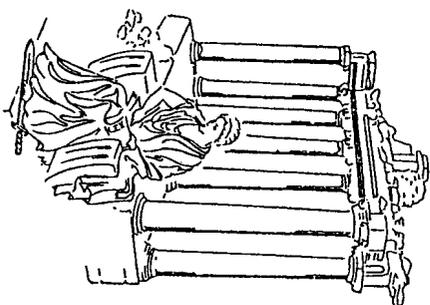


NELSON DE SOUSA SAMPAIO
Catedrático de Teoria do Estado da Faculdade de Direito
da Universidade da Bahia

O PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL



99201

LIVRARIA PROGRESSO EDITORA
BAHIA — 1954

CAPITULO IV

LIMITAÇÕES DO PODER REFORMADOR

Os limites fixados pelo legislador constituinte para a reforma constitucional podem referir-se ao tempo, ao objeto ou ao processo de sua realização. Falaremos, então, de limitações temporais, materiais e formais do poder reformador.

LIMITAÇÕES TEMPORAIS PARA A REFORMA

A maioria das constituições pode ser reformada a qualquer tempo. A Constituição Suíça proclama este princípio, que dispensaria, aliás, consagração expressa. Por vezes, porém, o legislador constituinte proíbe que a reforma constitucional se realize em determinadas épocas ou durante certo tempo. Uma variante, hoje rara, de tais proibições, é a prescrição de periodicidade da proposta de reforma, a exemplo do que prescrevia a Constituição de Indiana de 1816, passível de reforma de 12 em 12 anos, ou do que rezam a Constituição de Tennessee (art. xi, secção 3), a de New Hampshire (2.^a Parte, art. 99) e a de Vermont (Cap. II, secção 68 da Const. de 1793, com emendas até 1924), reformáveis, respectivamente, de 6 em 6 anos, de 7 em 7 anos, e de 10 em 10 anos (114). A Constituição da Segunda República francesa prescrevia a periodicidade da reforma, ao dispor, em seu art. 111, que a decisão da Assembléa Nacional sôbre a sua oportunidade somente seria tomada no último ano de cada legislatura. A

(114) A Constituição do Tennessee concede, porém, ao congresso estadual o direito de convocar, em qualquer tempo, uma convenção para "alterar, reformar ou abolir" a Constituição.

atual Constituição portuguesa dispõe que sua revisão se realizará de 10 em 10 anos (art. 134), permitindo, porém, a redução à metade desse prazo, se a proposta lograr aprovação de dois terços dos membros da Assembleia Nacional com efetivo exercício (art. 134 § 1.º). Excepcionalmente, essa periodicidade poderá ser quebrada por decreto do presidente da República, quando o exigir imperiosamente o bem público e depois de ouvir o Conselho de Estado (art. 135). O período de dez anos conta-se, em qualquer caso, a partir da data da última revisão.

Pode-se também estabelecer a obrigação de reforma periódica, sem que isso implique necessariamente que as revisões constitucionais não se possam realizar em outras épocas. Está nesse caso a Constituição polonesa de 1921, que, embora permitindo a reforma em qualquer tempo, dispõe que "todos os vinte e cinco anos, a partir do voto da presente Constituição, a Lei Constitucional deve ser submetida a uma revisão pela Dieta e o Senado, reunidos para esse fim em Assembleia Nacional e decidindo por maioria ordinária" (art. 125). Além de obrigar à reforma periódica, a Constituição facilita-a, diminuindo a rigidez do processo revisor, em tais oportunidades.

A reforma constitucional ainda pode ser proibida em disposição transitória, cuja vigência se conta a partir da entrada em vigor da constituição. Ao contrário do que fizeram as Constituições irlandesas de 1922 e 1937, que eram flexíveis nos seus primeiros anos de vida, prescreve-se que a constituição não poderá ser reformada antes de decorrido certo prazo. É mais frequente e explicável esta última hipótese do que a primeira, pelo natural receio de que reformas realizadas quando a constituição inicia os primeiros passos possam pôr em risco a sua consolidação. A Constituição dos Estados Unidos proibiu que antes de 1808 se emendassem dois dos seus dispositivos, o relativo ao direito

de os Estados admitirem imigrantes ou importarem as pessoas que bem entendessem, e o referente à proibição de impor tributos diretos fora da proporção ou censo estabelecido pela Constituição. A Carta do Império brasileiro proibiu qualquer reforma em seus primeiros quatro anos de vida (art. 174). Trata-se, pelos seus termos inequívocos, de um dispositivo transitório, e não permanente, como inadvertidamente o entendeu Pimenta Bueno (115) ao afirmar que toda matéria constitucional revista somente poderá sofrer nova reforma após decorridos quatro anos. De igual natureza é o preceito da Constituição francesa de 1791, que veda sua reforma nas duas legislaturas seguintes à sua promulgação, ou da constituição grega atual (art. 108), que faz idêntica proibição para o seu primeiro decênio. Entre nós, as constituições vigentes do Ceará (art. 174 § 3) e do Piauí (art. 172 § 4) limitam a irreformabilidade aos primeiros cinco anos de existência.

Com o caráter de dispositivo permanente, temos, na Constituição brasileira de 1946, a proibição de reformá-la durante a vigência do estado de sítio (art. 217 § 5.º, que é reprodução do prescrito pelo art. 178 § 4.º da Const. de 1934). Nossas constituições estaduais, com exceção de Paraná, Maranhão e Sergipe, inserem a mesma proibição (116). As da Bahia, Rio Grande do Norte, Minas, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São

(115) *Direito Público Brasileiro e Análise da Const. do Império*, p. 486: "... julgamos que essa disposição [a do art. 174] não é transitória, e sim aplicável a qualquer alteração que tenha sido consumada; entendemos que o Ato Adicional, por exemplo, não poderia ter sido reformado senão depois de passados quatro anos da data do seu juramento".

(116) Algumas, como a da Paraíba e Pernambuco, acrescentam que a proibição existe quando o sítio abrange o Estado, no todo ou em parte. Devemos, porém, considerar dispensável, porque implícita, essa especificação.

Paulo e Rio Grande do Sul (117) vedam, além disso, a reforma durante a intervenção federal. Todos esses dispositivos procuram assegurar que as deliberações sobre uma reforma constitucional sejam tomadas num ambiente de liberdade, que evite as imposições da força ou de interesses unilaterais. Por motivos semelhantes, é que a Constituição belga (art. 84) não pode ser revista durante uma regência. Por sua vez, como recordação da experiência de Vichy, a atual Constituição francesa dispõe, em seu art. 94: "Em caso de ocupação do território metropolitano no todo ou em parte, nenhum processo de revisão pode ser iniciado ou prosseguido".

Em nosso modo de ver, tódas 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 habitar-se das condições de tempo do seu exercício, impostas pelo legislador constituinte. Assim, 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, como fez, segundo já vimos, o Parlamento irlandês em 1929. O inverso, entretanto, nada tem de inadmissível. O poder reformador poderá prever ou estender o prazo de irreformabilidade da

(117) A Const. gaúcha ressaltava que a reforma pode ser feita durante a intervenção federal, se visa a "substituir dispositivo declarado inconstitucional pelo poder competente" (art. 250, parágrafo único).

constituição, pois, em tal hipótese, estaria êle próprio criando ou tornando mais rigorosas as condições de tempo para o seu exercício.

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.

A EXTENSÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL

Quanto à sua amplitude, costuma-se falar em reforma total e reforma parcial da constituição. O termo "emenda" tem maior propriedade nesta última hipótese, mas é usado também em sentido amplo como equivalente de [revisão] ou [reforma] como fazem os escritores ingleses com as expressões *amendment* e *revision* de referência a alterações da constituição. A Constituição brasileira de 1934 distinguiu, como vimos, entre *emenda* e *revisão*, mas tomando por base a importância dos dispositivos visados, e não a extensão da reforma. Nas Constituições vigentes do Ceará (art. 174), Maranhão (art. 136) e Piauí (art. 172), a distinção entre emenda e revisão, embora não definida, faz-se segundo o maior ou menor campo abrangido pela reforma.

Tratando-se de reforma parcial, podemos discriminar as emendas em aditivas, supressivas e modificativas de dispositivos constitucionais. Muitas constituições, como a da Irlanda (art. 46), a da Suíça (art. 121), e várias dos Estados-membros da Alemanha Ocidental, aludem expressamente a essas modalidades, que, aliás, nenhuma importância têm quanto ao processo revisor. Não vemos, por isso, razão para a diferença, adrogada pelo juiz M. F. Morris, entre emenda e adição, de referência ao sistema constitucional da União nor-

reforma
total
reforma
parcial
(emenda)
= emenda
revisão

te-americana, e segundo a qual a última variedade requer a aprovação unânime dos Estados (118).

Em vários textos constitucionais encontramos menção das duas variedades de reforma, a total e a parcial. Em algumas delas, como a da França de 1848 (art. 111), essa referência não acarreta nenhuma seqüência, uma vez que o processo reformador é o mesmo para ambas as hipóteses. Na Suíça, porém, o discrimine é acompanhado de algumas variações de método para cada um dos casos (art. 120-121), o que também sucede na Constituição cubana de 1940 (art. 286) e nas do Ceará, Maranhão e Piauí.

Devemos equiparar à reforma constitucional toda interpretação direta de qualquer dispositivo da constituição por parte do poder legislativo. Algumas cartas políticas consignam de modo explícito êsse princípio, sujeitando ao mesmo processo essas duas espécies de labor legislferante. A de Baden de 1947 prescreve (art. 92, alínea 2) a mesma tramitação para que a Constituição ou suas partes possam ser "completadas, interpretadas, modificadas ou revogadas" (*ergaenz, erlauert, abgeändert oder aufgehoben werden*). De igual modo, determina a Constituição da Suécia que "nenhuma interpretação das leis constitucionais poderá ser feita senão da maneira prescrita para a modificação dessas mesmas leis" (art. 83).

LIMITAÇÕES MATERIAIS EXPLÍCITAS AO PODER DE REFORMA

A reforma parcial tem tido os seus apologistas. Mas não nos ocupamos agora desse problema, ou seja, o de saber se a sabedoria política desaconselha a revisão total. Nossa questão é outra, e de ordem jurídica. Indagamos se é possível ou não o conceito de reforma total.

(118) Apud Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, p. 338, nota 2.

no rigor da expressão. Em termos mais precisos ainda: existirá em toda constituição algo que está fora do alcance do poder de reforma, algo irreformável?

Não se trata, por conseguinte, de uma simples interrogação sobre a forma ou o modo de ser feita a revisão constitucional, se em bloco ou por parte. Esta última modalidade não constitui por si mesma uma negativa à nossa pergunta, pois de parcela em parcela poder-se-á atingir na reforma o todo constitucional. Para comodidade de terminologia, ao invés de falar de reforma parcial, nesta última hipótese, poderíamos denominá-la reforma *parcelada*, a qual não implica no reconhecimento de haver partes invulneráveis na constituição, de igual modo que a revisão de conjunto não significa necessariamente que não se respeite, senão a letra, pelo menos o espírito de algumas disposições da constituição revista. Assim, em face apenas do art. 131 da Constituição belga, que dá ao poder legislativo a atribuição de decidir sobre a oportunidade de "revisão de tal dispositivo constitucional", não podemos concluir que haja aspectos dessa lei básica imodificáveis através de reforma. Para chegar a tal tese, teremos de encontrar outros fundamentos, como faz Pierre Wigny, depois de haver-nos esclarecido que, pelo citado art. 131, "nenhum dispositivo da Constituição é intangível e escapa à possibilidade de uma revisão" (119).

Já 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." Êsse preceito é, aliás, a reprodução, em termos mais categóricos, do que já

(119) Pierre Wigny, *Droit Constitutionnel*, vol. I, p. 216.

vinha na Constituição da Noruega, cujo art. 112 determina que as reformas "sõmente deverão recair sôbre disposições particulares e não poderão transformar o espírito da Constituição". Especificando mais, é o que também preceitua a Constituição (1946) do Estado federado da Baviera: "Não são admitidas propostas de reforma constitucional que contrariem os princípios democráticos da Constituição" (art. 75 n.º 1). Em linhas gerais, o mesmo diz o art. 92, alínea 4, da Constituição de Baden de 1947.

Em outras constituições, cujo número tem crescido depois da Segunda Guerra Mundial, vêm mencionados os pontos inalteráveis pelo reformador, seguindo o precedente da lei constitucional francesa de 14 de agosto de 1884 (120) que não admitia proposta de revisão da forma republicana de govêrno. Idêntica proibição reaparece nas Constituições vigentes da França (art. 95) e da Itália (art. 139). Tôdas as constituições republicanas do Brasil, excetuada a de 1937, não permitem que sejam objeto de deliberação propostas tendentes a abolir a federação (121) ou a república. A car-

(120) Um precedente muito mais antigo encontra-se no art. 30 da Constituição de Delaware de 1776: "Nenhum artigo da Declaração de Direitos e Normas Fundamentais deste Estado, aprovada por esta Convenção, nem os arts. 1, 2, 5 (exceto a parte relativa ao direito de sufrágio), 26 e 29 desta Constituição podem ser violados sôbre qualquer fundamento; nenhuma outra parte desta constituição será revista ou supressa (*diminished*), sem a aprovação de cinco sétimos da Assembléia, e de sete membros do Conselho Legislativo".

(121) O disposto na parte final do art. V da Constituição dos Estados Unidos — "nenhum Estado será privado, sem seu consentimento, do direito à igualdade de sufrágios no Senado" — não tem teoricamente o mesmo valor dessas disposições. Ali não se proíbe, como faz a Constituição brasileira de 1891 (art. 90 § 4.º), tôda proposta tendente a diminuir o número de votos de um Estado no Senado, mas apenas se exige para sua aprovação o consentimento do mesmo Estado. Na prática, porém, isso é suficiente para retirar a viabilidade de tal reforma.

ta política de Hessen, de 1946, inclui a forma republicana e parlamentar de govêrno, ao lado dos princípios democráticos, entre os pontos que tôda reforma constitucional deve respeitar (art. 150). A constituição provisória de Niedersachsen alonga essa enumeração, pois para ela é intangível tudo que se contém no seu art. 1.º, n.º 1, e no art. 2.º, ou seja, a condição de Estado de Direito republicano e democrático-social, componente da Federação alemã (art. 37).

Ainda mais ampla em tais proibições é a Constituição da Alemanha Ocidental, que não consente que se alterem "a divisão da Federação em Estados-membros (*Laender*)", o princípio da participação destes na legislação e os princípios estabelecidos nos arts. 1.º e 20" (art. 79, n.º 3). O primeiro dos artigos aludidos refere-se aos direitos fundamentais, e o outro (art. 20) aos princípios do Estado de Direito e do govêrno popular. Também na Constituição de Bremen (1947), os preceitos contidos na sua declaração de direitos fundamentais bem como o princípio de que "o legislador, a administração e a jurisdição estão vinculados às normas da moralidade e da humanidade" (art. 1.º) se acham protegidos contra tôda reforma constitucional (art. 20).

