas a um determinado prazo previsto na norma. Assim, uma vez promulgada a Constituição, cujo artigo 13 do ADCT afirma categoricamente que fica criado o Estado do Tocantins, qualquer mudança em relação a este Estado só poderia ocorrer nos termos do art. 18, aplicável aos demais Estados membros da Federação brasileira. Situação diferente seria a referente à norma prevista no art. 40 do ADCT, que estabelece um prazo de 25 anos... Estaria, neste caso, o poder reformador impedido de modificar esta situação estabelecida pelo poder constituinte originário? Estará o poder reformador impossibilitado de alterar o referido dispositivo, ainda que, suponha-se, ocorresse, ao longo deste período de 25 anos, alguma mudança drástica no cenário político, social ou, sobretudo, econômico que sugerisse uma mudança naquela situação? E se reconhecermos a possibilidade de modificação deste dispositivo, necessariamente estaremos reconhecendo a possibilidade de modificação de todos os demais que integram o ADCT? É preciso analisar a peculiaridade destas normas para, a partir das semelhanças, identificar as diferenças.

A este respeito, o voto do Ministro MARCO AURÉLIO trouxe uma contribuição importante no que se refere à compreensão do ADCT como uma espécie de campo reservado ao poder constituinte originário, dada a natureza das normas que integram aquele conjunto. No entanto, a generalização no que se refere às normas transitórias que seriam por isso imutáveis, ou seja, todas as que integram o ADCT, tornou frágil a argumentação trazida pelo Ministro e difícil de ser acompanhada *in totum*.

Em seguida, o Ministro cita trecho de artigo do Procurador-Geral Eleitoral publicado na imprensa, quando a antecipação do plebiscito era ainda tão somente objeto de uma proposta de emenda à Constituição:

As limitações temporais são aquelas que somente permitem revisão ou emendas à Constituição em determinadas épocas após a promulgação... É exatamente o caso do plebiscito. A limitação imposta ao poder constituinte derivado pelo art. 2º do ADCT é não apenas de natureza temporal mas também substancial (...).

Interessante observar que o autor citado pelo Ministro não se contenta com a identificação apenas de uma limitação temporal, afirmando que o art. 2º do ADCT representa também uma limitação substancial (material). Na verdade, a se admitir que o art. 2º representa uma limitação ao poder de reforma, esta rigorosamente só poderia ser material e nunca temporal – como foi constantemente cogitado. É que o conceito de limite temporal refere-se a um período no qual a Constituição ou um ou mais artigos não pode ser modificada. Não é este o caso do art. 2º do ADCT. Não há aqui “um período no qual este artigo não pode ser modificado”, como se, *contrario sensu*, pudesse ser identificado um período em que fosse lícito fazer alguma alteração. Trata-se de uma norma com prazo certo para sua concretização. Antes disso, o seu conteúdo não poderia ser modificado. Como o seu conteúdo refere-se justamente a uma data, entende-se, equivocadamente, que a sua alteração implicaria violação a um limite temporal. A confusão pode ser, no entanto, resolvida, a partir de um singelo exemplo. A doutrina é unânime em reconhecer que o artigo 174 da Constituição de 1824 representava um limite temporal, pois estabelecia que o texto constitucional não poderia sofrer alteração antes de um prazo de 4 anos. O limite temporal, como se observa, era justamente o conteúdo do art. 174. Se uma emenda constitucional fosse aprovada antes de decorridos 4 anos de vigência da Constituição, haveria uma violação ao limite temporal. No entanto, se uma emenda suprimisse ou simplesmente alterasse o conteúdo do art. 174, estabelecendo, por exemplo, que a Constituição não poderia ser alterada no prazo de apenas 2 anos a partir da entrada em vigor, a limitação violada seria material implícita, e não temporal. Assim, se o art. 2º do ADCT representar um limite, este haverá de ser em função do seu objeto, e, portanto, material, e não temporal.

Interessante observar também que o Ministro MARCO AURÉLIO alerta para a importância e para os efeitos do que poderia parecer uma simples alteração de data, perpetrada pela EC 2/92. Em suas palavras:

Em sã consciência não posso abrir exceção à imutabilidade dos preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com base no alcance da alteração perpetrada, mesmo porque estão enganados aqueles que sustentam que está em jogo a simples modificação de uma data. Somente em passe de mágica seria dado assentar a permanência dos mesmos efeitos fáticos, da mesma definição política na data originariamente prevista, a importância da consulta a ser formalizada e

as repercussões dela decorrentes. Trata-se de plebiscito com extensão insuplantável, ou seja, a ser realizado em todo o território nacional, movimentando os mais diversos segmentos da sociedade e a repercutir por muitos e muitos anos.

