

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O EXERCÍCIO DO PODER REFORMADOR NO BRASIL

Por MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA*

SUMÁRIO

1. AS LIMITAÇÕES MATERIAIS.—2. AS LIMITAÇÕES TEMPORAIS.—3. AS LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIASIS.—4. AS LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS.—5. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL.—6. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.

Tema de permanente relevo nos estudos jurídicos e políticos é o que concerne à reforma constitucional.

A questão está centrada na existência de Constituições rígidas que, para serem revistas, exigem «a observância de uma forma particular, distinta da forma seguida para a elaboração das leis ordinárias», resultando numa relativa imutabilidade do texto normativo.

Isto não significa que as Constituições flexíveis não ofereçam problemas para a sua revisão —as limitações exemplificam o impasse e o grau de dificuldade que poderá advir quando de sua alteração. Porém, é nas Constituições rígidas que se encontra a previsão de um processo mais dificultoso para se efetivar a reforma constitucional observando-se, com maior nitidez, os limites e o *modus faciendi* ditado pelo Legislador Maior¹.

* Professora de Direito Constitucional do Centro de Ensino Unificado de Brasília e da Universidade de Brasília- Brasil. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Assessora Jurídica da Casa da Presidência da República do Brasil.

¹ Sobre a rigidez constitucional consultar: OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, São Paulo, José Bushatsky, Editor, 2ª ed., 1980; JAMES BRYCE, *Constitutiones flexibles y constitutiones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

Diferentemente do Poder Constituinte inicial, o Poder derivado encontra-se instituído na *ratio* e, por conseqüência, sujeito à limitações pois, embora possa criar normas com característica de novidade, cria-as dentro de uma ordem jurídica previamente estabelecida. Estas proibições, comumente denominadas de cláusulas pétreas, pelo seu caráter de irreformabilidade e intocabilidade constituem verdadeiras garantias de perenidade da juridicidade vigente.

Tais cláusulas de garantia (*Ewigkeitsgarantie*), traduzem-se num «esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade do *telos* constitucional. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade»². Por tal razão, merecem tais formulações, o abrigo jurisdicional da aferição da constitucionalidade, de modo a resguardar a axiologia e os ditames normativos da expressão concreta do Colégio Formal da Soberania.

1. AS LIMITAÇÕES MATERIAIS

Por muito tempo defendeu-se a tese da imutabilidade absoluta das Constituições decorrente da concepção contratual do Estado. Não obstante, a dinâmica política impôs a necessidade de um *processus* de modificação em conformidade aos preceitos previamente estatuídos pela própria Carta a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente à realidade social cambiante³.

² GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 96-97.

³ LUIZ PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, tomo I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 1971, p. 159.

A fim de facilitar a análise acerca das limitações, são elas enumeradas por diversos autores, em duas classes distintas: materiais e formais.

Limitações materiais são as concernentes ao conteúdo da reforma, à questão de fundo ou matéria, podendo constar expressa ou implicitamente no texto constitucional. Por seu turno, referem-se as limitações formais às proibições temporais, circunstanciais e procedimentais a serem observadas na elaboração da reforma. Existem, ademais, limitações ao poder constituinte originário que igualmente limitam o exercício do poder reformador mas, neste trabalho, não serão consideradas. Neste sentido consultar, GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade, op. cit.*, pp. 95 *et seq*; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 1988, Tomo I, *op. cit.*, pp. 87-89; JORGE REINALDO A. VANOSSI, *Teoria Constitucional — Teoria Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 175 *et seq*.

Divergindo da classificação acima esposada, Marcelo Rebelo de Souza, ao tratar dos limites formais ao poder de revisão não inclui, nesta categoria, as limitações temporais — a despeito de considerá-las intimamente ligadas às limitações de forma — nem, tampouco, às circunstanciais.

Não quer isto significar a superação da positividade máxima e a alteração de sua identidade histórica⁴ razão pela qual, Loewenstein estabelece duas espécies de limitações; as destinadas a proteger as concretas instituições constitucionais, designadas como as de intangibilidade articulada e, aquelas outras garantidoras de determinados valores fundamentais da Constituição que não se encontram, necessariamente, expressas em disposições ou instituições concretas, mas regem como implícitas, imanentes ou inerentes à *Lex Fundamentalis*⁵.

Na primeira hipótese, determinadas normas constitucionais não são passíveis de alteração face à proibição jurídico-constitucional; na segunda, a proibição da reforma se produz a partir do espírito, das premissas principiológicas da normatividade posta.

Mais além, identifica o autor os casos em que as disposições articuladas de intangibilidade podem intentar-se:

«1 - La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica (...); 2 - la prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos períodos de mandato en el cargo presidencial (...); 3 - la prohibición de modificar la forma democrática de gobierno (...); 4 - en el mismo capítulo caen también las prohibiciones de modificar los derechos fundamentales (...); 5 - la estructura federal (...); 6 - ocasionalmente se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la constitución»⁶.

Na realidade, trata-se de enumeração meramente exemplificativa porquanto o Poder Constituinte é soberano para dotar de intangibilidade qualquer das disposições constitucionais. Contudo, desta reflexão deduz-se o escopo da *mens legislatoris* em resguardar certos conteúdos constitucionalizados, revestindo-os de imutabilidade absoluta mediante a impossibilidade de oferecimento de qualquer proposição para a sua abolição.

Os exemplos são facilmente encontrados no Direito Comparado.

Com relação à forma republicana de governo, a primeira manifestação de limitação ao poder reformador instituído é ilustrada pela Lei Consti-

Segundo o autor, os limites formais são de três tipos distintos, embora interligados: a) limites quanto ao órgão ou entidade competente para exercer a iniciativa da revisão; b) limites quanto ao órgão ou entidade competente para aprovar as alterações constitucionais; c) limites concernentes às maiorias requeridas para a votação da revisão constitucional. In *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, pp. 70-75.

⁴ GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, op. cit., p. 98.

⁵ KARL LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1979, pp. 189.