A inalterabilidade dos requisitos processuais exigidos para a reforma constitucional é prescrita pela constituição de Rheinland-Pfalz de 1947 (art. 129) e pela de Württemberg-Baden de 1946. Esta última reproduz também os dizeres já citados da constituição norueguesa, que não permitem reformas que contrariem "o espírito da constituição" (art. 85).

Diante de textos tão claros, a ninguém é lícito duvidar de que contém limites intransponíveis à ação do reformador constitucional. A obstinação na tese contrária, por amor à teoria da ilimitação do poder de reforma, sômente poderia ser mantida a prego de sofismas, senão de incongruências, como as dêste trecho de

Burdeau "Este termo, poder de revisão, não implica, porém, de nenhum modo, que a autoridade nele investida sòmente seja competente para modificar certas disposições da constituição em vigor. Ela também pode estabelecer uma constituição inteiramente nova. Todavia, nesse último caso, o respeito aparente das formas constitucionais, combinado com uma mudança radical do espírito das instituições, não deixa de dar à atividade do órgão revisor um cunho bastante paradoxal. Isso explica que se tenha proposto qualificar de fraude à constituição (veja-se G. Liet-Veaux, *Rev. du droit public*, 1943, p. 116) esta deferência exterior para com os processos constitucionais quando dissimula, na realidade, uma verdadeira revolução" (122).

Mais adiante, **Burdeau** admite a legitimidade de quaisquer limitações temporais ao poder revisor, mas, inexplicavelmente, considera "sem valor jurídico" e nulas aquelas disposições como a que proíbe a mudança da forma republicana de governo, sobre o fundamento de que "o poder constituinte de um dia não tem nenhum título para limitar o poder constituinte [preferiríamos dizer "poder revisor"] do futuro" (123). Mas essas assertivas ainda figuram na sexta edição do seu *Manuel de Droit Constitutionnel*, de 1952, por mero descuido, pois a essa época o autor já havia renegado tais pontos de vista, que provêm de edições anteriores. Com efeito, no terceiro volume do *Traité de Science Politique*, vindo a lume em 1950, Burdeau ressaltava a distinção entre "poder constituinte originário" e "poder constituinte instituído" ou poder reformador, caracterizando este último como dotado intrinsecamente de uma competência limitada. (124). Comentando a re-

(122) Georges Burdeau, *Manuel de D. Constitutionnel*, p. 53-54.
 (123) Idem, p. 59.
 (124) *Traité de Science Politique*, 3.º vol., p. 247 e segs.

este poder reformador "a distinção entre poder constituinte originário e poder instituído"

ferida disposição do art. 8 da Lei francesa de 14 de agosto de 1884, reproduzida na atual Constituição da França (art. 95) e em outras constituições, segundo a qual "a forma republicana de governo não pode ser objeto de uma proposta de revisão", escreve Burdeau que tal interdição é "severamente julgada pela doutrina. Enxerga-se aí uma manifestação política, um simples voto desprovido de valor jurídico e sem força obrigatória a respeito dos constituintes [leia-se "revisores"] futuros. Nenhuma disposição constitucional, afirma-se, pode consagrar a intangibilidade absoluta de uma parte da constituição. Eju mesmo, tendo sustentado uma tese análoga (125), creio, depois de mais ampla reflexão, que ela não tem fundamento. Com efeito, quando a constituição proíbe que se fira a forma do regime ou o seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a imutabilidade absoluta das instituições, o que seria uma contra-senso. Ela recusa apenas ao órgão de revisão a faculdade de operar reformas que, por sua natureza ou sua importância, ultrapassem as possibilidades de um poder instituído. Mas essas mesmas reformas podem sempre ser realizadas pelo poder constituinte originário" (126).

Como vemos, os que sustentam, como **Duguit** a nulidade das disposições que proíbem ao reformador tocar em certos pontos da constituição, partem sempre da confusão entre poder revisor e poder constituinte. Aos defensores da ilegitimidade dessas proibições, poder-se-á redarguir com estas palavras de **Kelsen**: "Se a norma da constituição que torna mais difícil uma reforma se considera obrigatória para o legislador, a nor-

totalmente reformador
 Kelsen →

(125) Burdeau faz remissão, a esta altura, à 5.ª edição do seu *Manuel de D. Constitutionnel*, que permaneceu inalterado nesse ponto, como vimos, na edição seguinte.
 (126) *Traité de Science Politique*, 3.º vol., p. 254-255.

esta reforma
 Kelsen →

ma, que exclui qualquer reforma deve ser considerada igualmente válida" (127).

Compreendemos, contudo, que o reformador está cerceado pelo conteúdo dessas proibições, e não pela forma em que estão vasadas. A Lei Fundamental da Alemanha do Oeste proíbe que se reformem "os princípios" estabelecidos no seu art. 1.º e 20. Significa isso que uma emenda constitucional pode dar nova redação àqueles artigos, contanto que não altere o seu sentido. O mesmo devemos dizer de referência ao disposto no art. 217 § 6.º da Constituição brasileira vigente. Não devemos tomar a proibição de projetos abolidores da federação e da república tão ao pé da letra que impossibilite a mudança de redação de qualquer artigo onde se mencione tais formas de organização política. A proibição aludida não ficaria desrespeitada, por exemplo, caso se propusesse substituir os dizeres do art. 1.º daquela Constituição, pelo art. 1.º da Constituição de 1934. Em alguns casos, parece que até a letra de certos dispositivos é intangível, a exemplo do que diz o já citado art. 20 da Constituição de Bremen: "Os arts. 1.º e 20 são inalteráveis". Mesmo em tais hipóteses, não vemos necessidade de que o intérprete se apegue a um fetichismo do texto a ponto de venerar suas palavras como sacramentais e intocáveis.

Não nos parece necessário acrescentar que todos os dispositivos que encerram proibições desta natureza não podem, por sua vez, ser objeto de uma reforma constitucional. É redundante, pois, a cautelosa disposição da citada Carta de Hessen, que após mencionar, no seu art. 150, os princípios constitucionais irrefornáveis, ajunta que "também este próprio artigo não pode ser objeto de uma reforma constitucional". Se isso não estivesse sempre subentendido, todas essas

(127) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 259.

proibições antepostas ao poder reformador seriam vãs, porque êle 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 inadmissível.

No caso da Constituição brasileira vigente, por exemplo, o partidário do Estado unitário ou do governo monárquico, primeiro teria de levar a cabo a sua pressão do § 6.º do art. 217, e, num segundo tempo, propor a implantação da monarquia e do unitarismo. Segundo Duguit, o reformador francês poderia agir desse modo em relação ao art. 2.º da Lei Constitucional de 14 de agosto de 1884. Bastaria que êste fôsse revogado, para que o revisor ficasse com as mãos livres para alterar a forma de governo, tanto mais quanto, no caso francês, a proibição de mudar a forma republicana de governo foi introduzida por uma assembleia de revisão e outra assembleia dessa ordem poderia afastá-la (128). Vedel também admite que é possível revogar o art. 95 da Constituição francesa, que reproduz a mesma proibição de mudar a forma republicana de governo (129). É claro, porém, que, por meio desse expediente, não teria deixado de violar a Constituição, embora indiretamente, praticando, na lição de Liét-Veaux, já aludida, uma "fraude à constituição", ou seja, uma "violação diferida das formas de revisão, conformidade à letra da constituição com menosprezo, porém, do seu espírito" (130).

(128) Duguit, *Traité de D. Constitutionnel*, vol. IV, p. 540.

