

É Possível a Revisão da Constituição de 1988?

Carlos Mário da Silva Velloso

Ministro do Supremo Tribunal Federal,
Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Introdução: o conceito de Constituição

O tema – é possível a revisão da Constituição de 1988? – costuma gerar polêmica, dado que há proposta de emenda no sentido de ser convocada uma constituinte revisora, mediante plebiscito. Enfrentemos o tema, sem receios: estamos num congresso de Direito Constitucional. O importante é que seja ele desenvolvido com cientificidade.

É possível a revisão da Constituição de 1988? A indagação não dispensa algumas considerações introdutórias, com base na teoria geral da constituição que conduzem a uma boa compreensão do tema.

A Constituição pode ser conceituada, por primeiro, sob o ponto de vista sociológico e sob o ponto de vista jurídico.

Em termos sociológicos, a constituição é o modo de ser, real ou efetivo, de uma entidade política, de uma associação política. E sob o ponto de vista jurídico, ela é um conjunto de preceitos que estabelecem a estrutura jurídica de uma entidade política, de uma associação política, do Estado. A propósito, **Celso Ribeiro Bastos**, no seu Curso de Direito Constitucional, formula, de forma didática e científica, noções muito precisas a respeito da conceituação da constituição.

Todo ser tem uma estrutura, ou seja, uma constituição. A constituição do homem, por exemplo, se assenta em certas realidades que compõem o corpo humano. Da mesma forma, a constituição de uma entidade política, do Estado, se apóia em certas realidades que estão subjacentes à estrutura jurídica deste: a realidade econômica, a realidade política, a realidade histórica, a realidade religiosa, etc.

O corifeu da Constituição, no sentido sociológico, é **Ferdinand Lassalle**. Em uma palestra que proferiu por volta de 1862, na Alemanha, **Lassalle** pretendeu dar resposta a esta indagação: “o que é uma constituição?” ou, “qual a essência da constituição?”.

A constituição, para **Lassalle**, seria a soma dos fatores reais do poder

que rege um país. E foi além: invocando o que denominou de “lei da necessidade” – se todo corpo tem uma constituição, boa ou má, todo país também há de ter uma constituição, que estará assentada nos fatores reais que regem o poder. E essa constituição será, da mesma forma, boa ou má.

Mas aos juristas interessa, sobretudo, a constituição sob o ponto de vista jurídico. É dizer, interessa analisá-la como o conjunto de normas que estruturam os órgãos do Estado, definindo-lhes a competência e, como a idéia de constituição teve a impulsão a idéia dos direitos do homem, direitos individuais que ao Estado cabe reconhecer e proteger, o conjunto de normas que estabelecem os limites à ação dos órgãos estatais.

Poderíamos dizer, então, que a Constituição formal, jurídica, vai reger e disciplinar a constituição substancial, a constituição real.

O conceito de constituição vai mais longe. É que a constituição pode ser visualizada, ainda, sob o ponto de vista material e sob o ponto de vista formal. No primeiro caso – constituição sob o ponto de vista material – a constituição se apresenta como um conjunto de normas que dizem respeito à estrutura básica do Estado. É dizer, aquelas normas que estabelecem a forma de aquisição e exercício do poder, os limites e as competências deste. A constituição sob o ponto de vista formal, é a constituição jurídica, que contém as normas materiais e aquelas normas que denominaríamos de “puramente formalmente constitucionais” porque são constitucionais tão-só porque estão na constituição, porque têm forma de constituição. De regra, são normas que poderiam estar na lei ordinária. Todavia, o constituinte, refletindo tendências e aspirações, deu-lhes forma constitucional, colocou-as na constituição. Ambas, as normas materialmente constitucionais, que são as normas próprias da constituição – aquisição e exercício do poder, organização dos órgãos estatais, limites da atuação destes, com o reconhecimento dos direitos individuais e sociais – e as puramente formalmente constitucionais, constituem a constituição jurídica, ou a constituição formal.

O conceito de constituição material, para o revolucionário francês, está contido no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”. O conceito de constituição material, portanto, para o revolucionário francês, se resumia na garantia dos direitos individuais e na separação dos poderes, esta última como garantia de proteção daqueles.

É por isso que **Maurice Hauriou**, nos seus *Précis de droit constitutionnel*, e **Jellinek**, no seu *A Doutrina Geral do Direito e do Estado*, invocados por **Raul Machado Horta** (Estudos de Direito Constitucional, Del Rey Ed., 1995, pp.

