

SOBRE O PROBLEMA DA REVISÃO CONSTITUCIONAL

NELSON SALDANHA

SUMÁRIO: 1. Constituições, poder constituinte e alterações constitucionais. 2. Uma constante ocidental. 3. Revisão total? 4. Conservar ou alterar. 5. Exemplos estrangeiros. 6. Sobre a noção de revisão constitucional. 7. A prática brasileira. 8. Considerações conclusivas.

1. Constituições, poder constituinte e alterações constitucionais.

As constituições, em sentido específico, são um produto do movimento do direito escrito e do racionalismo jurídico-político; portanto, um fenômeno peculiar ao Ocidente moderno. Apesar de sua evidente condicionalidade histórica, as constituições modernas ostentam uma espécie de pretensão à perenidade, algo que vários autores já mencionaram. A euforia ideológica, que fermentava no movimento chamado constitucionalismo, fazia dos textos constitucionais coisas quase sagradas – sobretudo no caso da Constituição norte-americana e das francesas –, como se a construção jurídico-política conduzida por eles, por aqueles textos, fosse suficiente para reestruturar em definitivo a própria nação, ou em outra linguagem, a própria sociedade. Sem o saberem expressamente, os homens do constitucionalismo liberal pareciam presentir que o conceito de constituição viria posteriormente a representar, sobretudo nas teorias jurídicas do século vinte, o fundamento da noção de ordenamento jurídico. A distinção entre legislação constitucional e legislação ordinária, presente em certos autores do século dezenove, ou da transição para o vinte, se converteria em uma imagem que configura a constituição como base do ordenamento, com uma precedência sistemática a independer da precedência cronológica.

Por conta da valorização das constituições, valorizou-se desde o início o

poder de criá-las, ou seja, o poder constituinte, teorizado por Sieyès nos próprios dias da Revolução Francesa, e teorizado, depois, sempre com base naquela revolução e naquele autor. A teoria do poder constituinte ficou incorporada à doutrina constitucional dos países de constituição escrita, como um capítulo essencial dentro da hoje chamada "teoria da constituição". E dentro da teoria do poder constituinte se incluiu como parte necessária a questão do poder de reforma: com este termo se reuniram, para o contraste ou a complementação diante do poder constituinte, todos os termos concernentes à alteração dos textos constitucionais (1).

Porque esta foi desde cedo, e sem embargo da pretensão de perenidade ínsita nas constituições, uma preocupação dos constituintes e dos juristas: como organizar, dentro da própria norma constitucional, a eventual necessidade de alterá-la.

Em função disto gerou-se dentro da teoria uma terminologia tendente a situar a questão. Por um lado, a distinção entre diferentes modos, ou de certa forma graus, referentes à mudança do texto: a revisão, a reforma e a emenda. Modos, por sinal, nem sempre devidamente definidos pela doutrina. Por outro lado o uso de termos visando qualificar o poder genericamente chamado de reforma, e daí as expressões poder constituinte instituído, ou constituído, poder constituinte derivado, poder constituinte de segundo grau. Expressões com as quais pessoalmente não concordamos, pois um poder *constituído* não pode ser constituinte; um poder constituinte não pode ser derivado. Preferimos manter a expressão poder de reforma.(2) Outro problema, todavia, será o de distinguir a "revisão" das reformas propriamente ditas, e das emendas.

2. Uma constante ocidental.

Mencionamos acima os constitucionalistas de fins do século passado, e dentre eles vale destacar Esmein, que em seus famosos *Éléments*, expôs com clareza as linhas mais maduras do pensamento francês sobre a teoria das constituições escritas e sobre a estrutura dos governos. Esmein situava a noção de leis constitucionais sobre o antigo e venerável conceito de *leis fundamentais*, vigente nos séculos dezessete e dezoito. Com base nisto aludia a "uma certa imutabilidade" ou "imutabilidade relativa" existente nas constituições. Esmein indica, ainda, a origem histórica da teoria que vincula as modificações e dispositivos e procedimentos estabelecidos pelo próprio texto constitucional. Uma origem, no caso, ligada às idéias de Rousseau nas "Considerações sobre o governo da Polônia"(3).

O mesmo ponto de vista, que supõe as exclamações doutrinárias do século dezoito e os amadurecimentos do dezenove, se acha em outro clássico,

Maurice Hauriou, que alude aos fundamentos da chamada "rigidez" constitucional, chegando entretanto ao exagero de afirmar que somente em caso de crise deve proceder-se à revisão da constituição(4).