(129) Georges Vedel, *Manuel Élémentaire de D. Constitutionnel*, p. 117.

(130) Liét-Veaux, *Essai d'une Théorie Juridique des Révolutions*, p. 66. O autor refere-se, nessa passagem, à violação das

Essa prevalência do espírito sobre a letra é que nos autoriza a afirmar a inadmissibilidade de revisão do § 5.º do art. 178 da Constituição brasileira de 1934, — no qual se contém a proibição de receber propostas tendentes a abolir a federação e a república —, embora o seu texto reze que “este mesmo art. 178” (sem ressaltar o § 5.º) está sujeito à revisão. Esteado nesses princípios, conclui acertadamente Pontes de Miranda que “a revisão do § 5.º não é possível; alterar preceito que postula a inalterabilidade de outro é alterar essou-tro; porque tornar possível alteração que era impossível orça por alterar” (131).

LIMITAÇÕES MATERIAIS INERENTES À REFORMA
CONSTITUCIONAL

Mas, além dessas limitações explícitas quanto ao objeto da reforma constitucional, não há outras que se impõem ainda no silêncio do texto da constituição? Um grande número de escritores (132) responde pela negativa, opinando que o reformador está impedido de fazer somente o que a constituição *expressamente* lhe veda.

Por outro lado, têm engrossado as fileiras dos que reconhecem os limites inerentes à reforma constitucional. William L. Marbury, conforme salienta Schmitt (133), foi o primeiro a dar certo desenvolvimento a esse tema. Mas a doutrina, como nos recorda Haines, “formas” de revisão, mas é claro que o seu conceito de fraude da constituição também inclui o nosso caso, que representa um des-respeito a um limite material do poder de reforma.

(131) *Commentários à Const. Bras. de 1934*, 2.º vol., p. 535.

(132) Entre eles, estão Westel W. Willoughby, Arturo Enrique Sampay, Julio Cueto Rúa, Tena Ramirez. Vejam-se seus pontos de vista em Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2.º vol., p. 154, 157, 159-161.

(133) *Teoria de la Constitución*, p. 124.

conta velhos precursores entre ilustres constitucionalistas norte-americanos, tais como Joseph Story e T. M. Cooley. Para o primeiro, a Constituição federal organizara uma União que “é indissolúvel por qualquer processo por ela previsto ou admissível segundo seus dispositivos ou princípios em que se baseia, e somente pode ser destruída pela força física autora de uma revolução”. Cooley diz-nos, em termos mais gerais, que as emendas constitucionais “não podem ser revolutivas; elas devem estar em harmonia com o corpo do documento” (134).

Aí estão os germes do que hoje nos parece uma doutrina irrecusável, porque se estriba no próprio conceito de reforma constitucional e na distinção evidente entre poder revisor e poder constituinte. Ela é um consectário lógico de quanto escrevemos até aqui, e um borolário de nossa afirmativa de que toda constituição rígida é em parte, por definição, também uma constituição fixa.

Mas, se a doutrina dos limites naturais do poder reformador assenta em princípios sólidos, ainda não há acôrdo entre seus adeptos na discriminação desses limites. Em nosso entender, acreditamos que os espíritos lógicos concordarão que estas 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 constitucional.

(I) — A referência aos direitos fundamentais como matéria não reformável é, a rigor, redundante, em face do que já escrevemos quando sustentamos o caráter supra-estatal desses direitos, cujo respeito é obrigató-

(134) Apud Haines, *The Revival of the Natural Law Concepts*, p. 337.

rio até para um poder de maior hierarquia do que o reformador — o poder constituinte. Já conhecemos a opinião de Pontes de Miranda no sentido de que alguns incisos do art. 141 da actual Constituição brasileira não podem ser revogados por meio de revisão. Como esse autor sustenta, de modo geral, a supra-estatalidade dos direitos fundamentais autênticos, devemos considerar refutada por êle próprio a afirmativa, contida em escrito posterior, de que “a reforma de todos os preceitos da constituição, com a mudança da regra sobre reforma, não equivale à supressão, porque a regra da reforma foi seguida e se assegurou, a despeito da alteração total, a continuidade” (135). Jamais teríamos essa hipótese de revisão absolutamente total, uma vez que os direitos fundamentais estariam excluídos do seu alcance, a não ser que tomemos as suas palavras no sentido de uma reforma total da letra da constituição e não da sua substância, a qual, pelo menos na parte em foco, ficaria respeitada. Essa inteligência é plenamente aceitável, pois, conforme vimos, o que se proíbe ao revisor da constituição é que se altere a substância e não a redacção dos dispositivos referentes aos direitos fundamentais.

Carl Schmitt, embora cingindo a sua análise ao estudo do Estado de Direito liberal-burguês, chega à mesma conclusão, tomando como premissa sua conhecida distinção entre constituição e lei constitucional. As decisões existenciais de uma unidade política sobre o seu modo de ser corporificam a sua *constituição*. “As ultteriores normações, as enumerações e delimitações de competências em pormenor, as leis para as quais se escolheu, por qualquer motivo, a forma da lei constitucional, são relativas e secundárias diante daquelas decisões; a singularidade externa das mesmas caracteri-

(135) Pontes de Miranda, “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições”, in *Rev. de D. Administrativo*, vol. 5.º, p. 19.

za-se pelo facto de que só podem ser reformadas ou supressas através do processo dificultado de reforma nos termos do art. 76” da Constituição de Weimar (136). Dêsse modo, somente se pode falar em emenda ou revisão constitucional de referência ao que Schmitt denomina — em terminologia nada aconselhável, por ser equívoca — “leis constitucionais”, ou seja, tódas as disposições que se baseam na constituição como totalidade de decisão política. A “constituição” em si jamais pode ser reformada. Quando as decisões políticas fundamentais são modificadas, não temos *reforma*, mas, sim, *destruição* ou *supressão* da constituição, segundo a importância das partes atingidas. Se houver mudança do titular do poder constituinte, estaremos diante de uma *destruição* da constituição. Se forem alterados outros aspectos essenciais da ordem constitucional, teremos uma *supressão* da constituição. Por conseguinte, se os direitos do homem, como elementos essenciais da constituição de um Estado liberal de Direito, “podem, certamente, ser modificados por uma norma constitucional, sua destruição completa é, entretanto, mais do que uma simples revisão constitucional” (137).

Em suma, a reforma constitucional pode ampliar — como também o pode a própria lei ordinária — os direitos fundamentais, mas nunca restringi-los e, muito menos, aboli-los. Devemos apenas observar — e, do ângulo político, lamentar — que, a esta attitude dominante na doutrina, não corresponda, na prática revisora, um efetivo respeito pelos direitos fundamentais, o que, sem dúvida, corre por conta da já aludida imprecisão no caracterizar êsses direitos e fixar-lhes o número.

II — A segunda fronteira que uma reforma constitucional não pode transpor é a relativa ao poder

(136) Schmitt, *Teoria de la Constitución*, p. 28-29.

(137) Schmitt, *Idem*, p. 205.

constituinte. Uma revisão constitucional não pode mudar o titular do poder constituinte, pela razão já conhecida de que o reformador não pode dispor do que não lhe pertence. Da mesma sorte que seria um dispauteiro que o legislador ordinário estabelecesse novo titular para o poder reformador da constituição, não se poderia conceber que este pudesse destituir o titular de um poder que está acima dêle. O absurdo é ainda mais chocante na doutrina democrática, em virtude do princípio da inalienabilidade da soberania popular, que nega ao próprio povo o direito de renunciar ao seu poder constituinte. Como admitir, pois, que terceiro possa dispor sobre um direito que não pode ser renunciado pelo seu próprio titular? Dentro da teoria democrática, uma revisão constitucional que transferisse a um autocrata ou a uma aristocracia o poder constituinte do povo não se legitimaria sequer através do *referendum* popular, pois jamais se poderia disfarçar o caráter revolucionário de tal medida, que não seria, na realidade, uma "reforma", mas uma "destruição" da constituição, para usar a terminologia de Carl Schmitt.