55-56), definem constituição como sendo – **Maurice Hauriou** – “o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência. Esse conjunto se desdobra em regras relativas à organização social essencial, isto é, à ordem individualista e às liberdades individuais, e em regras relativas à organização política e ao funcionamento do Governo”, ou – **G. Jellinek** – “A Constituição contém os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, estabelecendo o modo de sua criação, suas relações recíprocas, sua esfera de ação e fixam a posição fundamental do indivíduo em face do poder estatal”.

Hoje, entretanto, o conceito de constituição material alargou-se: ele contém, registra **Raul Machado Horta**, os elementos “que provêm do constitucionalismo liberal dos fins do século XVIII e do século XIX, como também as matérias que foram acrescentadas ao conteúdo clássico, para atender aspirações novas e emergentes, que o poder constituinte originário, aqui e ali, foi incluindo no texto da Constituição, alargando o conteúdo da matéria constitucional”. (Ob. e loc. cit.)

E se acrescentarmos às normas materialmente constitucionais, largamente ampliadas neste século, as normas puramente formalmente constitucionais, que não são normas próprias da constituição, mas que o constituinte incluiu no texto constitucional, vamos verificar que as constituições contemporâneas são bastante extensas.

Classificação das Constituições

Existem diversas maneiras de classificar a Constituição. **José Afonso da Silva**, no seu Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Ed., 15^a ed., 1998, p. 42, assim a classifica: a) quanto ao seu conteúdo, materiais e formais; b) quanto à forma, escritas e não-escritas; c) quanto ao modo de elaboração, dogmáticas e históricas; d) quanto à origem, populares (democráticas) e outorgadas; e) quanto à estabilidade, rígidas, flexíveis e semi-rígidas. Outros fazem-no desta forma: a) quanto ao seu conteúdo, monárquicas ou republicanas, unitárias ou federativas, aristocráticas ou democráticas, socialistas ou capitalistas e presidencialistas ou parlamentaristas; b) quanto a sua forma, escritas ou costumesiras; c) quanto a sua origem, outorgadas ou populares. Dentre as populares, que são as constituições elaboradas por uma assembléia constituinte, temos aquelas que, após votadas por esta, são submetidas ao referendo do titular do poder, que é o povo. As constituições plebiscitárias são praticamente outorgadas, já que o povo é consultado se um determinado agente estaria legitimado a outorgar um certo texto constitucional. Constituem, está-se a ver, a pior das modalidades,

por isso mesmo são da predileção dos ditadores: Napoleão I, Napoleão II, Hitler, Fidel Castro, Pinochet, dentre outros. E, d) quanto à forma, em imutáveis, fixas, rígidas e flexíveis.

A reforma das Constituições

Não é comum falar-se em Constituição imutável, já que as constituições devem atender aos interesses de muitas gerações. De outro lado, deve a constituição formal estar ajustada à constituição substancial, real.

Mas pode haver constituição imutável, ou texto constitucional imutável. Seria possível a revogação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789? Seria possível ao parlamento inglês revogar a Magna Carta do Rei João Sem Terra, que é um dos documentos que formam a Constituição não-escrita da Inglaterra? Seria ainda possível a revogação do *Bill of Rights* de 1689, ou a Petição de Direitos de 1628, ou o Ato de **Habeas Corpus** de 1678?

Certamente que não.

Nesse sentido, portanto, esses documentos são imutáveis, são eternos.

Constitucionalistas já sustentaram a possibilidade de existirem constituições fixas, que somente poderiam ser alteradas pelo poder constituinte originário. Assim, a constituição somente poderia ser reformada mediante a convocação de uma assembléia constituinte. Hoje, essa doutrina não tem seguidores.

A rigidez constitucional: a tradição republicana brasileira

A doutrina que prevalece é a das constituições rígidas e flexíveis. Estas são aquelas que podem ser alteradas e reformadas com observância do processo das leis comuns. O exemplo de constituição flexível é a constituição não-escrita da Inglaterra. Já a constituição rígida é aquela que somente será alterada mediante um processo especial, que constitui o poder constituinte derivado.

A nossa tradição, a tradição brasileira, é a da rigidez constitucional, não obstante a Constituição Imperial de 1824 ter deixado expresso, no seu artigo 178, que somente as normas materialmente constitucionais estariam submetidas ao processo especial para a sua alteração; as demais, seguiriam o processo ordinário. Era, pois, uma Constituição semi-rígida.

A Constituição de 1934 não chega a ser uma Constituição semi-rígida, muito embora tenha ela distinguido entre revisão e emenda. O processo de revisão dizia respeito às normas materialmente constitucionais, sendo, portanto, mais rigoroso. Já o processo de elaboração de uma emenda dizia respei-

to às normas formalmente constitucionais. Tratava-se de um processo diferente do processo de revisão, mas formalmente mais rigoroso do que o processo de criação e alteração das leis ordinárias.