Temos destarde o geometrismo iluminista convertido em doutrina estável durante o século dezenove, com a idéia de um caráter supremo atribuído às constituições, daí decorrendo a necessidade de equilibrar a estabilidade constitucional com o problema de eventuais adaptações históricas do texto.

Trata-se de uma constante na experiência jurídico-política ocidental; amparada sobre o racionalismo clássico e referendada na teoria constitucional do próprio século vinte. Biscaretti di Ruffia e Stefan Rozmaryn, escrevendo trabalhos complementares, em 1963-1964, situaram as linhas caracterizadoras da imagem da constituição como "lei fundamental" tanto na Europa dita ocidental como nos países socialistas – nos países, diga-se agora, então socialistas (5).

Na verdade, as linhas basilares da teoria da constituição, inclusive no que tange ao problema da supremacia da norma constitucional e à questão de suas alterações, foram montadas paralelamente à teoria e à prática do chamado Estado-de-Direito, que muitos identificam como estado constitucional.

3. Revisão total?

O eminente professor Nelson Sampaio, em estudo que se tornou clássico sobre o poder de reforma, distinguiu em certo item entre reforma total e reforma parcial, preferindo o termo emenda para o caso da reforma parcial. Linhas após coloca o problema de saber se existe reforma total, que se remete à indagação sobre o alcance das alterações constitucionais, existindo ou não, em toda constituição, algo intocável por parte do reformador. Novamente retornaríamos à distinção entre o poder constituinte, que cria a carta, e o poder reformador, que a modifica, e parece evidente que uma alteração total não pode ser de competência do poder de reforma, sempre limitado por dispositivos constantes do texto. Esta é a lógica e é o uso generalizado dentro da prática ocidental: o constituinte trabalha com amplo alcance, sem limites no Direito positivo, o reformador se limita por não poder ferir determinados pontos. Ultimamente a linguagem dos constitucionalistas tem chamado de "cláusulas pétreas" o que se chamava cerne indeformável, ou seja, as normas que se entendem centrais ou básicas para a sobrevivência do tipo de Estado estabelecido pela constituição, e portanto, dela própria. Aceitemos as metáforas.

4. Conservar ou alterar.

Permitimo-nos recuar outra vez ao tema da durabilidade das constituições, escritas e juradas como se fossem perenizar-se. A pretensão de fazerem perpetuar-se as constituições, dentro das estruturas do chamado Estado-de-Direito, fez com que se consolidasse a preocupação com a proteção da constituição – em geral atribuindo-se ao judiciário a missão ou o papel de guardião da constituição. Na verdade esta idéia teria mais sentido nos países anglo-saxões, onde o judiciário realmente "faz" o direito, embora nestes países o sentido do texto constitucional seja distinto do que é nos países de direito continental-europeu: nestes o texto é mais complexo mas o judiciário é mais frágil. Aliás Carl Schmitt, sempre pronto a criticar o *Staatsrecht* liberal em sua praxis e em seus supostos doutrinários, publicaria em 1931 seu livro sobre a defesa (ou guarda) da constituição, apontando as dificuldades da versão liberal da idéia e propondo um poder "neutro" como protetor da constituição – um poder deferido ao presidente do Reich, suprapartidário e eleito pelo povo alemão (6).

Descartemos a análise da sobrecarga político-ideológica das formulações schmittianas, e retomemos a alusão às dificuldades de manter como sustentáculo da integridade da constituição um órgão constitucionalmente definido, no caso o judiciário. A duração do texto constitucional, entretanto, se sustenta de algum modo, posta entre as reformas sofridas e o espontâneo cumprimento de seu conteúdo. Isto vai dito em sentido genérico. Talvez se pudesse dizer que o que vem sustentando as constituições é a própria convicção da diferença entre sua simples modificação, formalmente viável em termos de revisão ou reforma, e sua alteração total, que significaria tecnicamente a feitura de um novo ordenamento constitucional, e que redundaria no plano dos fatos em novas crises e novos recomeços. Somos aliás, o Brasil, o país dos recomeços.

Pois este é, para o Brasil, o problema constitucional vigente: como conciliar a defesa da constituição, de sua estabilidade, de sua integridade como texto ainda em processo de incorporação à vida histórica, com as necessidades de modificá-la. Tanto mais que a cada alusão à idéia de alterar a constituição, acodem de todos os lados centenas de propostas, reivindicações e polêmicas.