⁶ *Id.*, pp. 189-190.

tucional francesa de 14 de agosto de 1884⁷, proibição reproduzida nas Cartas de 1946 —art. 95— e de 1958 —art. 89. Tal vedação está igualmente contida nas Constituições da República Federal Alemã de 1949 —art. 79—, da Itália de 1947 —art. 139—, de Portugal de 1911 —art. 82, § 2º. No Brasil lê-se nas Constituições Republicanas de 1891 —art. 90, § 4º—, de 1934 —art. 178, § 5º—, de 1946 —art. 217, § 6º—, de 1967 —art. 50, § 1º— e na Emenda editada em 1969 —art. 47, § 1º⁸.

A forma monárquica de governo também é matéria intocável em algumas Leis Fundamentais tais como a da Grécia de 1952 e a da Bélgica de 1831, bem como a forma federativa, conforme dispõe o artigo 60, § 4º, I, da Constituição Brasileira de 1988⁹ e o artigo V, da Constituição dos Estados Unidos da América que obstam, respectivamente, a deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-la e a supressão da igualdade de representação dos estados-membros no Senado Federal¹⁰.

⁷ Não obstante os termos expressos da proibição de ser revisada a forma republicana de governo, conforme se lê no artigo 2º, da Constituição francesa de 1884, a sua validade jurídica foi contestada por Burdeau por entender que, tal disposição, continha significação política; ela provava que a República, que mal se tinha ousado a firmar em 1875 era, daí em diante, a forma do governo francês, mas seu valor jurídico nulo, porque o exercício constituinte não pode limitar o futuro. O mesmo dizia, a propósito do artigo 89 da Constituição de 1958, que formulava idêntica interdição à de 1884. GEORGES BURDEAU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, Paris, 6ª ed., 1974, p. 85. Ver, ainda, a respeito, LEON DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Fontemoing, Paris, 2ª ed., 1911, pp. 460 *et seq.*; MAURICE HAURIUO, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1930, pp. 112-113.

Em seu *Traité de Science Politique*, Burdeau, após análise mais detida, concluiu que a tese defendida carecia de fundamento. Ele reitera o significado político da Lei Constitucional de 14 de agosto de 1884, cujo artigo 2º acrescentou à Lei de 25 de fevereiro de 1875 uma alínea, interditando a propositura da revisão no tocante à forma republicana; defende, porém, a sua validade jurídica.

«En effet, lorsque la constitution interdit qu'il soit porté atteinte à la forme du regime ou à son esprit général, elle ne proclame nullement l'immutabilité absolue des institutions, ce qui serait un non-sens. Elle refuse seulement à l'organe de révision la faculté d'opérer des reformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilites d'un pouvoir institué. Mais, ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser». *Op. cit.*, tomo IV, LGDJ, Paris, 1969, pp. 257-258.

⁸ A Carta Constitucional em vigor previu no artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a consulta plebiscitária ao eleitorado a fim de que este se manifestasse sobre a forma e o sistema de governo. O resultado foi favorável ao presidencialismo republicano.

⁹ A primeira Constituição Republicana de 1891 vedava a desigualdade da representação estadual no Senado, sendo expressamente proibida proposta de emenda tendente a abolir a forma republicana representativa —art. 90, § 4º. As Constituições que se lhe seguiram, à exceção da de 1937, mantiveram o limite, estendendo-o à Federação de forma a não permitir que o poder reformador a alcançasse.

¹⁰ Novamente em Loewenstein, tal proibição —a paritariedade da representação senatorial dos entes federados— não configuraria uma autêntica disposição de intangibilidade já que nada

Comumente alvo das limitações são, principalmente, os direitos fundamentais, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976 —art. 290, alínea «d»— e a Constituição Brasileira de 1988 —art. 60, § 4º, inciso IV.

Expressas ou implícitas no texto constitucional, as limitações ganham sentido polêmico com o confronto de idéias entre os autores que as admitem ou não e, conseqüentemente, entendem-nas passíveis de decretação de inconstitucionalidade.

Três teses principais a propósito dos limites materiais da reforma prevalecem, na lição de Jorge Miranda¹¹:

1) A dos que consideram e aceitam a confinança como insuperável, tese sustentada por Burdeau, Hauriou, Esmein, Mortati, Barile, Balladore Pallieri, Marcelo Rebelo de Souza, Gomes Canotilho, dentre autores outros¹², cuja argumentação se fulcra na derivação do poder revisional, poder

se oporia à sua eliminação via emenda constitucional. Tal concepção merece, contudo, ser refutada, tendo em vista a consagração expressa do preceito na Lei Maior, sob pena de comprometer a existência da Federação e, em última análise, a vontade do legislador originário. Ademais, tendo em vista a evolução histórica do federalismo na América do Norte e os condicionantes que ensejaram os Estados Confederados a ratificarem a Constituição Federal, se se procedesse tal modificação, estar-se-ia diante de frontal contradição ao *telos* constitucional, que o próprio Loewenstein reconhece como limite a ser observado pelo poder reformador. *Op. cit.*, p. 190.

Sobre o assunto consultar, JOSEPH STORY, *The limitation upon the amending power*, in *Harvard Law Review*, 1919-1920, para quem:

«There is one express limitation placed upon the amending power in the Article V of the Constitution which is still in force. It is provided in that article that no amendment shall be adopted which shall deprive any state of its equal representation in the Senate.

It would seem to be manifest that this prohibition could not be nullified, indirectly, by taking away from the state any of those functions which are essential "to its separate and independent existence" as a state. Certainly the legislative power, the right to make laws for its own government, must be deemed one of those functions.

If by successive amendments a state could be deprived of its legislative powers, it would cease to be the state, which is guaranteed, by this limitation upon the amending power, perpetual, equal representation in the Senate». *Op. cit.*, pp. 229 *et seq.*

Não quer isto significar a impossibilidade de coexistência da desigual representação na Câmara senatorial com a forma federativa de Estado, tal qual ocorre na Alemanha. O que se busca salientar é a necessidade de se resguardar de possíveis violações as limitações constitucionais, quer atuem por meio de preceitos expressos, quer emanem do espírito do texto.