Desta forma, é correta a afirmativa no sentido de que, a partir da Constituição republicana de 1891, a regra é a da rigidez constitucional.

Registram os constitucionalistas que a idéia de constituição rígida implica a formulação de três degraus de atividade legiferante. O primeiro, constitui-se na criação da Constituição, pelo que implica a idéia de poder constituinte originário; o segundo, é a atividade do poder de reforma da constituição, e o terceiro, constitui-se no poder de elaboração das leis ordinárias, ou seja, na elaboração das normas infraconstitucionais. O poder elaborador da constituição, o poder constituinte originário, se diz ilimitado; o poder de reforma constitucional, entretanto, é limitado e os seus limites estão na criatura do poder constituinte originário, que é a constituição, da mesma forma que é limitado o poder legislativo ordinário. Como corolário desses conceitos, pode-se afirmar que, tanto o poder de reforma, quanto o poder legislativo ordinário, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Poder constituinte originário e poder constituinte derivado

No que toca ao poder constituinte originário, o seu conceito surge concomitantemente com a idéia de constituição, na segunda metade do século XVIII e com a Revolução Francesa de 1789. A idéia desse poder foi veiculada, pela primeira vez, pelo Abade **Emmanuel Joseph Sieyès**, em 1789, numa pequena obra – “*Qu'est-ce que le Tiers État?*”, a que a Assembléia Constituinte da Revolução Francesa emprestou grande importância. O Abade **Sieyès** integrava os Estados Gerais, como representante do Estado Clerical, mas formulou o conceito de poder constituinte originário, tendo como destinatário o Terceiro Estado, ou o Estado burguês. O poder constituinte originário tem como titular o povo; o seu veículo é, de regra, uma revolução legítima, mas ele pode ter como veículo, também, uma assembléia constituinte regularmente convocada. No Brasil, em 1986, os poderes Executivo e Legislativo concluíram que a reforma da constituição não bastava. Por isso, convocaram o povo a eleger uma assembléia constituinte, o que ocorreu. De certa forma, fez-se, no Brasil, o mesmo que De Gaulle fez, na França, em 1958. O certo é que, no Brasil, em 1986, os poderes constituídos, – aí integrado o Poder Judiciário, dado que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, então o Ministro Moreira Alves, presidiu a primeira sessão da Assembléia Nacional Constituinte – diante das manifestações populares, pedindo eleições “diretas já”, convocaram o

povo – a convocação se fez mediante emenda constitucional – a eleger, conforme foi dito, uma assembléia constituinte, que votou e promulgou a Constituição de 5 de outubro de 1988.

Segue-se o poder de reforma, que **Sanchez Aguesta** chama de poder constituinte constituído, **George Burdeau** de poder constituinte instituído, **Garcia Pelayo** de poder constituinte derivado e **Pontes de Miranda** de poder constituinte de segundo grau.

As limitações ao constituinte derivado

Esse poder de reforma está sujeito a limites, limites que são expressos ou implícitos ou inerentes à Constituição que se vai reformar.

Registra **Raul Machado Horta** que **G. Burdeau**, na linha do pensamento de **Carré de Malberg** e de **Esmein**, “desenvolveu a doutrina da limitação do poder de revisão, que decorre de sua qualificação de órgão do Estado, portador da idéia de Direito contida na Constituição”, não sendo diversa a doutrina italiana, conforme as lições de **Costantino Mortati**, **Biscaretti di Ruffia** e **Stefano Maria Cicconetti**, dentre outros. **Raul Machado Horta** (ob. cit., p. 91), **Jorge Miranda** (Manual de Direito Constitucional, Coimbra Ed., 1981, v. I, t. 2, p. 433) e **Gomes Canotilho** (Direito Constitucional, 5ª ed., Almedina, 1991, pp. 1.130/1.138) acentuam que o poder de reforma está sujeito a limitações, o que é aceito pela doutrina brasileira e ressaí das lições de **Pontes de Miranda** (Comentários à Constituição Federal de 1967), **Pinto Ferreira** (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno), **Nelson de Souza Sampaio** (O Poder de Reforma Constitucional), **Raul Machado Horta** (ob. cit.), **José Afonso da Silva** (Curso de Direito Const. Positivo), **José Alfredo de Oliveira Baracho** (Teoria Geral do Poder Constituinte), **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (Curso de Direito Constitucional), **Celso Ribeiro Bastos** e **Ives Gandra Martins** (Comentários à Constituição do Brasil), **Edvaldo Brito** (Limites da Revisão Constitucional), **Geraldo Ataliba** (Poder Constituinte de Revisão: Limites). Eu próprio escrevi sobre o tema, acentuando essa limitação (Servidor Público – Aposentadoria – Direito Adquirido, na RDP 21, 1972, p. 174).