5. Exemplos estrangeiros.

Podemos dizer que é algo mais ou menos universal a presença, nas constituições, dessa duplicidade de dispositivos: a alusão à revisão e a referência aos seus limites. A *Grundgesetz* alemã, por exemplo, menciona no artigo 79 a possibilidade de leis que "modifiquem" ou "completem" as suas disposi-

ções, colocando em seguida a regulamentação procedimental da revisão e seus limites materiais. É o mesmo que se faz, noutros países, com o conceito de emenda. Na França o título XIV alude à revisão constitucional, concluindo o seu breve texto com a afirmação dos tópicos que não podem ser objeto de proposta de revisão.

Mencionaríamos ainda a constituição italiana, na qual os artigos 138 e 139 concernem à revisão – com ressalva negativa apenas para a forma republicana de governo. E também a portuguesa, oriunda dos cravos de 1974 e datada de 1976. Nela – um texto com forte estrutura mas a nosso ver um tanto longo –, toda a parte IV cuida da "garantia e revisão da constituição", sendo a revisão minudentemente regulada. Todo um artigo, o 290, estabelece os itens, bastante numerosos aliás, que terão de ser respeitados pela revisão. Parece-nos, *data venia*, que ali a idéia de revisão se encontra reduzida ao que, na sistemática brasileira, se entende como emenda (7).

6. Sobre a noção de revisão constitucional.

Na realidade o problema basilar continua sendo, para cada povo, o de equilibrar a evidente necessidade de conservar a constituição, evitando os tumultos e os debates de uma Assembléia constituinte, com a outra necessidade, a de adaptar periodicamente o texto constitucional a novas tendências sociais ou novas composições políticas. Até que ponto reter a idéia de estabilidade, valorizando na ordem constitucional sua condição de fundamento do ordenamento positivo; até que ponto flexibilizar as relações entre aquela ordem e a realidade sociopolítica sempre em mutação. A doutrina sempre enfatizou o caráter radical da competência do poder constituinte, cujo emergir significa a perspectiva do surgimento de novo texto, elaborado sem limitações jurídico-positivas. O poder de reforma, conforme vimos, aparece como um poder modificador, sem condições de fazer nova constituição, mas abrangendo em seu conceito e em seu alcance a noção de revisão e a de emenda.

Detenhamo-nos contudo sobre a noção de *revisão*. A vaguedade do termo não encontrou corretivos na legislação brasileira: rever pode ser reconsiderar ou corrigir, pode ser reexaminar ou alterar. Entretanto, a existência do termo *emenda*, com sua proximidade em relação ao inglês "amendment" e ao francês "amendement", bem como a da expressão *reforma*, igualmente vaga porém consagrada em várias constituições, fazem refluir para a palavra *revisão* um sentido de amplitude que pode, dentro da política legislativa, propiciar um trabalho criativo e historicamente fecundo para a experiência de cada nação.

7. A prática brasileira.

No Brasil, a Constituição de 1934 tornou-se paradigmática no tocante ao assunto. Pedro Calmon, por exemplo, acentuou a diferença de seu texto em relação à de 1891, mais próxima da norte-americana. Comentando aquela carta, acentuava Calmon a largueza maior do conceito de revisão, limitada apenas pela impossibilidade de alterar a forma de governo (República) e a de Estado (federação). Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1946, consagrou a expressão "cerne inalterável" (ou imodificável). Para Pontes as cartas brasileiras vieram sucessivamente estreitando o âmbito do imodificável (8).

Recentemente o professor Machado Horta, em notável estudo sobre "Permanência e Mudança na Constituição", apontou o contraste entre o tratamento dado, na Constituição de 1988, ao problema da emenda, meticulosamente regulamentada no artigo 60, e o laconismo referente à questão da revisão, mencionada no breve artigo três do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com isto, aduz o mestre mineiro, "amesquinhou-se um tema relevantíssimo" (9).

Seria interminável coletar e arrolar opiniões. Também o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto criticou a singeleza com que o constituinte tratou o problema da revisão (10). De algum tempo até hoje o debate instalou-se, a respeito sobretudo da extensão do artigo três do ADCT, sua autonomia ou sua vinculação ao artigo dois. Vários professores se têm manifestado. Atribuir autonomia ao artigo três significa entender a revisão como um amplo reexame do texto, como oportunidade para corrigir pontos claudicantes ou introduzir emendas necessárias. Considerá-lo dependente do dois, concernente ao plebiscito versante sobre forma de governo e sistema (preferiríamos o termo *regime*), significa prendê-lo a uma finalidade limitada, qual seja a de prover às adaptações porventura necessárias com o resultado do plebiscito.