E conclui, frisando seu “repúdio à transigência no campo dos princípios”, referindo-se no caso à intangibilidade do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, citando belo poema⁵⁰ do brasileiro EDUARDO ALVES DA COSTA, embora tenha equivocadamente⁵¹ atribuído a autoria ao poeta russo MAIAKÓVSKI.

O Ministro CARLOS VELLOSO, ao longo do seu voto, identificou três espécies de limites no que se refere ao art. 2º do ADCT. De fato, afirmou primeiramente que “os artigos 2º e 3º do ADCT não podem ser alterados pelo poder constituído, porque se referem ao próprio limite formal, contém matéria relativa ao processo de revisão. As matérias relativas ao processo de emenda ou de revisão são intangíveis, não podem ser alteradas pelo poder de revisão, que é poder constituído”. Em seguida, afirmou que “a fixação da data do plebiscito, data fixada pelo poder constituinte originário, de forma expressa, constitui limitação ao poder constituinte derivado ou instituído, uma limitação implícita. Fixada a data do plebiscito de modo expresso, está implícita a proibição de altera-la, de modificá-la, assim de antecipar a realização do plebiscito. A fixação da data do plebiscito constitui, portanto, limitação temporal”. Depois, após ressaltar a importância das matérias tratadas no plebiscito e as conseqüências de uma eventual mudança provocada pelo seu resultado – apontando assim a intenção do legislador constituinte de que houvesse um amplo esclarecimento do eleitorado a respeito dos temas – asseverou que “a diminuição do tempo em que ocorreria ou deveria ocorrer o processo de maturação do eleitorado, constitui, com

⁵⁰ “Na primeira noite, / eles se aproximam / e colhem uma flor de nosso jardim / E não dizemos nada. / Na segunda noite, / Já não se escondem: pisam as flores, / matam nosso cão, / e não dizemos nada. / Até que um dia, / o mais frágil deles, / entra sozinho em nossa casa, / rouba-nos a lua e, / conhecendo o nosso medo, / arranca-nos a voz da garganta. / E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada”.

⁵¹ O poema intitula-se “No Caminho com Maiakóvski”, daí o equívoco, que aliás é bastante comum, como escreveu DIONÍSIO DA SILVA em crônica publicada na revista *Época* e intitulada “A Voz do Dono”: “(...) o brasileiro Eduardo Alves da Costa escreveu um poema sobre a audácia daqueles que começam furtando uma flor e terminam arrasando o jardim alheio. Por erro de citação, os versos têm sido atribuídos ao poeta russo Vladimir Maiakóvski. A autoria virou uma casa-da-mãe-joana? Se virou, também esta definição é injusta. A rainha Joana regulamentou os bordéis de Avignon, onde vivia refugiada, impondo-lhes normas rígidas. Mas a expressão é associada a bagunça.” (Revista *Época*, 4.12.2000, p. 138.)

a vênia dos que não pensam assim, escancarada violação à limitação material implícita: a impossibilidade de ser antecipada a data expressamente fixada pela Assembléia Nacional Constituinte, assim pelo constituinte originário”. Após identificar limite formal, temporal implícito e material implícito, prossegue o Ministro:

A doutrina sustenta que as disposições sobre o processo de reforma ou de revisão constitucional constituem cláusulas pétreas essenciais ou precípua à continuidade e à própria identidade da Constituição. Por isso, essas disposições são insuscetíveis de alteração por parte do constituinte derivado (...)

Ora, a data do plebiscito insere-se no processo e na sua forma de realização – plebiscito que poderá implicar alteração de limitações expressas à ação do constituinte derivado. Segue-se, então, que, também por isso, a data da consulta plebiscitária, fixada pelo constituinte originário, não poderia ser antecipada.

Finalmente, se é certo que o constituinte derivado não pode alterar a forma da consulta plebiscitária, nem suprimi-la, segue-se que também não é possível a alteração da data em que será ela realizada, data fixada expressamente na Constituição. É que, com tal modo de proceder, estaria o poder constituído modificando, indiretamente, a forma da consulta plebiscitária, certo que a alteração da data do plebiscito constituiria alteração substancial e não apenas formal da decisão fundamental.

Em que pese à falta de precisão e rigor na identificação do limite violado pelo poder reformador, em relação à EC 2/92, o Ministro CARLOS VELLOSO deixou claro que a decisão tomada pelo poder constituinte originário relativa à data do plebiscito deveria ser respeitada.

O Ministro CELSO DE MELLO iniciou seu voto observando que e por que as normas constitucionais são e devem ser mutáveis. E afirmou que

Em princípio, nada obsta a reformabilidade dos preceitos consubstanciados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especialmente quando inócua – e é o que me parece evidente na espécie – qualquer situação configuradora de ofensa ao dogma da insuperabilidade dos limites, explícitos ou implícitos, que condicionam o exercício da atividade constituinte secundária. (...)