E' que, num sistema de constituição rígida, o poder revisor não pode subir até o poder constituinte, de onde êle deriva com a constituição, para, a pretexto de reformá-la, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta da criação contra o criador. Se há ponto que deve ficar invulnerável para que se possa falar em permanência da constituição é justamente êste, para o qual se aplicam, mais do que a nenhum outro, estas considerações gerais de Sanchez Agesta acerca dos limites da atividade revisora: "Em certo sentido, toda constituição, pelo mero fato de o ser, é inamovível, sob o ponto de vista jurídico, em seus últimos fundamentos. Estes elementos, que representam a identidade mesma da ordem, não podem ser compreendidos na competência de um órgão de reforma da constituição. Não se pode conter na idéia de uma continuidade jurídica

uma transformação que altere a identidade dos elementos essenciais. Poder-se-á constituir uma nova ordem, mas nunca haverá possibilidade de soldar essa solução de continuidade. Assim é, entre outras razões, porque o órgão de reforma, ao destruir a ordem em que assenta sua competência, se destrói a si mesmo" (138).

A permanência do titular do poder constituinte e do poder reformador — dêste trataremos em seguida — parece-nos os pontos naturalmente irreformáveis entre os que dizem respeito à organização política. Êles 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 sômente pode ser sustentada quando conste expressamente no texto constitucional, como succede no caso brasileiro. São muitos, porém, os autores que pensam de modo diverso, considerando que nenhuma federação pode ser ábolida 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 (139).

(138) Sanchez Agesta, *Lecciones de Derecho Político*, p. 360.

(139) Vimos que essa doutrina se anuncia em Story, justamente de referência ao princípio de que a União sômente poderia ser dissolvida "pela fôrça física, efetuando uma revolução". A mesma tese está implícita nas palavras de Chase, presidente da Suprema Corte (no caso *Texas vs. White*), de que "a constituição em todos os seus dispositivos visa a uma união indestrutível de Estados indestrutíveis". Para George D. Skinner, a emenda 10, que atribui aos Estados e ao povo os poderes não delegados à União, é — do mesmo modo que a emenda n.º 9 — irreformável. (Para essas referências, veja-se Haines, *The Revival of the Natural Law Concepts*, p. 336 a 339).

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. “Os elementos federais contidos ainda hoje na Constituição do Reich não podem ser supressos simplesmente, segundo o art. 76, de maneira que o Reich alemão se convertesse de golpe, por uma ‘lei de reforma da constituição’, em um Estado unitário..... Tão pouco se poderia transformar, por uma ‘revisão’ do art. 1.º ou do art. 41 da Constituição de Weimar, o posto de presidente do Reich no de um monarca.” (140).

Essa tese já havia sido sustentada na Assembléia Constituinte francesa de 1875, em relação à forma de governo. Ao ser votado o art. 8.º da Lei de 25 de fevereiro de 1875, no qual se prevê, em termos os mais laços, a possibilidade de revisão, “em todo ou em parte”, das leis constitucionais, Paul Cottin ponderara: “Gostaria de saber se, por direito de reforma, a comissão compreende, para as assembléias de que se trata, o direito, eminentemente revolucionário, de mudar, num dado momento, a própria forma de governo. Declaro que, se a comissão assim entende o direito de revisão, não votarei este artigo” (141).

Arnould advogou o mesmo princípio, dando-nos a entender que não há reforma total no sentido absoluto da palavra, pois o direito de revisão somente permite “modificar a Constituição, em seu conjunto, para aperfeiçoá-la. Mas que se possa usar deste direito consagrada pela Constituição para destruí-la, que se possa vol-

(140) *Teoria de la Constitución*, p. 122.

(141) Apud Esmelin, *Éléments de D. Constitutionnel Français et Comparé*, 2.º vol., p. 544.

tar assim contra a constituição uma arma fornecida por ela, são pretensões que não podemos admitir” (142). Estribado nessa premissa, esclarece-nos que, embora falem em revisão total as Constituições francesas de 1848 e 1875, ambas tomavam essas palavras em “seu sentido natural: era a possibilidade de uma correção, de uma reforma geral. Mas corrigir jamais quis dizer destruir e uma reforma mesmo geral não suprime necessariamente o fundo da instituição”. Nessas duas Constituições, “a forma de governo estava acima da revisão” (143).

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. Esse entendimento está, aliás, corroborado pela simples existência de vários textos que proíbem categoricamente a mudança da forma de governo republicana, por meio de revisão constitucional. Na França, a convicção de que uma revisão podia reimplantar a monarquia deu causa à reforma constitucional de 14 de agosto de 1884, cujo art. 2.º estabeleceu que “a forma republicana de governo não pode ser objeto de uma proposta de revisão”. 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 cubana (144). Mas, no

(142) Arnould, *De la Révision des Constitutions*, p. 280.

(143) *Idem*, p. 282.

(144) A Constituição cubana de 1940 exige, para a “reforma integral”, bem como para a revisão da forma de governo e a emenda de determinados artigos, processos mais complicados do que os prescritos para a reforma parcial.

silêncio, devemos admitir que se pode rever a forma republicana ou a federativa, pelos trâmites requeridos para qualquer reforma.

Quanto à proibição de suprimir a estrutura federal — assunto que interessa ao caso brasileiro —, observamos, de passagem, que reconhecemos as dificuldades naturais para fixar o seu alcance, em virtude da impossível, sem dúvida, dar uma definição dessa forma de Estado que abranja tôdas as estruturas políticas que são rotuladas de federação. Por isso mesmo, êsse conceito deve ser entendido pelo intérprete ou aplicador da constituição dentro das tradições de cada sistema histórico. Por essa razão, devemos considerar como um verdadeiro cochilo estas palavras de Pontes de Miranda, escritas a propósito do § 6.º do art. 217 da Constituição — o que proíbe emenda tendente a abolir a federação e a república —, e que não constam no comentário a dispositivo idêntico da Constituição de 1934: “Não se proíbe a emenda que aperte os laços federativos, que vá até a unitariedade; proíbe-se, sim, a emenda que permita a livre saída de alguma parte do território, de algum Estado-membro ou Território”. Sem dúvida, não se pode desfalcar a Nação brasileira de nenhuma parte do seu território, através de emenda constitucional. Mas êsse princípio, embora vigorante na federação, não lhe é exclusivo, pois também existe no Estado unitário. Para proibir, portanto, o separatismo, não haveria necessidade de usar das expressões daquele parágrafo. A exegese histórica da proibição repele, por outro lado, cabalmente as palavras daquele comentarista. A origem do dispositivo prende-se ao anelo do constituinte de 1891 de defender as duas magnas inovações de 1889: a federação e a república. A Constituição vigente usa da formula “projetos tendentes a abolir a Federação e a República”. Êsses termos são bastante explícitos, para que se compreenda que o desmembramento

mento de uma parte do território nacional não implica em *abolir* a Federação. As Constituições de 1891 e 1934 ainda usavam de expressões mais inflexíveis, a primeira dizendo que não se poderia alterar a “*forma republicano-federativa*”, e a segunda, retirando o hífen: “*forma republicana federativa*”.