¹¹ *Op. cit.*, p. 165.

¹² Vide: GEORGE BURDEAU, *Traité...*, *op. cit.*, tomo IV, pp. 250 *et seq.*; MAURICE HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, tradução de Carlos Ruiz del Castilho, Reus, Madrid, 2ª ed., 1927, pp. 322-325; A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, Recueil Sirey, Paris, 7ª ed., 1921, pp. 568 *et seq.* do tomo I e pp. 495 *et seq.* do tomo II; CONSTANTINO MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 7ª ed, 1967, pp. 974 a 979 do volume II; PAOLO BARILE, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 2ª ed., 1975, pp. 222-223 e *Le libertà nella Costituzione - Lezioni*, Cedam, Padova, 1966,

constituído por excelência, e sua subordinação ao regramento superior que lhe outorga competência. Nestes termos, abrogando-se tais limites, estar-se-ia abrogando-se o fundamento da própria competência revisora. Ademais, considerando os regimes políticos alicerçados sobre o princípio da soberania nacional, se a autoridade constituída detivesse a plenitude do Poder Constituinte e pudesse dispor sobre a estrutura do Estado, a Nação não mais seria a *maîtresse* da Constituição, donde defluiu a necessidade de exigir-se balizamentos aos órgãos constituídos¹³.

Um segundo argumento, baseia-se no fato de que as formas de revisão guardam estreita conexão com o fundamento teleológico insculpido na *Lex Magna* e a práxis institucional; por outras palavras, a competência revisional está a serviço do Direito, pelo que constituiria verdadeiro *détournement de pouvoir* caso seu processo de integração desvalorizasse a realidade jurídico-política estatal.

2) A segunda tese rechaça a legitimidade ou eficácia jurídica dos limites materiais da revisão constitucional.

Conforme preleciona Jorge Miranda:

«Aqueles que impugnam a legitimidade ou a eficácia jurídica das normas de limites materiais aduzem a inexistência de diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão —ambos expressão da soberania do Estado e ambos, num Estado democrático representativo, exercidos por representantes eleitos; a inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes —umas e outras, afinal, inseridas no mesmo sistema normativo, e a inexistência de diferença entre matérias constitucionais— todas do mesmo valor se constantes da mesma constituição formal.

O poder constituinte de certo momento não é superior ao poder constituinte do momento posterior. Pelo contrário, deve aplicar-se a regra geral da revogabilidade de normas anteriores por normas subsequentes»¹⁴.

pp. 62-63; BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 5ª ed. 1957, pp. 249-253; MARCELO REBELO DE SOUZA, *op. cit.*, pp. 78-85; J. J. GOMES CANOTILHO, «O Problema da Dupla Revisão na Constituição Portuguesa», separata da Revista *Fronteira*, Coimbra, dezembro de 1978 e *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1977, pp. 426 *et seq.* No Brasil, consultar: NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso, Bahia, 1954, pp. 84 *et seq.*; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 6ª ed., 1996, pp. 173-198; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, pp. 63-70; GILMAR FERREIRA MENDES, *O Controle da Constitucionalidade*, *op. cit.*, pp. 95-121, e *Moreira Alves e o Controle da Constitucionalidade no Brasil*, Celso Bastos Editor, São Paulo, 2000.

¹³ Nas palavras de Berliá, citado por Burdeau, «les élus sont les représentants de la nation souveraine et, en aucun cas, les représentants souverains de la nation», in *Traité...*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 167.

Jorge Reinaldo Vanossi, examinando as cláusulas pétreas implícitas e explícitas, conclui pela sua inutilidade e relatividade. Segundo ele, a virtualidade destas cláusulas é nenhuma nos casos de violação ou «rompimento» revolucionário das proibições, de superação revolucionária de toda a Constituição e de derrogação da própria norma constitucional proibitiva¹⁵.

Ora, tal entendimento exige do direito positivo, como técnica de controle social, muito mais do que seria razoável dele esperar. As duas primeiras hipóteses referem-se à ocorrências revolucionárias que supõem, naturalmente, o afastamento da norma proibitiva ou de todo o ordenamento jurídico. Certo é que o direito positivo pode pretender evitar a reiteração de sucessos revolucionários, mas não pode eliminá-los. Enquanto funcionar o sistema de controle da constitucionalidade das leis —inclusive das emendas e revisões constitucionais— a utilidade e eficácia do dispositivo legal obstaculizante serão manifestas.

No tocante à terceira hipótese, a da derrogação da própria norma constitucional, afigura-se juridicamente inviável por se tratar de restrição implícita ao poder reformador.

Importa, outrossim, a posição de Biscaretti di Ruffia ao negar a existência de limites implícitos e defender a reforma substancial da Constituição, movendo-se sempre no âmbito da normatividade vigente¹⁶.

Partindo da premissa de que os órgãos de reforma são órgãos constituídos, poderiam inovar significativamente a Constituição sem destruir os fundamentos de sua própria autoridade pois, a positividade do ordenamento

¹⁵ «... 1º) por la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas, es decir, de contenidos constitucionales pretendidamente irreformables por supuesta afectación del "espíritu" de la Constitución escrita, compartiendo en un todo la opinión de Biscaretti en el sentido de admitir "la plena posibilidad que todo Estado puede modificar, también substancialmente, el propio ordenamiento supremo, o sea, la propia constitución si bien moviéndose siempre en el ámbito del Derecho vigente (como corroboran las numerosas Constituciones modernas que prevén también la propia reforma total), incluso en la hipótesis extrema que así cambia su misma forma de Estado", y

2º) por la inutilidad y relatividad jurídica de cláusulas pétreas expresas, que si bien responden a una inquietud política de conservación y perdurabilidad tendientes a disipar el rápido cuestionamiento de ciertos apoyos constitucionales (v.gr., en el caso de la forma de Estado), su virtualidad jurídica se reduce a cero frente a hipótesis —muy posibles— de: a) violación o "quebrantamiento" revolucionario, cuando no se cumplen las prohibiciones y, a pesar de ello, la reforma de un contenido prohibido alcanza efectividad por su vigencia ante los órganos del Estado y el ulterior acatamiento comunitario; b) superación revolucionaria de toda la Constitución, con lo cual el problema se torna abstracto, pues desaparece la norma misma que establecía la prohibición o condición pétreas; y c) derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición, siguiendo los mecanismos previstos por la Constitución a los efectos de su reforma regular, para proceder luego —y en consecuencia de la derogación operada— a modificar la cláusula que ya no tiene más carácter pétreo», in *Teoría Constitucional...*, op. cit., pp. 190-192.