Essa reforma [EC n.º2/92] foi validamente introduzida pelo Congresso Nacional que, no concreto desempenho de legítima atividade cons-

tituinte derivada, observou, quanto ao processo de sua positivação, as exigências formais impostas pela própria Carta da República. Mais do que isso, o Poder Legislativo da União, ao elaborar o ato impugnado, manteve estrita fidelidade aos limites – circunstanciais e materiais – que, inscritos no art. 60, §§ 1º e 4º, da Lei Fundamental condicionam e restringem, de modo significativo, o exercício da função constituinte secundária.

Embora o Ministro tenha afirmado que a EC 2/92 havia sido validamente introduzida pelo Congresso Nacional por não haver violado nenhum dos limites ao poder de reforma comumente apontados pela doutrina – material e circunstancial – é bem verdade que esta foi apenas uma consideração preliminar e não decisiva pela conclusão de que a emenda objeto da Adin seria constitucional. O Ministro, em seguida, desce à análise do objeto da EC n.º 2/92 e identifica na data original do plebiscito uma questão secundária, e não uma decisão política fundamental tomada pelo poder constituinte originário. Em suas palavras:

A simples alteração da data que foi originariamente fixada para a realização da consulta plebiscitária, por representar um dado meramente secundário, destituído de maior relevo jurídico na definição do alcance do poder de reforma constitucional outorgado ao Congresso, não importou em transgressão a qualquer dos parâmetros que subordinam o válido exercício da atividade constituinte derivada.

Essencial, nesse contexto normativo, é o respeito do Poder Legislativo da União à decisão política fundamental tomada pelo legislador constituinte em 1988, quando – tendo presente a controvérsia que se estabeleceu em torno da definição dos diversos aspectos pertinentes à configuração institucional do Estado brasileiro – optou por submeter à soberana deliberação do Povo a resolução do dissenso político registrado no seio da Assembléia Nacional Constituinte.

É interessante observar que o Ministro CELSO DE MELLO, muito embora não o faça em relação à data original do plebiscito, identifica na convocação do plebiscito uma “decisão política fundamental tomada pelo legislador constituinte em 1988” e que como tal deveria ser respeitada pelo Congresso Nacional no exercício do poder reformador, donde se poderia concluir que as decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder constituinte originário não poderiam ser alteradas pelo poder constituinte derivado.

Corroborando o caráter secundário da data do plebiscito, mas ao mesmo tempo enfatizando a imutabilidade da sua realização, o Ministro traz à colação lição da professora ANNA CANDIDA CUNHA FERRAZ:

Não se pode ignorar, todavia, que as disposições expressas nos artigos 2º e 3º indicam, com segurança, a vontade constituinte de abrir espaço não só para a realização de revisão do Texto Constitucional por ele elaborado, mas, como, também, para uma discussão em torno do regime e do sistema de governo, temas polemizados na Constituinte e resolvidos apenas a nível de ‘compromisso’ entre os vários grupos políticos que ali tinham assento. Daí parecer que ambos fazem parte do núcleo material componente da ‘idéia de direito’ plasmada na Constituição de 1988. Porém, o intocável, a meu ver, é a essência do comando constitucional, vale dizer, a Constituição de 1988 deve ser revista, o plebiscito relativo ao regime e ao sistema de governo deve ocorrer. Todavia, a data fixada no texto das Disposições Transitórias é questão accidental, secundária, e pode ser modificada.

Desse modo, conclui o Ministro CELSO DE MELLO:

O fato inquestionável, Sr. Presidente, é que a antecipação da consulta plebiscitária, sobre não vulnerar o núcleo imutável consagrado pela Constituição da República, preservou a integridade da decisão política fundamental tomada, de modo soberano, pela Assembléia Nacional Constituinte.

Embora o Ministro tenha julgado improcedente a ação em julgamento “acompanhando o magnífico voto do eminente Relator”, é notório que em suas considerações o Min. CELSO DE MELLO muito se afastou do voto do Min. MOREIRA ALVES, sobretudo por ter introduzido à análise da questão as decisões políticas fundamentais como limite ao poder de reforma, afastando-se assim também da classificação doutrinária corrente, embora tenha com ela iniciado seu voto. Desse modo, o Ministro CELSO DE MELLO permite levar a discussão para outro terreno, pois, admitido que as decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder constituinte figuram no núcleo imodificável da Constituição – o que parece correto, resta saber quais são estas decisões políticas ou mais precisamente o que as torna fundamentais, a fim de

enfrentar a inevitável tensão entre este núcleo imodificável e o caráter mutável das normas constitucionais, que o Ministro tanto frisou no início de seu voto.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE iniciou seu voto afirmando que não o *“impressionaram os argumentos aos quais as petições iniciais deram maior ênfase”*. E prosseguiu:

Assim, não me convenci da tese da intocabilidade das normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao menos nos termos apodícticos em que foi proposta. Creio que a matéria há de ser objeto de exame caso a caso, a ver se a alteração da disposição constitucional transitória não foi, em concreto, um instrumento de fraude à Constituição permanente.