Jamais, portanto, se poderá chegar até o unitarismo por meio de revisão constitucional, porque, antes de alcançá-lo, o poder judiciário, por via do controle de constitucionalidade, obrigará o reformador a fazer alto. De certo, êste poder, gradativamente ou de um só golpe, privar os Estados-membros de muitas de suas competências. Mas será obrigado a parar-se tentar retirar-lhes a faculdade de fazerem suas constituições (poder de auto-organização), a de possuírem poderes executivo e legislativo próprios (autogoverno) ou a de organizarem e gerirem, com recursos próprios, seus serviços públicos (auto-administração). Até quando se respeitem essas prerrogativas aos Estados-membros, poderemos falar de federação brasileira.

É' nossa opinião também, como fizemos ver alhures (145), que não podemos extinguir Estados-membros mediante reforma constitucional. No sistema brasileiro vigente, o único processo legítimo para êsse fim é o prescrito no art. 2.º da Constituição, relativo à anexação ou desmembramento dos Estados-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 insufficientemente 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,

*
Limitada
dos
feite-
Accep.

no Senado, que é a câmara dos Estados). Temos, assim, a hipótese curiosa em que uma lei pode mais do que uma reforma constitucional. Mas observemos que, por meio do art. 2.º da Constituição, não se pode abolir a forma federativa. Embora esta análise tenha mais interesse teórico do que prático, devemos dizer que os Estados-membros somente podem anexar-se até que o seu número se reduza a dois. Depois disso, aquele artigo deixará de ter aplicação, porque esta redundará na destruição do federalismo, o que é vedado levar a cabo, como sabemos, até pelo reformador constitucional.

III — Também não se pode mudar, através de uma revisão constitucional, o titular do poder reformador, pois este não pode renunciar a sua competência a favor de nenhum outro órgão. Não pode, igualmente, delegar as suas atribuições, pois estas lhe foram conferidas para que êle próprio as exerça.

Costumam citar-se como exemplos de transferência e, por vezes, de delegação do poder reformador, a Lei alemã de 24 de março de 1933, que concedeu plenos poderes a Hitler, e a Lei francesa de 10 de julho de 1940, que fez o mesmo em relação ao Marechal Petain. Na verdade essas leis foram mais longe, pois tanto o *Reichstag* como a *Assemblée Nationale* transferiram ou delegaram, por meio de aparente reforma constitucional, o que não lhes pertencia, ou seja, o próprio poder constituinte. O art. 2.º da Lei alemã de plenos poderes dispõe que "as leis do Reich decretadas pelo governo poderão revogar as prescrições da Constituição do Reich".

Por sua vez, a Lei francesa de 10 de julho de 1940 estabelece em seu artigo único: "A Assembléa Nacional dá todos os poderes ao Governo da República, sob a autoridade e a assinatura do Marechal Petain, a fim de promulgar, por um ou vários atos, uma nova Constituição do Estado francês. Esta Constituição deverá garantir os direitos do trabalho, da família e da

pátria. Ela será ratificada pela nação, e aplicada pelas assembleias que ela criar". Segundo esse texto, a função constituinte passava a ser exercida pelo Marechal Petain em colaboração com o povo. Para o caso francês, alguns autores, como Duverger (146), esboçaram uma justificativa, alegando que a prática dos decretos-leis teria criado um verdadeiro "costume constitucional". A legitimidade e o valor desse costume constitucional, além de discutíveis, não podem servir de base à delegação do poder reformador ou do poder constituinte. Deixando de lado o problema se os decretos-leis representam uma verdadeira delegação de poder legislativo, devemos observar que êles estão sujeitos a condições de tempo e de objeto, além de exigirem a ratificação do parlamento dentro de certo período.

A delegação do poder de reforma, no regime de Vichy, não teria sido evitada, como pensa Laferrière (147), ainda que se tivesse modificado primeiro a Constituição, prevendo que, em determinadas circunstâncias, a Assembléa Nacional podia encarregar certo órgão ou personalidade de uma revisão constitucional. Apenas ter-se-ia feito um caminho mais longo, — e irregular, como veremos adiante ao tratar da irregularidade do processo de revisão —, para chegar à delegação do poder revisor. Talvez tenha sido a experiência da Lei hitlerista dos plenos poderes, ou a mais recente da Lei francesa de 1940, que tenha inspirado o art. 92, alínea 4, da Constituição de Baden de 1947: "A faculdade de reformar a Constituição não pode, de modo algum, ser delegada a uma pessoa ou a uma comissão".

IV — Sabemos que toda reforma deve desenro-

(146) Duverger, *Manuel de D. Const. et de Science Politique*, p. 295.
 (147) Laferrière, *Manuel de D. Const.*, p. 835.

lar-se de acôrdo com o processo prescrito na própria constituição, como condição de sua validade. Nenhuma dúvida pode haver a respeito. Nosso problema é, pois, outro: o de saber se o processo que a constituição estabelece para sua reforma pode ser alterado por uma revisão constitucional. O assunto tem dado margem a controvérsia desde algum tempo. Burgess, Esmeln, Laferrière, Barthélemy e Duez, Pontes de Miranda, Agesta (148), entre outros, não vacilam pela afirmativa. Por outro lado, na prática há exemplos de reformas e tentativas de reformas das regras relativas à revisão constitucional.

Carl Schmitt opta claramente pela negativa, dizendo-nos, por exemplo, que o Reichstag não podia rever o art. 76 da Constituição de Weimar, que serve de fundamento ao seu poder de reforma (149). Menos clara é a posição de Liét-Veaux, para quem a questão de saber se as formas de revisão se impõem para sempre ao órgão revisor encerra "o *summum* da dificuldade, porque a resposta não é nitidamente dada num sentido nem em outro". A resposta que êle próprio nos dá é, por sua vez, das mais imprecisas. Reconhecendo, com Burdeau, que há uma íntima solidariedade entre o processo revisor e a forma política, conclui Liét-Veaux que o poder reformador "não tem competência para pronunciar o abandono total e definitivo do processo vigente até então, em benefício de um novo pro-

(148) Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, vol. 1, p. 153. Esmeln, *Éléments de D. Const. Français et Comparé*, II, p. 554. Esmeln acha, porém, mais prudente que não se toque no processo de reforma previsto no art. 8 da Lei de 25 de fevereiro de 1875. Barthélemy et Duez, *Traité Élémentaire de D. Constitutionnel*, p. 688. Laferrière, *Manuel de D. Const.*, p. 835. Pontes de Miranda, *Comentários à Const. de 1934*, II, p. 529; "Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições", in *Rev. de D. Administrativo*, vol. V, p. 19. Sanchez Agesta, *Lecciones de Derecho Politico*, p. 344.

(149) *Teoria de la Constitución*, p. 120.

cesso de revisão; êle apenas pode modificá-lo ligeiramente, na medida em que isso não fira os princípios fundamentais que são a base do regime e que se exteriorizam precisamente por êsse processo de revisão" (150).

Devemos distinguir, todavia, a natureza da reforma, se é para simplificar ou para tornar mais rigorosas as exigências que a constituição prescreve para sua revisão. A primeira hipótese sômente nos parece admissível quando a própria constituição autoriza expressamente que se alterem as regras relativas à sua reforma, como faz a Constituição brasileira de 1934, em seu art. 178. Nos demais casos, devemos considerar que o poder reformador não tem competência para atender os requisitos previstos para o processamento de uma reforma constitucional, tais como o de número de subscriptores da proposta, maioria para aprovação, número de discussões, etc. O silêncio da constituição a respeito equivale a uma proibição de tocar nesses aspectos do processo revisor. Não há, pois, necessidade de preceitos que vedem expressamente tal reforma, como aquêles, já referidos, das Constituições de Rheinland-Pflaz e de Württemberg-Baden.