¹⁶ In *Direito Constitucional — Instituições de Direito Público*, tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 227 et seq.

estatal poder-se-ia desenvolver por meio dos procedimentos e dos órgãos instituídos. À evidência, o que se apresenta como objeção é exatamente o que se impugna; há um sistema estabelecido na Constituição, há um ordenamento jurídico que suplantado, ocasionaria uma ruptura da ordem constitucional.

Alega, ademais, Biscaretti di Ruffia, ser possível atacar os fundamentos políticos-jurídicos do regime (a Constituição em sentido material), sem interromper a sua continuidade.

Neste ponto, cumpre invocar a teoria de Carl Schmitt para ter presente a distinção por ele formulada entre Constituição —decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política— e leis constitucionais —as normas contidas na Constituição que simplesmente completam ou regulam esta decisão política fundamental¹⁷.

Assenta o conceito schmittiano a premissa de configurar a Constituição a estrutura fundamental do Estado, o seu cerne, o que Loewenstein chamou de *espírito*. Emanação direta da vontade do Poder Constituinte num momento específico e determinado, a Lei Maior consolida princípios fundamentais que, se alterados, implicariam na modificação da ordem constitucional, a despeito de tal alteração ser processada no âmbito da positividade vigente, hipótese em que estar-se-ia diante de uma transição constitucional.

Por derradeiro, não satisfaz igualmente a Biscaretti di Ruffia estar toda a estrutura do Estado demarcada por uma super norma que lhe imprime, irremediavelmente, forma essencial; para ele, uma concepção formalista do Direito, cujo imperativo é a preservação da juridicidade do sistema.

Nesta ordem de reflexão, questiona-se qual a função da Constituição, o seu *locus* na hierarquia normativa e, sobretudo, sob qual fundamento justificar-se-ia o controle da constitucionalidade face o desprestígio da autoridade constituinte superior pela usurpação da vontade nacional.

À evidência não cumpre sustentar a tese de Hauriou da supra legalidade constitucional, distinta do conceito de Constituição escrita, para nela inserir os princípios fundamentais do regime, resguardados da esfera de atuação revisional. Ditos princípios transcenderiam a *ratio* porque, «o característico dos princípios é existir e valer sem texto»¹⁸. Ao revés, a única lógica racional há ser proclamada é a da legitimidade da decisão constituinte, constante no contrato social, assentada sobre a vontade dos governados e tendo por base a participação democrática, que escora e ampara o exercício da autoridade reformadora.

3) Alfim, a terceira tese admite as limitações de maneira relativa, passíveis de supressão por meio da dupla revisão.

¹⁷ In *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934, pp. 23 *et seq.*

¹⁸ MAURICE HAURIOU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, *op. cit.*, pp. 325-328.

Consiste, esta modalidade de reforma na afirmação da «validade dos limites materiais explícitos, mas ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os prevêem, como normas de direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites», acorde definição de Jorge Miranda, doutrinador que perfila esta corrente¹⁹.

Neste ponto, cumpre estabelecer um paralelo entre o pensamento de Jorge Miranda e Biscaretti di Ruffia que, se coincidem na sustentação da dupla revisão, diferem, substancialmente, em sua fundamentação. Isto porque, nega Biscaretti di Ruffia a existência dos limites tácitos, considerando-os somente quando inculpidos na *legis*. Mais, concebe-os todos, indistintamente, como passíveis de superação pela abrogação preventiva dos seus artigos consagradores por vislumbrar eficácia idêntica de todos os dispositivos constitucionais. Assim, uma vez abrogados, poder-se-ia propor reformas contrastantes ao seu conteúdo²⁰.

Jorge Miranda, por seu turno, ao defender a possibilidade da dupla revisão sustenta que, uma vez atingidos os princípios nucleares da Constituição em segundo processo de reforma, mesmo observando-se os requisitos formais de tramitação, estar-se-ia diante de uma transição constitucional e não, de uma revisão²¹. Defende a existência de categorias diferenciadas de limites —limites de primeiro grau ou próprios: aqueles que exibem direta e imediatamente os princípios fundamentais da Constituição de natureza declarativa, vez que a norma de garantia não os constitui —e os limites de segundo grau ou impróprios— que não se identificam com a essência da Constituição²². A partir desta gradação, sustenta serem imodificáveis os limites sob os quais se firma a arquitetura constitucional —vg: a titu-

¹⁹ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 168.

²⁰ PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, pp. 227 *et seq.*

Dentre as críticas formuladas a propósito desta construção doutrinária, destaca-se a de Marcelo Rebelo de Souza para quem: «a preterição dos limites materiais ao poder de revisão constitucional representa, na realidade, uma ruptura na ordem constitucional», pois uma vez alterados os princípios fundamentais da Lei Maior, estar-se-ia frente à nova Constituição material. A intangibilidade articulada de uma norma constitucional reflete não só a rigidez da Constituição, como também a fixidez da própria norma. In *op. cit.*, pp. 83-84.

Ademais, o nivelamento entre Poder Constituinte originário e derivado não parece juridicamente aceitável, quer se considere o poder reformador como condicionado, subordinado e limitado, quer se o considere como «competência autêntica», na expressão de Carl Schmitt, donde decorre ser inaplicável o axioma *lex posteriori derogat priori* pela diversidade de identidades entre ambos. *Id.*, p. 84.