Diferente da premissa adotada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que defendia a imutabilidade de todas as normas que integram o ADCT, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE afirma que a matéria deve ser objeto de exame “caso a caso” e que eventualmente uma alteração de disposição constitucional transitória pode ser um instrumento de “fraude à Constituição”. Assim, no que tange à EC 2/92 afirma:

É certo (...) que não levo a intangibilidade da disciplina constitucional do processo de reforma ou revisão da lei fundamental ao ponto de uma vedação absoluta de qualquer alteração dos dispositivos que a veiculam. Estou de acordo em que a intangibilidade diz com os pontos essenciais da decisão política nela substantivada, não com o texto ou com pormenores acidentais do trato constitucional da matéria.

Tudo, pois, está em saber, Sr. Presidente, no caso concreto, da essencialidade ou não da data fixada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o plebiscito, para esse momento inicial de definição da revisão constitucional prevista.

Verifica-se, então, que, assim como o Ministro CELSO DE MELLO, também o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE admite que as decisões políticas fundamentais figuram como normas imodificáveis pelo poder de reforma, cabendo, caso a caso, identificar se as decisões políticas são ou não fundamentais. Assim, prossegue o Ministro:

É neste ponto, em que também os dois pareceres [da AGU e PGR] e o voto do eminente Ministro-Relator situaram o momento decisivo da

discussão, que situo a minha respeitosa dissensão. Não me convenci de que a data de 7 de setembro de 1993, prevista no art. 2º do ADCT, se reduzisse a um aspecto marginal ou secundário, nas expressões da Advocacia-Geral da União, ou apenas se impusesse – segundo entende a Procuradoria-Geral – a sua anterioridade em relação à revisão constitucional.

Não me convenci de que a escolha do 7 de setembro e não do 21 de abril fosse um enaltecimento do constituinte de 1988 ao Grito do Ipiranga, em relação à Inconfidência Mineira; ou que constituísse já um momento inicial de propaganda subliminar da alternativa monárquica, ao preferir o Príncipe da Casa de Bragança à figura de Tiradentes. (...)

Creio que o intervalo entre a Constituição e o processo global de revisão, do qual o plebiscito já é parte decisiva, constituiu, sim, um limite temporal ao poder excepcional de reforma constitucional previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa limitação do poder de reforma constitucional, se acaso pudesse o constituinte-constituído reforçá-lo, aumentando-o – do que também não sou convencido –, certamente não poderia abrandá-la. Não poderia, pois, abrandar essa restrição, diminuindo o intervalo mínimo, que, como tal estou convencido, a Constituição fixou.

É claro que se pode argumentar que é arbitrária a fixação de um momento futuro, que se reputou mais adequado ao início, com o plebiscito, do processo complexo de revisão constitucional: mas o senhor dessas decisões arbitrárias é o Constituinte, que, para mim, foi claro, no ponto.

É interessante observar que o Ministro reconheceu o caráter fundamental da decisão política referente à data do plebiscito na idéia de um “intervalo mínimo” entre a Constituição e o processo global de revisão, o que poderia levar à conclusão de que uma alteração em relação à data poderia ser feita desde que não comprometesse a existência de um “intervalo mínimo razoável”. Desse modo, a fim de afastar qualquer exame sobre esta matéria, o Ministro deixou assente que “o senhor destas decisões arbitrárias é o Constituinte”, ou seja, de um certo modo, reconheceu que esta é uma decisão que figura na esfera exclusiva do poder constituinte originário.

O Ministro PAULO BROSSARD iniciou seu voto esclarecendo o seguinte:

Começo por dizer que não sou apologista das experiências plebiscitárias (...). Digo mais, Senhor Presidente, se tivesse sido constituinte, não teria votado pela realização de um plebiscito acerca da forma e do sistema de governo, pois ainda acredito na malsinada democracia representativa.

Poder-se-ia alegar aqui a “inconstitucionalidade” desta premissa, já que a própria Constituição reconhece que a democracia representativa, embora necessária, é imperfeita – pois, ao afirmar que o poder será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, § único), admite, embora implicitamente, que a primeira manifestação do exercício do poder não é perfeita, o que implica em determinados casos o recurso à segunda, como, aliás, sói acontecer em países de democracia (talvez justamente por isso) mais sólida. No entanto, esta premissa não operou qualquer efeito no voto, razão pela qual pode ser – e convém que seja – ignorada.

Em seguida, afirmou categoricamente não identificar na EC 2/92 qualquer vício de inconstitucionalidade. Em suas palavras:

Digo que não vejo, a despeito dos trabalhados argumentos expedidos, nem remotamente, a tísia de inconstitucionalidade, que se alega, no tocante à antecipação da data do plebiscito de 7 de setembro para 21 de abril de 1993. Se o legislador fez bem ou fez mal nesta antecipação, é outro problema; é um problema que não interfere com a questão da constitucionalidade.