As limitações à ação do poder constituinte derivado são de várias espécies: ou são formais, ou são de ordem temporal, ou são circunstanciais, ou são materiais, expressas ou implícitas.

A Constituição do Brasil, de 1988, estabelece: a) *limitações formais*, que estão consubstanciadas no processo de reforma: o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional), a iniciativa reservada da proposta de emenda (CF, art. 60, I, II e III), o processo especial de elaboração (CF, art. 60, §§ 2º, 3º e 5º); b)

limitações circunstanciais: a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (CF, art. 60, § 1º); c) *limitações materiais*, que podem ser expressas (CF, art. 60, § 4º, I, II, III e IV) e implícitas ou inerentes à Constituição.

A Constituição de 1988 consagrou, na sua feição original, espécie de limitação temporal, ao estabelecer, no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão se fez com observância da limitação temporal. Fora daí, não há, na Constituição de 1988, limitação temporal.

Examinemos as limitações materiais ao poder de reforma. Na Constituição do Brasil, estão elas inscritas nos incisos I, II, III e IV do § 4º do art. 60. Os constitucionalistas europeus utilizam a terminologia “limitações materiais ao poder de reforma”. No Brasil, uma metáfora está pegando: cláusulas pétreas, metáfora criada por **Pontes de Miranda**. Não gosto muito dela, porque ela sugere a idéia de petrificação da Constituição, quando esta, a Constituição formal, deverá ser ajustada, sempre e sempre como faz, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana – à constituição substancial, real. O ajuste da Constituição formal à Constituição substancial, repito, é necessário e ele se faz ou mediante construção jurisprudencial, como faz a Suprema Corte norte-americana, ou mediante emendas constitucionais, como, de regra, procedem os povos latinos.

Conforme mencionamos, as limitações ao poder de revisão são acolhidas, unanimemente, pela doutrina. Não tenho notícia de um só constitucionalista de peso que afirmasse a ilimitação do poder de reforma da Constituição.

Voltemos às limitações materiais inscritas no art. 60, § 4º, da Constituição vigente. São elas limitações materiais expressas. Estabelece a Constituição que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a) a forma federativa de Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos poderes; d) os direitos e garantias individuais.

Ao lado das limitações expressas, estão as implícitas, ou inerentes à Constituição. Importante, no ponto, a lição de **Karl Loewenstein**, na sua *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, p. 189.

São limitações implícitas ou inerentes, por exemplo, os fundamentos do Estado democrático de direito, consagrados na Constituição, art. 1º e incisos. Outro exemplo é o princípio inscrito no parágrafo único do art. 1º; também os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 3º.

Há os que afirmam que os direitos sociais constituem limitações implícitas. Penso, entretanto, que esses direitos constituem limitações expresas. É dizer, quando a Constituição estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, ela não está se referindo, apenas, aos direitos e garantias inscritos no art. 5º, porque os direitos fundamentais, ou os direitos humanos, são de várias gerações, incluindo-se os direitos sociais como direitos de 2ª geração.

Os direitos fundamentais

Em voto que proferi no Supremo Tribunal Federal – ADIn nº 1.497-DF, e em artigo de doutrina que escrevi em homenagem a **Geraldo Ataliba** – Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos Fundamentais, e a Reforma Tributária, em Direito Administrativo e Constitucional, Estudos em homenagem a **Geraldo Ataliba**, organizado por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, Malheiros Ed., 1997, p. 162 – dissertei a respeito do tema, registrando que os direitos e garantias individuais, referidos no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, são os direitos fundamentais, os denominados direitos humanos. Escrevi, então, que esses direitos fundamentais, que os jusnaturalistas consideram inerentes à personalidade humana, surgiram, inicialmente, em declarações de direitos, declarações essas assentadas em precedentes históricos e doutrinários que podem ser encontrados no território do velho mundo e até na velha Roma, “como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios”, ou “a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o **Interdicto de Homine Libero Exhibendo**, remoto antecedente do **habeas corpus** moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.” (**José Afonso da Silva**, Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., p. 134). Também em Atenas, registra **Gustave Glotz** (A Cidade Grega, Difel, 1980, tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Corte de Lacerda), pugnava-se pelas liberdades democráticas. O discurso de **Péricles**, em honra dos heróis da Guerra do Peloponeso, considera a igualdade inerente à democracia, faz a apologia do respeito às regras que defendem os oprimidos e proclama que a liberdade se confunde com a felicidade. A Idade Média, contudo, é que foi pródiga nos antecedentes das declarações de direito, com os pactos, os forais e as cartas de franquia, encontrados em toda a Europa: na Espanha, o de León e Castela, de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurou defender a justiça, assegurando o domicílio das pessoas, a propriedade e a possibilidade de as pessoas terem um julgamento justo. O de Aragão, de 1265, e