Por fim, releva, ainda, invocar os riscos de uma possível manipulação constitucional, tal qual ocorreu na República de Weimar, na França de Vichy e no Brasil de 1964, se admitida a validade de tal procedimento revisional, de gravidade inolvidável.

²¹ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 173.

²² *Id.*, pp. 175-176.

laridade do poder de revisão, a rigidez ou flexibilidade da Carta, a forma de governo, *et cetera*. Assim, só há que se falar em revisão constitucional se forem eles respeitados, do contrário, verificar-se-á desvio de poder²³, razão pela qual, mesmo eliminadas as cláusulas concernentes aos limites do constituinte primário e os limites de primeiro grau, elas subsistiriam e se imporiam ao futuro legislador da revisão. Conclui, portanto, só haver dupla revisão em se tratando de limites impróprios ou de segundo grau²⁴. Sem dúvida, trata-se de uma posição inovadora, mas que resguarda a intangibilidade da Carta de eventuais crises de estatalidade.

2. AS LIMITAÇÕES TEMPORAIS

Em oposição à regra geral que possibilita a reforma constitucional a qualquer tempo, algumas Constituições prevêem proibições temporárias, ou seja prevêem «condicionantes de tempo ao exercício do poder de revisão»²⁵.

Fixas ou transitórias, periódicas ou permanentes, estabelecem a intangibilidade temporária ou definitiva, visando a consolidação da ordem jurídico-política estabelecida.

Exemplo a ser citado, tratando-se da primeira hipótese, reporta-se às Cartas da América do Norte, cujo artigo V, parágrafo final, vedava até o ano de 1808 a propositura de emenda incidente sobre a matéria das cláusulas 1ª e 4ª da seção IX, do artigo 1º e a do Brasil de 1824, que proibia qualquer reforma durante um período de quatro anos em seu artigo 174. A vigente Constituição de 1988, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu a realização da revisão constitucional após cinco anos contados de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, tendo sido aprovadas, em 1994, seis Emendas Revisionais. Neste sentido, transcorrido o prazo temporariamente fixado, esgotaram-se os efeitos da norma proibitiva, vigendo sem eficácia no texto maior.

Quanto às limitações temporais fixas, são elas permanentes e produzem efeitos nos períodos indicados pela norma proibitiva; os períodos são transitórios, mas as normas ou as cláusulas limitativas, definitivas. É o caso da anterior Constituição Portuguesa que, em seu artigo 137 estabelecia a revisão ordinária, que poderia realizar-se de dez em dez anos, podendo ser encurtado para cinco anos, por deliberação da maioria de 2/3 dos deputados, bem como a atual promulgada em 1976 que dispõe sobre a realização

²³ *Id.*, pp. 179 e 182.

²⁴ *Id.*, pp. 181-182.

²⁵ A expressão pertence à MARCELO REBELO DE SOUZA, *op. cit.*, p. 74.

da revisão constitucional decorridos cinco anos da data da publicação de qualquer lei de revisão — artigo 286.

3. AS LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIAIS

Consistem, tais limites, «em proibições que se referem a circunstâncias especiais ou anormais, em que se presume não poder haver livre manifestação do órgão competente para proceder à reforma. A circunstância é transitória, a cláusula limitativa é permanente; aplica-se toda a vez que ocorrer o acontecimento circunstancial»²⁶.

Visa, a regra restritiva, resguardar a livre manifestação do órgão revisor, revestindo a Lei Máxima de cautelas especiais. O exemplo mais notório no Direito Comparado é o da Constituição Francesa de 1946 —artigo 94— com idêntica redação no artigo 89, da Constituição de 1958, vedando o início da revisão ou o seu prosseguimento, no caso de ocupação total ou parcial do território francês por tropas estrangeiras. O dispositivo visa evitar a repetição do amargo episódio político ocorrido em julho de 1940 quando a França invadida pelo Exército Alemão, reformou as Leis Constitucionais da III República com parte do país ocupado e sob pressão militar estrangeira.

A Constituição da Bélgica, de 1831, estabelece no artigo 84, que nenhuma alteração na Carta poderia ser efetivada durante uma regência; já a Portuguesa —artigo 291— veda qualquer ato de revisão na vigência de estado de sítio ou estado de emergência. Por fim, a Brasileira, em seu artigo 60, § 1º, estatui a irreformabilidade da Carta durante o estado de sítio, de defesa e quando houver sido decretada a intervenção federal. No mesmo sentido, as Constituições anteriores, à exceção da de 1937, proibiram a reforma na vigência de estado de sítio²⁷, sendo que a Emenda de 1969 contemplou a hipótese do estado de emergência, como situação excepcional, a obstar o livre exercício do poder reformador.

4. AS LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

Nesta abordagem geral, resta mencionar os limites procedimentais ao poder de revisão, desconsiderados por alguns doutrinadores como restrições efetivas, mas que não deixam de sê-las na medida em que estabelecem

²⁶ ANTÔNIO GABRIEL DINIZ JÚNIOR, «Poder de Reforma Constitucional», in *Revista de Direito Público*, São Paulo, julho/dezembro de 1978.

²⁷ Vg.: Constituição de 1934 —art. 178, § 4º; de 1946 —art. 217, § 5º; de 1967 —art. 50, § 2º; Emenda Constitucional de 1969 —art.47, § 2º.

requisitos e exigências para o seu exercício, impondo-se como verdadeiros limites processuais.

Multiformes os procedimentos de reforma adotados nos diversos sistemas constitucionais. Inexiste um modo único de revisão face a diversidade de órgãos encarregados de elaborá-la.

Segundo Biscaretti di Ruffia, os procedimentos podem desenvolver-se acorde dois sistemas distintos, segundo a colaboração de:

«A) Órgãos especiais, diferentes dos legislativos ordinários, ou b) dos órgãos legislativos ordinários, mas com procedimentos agravados em relação aos seguidos para aprovação de outras leis. (...)