Inspirou-se em motivos não jurídicos, em motivos de natureza política, ou seja, de utilidade, de oportunidade, de conveniência, com os quais o Poder Judiciário não trabalha, porque trabalha, sim, com critérios de natureza jurídica.

(...) não vejo francamente, com a vênia dos eminentes Ministros que tão doutamente julgaram procedentes as três ações para fulminar de inconstitucionalidade preceitos da Emenda n.º 2 – não defendo a emenda, não discuto a emenda, não louvo a emenda –, mas também nela não vejo o vício de inconstitucionalidade. Não vejo nenhum preceito expresso da Constituição e muito menos princípio implícito que vedasse o Congresso de fazer o que fez.

De mais a mais, se o legislador pode, salvo limitações expressas antes apreciadas, alterar cláusula permanente da Constituição, não sei por que não poderia alterar um dispositivo transitório de um ato constitucional.

(...) não vejo preceito expresso nem princípio implícito que impedisse o legislador competente de alterar um artigo das Disposições Constitucionais Transitórias, no acaso, o art. 2º. Quando se discutiu a cautelar, até lembrei o caso da Zona Franca de Manaus, mantida pelo prazo de vinte anos; amanhã, se mudarem substantivamente as condições gerais, o País não poderia, depois de um exame profundo e não perfunctório, alterar esse dispositivo, reduzir o prazo para dez anos, ou eliminar a disposição? É evidente que poderia, observadas as formalidades constitucionais. No caso presente, trata-se, para mim, de uma simples data.

O voto do Ministro PAULO BROSSARD distingue-se dos demais, mesmo dos que julgaram improcedentes as ações, por não identificar, nem mesmo remotamente, limite algum que pudesse ter sido violado pelo poder reformador, não admitindo assim que se colocasse em dúvida a constitucionalidade da EC 2/92. Convém, no entanto, ressaltar que o Ministro PAULO BROSSARD, ao analisar a tese da imutabilidade dos ADCT, parece ter incorrido no mesmo equívoco em que o Ministro MARCO AURÉLIO, embora em sentido inverso. De fato, ao refutar a tese da inconstitucionalidade do ADCT a partir da análise do seu art. 40, o Ministro acabou equiparando o prazo de quase cinco anos para a realização de um plebiscito onde seriam decididos a forma e o sistema de governo que vigorariam no País com o prazo de 20 anos... – o que são prazos e situações bastante distintos.

E conclui seu voto afirmando:

Senhor Presidente, concluo dizendo que, embora não tenha simpatia pelo expediente, embora não seja entusiasta das experiências plebiscitárias, embora não tivesse votado, se fosse legislador, o que foi estabelecido para ocorrer no dia 7 de setembro, não vejo porque não pudesse ser antecipado para 21 de abril do mesmo ano, por otivos bons ou menos bons, de utilidade, de conveniência, de oportunidade, acertadamente ou não. Não vejo como e onde se possa acoimar de inconstitucional a norma adotada regularmente.

O Ministro NÉRI DA SILVEIRA, após ressaltar que “o fato do plebiscito não foi alterado; apenas, a emenda constitucional quis sua realização em data anterior”, observou o seguinte:

Pretende-se que há restrição ao poder de emenda, no caso, à vista de limite temporal decorrente da norma transitória do art. 2º em foco.

No particular, quanto à possibilidade de emenda, penso que cumpre distinguir entre normas constitucionais, onde previstos prazos.

Tenho, desde logo, ‘ad exemplum’, como distintos os prazos dos arts. 2º e 3º do ADCT de 1988. No art. 3º que cuida de revisão constitucional, após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, compreendo que há limite temporal ao exercício do poder de reforma da Constituição, estabelecido pelo constituinte, e, assim, insuscetível de ser encurtado o prazo pelo Congresso Nacional, como órgão investido do poder de revisão da Carta Política, aí previsto. (...)

No que respeita, porém, ao plebiscito, não poderia, decerto, a data de sua realização ser postergada para momento posterior ao da revisão constitucional do art. 3º do ADCT, precisamente, porque, nessa, se há de ter em conta o resultado da consulta popular, quanto à forma e sistema de governo, pontos fundamentais a serem considerados na organização política do Estado, e que o constituinte quis deixar abertos à manifestação do povo, para confirmar o que decidido, ou preferir solução diversa.

Na hipótese em análise, destarte, a antecipação do dia do plebiscito em nada prejudica a intenção do constituinte, pois a consulta popular precederá à data prevista, a partir da qual se poderá iniciar o processo de revisão da Constituição, notadamente quanto à forma e sistema de governo.