o de Viscaia, de 1526, reconheciam liberdades. A história constitucional inglesa é rica nesses pactos asseguradores de direitos: a Magna Carta, de 1.215, a *Petition of Rights*, de 1628, o **Habeas Corpus act**, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1688, e o *Act of Settlement* (o Ato de sucessão), de 1707, são magníficos antecedentes das declarações de direitos subjetivadas e positivadas nas Constituições que se seguiram à adoção do constitucionalismo na segunda metade do século XVIII. Importante é ressaltar, entretanto, antes da Constituição de Filadélfia, de 1787, e antes da eclosão do movimento constitucionalista, com a Revolução Francesa de 1789, o *Mayflower Compact*, de 1620, a *Charter of New England*, de 1620, a *Charter of Massachusetts*, de 1629, a de Maryland, de 1632, a de Connecticut, de 1662, a de Rhode Island, de 1663, a de Carolina, de 1663.

A Declaração de Virgínia, de 12.01.1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais do mundo. Ela é anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04.07.1776. A mais famosa, entretanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio no bojo da Revolução Francesa, de 1789. Essas declarações inspiraram-se, sobretudo, nas doutrinas de **Locke**, de **Rousseau** e de **Montesquieu**, preocupando-se em estabelecer em torno das pessoas um círculo de segurança no qual o poder não poderia penetrar. Nessa linha, o *Bill of Rights* do povo norte-americano, consubstanciado nas dez primeiras emendas à Constituição de 1787, aprovadas em 1791, às quais acrescentaram-se, com o correr do tempo, outras mais. As Constituições que se seguiram positivaram os direitos considerados fundamentais do homem. A Constituição brasileira de 1824 inspirou a Constituição da Bélgica, de 1831. A Constituição republicana, de 1891, caminhou na mesma linha, consagrando os direitos individuais. A Carta de 1934 realiza o compromisso do individual com o social, porque consagra direitos individuais e direitos sociais, o que se tornou constante nas Constituições seguintes, 1946, 1967, EC nº 1/69, 1988.

Hoje, a doutrina dos direitos fundamentais distingue direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, registra o eminente **Celso Lafer**, – Direitos Humanos e Democracia: no Plano Interno e Internacional, em *Desafios: Ética e Política*, Ed. Siciliano, 1995, pp. 201 e segs. – que desenvolve assim o tema: os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem-estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação constituem exemplos desses direitos.

Os de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente.

Os direitos fundamentais que constituem cláusulas pétreas

Nos citados trabalhos que escrevi, procurei responder a esta indagação: todos esses direitos constituem limitação material ao poder de reforma? Noutras palavras, estariam todos esses direitos cobertos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição?

Dei resposta negativa à indagação. Afirmei que é preciso distinguir os direitos a que, na realidade, quis a Constituição conferir essa máxima garantia. E que, bom indicativo dos direitos, que poderiam ser incluídos como cláusula pétrea, encontra-se no Título I da Constituição, que cuida dos Princípios Fundamentais.

No artigo 1º, estabelece-se que a República Federativa do Brasil, que constituiu-se em Estado democrático de direito, tem como fundamento a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Todos aqueles direitos que digam respeito, portanto, à cidadania, valorizando-a, e que servem para emprestar dignidade à pessoa humana, são, na ordem constitucional brasileira, direitos que gozam da proteção máxima do art. 60, § 4º, IV. Essas disposições constitucionais – art. 1º, II e III – alinham-se com os objetivos fundamentais da República, inscritos no art. 3º, especialmente com os inscritos nos incisos I – construir uma sociedade livre, justa e solidária, III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e com o princípio que rege a República nas suas relações internacionais, inscrito no art. 4º, II – prevalência dos direitos humanos, e VII – repúdio ao racismo. O princípio posto no inciso X do art. 4º – concessão de asilo político – demonstra a preocupação da Constituição com o homem como tal, como ser humano.