Não é possível conceber que a autoridade reformadora, como poder constituído que é, possa alterar as condições estabelecidas para o exercício de sua competência. Assim como o legislador ordinário não pode simplificar as normas que a constituição prescreve para a elaboração legislativa, não pode o reformador simplificar o processo previsto pelo constituinte para a tramitação de uma reforma constitucional. Aplicam-se ao caso as palavras de Sleyès: "Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação" (151).

(150) *Essai d'une Théorie Juridique des Révolutions*, p. 67-68. Também p. 89 e 107.

(151) *Que es el Tercer Estado?*, p. 110.

Const.
se não,
n é possível
alterar

Nos Estados Unidos, vários juristas e políticos têm proposto uma simplificação do processo de emenda regulado no art. v da Constituição federal. Tais propostas afastam-se, ao nosso ver, da boa doutrina, pois, se fôsse possível admitir qualquer simplificação do processo revisor, ter-se-ia de aceitar a possibilidade de transformar-se em *flexível* uma constituição *rígida*, ou, em outras palavras, de que o poder reformador usurpe a função constituinte. Se uma constituição flexível pode converter-se em rígida (152), o inverso somente pode verificar-se em face de autorização expressa do texto constitucional, segundo já vimos com o exemplo da Constituição brasileira de 1934. O reformador de então poderia alterar tôdas as regras relativas à reforma constitucional constantes do art. 178, exceto, segundo já deixamos claro, a proibição de abolir a forma republicana e federativa. Ressalvados esses aspectos, uma reforma poderia converter a Carta de 1934 até em uma constituição flexível, — hipótese que é mais teórica do que prática diante da dificuldade de conciliar a flexibilidade constitucional com a estrutura federativa.

Já a segunda hipótese aventada — a de reforma que torne mais dificultoso o processo revisor — nos parece inteiramente legítima. O poder reformador não estaria, então, suprimindo as condições estabelecidas para o seu exercício, ou procurando ficar com as mãos livres para agir como bem lhe conviesse. Pelo contrário, respeitaria tôdas as formalidades e condições exigidas, e criaria novas que o vinculariam para o futuro.

(152) Segundo a maioria dos autores italianos, essa transformação se verificou com o Estatuto do Reino da Itália, a partir da Lei n.º 2.963, de 9 de dezembro de 1928, que passou a existir que se tomasse o parecer do Grande Conselho fascista sempre que se tivesse de elaborar leis que regulassem questões de caráter constitucional. Veja-se Paolo Barile "La Revisione della Costituzione", in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana*, 2.º vol. p. 469.

Assim, uma revisão constitucional poderá estabelecer novos requisitos para validade das futuras reformas, tais como a da aprovação mediante *referendum* popular, ou criar novas limitações ao poder reformador, tornando irreformáveis certos pontos da constituição. Este último caso, embora tenha muita afinidade com o nosso problema, — o da acentuação, pelo próprio reformador, das dificuldades da revisão constitucional —, não se confunde com o mesmo, pois consiste na criação, pelo mesmo poder revisor, de mais um limite material à faculdade de revisão. Foi o que fez, como sabemos, a Lei francesa de 14 de agosto de 1884, segundo a qual se proibiu que a forma republicana de governo constituisse objeto de proposta de revisão constitucional. Em qualquer hipótese, as novas condições ou limites criados pelo poder reformador passam a regular a sua atividade futura, não podendo aceitar-se o argumento usado por Duguit e seguido por Liét-Veaux (153), de referência ao art. 2.º da citada Lei de 14 de agosto de 1884, ao dizerem que a proibição de mudar a forma republicana de governo, pelo fato de ter resultado de uma revisão constitucional, poderia ser revogada por outra revisão (154). Embora não aconselhemos que o poder reformador crie a si mesmo novas dificuldades e limites à sua ação, não podemos, sob pena de retirar-lhes todo o sentido, deixar de reconhecer-lhes plena validade.

(153) *Essai d'une Théorie Juridique des Révolutions*, p. 97. Em sentido contrário, que nos parece o acertado, Barthélemy et Duez, *Traité Élémentaire de D. Constitutionnel*, p. 697.

(154) Podemos considerar o extremo oposto dessa opinião de Duguit, a tese de Skinner, referida na nota 139, de que as emendas n.º 9 e 10 à Constituição dos Estados Unidos são reformas válidas apesar de não existir nenhuma cláusula expressa nesse sentido.

O CONTRÔLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Já aludimos, em mais de uma passagem, ao contrôlo jurisdicional de constitucionalidade aplicado a reformas da constituição. Bastaria essa extensão do contrôlo jurisdicional para convencer-nos do ilogismo de quantos se obstinam em considerar ilimitado o poder revisor, equiparando-o ao poder constituinte. Não há melhor prova de que o poder de reforma é, por natureza, "constituído", pois do contrário teríamos o absurdo de um órgão constituído — o judiciário — a controlar um órgão constituinte. Esse fato aconselha-nos a empregar sempre as expressões "poder revisor" ou "poder reformador", afastando como impróprias tôdas as outras em que entre a palvара "constituinte", tais como as de "poder constituinte constituído", poder "constituínte derivado", "poder constituinte instituído" ou "poder constituinte de segundo grau".

Em face do que já expusemos, deve antes surpreender-nos que o contrôlo jurisdicional de constitucionalidade esperasse tanto tempo, nos Estados Unidos, para firmar-se de referênciа a emendas da constituição. É' possível que a denominação de "emenda" ou "reforma", dando a idéiа de tratar-se de algo diferente da "lei", contribuisse para limitar a esta última, no seu conceito restrito, o contrôlo de constitucionalidade. É' provável que a história fôsse outra se as alterações constitucionais fôsses realizadas por meio de "leis" modificativas da Constituição, como costumam ser rotuladas na Alemanha. De qualquer modo é estranho que se tivesse tanto cuidado em fiscalizar o legislador ordinário para que éste não desrespeitasse a constituição, e se deixasse de mãos livres o revisor desta, recusando-se aplicar ao mesmo um instrumento cujo principal objetivo é o de impedir reformas *inconstitucionais* da constituição. — Todavia, a principal ra-

zão do atraso assinalado acha-se naquela errônea identificação que, durante muito tempo, se fez, na doutrina e na prática, do poder revisor com o poder constituinte. Uma vez, porém, que não pode haver dúvida quanto ao caráter do primeiro, e como todo órgão constituído tira o seu poder da constituição, o poder revisor, como espécie da atividade legislferante constituída, não deverá logicamente estar isento, nos países onde existe o contrôle jurisdicional de constitucionalidade, dêsse exame contrasteador dos seus atos.

Não há, por conseguinte, necessidade de que se consagre essa faculdade expressamente na constituição, como não houve para que o contrôle de constitucionalidade das leis medrasses em alguns países, a começar pelos Estados- Unidos. Os fundamentos e objetivos são os mesmos em um e outro caso, pois, no fundo, se trata do mesmo instituto. Hoje, entretanto, encontramos em alguns textos constitucionais menção especial dessa forma de contrôle de constitucionalidade. Assim, a Constituição cubana de 1940 dá ao Tribunal de Garantias Constitucionais e Sociais competência para julgar "a validez do processo e da reforma constitucionais" (art.182, letra d'). As constituições atuais da Baviera (art. 75, alínea 3), Rheinland-Pfalz (art. 135, letra b) e Württemberg-Baden (art. 85, alínea 1) conferem aos seus Tribunais de Justiça Constitucional a faculdade do contrôle prévio da constitucionalidade das emendas, ou seja, a competência para decidir se alguma proposta de reforma constitucional pode ser aceita.