Como se pode observar, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA identifica como fundamentais apenas o prazo para a realização da revisão – o que identifica como limite temporal – e que o plebiscito ocorra antes do processo revisional, podendo portanto ser antecipado. Embora o Ministro tenha julgado improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, afirmando estar “de inteiro acordo com o brilhante voto do ilustre Ministro Relator”, cumpre recordar que, segundo o Ministro MOREIRA ALVES, em tese poderia o poder reformador adiar a data do plebiscito, mesmo que esta data fosse posterior ao processo de revisão, tendo como conseqüência apenas que a eventual mudança determinada pelo eleitorado teria que ocorrer nos termos do processo regular de reforma, previsto no artigo 60 da Constituição.

3.2 Sistema de governo

A doutrina constitucional não inclui o sistema de governo nas reflexões sobre os limites ao poder de reforma, donde, todavia, nada se pode concluir a este respeito – a não ser, é claro, que a doutrina é omíssa quanto ao tema. De fato, trata-se de uma questão suficientemente complexa para se deduzir, a partir do silêncio doutrinário, algum um posicionamento a respeito do tema.

O legislador constituinte de 1988 adotou o sistema presidencialista de governo, mas definiu que em 1993 ocorreria um plebiscito, onde o eleitorado deveria se manifestar sobre o assunto, devendo optar entre os sistemas presidencialista e parlamentarista de governo. Cumpre frisar que tal consulta plebiscitária havia sido convocada pelo poder constituinte originário, estava prevista em norma constitucional e tinha data determinada para sua ocorrência.

Nesse sentido, tendo o povo se decidido pelo sistema presidencialista, cabe indagar:

- 1) Tornou-se o sistema de governo presidencialista uma cláusula pétrea?
- 2) Caso o sistema de governo possa ser alterado, tal mudança deverá ser precedida de novo plebiscito ou poderá ser realizada pelo Congresso Nacional nos termos do art. 60?

O caráter – não necessariamente antidemocrático, mas ao menos – antimajoritário das normas imodificáveis de uma Constituição já revela uma dificuldade em se presumir imodificável aquilo que o legislador constituinte não fez expressamente. E não apenas o legislador constituinte não incluiu expressamente o sistema de governo presidencialista no rol das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF) – como o fez, por exemplo, com a forma federativa de Estado – como ainda admitiu a possibilidade de uma eventual substituição deste sistema (art. 2º, ADCT), revelando assim que de fato não se trata de um valor a ser preservado ainda que contra uma vontade majoritária. Poder-se-ia argumentar que assim como, por um lado, o legislador constituinte não incluiu expressamente o sistema de governo no rol de normas imodificáveis, permitindo presumir que tal norma poderia ser modificada, por outro previu expressamente um único momento em que poderia haver a mudança (07 de setembro de 1993), donde se poderia também presumir que não haveria outra oportunidade senão naquela data. A questão não é simples, portanto. Ainda assim parece mais correto reconhecer que, nesta tensão entre constitucionalismo e democracia – ao menos no

caso presente em que não se trata de um valor estranho à ordem constitucional, mas ao contrário até admitido pelo legislador constituinte – a limitação constitucionalista do poder deve ceder à vontade majoritária democrática.

No entanto, convém observar que o reconhecimento da possibilidade de alteração do sistema de governo não implica necessariamente que tal mudança ocorra nos termos ordinários do art. 60, CF – até porque a questão é por demais complexa e está longe de ser ordinária. Isso nada obstante, é pelo simples reconhecimento de que o sistema pode ser alterado, que alguns autores – os poucos que se manifestam sobre o assunto – acabam, de certo modo, por admitir a possibilidade do Congresso Nacional contrariar uma decisão tomada diretamente pelos cidadãos. Nesse sentido, assim se manifesta GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA:

Alguns autores têm considerado que o sistema presidencialista de governo deveria ser reconhecido como um limite implícito. Em favor dessa opinião desenvolveram-se duas linhas de argumentos. A primeira interpreta a previsão de realização de plebiscito sobre a forma e o sistema de governo (art. 2º do ADCT) como uma transferência, por parte do constituinte e em favor do povo, da decisão soberana sobre aqueles dois assuntos, de modo que o poder reformador não poderia dispor sobre aquilo que o próprio constituinte reservara ao eleitorado. “Diante da expressão direta da vontade do soberano, nenhum órgão constituído pode repronunciar-se sobre o assunto e, menos ainda, contrariar a deliberação popular”. A segunda, às vezes complementar à primeira, considera o sistema parlamentarista incompatível com o princípio da separação dos Poderes, um limite expresso; e o plebiscito de 1993 é visto nesse caso com a única e excepcional possibilidade de adoção do parlamentarismo. Vitorioso na consulta popular, o presidencialismo não poderia mais ser descartado.