Esses fundamentos (art. 1º), objetivos fundamentais (art. 3º) e princípios (art. 4º) – princípios todos eles – acima enunciados, constituem a moldura do quadro que, no ponto – direitos fundamentais – o constituinte originário pintou e emprestou a proteção máxima do art. 60, § 4º, IV.

Não se pode perder de vista, também, as *têtes de chapitres* dos direitos enunciados no art. 5º da Constituição, *têtes de chapitres* inscritas no **caput** deste –

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, certo que a esta associa-se a sua função social. Os direitos que, nos incisos do citado artigo 5º, constituem desdobramento de tais títulos, podem ser considerados direitos fundamentais.

Busquemos caracterizá-los, tanto aqueles que estão nos incisos do artigo 5º, quanto os demais que se espalham pelo texto constitucional.

Em precioso trabalho, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** pretendeu visualizar a natureza dos direitos fundamentais – “Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1988”, na RDA 203/1. Começa o autor por afirmar que “a doutrina dos direitos fundamentais tem profundas raízes filosóficas – e assim não escapa das controvérsias mais abstratas e complexas – envolve sempre conotações políticas – e assim se insere no dia-a-dia do poder estatal – e está no cerne do novo direito internacional que não ignora os indivíduos.” Bem por isso, essa doutrina interessa à filosofia do direito, à teoria do Estado, ao direito internacional e, claro, ao direito constitucional. Nas primeiras Declarações, esses direitos eram os inerentes à personalidade humana. Seriam, portanto, direitos naturais. Isto, entretanto, seria suficiente, hoje, para caracterizar a natureza dos direitos fundamentais, no sentido de que somente aqueles direitos que poderiam ser considerados naturais é que teriam o **status** de direitos fundamentais? A resposta é negativa, não obstante ser importante, para a caracterização que perseguimos, a doutrina do jusnaturalismo. **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** registra que “a Carta de 1988 explicita numerosíssimos direitos ‘fundamentais’, muitíssimos mais que as anteriores e mesmo que as estrangeiras. Basta lembrar que a Constituição alemã enuncia cerca de vinte e poucos direitos fundamentais e o art. 153 da Emenda nº 1/69 arrolava cerca de trinta e cinco direitos e garantias e o art. 5º da atual enumera pelo menos setenta e seis, afora os oito do art. 6º, afora os que se depreendem do art. 150, afora o direito ao meio ambiente (art. 225), o direito à comunicação social (art. 220), portanto, no mínimo, oitenta e seis e provavelmente uma centena, se se considerar que vários dos itens do art. 6º consagram mais de um direito ou garantia. Quer dizer, três vezes mais do que o texto brasileiro anterior, cinco vezes mais do que a declaração alemã. Há, portanto, na Carta vigente uma ‘inflação’ de direitos fundamentais.” Mas, acrescenta o ilustre constitucionalista, “o exame, por outro lado, desses direitos fundamentais enunciados em 1988 provoca dúvidas se muitos deles são realmente direitos fundamentais... A não ser que se desvalorize o sentido de ‘fundamental’, tornando-o não o equivalente a essencial mas a meramente ‘importante’. (Ob. e loc. cit., p. 4).

Após lembrar que a doutrina tem-se preocupado com a multiplicação

desses direitos, procurando identificar os verdadeiros direitos fundamentais, invoca **Manoel Gonçalves** o publicista e cientista político **Philip Alston** (*Conjuring up New Human Rights: A proposal for quality control, American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, p. 607 e s., *apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, ob. e loc. cit.), que informa que novos direitos fundamentais estão em vista de ser declarados, como o direito ao sono, o direito ao turismo, o direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, o direito à coexistência com a natureza, o direito de livremente experimentar modos de viver alternativos, dentre muitos. Traz ao debate outros estudiosos do tema, como **Maurice Crasston**, que refletindo a preocupação da doutrina com o problema, indica critérios para que um direito possa ser considerado fundamental: “um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano.” Também **F.G. Jacobs** indica três critérios relevantes: “1) o direito deve ser fundamental; 2) o direito deve ser universal, nos dois sentidos de que é universal ou muito generalizadamente reconhecido e que é garantido a todos; e 3) o direito deve ser suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado e não apenas para estabelecer um padrão.”

E o próprio **Alston**, registra **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, “indica seis critérios, mais preocupado com a inserção de tais direitos no plano internacional em geral e no da ONU em particular”. Segundo **Alston**, um direito para ser admitido entre os *human rights* deve: “refletir um fundamentalmente importante valor social; ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor, ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; ser consistente com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo; ser capaz de alcançar um muito alto nível de consenso internacional; ser compatível, ou ao menos não claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.” Acrescenta o professor **Manoel Gonçalves** que “fácil é deduzir que os critérios assinalados levariam a recusar a qualidade de direitos fundamentais a muitos dos direitos que enuncia a Carta Brasileira” (ob. e loc. cit., p. 6), com o que concordamos.