Discute-se, porém, quanto à amplitude do contrôle de constitucionalidade de reforma da constituição. Em relação ao contrôle da constitucionalidade formal, entretanto, nenhuma dúvida é legítima. Tôda reforma constitucional que desrespeite o processo prescrito para sua tramitação, por exemplo os requisitos para a iniciativa da proposta, número de discussões, maioria exi-

gida para aprovação, necessidade de *referendum* popular, etc., está sujeita a ser declarada inválida pelo órgão encarregado de apreciar a sua constitucionalidade.

Quanto à apreciação da constitucionalidade material da reforma, convém distinguir se a constituição estabelece ou não proibições expressas quanto ao objeto da revisão constitucional. Em face de interdições explícitas de certas propostas de reforma, como as que citamos atrás, também não há justificativas para vacilar quanto ao cabimento do contróle de constitucionalidade. Devemos incluir nessa categoria as constituições que usam de expressões genéricas ao formularem tais proibições, a exemplo do que fazem as Constituições de Württemberg-Baden e da Baviera, vedando, respectivamente, reformas que "contrariem o espírito da Constituição", ou os seus "princípios democráticos". Os Tribunais de Justiça Constitucional desses dois Estados são obrigados a construir uma interpretação desses princípios, a fim de exercitar o contróle de constitucionalidade de reformas da constituição.

A questão é mais complexa quando a constituição não proíbe expressamente nenhuma espécie de proposta de reforma. O contróle de constitucionalidade, nessa hipótese, somente poderia ser invocado com base na doutrina dos limites inerentes do poder reformador, como têm feito muitos juristas estrangeiros. Nos Estados Unidos, o debate a respeito adquiriu certa extensão, e o problema tem sido levado à barra de seus tribunais. A emenda XVIII, que proibiu a produção e o comércio de bebidas alcoólicas, foi a que fomentou mais ampla discussão a respeito. Em geral, a jurisprudência da Corte Suprema federal e das Côrtes estaduais propende para afastar o exame de constitucionalidade sobre o conteúdo de uma emenda à Constituição, por julgar que tal questão seria de natureza política. Há, entretanto, vacilações nesses pronunciamentos e o assunto ainda continua em aberto.

Inspirado nessas tendências norte-americanas, Hauriou cunhou a expressão "legitimidade constitucional" para designar o conjunto de princípios não escritos que servem de fundamento da constituição, e devem ser colocados pelo intérprete e aplicador em posição hierarquicamente superior a esta. Na França, essa "legitimidade constitucional" está integrada por "todos os princípios da ordem individualista e, antes de tudo, pelos princípios das liberdades individuais contidos nas *Declarações de direitos* da época revolucionária". Ao lado destes, outros podem ser incluídos, tais como "o princípio da igualdade e da publicidade do impôsto, o princípio da separação de poderes entre a autoridade administrativa e a autoridade judicial, o da hierarquia administrativa". A legitimidade constitucional pode servir de pedra de toque para contrastar a validade de uma emenda da constituição, pois, ao seu ver, "a própria lei constitucional não deve escapar ao contróle do juiz; há ocasiões em que o contróle poderia exercer-se sobre ela; por exemplo, quando a constituição tenha sido reformada irregularmente, sem observar os requisitos processuais, ou, quanto ao fundo, quando a emenda à constituição esteja em desacôrdo com essa *legitimidade constitucional* de que temos falado, que é superior à superlegalidade mesma, porque se compõe de princípios e os princípios são sempre superiores aos textos" (155).

Na Argentina, Linares Quintana defende tese semelhante, admitindo, em obra recente, que não poderia ser válida nenhuma "reforma total ou parcial da Constituição que afetasse os princípios fundamentais que formam a essência da lei suprema da Nação, e que o poder judicial, como guarda da Constituição, teria competência para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda semelhante, que importaria em *destrui-*

(155) Maurice Hauriou, *Princípios de Derecho Público y Constitucional*, p. 327, 328, 334.

ção da Constituição — segundo a terminologia de Schmitt — ou *uma fraude à Constituição* — conforme a qualificação de Liét-Veaux" (156).

O perigo desses apelos ao "espírito da constituição" ou à "legitimidade constitucional" consiste na sua imprecisão. Foi para evitar essa vaguidade que nos esforçamos por discriminar quais as limitações materiais inerentes ao poder reformador. Se defendermos que o contróle de constitucionalidade se exerça também nesse domínio, pensamos, entretanto, que êle sòmente se legitima quando a reforma constitucional fira as quatro esferas de princípios que enumeramos: os direitos do homem, os preceitos referentes ao titular do poder constituinte e do poder revisor, as prescrições do processo da própria reforma constitucional. Poder-se-á retrucar que, se o contróle de constitucionalidade se *deve* exercer em todos êsse casos, dificilmente se *pode* exercer. Não temos outra resposta senão lembrar que é isso que costuma suceder em relação a todos os freios de direito público que procuram impedir que os órgãos supremos do Estado dobrem a lei ao invés de curvarem-se a ela. Nem sempre a toga da justiça pode servir de barreira às investidas da fôrça. O problema não é, então, o de saber *quís custodiet custodem*. Não falta quem guarde o guardião. Sucede, porém, que, na hora decisiva, os encarregados de guardar os guardiões, quando não adormeceram no seu posto, quase sempre já se acham de mãos atadas.

(156) Linares Quintana, *Trat. de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2.º vol., p. 162.

BIBLIOGRAFIA*

- ACADEMIA DE CIENCIAS ECONOMICAS, *Las Clausulas Economico-sociales en las Constituciones de América*, 2 vols., Editorial Losada, B. Aires, 1948. (Contém os textos das Constituições dos países das Américas).
- AGESTA, SANCHEZ, *Lecciones de Derecho Político*, Distribuição da Libreria Prieto, Granada, 4.ª ed., 1951.
- ARNOULT, GABRIEL, *De la Révision des Constitutions*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1896.
- BARILE, PAOLO, "La Revisione della Costituzione" in *Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana sob a direção de Piero Calamandrei e Alessandro Levi*, 2 vols., G. Barbèra editore, Firenze, 1950.
- BARTHÉLEMY et DUEZ, *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1926.
- BEARD, CHARLES A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan Co., N. York, 1943.
- BITTENCOURT, C. A. LÚCIO, *O Contróle Jurisdiccional de Constitucionalidade das Leis*, Edição Revista Forense, Rio, 1949.
- BORGEAUD, CHARLES, *Établissement et Révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Thorin et Fils éditeurs, Paris, 1893.
- BARROWS, DAVID PRESCOTT, "The Constitution as an Element of Stability in American Life" in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Maio 1936, vol. 185.
- BROOKE GRAVES, W., *American State Government*, D. C. Heath and Co., Boston, Revised Edition, 1941.
- BRYCE, JAMES, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- BURDEAU, GEORGES, *Traité de Science Politique*, vols. I a V, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949-1953.
- *Manuel de Droit Constitutionnel*, Librairie Générale de D. et de Jurisprudence, Paris, 6.ª ed., 1952.
- BURGESS, JOHN W., *Political Science and Comparative Constitutional Law*, 2 vols., Ginn & Co., Boston, N. York, Chicago, London, 1890.
- CONSTANT, BENJAMIN, *Cours de Politique Constitutionnel*, Librairie de Guillaumin et Cie, Paris, 1861.

(*) A presente relação tem apenas o propósito de completar as referências bibliográficas do texto, com as indicações de local, ano e editores das obras citadas.