B) A especialidade dos órgãos de reforma constitucional ocorre nos casos em que esta última se desenvolva através: a) de uma Assembléia Constituinte ou Convenção (prevista, em alguns estados membros norte-americanos, para as reformas totais), b) de uma Assembléia Nacional, formada pelas duas Câmaras parlamentares reunidas conjuntamente (conforme o modelo francês de 1875), c) de um referendun obrigatório (por exemplo: Suíça, estados membros norte-americanos) e, d) da intervenção de cada estado membro, quando se trata de reformar uma Constituição federal, para tutelar suas soberanias (art. V, da Constituição dos Estados Unidos: deliberação de 2/3 de cada Câmara do Congresso, aprovada por 3/4 das Legislaturas dos estados membros; art. 123 da Constituição Suíça de 1874; aprovação mediante referendun por maioria dupla dos Cantões e de todo o corpo eleitoral, etc.).

C) Os procedimentos agravados seguidos pelos órgãos legislativos ordinários costumam assumir variadas formas (...), mas, de qualquer modo, se pode diferenciar, pelo menos, os seguintes: a) a maioria qualificada (Constituições: Alemanha de 1919 — art. 76; Turquia de 1924 — art. 102; da antiga URSS de 1936 — art. 146; e, em regra dos ex-Estados socialistas, etc.); b) dupla aprovação, distanciada temporalmente (acolhida, frequentemente, pelos estados membros norte-americanos, para reformas parciais); c) a decisão de reformar um artigo da Constituição e a aprovação específica dessa modificação efetuada em duas sucessivas legislaturas de maneira que as eleições tidas no intervalo entre as mesmas, assumam o significado de um referendun (por exemplo: a Suécia de 1809 — art. 81, reformado; Noruega de 1814 — art. 112, reformado; Bélgica de 1831 — art. 191; d) a integração da aprovação parlamentar com um referendun facultativo. Costuma-se, todavia, falar em sentido estrito, de procedimento agravado apenas quando a diversidade do procedimento legislativo afeta a verdadeira atividade constitutiva da norma e não a atividade meramente introdutória (iniciativa, pareceres facultativos ou obrigatórios, etc.)»²⁸.

²⁸ *Op. cit.*, pp. 223-224.

Findas as considerações de ordem doutrinária, empreender-se-á análise da juridicidade da aferição da constitucionalidade da reforma no Brasil.

5. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Mecanismo de adequação das normas infraconstitucionais à Constituição, o controle justifica a supremacia da *Lex Originária* sobre todo o ordenamento jurídico vigente, corolário do Estado Democrático de Direito²⁹.

Gomes Canotilho, ao sistematizá-lo, assinala como sujeitos do controle os órgãos políticos, a exemplo do modelo francês, e jurisdicionais, no qual se distinguem o sistema difuso ou americano e o concentrado ou austríaco³⁰.

Quanto ao modo de controle, aponta a via incidental e a via principal. A primeira só poderia ser exercitada no decurso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais, associando-a ao controle jurisdicional difuso (*Richterklage*)³¹. A segunda, resulta da possibilidade de questionar-se a constitucionalidade em processo autônomo, perante um tribunal que possua esta competência. O controle abstrato pressupõe, portanto, que a impugnação da validade de uma norma possa ser feita independentemente de litígio concreto, sem o contraditório, vez que sua finalidade é a «defesa da Constituição» e do princípio da constitucionalidade³².

²⁹ Relevante a argumentação expendida pelo Ministro Celso de Mello, em ementa de acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde se lê:

«O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controle, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste —enquanto for respeitada— constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada».

In Brasil. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa do Acórdão proferido em Medida Liminar de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello Filho. Publicado no DJU de 16.04.93, p. 6.429.

³⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª ed., 1998, pp. 868-869.

³¹ «A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controlo por via de excepção, porque “a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute”(…). *Id.*, pp. 870- 871.

³² *Id.*, *ibid.*, p. 871.

Concernente ao tempo, o controle poderá ser preventivo ou sucessivo, considerando-se o momento em que o ato normativo entra em vigor³³.

Com relação à *legitimatío*, poderá se dar *ex officio*, por interesse das partes, ou pelos órgãos públicos³⁴.

Finalmente, os efeitos do controle descortinam-se sob três diferentes primas: 1) gerais e particulares; 2) prospectivos e retroativos; 3) declarativos e constitutivos, ainda na lição de Gomes Canotilho.

1) Os efeitos gerais e particulares entendidos, respectivamente, como *erga omnes* ou *inter partes*, operam-se, no primeiro caso, com a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo e seu conseqüente expurgo do ordenamento jurídico; no segundo, uma vez reconhecido como inconstitucional, o ato é desaplicado no caso concreto pela cognição do juiz, continuando porém em vigor até a sua anulação, revogação ou suspensão pelos órgãos competentes³⁵.

2) Os efeitos prospectivos seriam aqueles nos quais atribui-se à decisão de anulação eficácia *ex nunc*, nestes casos, o efeito da invalidade inicia a partir do momento em que seja declarada a inconstitucionalidade; os retroativos ou *ex tunc*, retroagiriam de tal forma que, a eficácia invalidante abrangeria todos os atos, mesmo os praticados antes da declaração da inconstitucionalidade³⁶.

3) Por derradeiro, os efeitos declarativos firmar-se-iam no momento em que a entidade controlante se limitasse a declarar nulidade preexistente ao ato normativo e, os constitutivos, revelar-se-iam sempre que o ato normativo, considerado válido e eficaz até a decisão, deixasse de sê-lo quando anulado pelo órgão controlador³⁷.