Essas doutrinas que vimos de expor impõem, no mínimo, a conclusão no sentido de que há direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais

formais. É dizer, há aqueles direitos que se alçam numa categoria superior e direitos fundamentais que seriam secundários. Essa diferença hierárquica entre esses direitos é ressaltada, aliás, por **Manoel Gonçalves** (ob. e loc. cit.).

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os princípios constitucionais tributários, inscritos no Estatuto dos Contribuintes, art. 150 da Constituição, constituem limitações ao poder de reforma. No julgamento da ADIn nº 939-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, que teve por objeto a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, decidiu que essa citada Emenda nº 3, de 1993, incidiu no vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º do seu art. 2º, que, no tocante ao IPMF, não teria aplicação o art. 150, III, **b** (princípio da anterioridade) e VI (imunidades).

Dentre as limitações denominadas inerentes, alguns autores lecionam que estas seriam, por exemplo, os direitos fundamentais. Na Constituição do Brasil, entretanto, conforme vimos, os direitos fundamentais, com as observações que fizemos, constituem limitações expressas.

As limitações formais: uma palavra

As normas que dispõem a respeito do processo de reforma são, na verdade, limitações formais ao constituinte derivado, que não pode alterá-las.

Carl Schmidt, na sua Teoria da Constituição, dissertando a respeito, registra que a morte da Constituição de Weimar ocorreu desta maneira. É que o constituinte derivado alterava, deliberadamente, o processo de revisão daquela Constituição. Ora, se se entender possível ao constituinte derivado a reforma ilimitada desse processo, de alteração em alteração a Constituição rígida passaria a ser flexível. **Costantino Mortati** tem páginas admiráveis a respeito desse tema, sustentando a necessidade da limitação, no ponto. **Nelson de Souza Sampaio**, na sua preciosa obra, Poder de Reforma Constitucional, indaga: poderia o legislador ordinário alterar as condições previstas na Constituição para o exercício de sua tarefa? Responde o saudoso autor negativamente. Segue-se, então, a segunda indagação: da mesma forma, seria possível ao legislador, que reforma a Constituição, alterar as normas que legitimam essa tarefa? A resposta há de ser, também, negativa. O Abade **Sieyès**, na obra que ficou clássica, *Qu'est-ce que le Tiers État*, afirma que “nenhuma espécie de poder delegado pode alterar qualquer coisa nas condições de sua delegação.”

É possível reformar a Constituição de 1988?

A nossa palestra está ficando longa demais. É hora de darmos resposta à indagação que nos foi feita: é possível a reforma da Constituição de 1988?

Sim, a reforma é possível, desde que se observem as regras inscritas na Constituição.

A Constituição revisora

Há quem afirme que, mediante plebiscito, vale dizer, mediante consulta ao titular do poder, que é o povo, seria possível reformar a Constituição sem observância do processo especial nela previsto. É dizer, o povo poderia autorizar o legislador ordinário a reformar a Constituição sem as limitações nela previstas.

Esse modo de encarar a questão não se coaduna com a teoria da Constituição, podendo colocar em perigo as instituições democráticas.

É que, inerente ao princípio da supremacia da Constituição, tem-se o princípio do Estado de Direito, um dos pilares da Constituição.

Ora, no Estado de Direito tudo se faz e todos agem, inclusive o povo, de conformidade com normas preestabelecidas na Constituição e nas leis. As normas preestabelecidas, na Constituição, para a sua reforma, devem ser observadas por todos, inclusive pelo povo. E se não ocorrem os pressupostos da atuação do poder constituinte originário – revolução ou convocação justificada de uma assembléia constituinte – forçoso é cumprir o que está estabelecido na Constituição no que concerne a sua reforma.

O plebiscito de que falamos tornaria o Congresso Nacional uma Constituinte Revisora, com poderes muito maiores do que aqueles conferidos ao Poder de Revisão instituído na Constituição, certo que o plebiscito teria ocorrido de forma anormal, porque ao arrepio da Carta Política.