O primeiro argumento está baseado em duas premissas. A primeira – correta na lógica de uma organização política contemporânea que se pretenda conformada ao postulado democrático – é a de que o povo é titular do poder constituinte e de que, em conseqüência, a sua obra está acima dos poderes constituídos. A segunda é a idéia de que a manifestação direta da vontade popular por meio de plebiscito representa sempre o exercício de funções constituintes. Essa última premissa é equivocada, por expressar uma errônea compreensão da relação que

existe, no contexto de uma ordem constitucional vigente que se queira coerente com os seus fundamentos, entre a supremacia constitucional e o princípio democrático. (...) o poder do povo só é poder constituente quando se trate de romper com a ordem em vigor para estabelecer uma nova constituição; em conseqüência, o poder do povo exercido no contexto da continuidade da ordem constitucional é um poder juridicamente limitado, isto é, uma competência prevista na constituição. Não há assim uma supremacia intrínseca da manifestação plebiscitária sobre os demais poderes constituídos: do contrário, não se poderia, por exemplo, reconhecer ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei pelo simples fato de ter ela sido submetida a referendo popular.

Portanto, a relação que existe entre uma decisão plebiscitária (como aquela prevista no art. 2º do ADCT) e os poderes constituídos (como o poder reformador regulado pelo art. 60) só pode ser aquela que esteja estabelecida na própria Constituição. E nenhum elemento da Constituição sugere que a matéria decidida no plebiscito de 1993 estaria excluída do poder reformador. O que é plausível admitir é que a revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT destinava-se, dentre outras coisas, a adequar a Constituição ao resultado do plebiscito (a proximidade da sucessão temporal entre um e outro ato sugere fortemente essa vinculação) e que, em conseqüência, não se poderia na revisão instituir um sistema de governo diferente daquele decidido [sic] pelo eleitorado, sob pena de se contrariar a própria razão de ser do (excepcional) processo revisor.

Ao lado disso, o contexto histórico da elaboração da Constituição indica que a previsão do plebiscito sobre o sistema de governo resultou da inexistência de um consenso consolidado quanto à alternativa entre a manutenção do presidencialismo e a instauração do parlamentarismo, defendida de forma marcante na Constituinte por Afonso Arinos de Melo Franco. A designação do plebiscito teve assim apenas o sentido de um compromisso dilatatório: mantinha-se o presidencialismo mas se tornava obrigatória uma nova decisão sobre o assunto menos de cinco anos mais tarde.

Como se vê, nada no texto ou no contexto da Constituição autoriza considerar definitiva, insuscetível de modificação futura, a decisão tomada no plebiscito de 1993. (...)

Por fim, caberia acrescentar que nenhuma tese favorável à inclusão do presidencialismo no âmbito do conteúdo irreduzível da Consti-

tuição estaria suficientemente fundamentada se não demonstrasse a existência de uma relação essencial entre o sistema presidencialista e o núcleo de legitimidade constitucional (...). Não se tem notícia dessa demonstração nem de elementos que a possam alimentar. Ao contrário, a ausência de qualquer alusão ao presidencialismo no Título I da Constituição (“Dos Princípios Fundamentais”) reforça a idéia de que o sistema de governo é entre nós, como de resto na generalidade dos Estados contemporâneos, um dado estranho ao horizonte de legitimidade da Constituição.⁵²

Não parece correto afirmar que as premissas em que se baseia o primeiro argumento sejam a de que (1) “o povo é titular do poder constituinte e de que, em conseqüência, a sua obra está acima dos poderes constituídos” e a de que (2) a manifestação direta da vontade popular por meio de plebiscito representa sempre o exercício de funções constituintes. Em relação a esta última vale lembrar que a própria Constituição é clara ao afirmar que o poder será exercido “por meio de representantes eleitos ou diretamente”, mas em todo caso, “nos termos desta Constituição”. Logo, as manifestações do povo – quando nos termos da Constituição – não serão manifestações *constituíntes*, como afirma a segunda premissa e supõe a primeira. O que se deve verificar é se os poderes constituídos devem acatar as decisões tomadas diretamente pelo povo (frise-se: nos termos da Constituição) ou se estão habilitados a ignorá-las. Em relação a isto, o próprio autor parece estar de acordo, ao menos quando reconhece que o Congresso Nacional, no exercício do poder revisor, deveria acatar a decisão tomada pelo eleitorado no plebiscito de 1993. A questão que se coloca, portanto, é entre uma decisão tomada diretamente pelos cidadãos, e sem qualquer violação ao texto constitucional, e a relação entre esta decisão e os poderes constituídos. Assim, o Autor incorre em equívoco quando afirma que “a relação que existe entre uma decisão plebiscitária (como aquela prevista no art. 2º do ADCT) e os poderes constituídos (como o poder reformador regulado pelo art. 60) só pode ser aquela que esteja estabelecida na própria Constituição”, para em seguida concluir que “nenhum elemento da Constituição sugere que a matéria decidida no plebiscito de 1993 estaria excluída do poder reformador”. É que, ao que sugere o autor, seria