³³ Assim, quando a aferição é feita sobre atos imperfeitos, que carecem de eficácia jurídica, diz-se preventivo. Ao contrário, sempre que o ato normativo for perfeito, pleno e eficaz, diz-se sucessivo ou *a posteriori*. Isto porque o exame de fiscalização ocorreu após o aperfeiçoamento do ato normativo, ou seja, sua promulgação, referendo, publicação e entrada em vigor. *Id. ibid.*, p. 872.

³⁴ «A impugnação da inconstitucionalidade não é iniciada *ex officio* pelos órgãos de controlo; estes aguardam a impugnação directa feita pelos órgãos constitucionalmente legitimados (controlo abstracto) ou pelas pessoas que num caso concreto são partes, ou, de qualquer modo, têm legitimidade processual activa (controlo incidental concreto, acção constitucional de defesa). Esta regra, como vai ver-se em seguida, deve tomar em conta o dever de fiscalização dos juizes no controlo concreto, o que conduz, na prática, a consagrar uma legitimidade *ex officio* dos mesmos para examinar a censurabilidade constitucional da norma ou normas aplicáveis num feito submetido à decisão judicial». J. J. GOMES CANOTILHO, *Id. ibid.*, p. 873.

³⁵ *Id. Ibid.*, p. 874.

³⁶ *Id. Ibid.*, p. 875.

³⁷ *Id. Ibid.*, p. 875.

6. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

A Constituição Brasileira promulgada em 1988 admite como formas de aferição repressiva da compatibilidade vertical dos atos e leis governamentais realizada pelo Poder Judiciário, o controle difuso ou incidental e o concentrado ou direto³⁸, este último, exercitável por meio de ação direta de inconstitucionalidade genérica —art. 102, I, «a»³⁹, de ação direta de inconstitucionalidade interventiva —art. 36, III—⁴⁰, de ação direta de

³⁸ Mesclou, o sistema brasileiro, o critério difuso consagrado no *judicial review* norte-americano, com a exclusividade do exercício jurisdicional da Corte Constitucional, nos moldes dos ordenamentos europeus.

Efetivamente, conforme salienta Francisco Fernández Segado:

«(...) los sistemas constitucionales actuales la jurisdicción que nos ocupa se diversifican en dos grandes bloques: los sistemas de jurisdicción difusa, caracterizados por tener todos los jueces a su cargo la vigilancia del cumplimiento y observancia del texto constitucional, e inspirados en el sistema norteamericano; y los sistemas de jurisdicción concentrada, que siguen la tradición austríaco-kelseniana, y que vienen caracterizados por el hecho de corresponder a un órgano *ad hoc*, no inserto en la jurisdicción ordinaria, la función de velar por la constitucionalidad de las leyes y por subsiguiente respeto del texto constitucional». In *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 29.

Neste sentido, inovou o sistema constitucional pátrio, ao fundir os critérios de controle jurisdicional.

³⁹ Destina-se a obter a «decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é a ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional», na lição de José Afonso da Silva. In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1999, 16ª ed., p. 54.

De competência privativa do Supremo Tribunal Federal para processá-la e julgá-la, compete, outrossim, aos Tribunais de Justiça dos Estados declarar a inconstitucionalidade em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição do Estado —art. 125, § 2º.

⁴⁰ A ação interventiva pode ser federal, proposta exclusivamente pelo Procurador Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal para processá-la e julgá-la, ou estadual, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado e aforada nos Tribunais de Justiça estaduais. Destinam-se a promover a intervenção federal no estado-membro ou, a intervenção estadual no município a ser deflagrada em situações críticas quando os princípios constitucionais sensíveis encontram-se ameaçados. São eles, consoante o art. 34, VII, da Constituição Federal: a forma republicana, o sistema representativo e regime democrático, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal, a prestação de contas da administração pública direta e indireta, a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências na manutenção e no ensino. Atente-se que, esta última prescrição, foi acrescida ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 14/96.

Mutatis mutandis, os princípios, natureza, pressupostos, controle político e jurisdicional, nomeação e responsabilidade do interventor assemelham-se quando se tratar de intervenção dos estados-membros nos municípios.

inconstitucionalidade por omissão —art. 103, § 2^o⁴¹, e da ação declaratória de constitucionalidade —art. 102, I, «a», *in fine*; EC n° 03/93⁴².

Sobre a representação interventiva, a Constituição de 1988 revela uma incongruência, na observação de Marcelo Ribeiro de Oliveira, para quem, na vigência da Constituição anterior —1967, emendada em 1969— a competência para a propositura de representação interventiva era, igualmente, exclusiva do Procurador-Geral da República que, sob a égide daquela Carta, acumulava as funções de Chefe do Ministério Público Federal e de representante judicial da União.

Sucede que, com o advento da Carta vigente, «a representação judicial da União passou a ser exercida pela Advocacia-Geral da União. De modo incoerente, todavia, a representação interventiva manteve-se, em caráter exclusivo, na esfera de competência do chefe do *parquet* federal». In *A fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas e o processo objetivo no STF. Uma análise da evolução do controle da constitucionalidade no Brasil e de sua atual estrutura processual*, Tese de Mestrado em Direito e Estado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, novembro/2003, p. 93.

⁴¹ Supridora de omissão, visa sanar a conduta negativa do Poder Público —órgão legislativo ou órgão administrativo— tendo por finalidade garantir a aplicabilidade e a eficácia da norma constitucional.

⁴² Conforme salienta José Afonso da Silva, o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade acolheu, na primeira Constituição Republicana de 1891, o critério difuso ou por via de exceção, mitigado, nas Constituições sucessivas, pelo método concentrado. A Carta de 1934 manteria a regra anterior em seu art. 16, alíneas «a» e «b», introduzindo três significativas inovações, quais sejam; a ação direta de inconstitucionalidade interventiva —art. 7º, I, «a» e «b»—, o quorum da maioria absoluta de votos —art. 179— e a competência senatorial para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional nas decisões definitivas.