Paulo Bonavides, em artigo publicado em vários jornais – *Correio Braziliense* de 07.05.98, p. 31 – chega a afirmar que a convocação de uma assembléia em tais moldes consubstancia autêntico golpe de Estado. Já **Miguel Reale** entende possível essa convocação, porém com observância de certas limitações, como, por exemplo, com observância das “normas pétreas”. Verifica-se, entretanto, do trabalho do eminente professor **Miguel Reale**, meu mestre também em Direito Constitucional, que deseja ele, no fundo, mais poderes para o Congresso, a fim de que possam ser feitas certas reformas constitucionais consideradas de grande importância para o povo brasileiro, como, por exemplo, a reforma da Previdência Social, a reforma da Justiça e a do Legislativo, “a fim de estabelecer mais igualdade entre os Estados no seio da Câmara dos Deputados e dar nova disciplina às ‘medidas provisórias’, que constituem a base do presidencialismo imperial dominante.” Na verdade, o prof. **Reale** propugna por uma Constituição Revisora para decidir sobre dois

ou três assuntos que entende fundamentais. (“Por uma Constituinte Revisora”, em O Estado de São Paulo, 02.05.98).

Também acho que há certas reformas constitucionais que precisam ser feitas, com urgência, como, por exemplo, a reforma da Previdência Social e a reforma do Poder Judiciário. Penso, entretanto, que tais reformas devem ser feitas com observância do que está estabelecido na criatura do poder constituinte originário, que é a Constituição.

O sentimento constitucional

Finalmente, *last but not least*, que a reforma da constituição se faça sem quebra do “sentimento constitucional”, que foi veiculado, com cientificidade, por **Karl Loewenstein** (*Teoría de la Constitución*, já citada), e que vem sendo versado por constitucionalistas de escol, como **Pablo Lucas Verdú** (*El sentimiento constitucional*, Madri, Reus, 1985), **Raul Machado Horta** (Estudos de Direito Constitucional, Del Rey Ed., 1995, pp. 108 e segs.), dentre outros.

A permanência da Constituição ultrapassa o mundo das normas jurídicas que realiza a supremacia constitucional. Essa permanência da Constituição decorre, também, da adesão a esta, pelo povo, pela Nação, assim do domínio do sentimento constitucional (**Raul Machado Horta**, ob. e loc. cit.).

Karl Loewenstein, que foi quem primeiro cuidou cientificamente do tema (*Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 199 e segs.), deixa expresso, registra **Raul Machado Horta** (ob. e loc. cit.), “que a Constituição se valoriza na medida em que favorece mudanças na estrutura social sem alteração do processo político. A reforma constitucional exprime o rompimento do compromisso que mantém o equilíbrio entre os grupos sociais, a Sociedade e o Estado.” E acrescenta **Raul Machado Horta**, forte em **Loewenstein**, que “o segredo da estabilidade da Constituição norte-americana, das Constituições monárquicas da Suécia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo e Holanda decorre da raridade de emendas constitucionais. As modificações infreqüentes não abalam a validade da Constituição e reforçam o seu prestígio na alma do povo”.

As reformas constitucionais, de regra, retiram da Constituição o seu sentido de permanência e concorrem para depreciar o sentimento constitucional do povo, que, segundo **Loewenstein**, é o comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político, a consciência solidarizante, salienta **Machado Horta**, da comunidade que se constitui dos detentores e dos destinatários do poder na Constituição.

Faltando esse sentimento constitucional, a Constituição será a mera “folha de papel” de que falou **Ferdinand Lassalle**.

Pablo Lucas Verdú desenvolveu o tema, no seu *El sentimiento constitucional*, insistindo na caracterização desse sentimento como modo de integração política, acentuando a necessidade da existência de um vínculo moral entre as instituições e os homens, apoiando-se nesse vínculo o sentimento constitucional.

É grande, portanto, sob tal aspecto, a responsabilidade dos estudiosos e dos que ensinam o Direito Constitucional na formação e na preservação desse sentimento constitucional.

Vale registrar, no ponto, a lição de **Pablo Lucas Verdú**, numa tradução livre de suas palavras:

“O conceito de conflito é completo quando a inteligência teórica une-se a uma compreensão emocional mediante o sentimento que se adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota com a explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas, requer, mais, que se insista na necessidade de que a sociedade adira àquela, sentindo-a como coisa própria.”

Conclusão

Será possível rever a Constituição de 1988? Sim, será possível, repito, desde que sejam observados o processo de reforma e as limitações nela estabelecidos. E que essa revisão se faça de modo científico, procurando realizar as aspirações da Nação. Só assim ela não retirará da alma do povo o sentimento de respeito e de amor pela Constituição, sem o que não se constrói uma nação livre, próspera e independente.

Palestra proferida no XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, que teve como tema principal os 10 anos da Constituição, promovida pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, na cidade de São Paulo, SP, de 20 a 23.05.98.