⁵² SILVA, Gutavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 138-143.

possível o Congresso Nacional (poder reformador), dispensada nova consulta plebiscitária, alterar o sistema de governo escolhido pelos cidadãos em 1993. No entanto, uma pergunta torna-se inevitável: a partir de que momento, admitindo-se a hipótese, seria lícito ao Congresso Nacional alterar o sistema de governo mesmo contrariando a vontade popular? O autor admite que isto não seria possível até o momento da revisão (inclusive). Mas seria possível que o Congresso, logo ao término do processo revisional, alterasse, nos termos do processo não de revisão mas de reforma (previsto no art. 60, CF), o sistema de governo decidido pelo eleitorado? E se não fosse possível naquele momento imediato, seria possível passados 2 ou 3 anos? Em que momento “prescreveria” a decisão tomada pelos cidadãos? Mais correto parece reconhecer que não há nenhum aspecto temporal a se observar e que, como colocou o constitucionalista ADRIANO PILATTI (embora em trabalho em que tratava da forma republicana de governo):

Se a Assembléia Nacional Constituinte devolveu à cidadania o poder de decidir diretamente sobre a forma e o sistema de governo, se o povo soberano decidiu-se, inequivocamente, pela preservação da República presidencialista, fica evidente – por mera questão de lógica e simetria, traduzida no princípio do paralelismo das formas – que somente o próprio povo soberano, através de nova decisão direta, pode rever suas próprias decisões. Por conseguinte, além dos conteúdos expressamente protegidos pela cláusula pétrea, o princípio republicano encontra um fator adicional de estabilização: a decisão plebiscitária implica em incontestável estabelecimento de limite procedimental ao exercício do poder de reforma constitucional, de sorte a revisão da decisão em favor da República (e do presidencialismo) somente pode ser realizada de modo legítimo pela própria cidadania, diretamente – nem mesmo o Congresso Nacional, por Emenda à Constituição, poderá fazê-lo sem prévio, expresso e específico consentimento popular. Qualquer outro caminho implica em golpe, em fraude à Constituição, em traição à cidadania.⁵³

Por fim, cabe ainda ressaltar que não é estranho o estabelecimento da consulta popular como um limite procedimental para o início do desenvolvimento do processo legislativo. *Mutatis mutandis*, é o que faz

⁵³ PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 131.

o art. 18 da Constituição, quando condiciona a criação de Estados e Municípios à prévia consulta popular.

Conclusão

Como pretendemos demonstrar, a doutrina constitucionalista brasileira, além de adotar diferentes nomenclaturas⁵⁴ para determinar as espécies de limites ao poder de reforma previstas na Constituição de 1988, varia também na sua identificação, havendo um consenso mínimo apenas a respeito das cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º e das circunstâncias de exceção institucional, previstas no art. 60, §1º da Constituição, que impedem o regular prosseguimento do processo de reforma. A própria existência de limites que são identificados por alguns autores e ignorados por outros já poderia sugerir que a doutrina consolidada a respeito dos limites ao poder de revisão, com o perdão pelo trocadilho, merece uma revisão.

Assim, identificamos ao longo deste trabalho ao menos duas outras limitações não apontadas pela doutrina tradicional: a limitação material implícita referente à data do plebiscito prevista no art. 2º do ADCT e a limitação procedimental relativa ao sistema de governo.

Estes dois exemplos específicos, longe de contribuírem para uma leitura taxativa dos limites ao poder de reforma constitucional, apontam para a existência de outras limitações, que caberá à doutrina identificar. Em relação à limitação procedimental, é fácil perceber que é válida tanto para o sistema como para a forma de governo. Quanto aos limites materiais implícitos, estes, como deixaram claro alguns ministros do STF – mesmo os que julgaram improcedentes as ADINs mencionadas acima –, referem-se às decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder constituinte, que, nas palavras do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, devem ser “objeto de exame caso a caso”. Mas que existem, existem.

⁵⁴ Este breve ensaio, limitado a um tema específico, não permite generalizações, mas parece que os autores de manuais de Direito Constitucional revelam uma certa tendência em criar classificações próprias sobre diversos assuntos da área sem atentarem para as classificações já existentes – o que não os impediria de criarem outras, mas já os obrigaria a realizarem uma análise crítica em relação ao que pretendem mudar. Diz-se que “o que vem depois e não supera também não se iguala”. Se os autores atentassem para esta *sabedoria de bolso*, a doutrina constitucionalista seguramente sairia fortalecida.

Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- PILATTI, Adriano. O Princípio Republicano na Constituição de 1988. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, pp. 127-131.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.
- SILVA, Gutavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, tomo I.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1990.