Por seu turno, a Constituição de 1946 adotaria a ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a missão precípua de processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República —art. 2º, «k»— remetendo, outrossim, à legislação infra estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal conflitante com a Constituição dos estados-membros —art. 19. Esta última inovação não prosperaria tal como previsto mas, «a Constituição de 1969 instituiu a ação direta interventiva para a defesa de princípios da constituição estadual, promovida pelo Chefe do Ministério Público do estado e de competência do Tribunal de Justiça —art. 15, § 3º, “d”».

Finalmente, a Constituição de 1988 incorporaria no seu texto a inconstitucionalidade por omissão —art. 103, § 2º— e ampliaria a legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade —art. 103, estendendo-a ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos estados, ao Governador de estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e, finalmente, à Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Inovou, ainda, a Norma Fundamental vigente, ao prever a ação declaratória de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n° 3, de 17 de março de 1993, bem como a arguição de preceito fundamental —Lei n° 9.882/99.

Preceitua o dispositivo *retro*:

verbis:

«Art. 1º A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Por seu turno, no controle por exceção, o legitimado poderá suscitar questões de inconstitucionalidade, incidentalmente, em processos de qualquer natureza, independentemente do Juízo; federal ou estadual, comum ou especializado⁴³.

Tais mecanismos, infirmam-se no direito constitucional pátrio, como meios aferidores do direito de revisão reconhecido ao Poder Constituinte derivado. Conforme adverte José Afonso da Silva, «toda a modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias»⁴⁴.

«Axiomático as Constituições rígidas somente poderem ser revistas com a observância dos ritos nela prescritos», na lição de Gilmar Ferreira Mendes, que ainda assinala; «as cláusulas pétreas são formulações jurídicas destinadas a evitar a destruição ou a radical alteração da ordem constitucional. Constituem, pois, normas de controle (*Kontrollnorm; Kontrollmassstab*), que permitem aferir a compatibilidade da revisão constitucional»⁴⁵. Busca-se precatar contra o quebrantamento do *telos* que anima a ordem constitucional, bem como preservar a credibilidade histórica da *Lex Magna* do aviltamento de uma reforma usurpadora.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)».

⁴³ Prestigiado, o controle *in concreto*, pela Constituição Federal, com três novas garantias processuais, *vg*: o mandado de injunção —concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); o *habeas data* —impetrado para assegurar ao cidadão o conhecimento de informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para a sua retificação (art. 5º, LXXII, «a» e «b») e o Mandado de Segurança Coletivo, *writ* destinado à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, nesta hipótese, sendo legitimado ativo, partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída (art. 5º, LXX, «a» e «b»), a primeira, teve sua eficácia restringida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de somente dar ciência ao poder competente da lacuna normativa, e a segunda revelou-se inócua pela ausência de especificidade da tutela jurisdicional pretendida. Restou o Mandado de Segurança Coletivo, de maior efeito, vez que possibilitou às organizações sindicais, entidades de classe ou associações e partidos políticos, atuarem como substitutos processuais em defesa de direitos individuais.

⁴⁴ In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵ In *Controle de Constitucionalidade*, *op. cit.*, p. 98.

Na América do Norte a supremacia da norma originária deu ensejo à decisão no célebre caso *Marbury versus Madison*, quando se admitiu as limitações ao poder revisional⁴⁶.

«Anteriormente, a *Supreme Court* havia declarado a constitucionalidade da 11ª Emenda, não se utilizando da escusa formulada pela *doctrine of the political-questions*. Na decisão proferida, em 1871, no caso *White vs Hart*, a Corte Suprema invocou a doutrina das questões políticas, eximindo-se de apreciar a validade da revisão. Em outras ocasiões, a Corte Suprema houve por bem declarar a constitucionalidade de emendas constitucionais. (...)

Somente em 1920, ao apreciar os *National Prohibition Cases*, ocupou-se a Suprema Corte de controvérsia relativa à inconstitucionalidade material da reforma (*matters of substance*), declarando a validade da 18ª Emenda. Também na discussão relativa à constitucionalidade da 19ª Emenda, o tema voltou a ser debatido. Mais tarde, em 1939, a Corte Suprema escusou-se de decidir controvérsia constitucional sobre a validade de reforma constitucional relativa ao trabalho dos menores, sob a invocação da *doctrine of the political-questions*»⁴⁷.

No Brasil, incontestemente na doutrina e jurisprudência a sujeição do órgão revisor às limitações explícitas e implícitas passível, por conseguinte, a norma constitucional derivada, à submissão do controle, seja sob a ótica formal, seja sob a material⁴⁸. Neste sentido, pauta-se o Supremo Tribunal Federal ao conceber legitimidade irretorquível ao *pouvoir constituant* no processo reformista⁴⁹.

Efetivamente, a rigidez exteriorizada no Contrato Social exprime, em seu traço mais simbólico, o pronunciamento definitivo da Nação, livremente expressado pelo sufrágio popular. Suplantar ou abrandar a sua latitude desaprova o chamado «princípio do paralelismo das formas», segundo o qual «um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idên-

⁴⁶ «It is not conceivable that the people, when they conferred upon the legislatures of three fourths of the states the power to amend this Constitution, intended to authorize the adoption of any measures, under the guise of amendments, the effect of which would be to destroy, wholly or in part, any of the members of his perpetual Union». In *The limitations upon the amending power*, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁷ GILMAR FERREIRA MENDES, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁴⁸ José Afonso da Silva adverte não se ter exemplo, dentre as decisões do Poder Judiciário, de controle com relação as emendas que desrespeitem limitações implícitas. In *op. cit.*, p. 70.

⁴⁹ Vide: Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF: DJ 10.05.1996; Mandado de Segurança 20.257/DF: DJ 27.02.1981; Ação Direta de Inconstitucionalidade 830-7/DF: DJ 16.09.1994.

tivas àquelas adotadas para elaborá-la»⁵⁰. Assim, somente o órgão que fez a Constituição está apto a alterá-la. Esta é a lógica da legitimação da autoridade em sociedades democraticamente organizadas: a existencialidade primária da soberania política do cidadão.

⁵⁰ PAULO BONAVIDES, in *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 182.