8. Considerações conclusivas.

Insistamos, porém, com vistas a uma conclusão, sobre o problema do significado da revisão constitucional prevista no artigo três do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A vigência do debate a seu respeito consiste sobretudo na alternativa entre uma revisão restrita, referida só à regulamentação do resultado do plebiscito (e portanto uma revisão desnecessária no caso de permanência do regime atual), e uma revisão ampla, concernente ao todo da Constituição.

Permitimo-nos repetir algo mencionado mais acima, a saber, a questão de compaginar a *defesa* da ordem constitucional com a necessidade de modi-

ficá-la. As realidades sociais apontam para as modificações, o desejo de estabilidade leva à guarda do texto. Dir-se-ia que uma relação dialética se estabelece entre estabilidade e instabilidade. Na verdade a política se distingue do direito por ser, mais do que este, o reino da incerteza. A política não comporta grandes previsibilidades a não ser nas formulações utópicas, ao passo que o direito necessita, em dose maior, de certezas postas por escrito. A constituição, como se sabe, tem um aspecto político e outro jurídico, daí que ela seja um texto escrito, mas daí também que admita alterações.

A nosso ver a interpretação do artigo três deve ser ampla. Ele não é um simples adendo ao artigo dois. Sua brevidade se torna menos hermética se virmos dentro dele um princípio geral, ou seja, o que corresponde à idéia genérica de revisão como reexame, diferente das reformas e das emendas. É evidente que, tanto quanto as emendas e as reformas, a revisão sofre limitação, não podendo atacar as cláusulas pétreas — ou por outra o cerne inalterável. De outro modo poderíamos ter outra constituição, e para isto teria de haver a convocação (ou a irrupção) do poder constituinte, falo no constituinte propriamente dito, que alguns redundantemente chamam de originário.

A existência de limitações, todavia, não impede que a revisão possua sentido extensivo, abrangendo em princípio o todo do texto constitucional. A prudência, colocada pelo constituinte ao instalar no *Ato* aquele artigo, correspondeu à consciência da imperfeição das obras humanas, mais ainda a carta vigente, posta em vigência em um país problemático, cheio de instabilidades e de zigue-zagues políticos.

NOTAS

(1) Nelson Saldanha, *O Poder Constituinte*, reedição, Rev. dos Tribunais (São Paulo 1986), *passim*. Idem, *Formação da teoria constitucional*, ed. Forense, Rio de Janeiro 1983, capítulos IV e VII.

(2) Cp. *O Poder Constituinte*, cit, §§ 10 e 11.

(3) A. Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, 4ª ed, Sirey, Paris 1906, págs. 470 e segs. esp. p. 474.

(4) M. Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. esp. C.R. del Castillo, 2ª ed. Reus, Madrid s.d. (1927), pág. 322.

(5) Paolo Biscaretti di Ruffia et Stefan Rozmaryn, *La Constitution comme loi fondamentale dans les États de l'Europe occidentale et dans les États socialistes* — Instituto Univesitário de Estudos Europeus de Turim, 1966.

(6) Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, trad. M. Sanchez Sarto, Ed.

Tecnos, Madrid 1983. Vale ver, para confronto, o texto de 1928 de Rudolf Smend incluído em seu *Constitución y Derecho Constitucional* (trad. J. Beneyto Perez, CEC, Madrid 1985), págs. 129 e segs. (Natureza da Constituição). — Outro sentido se confere ao termo "defesa do Estado". Sobre o tema, Ivo Dantas, *Da defesa do Estado e das Instituições democráticas na nova constituição*, Ed. Aide, Rio de Janeiro 1989.

(7) Tomamos como base para estas alusões o livro *Constituições de diversos países*, org. por Jorge Miranda — 3ª ed., 2 volumes, Lisboa 1986.

(8) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 4ª ed., tomo VI (Borsoi, Rio de Janeiro 1963), págs. 471 e segs.

(9) Raul Machado Horta, "Permanência e mudança na constituição", em *Rev. dos Tribunais — 1, cadernos de D. Constitucional e Ciência Política*, São Paulo 1992, *passim*, princ. págs. 220 e segs.

(10) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Constituição e Revisão. Temas de Direito Constitucional* (Forense, Rio de Janeiro, 1991), págs. 500 e 501.



Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende.

RUY BARBOSA