

at. 07/11/91

Ives Gandra da Silva Martins

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DIRETRIZES PARA A REFORMA CONSTITUCIONAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Titular de Direito Econômico
e de Direito Constitucional da Faculdade
de Direito da Universidade Mackenzie.

A Constituição de 1988 sofrerá revisão constitucional a partir de 1993. Isto é, a partir de outubro de 1993.

Alguns constitucionalistas têm defendido a tese de que esta reforma apenas se poderia realizar após o resultado do plebiscito e à luz da decisão popular que optará entre a monarquia e a república, assim como entre o presidencialismo e o parlamentarismo, limitando-se a adequar o texto constitucional à forma e ao regime de governo que resultarem aprovados nesse plebiscito (1).

O argumento isolado de tal corrente reside em vir o art. 3º do ADCT depois do art. 2º, este fazendo menção ao plebiscito e aquele à revisão constitucional (2).

(1) "É equivocado pensar que os parlamentares agora eleitos são 'como constituintes'. O desconhecimento da ciência do Direito constitucional é que permite tal equívoco. Isso, aliás, interessa aos extremistas de direita e de esquerda, que saíram perdendo com a Constituição de 1988" (Geraldo Ataliba, Tribuna do Advogado, OAB-RJ, p. 260, Jan/1991).

(2) Oscar Corrêa escreve: "Na mesma linha, artigo de Paulo Bonavides, afirma que: 'A Constituição de 1988 é inçada em seu conteúdo de erros e falhas, mas nem por isso, no intento de ...

Em que pese o respeito pelos que defendem tal postura, inequivocamente minoritária, não me parece deva a revisão constitucional limitar-se a estes dois pontos objeto do plebiscito.

De início, por serem ambos os artigos de origem diversa. O art. 2º saiu do trabalho isolado e persistente do deputado Cunha Bueno, que encontrou, na fórmula original, maneira inteligente de contornar a cláusula pétrea constante do art. 47 § 1º da E.C. n. 1/69, assim redigido:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República".

Partindo do princípio de que seria a Constituição de 1988 um Poder constituinte originário --que não era-- houve por bem defender a tese de que não estaria, o Colégio Constitucional de 1988, submetido à ordem suprema pretérita, razão pela qual

... (2) removê-los, se há de proceder em desobediência aos cânones da ordem jurídica em vigor, seguindo caminhos políticos de oportunismo manifestamente inconstitucional, quais aqueles que estariam sendo palmilhados se excedêssemos os limites materiais e procedimentais dos arts. 2º e 3º do ADCT da lei maior'.

Fora da resposta plebiscitária, 'nada poderá ser votado sobre matéria de emenda à Constituição, em contravenção do requisito constitucional dos três quintos dos votos. E conclui: '... Em suma, a Constituição separa nitidamente as figuras da revisão e da emenda --a primeira só existe para a finalidade expressa no Ato daquelas Disposições; é por isso mesmo transitória e tem um conteúdo material rigidamente limitado e inalterável, especificado nos termos inequívocos do art. 2º.

Enquanto à segunda, o poder da emenda, este pertence ao corpo da Constituição, é permanente e atua num espaço que só encontra diques à deliberação nos quatro itens do § 4º do artigo 60 da Constituição'" (A Constituição de 1988 - Contribuição Crítica, Forense Universitária, 1991, p. 25/26).

poderia alterar não só a Federação, quanto a República (3).

A tese não me parece correta, visto que a Constituição de 1988 não decorre de um poder originário de ruptura institucional, mas da convocação, nascida por força de Emenda Constitucional à Constituição de 1967, de número 26. À evidência, não podendo, o Poder Constituinte derivado anterior, atribuir mais forças do que tinha, não poderia ofertar à Constituinte poder capaz de alterar o que a própria emenda, que convocara a Assembléia Nacional Constituinte, não tinha, isto é, o de modificar as cláusulas pétreas do artigo 47 § 1º.

(3) A equipe da Price Waterhouse assim comenta o dispositivo: "A Constituição Federal, através da norma supra, fez a única previsão concreta em seu texto de realização de um plebiscito, cuja instituição constitucional se deu através do art. 14, I, como expressão da soberania popular.

O plebiscito foi concedido com o objetivo determinado de definir a forma de governo entre república ou monarquia constitucional, bem como decidir entre os sistemas presidencialista ou parlamentarista de governo.

É de muita importância o dispositivo supra, pois é instrumento que outorga uma inquestionável legitimidade à forma e ao sistema de governo de nosso país, pois os vigentes, quando da promulgação dessa Constituição, não passaram pelo crivo direto dos governados desde que instituídos.

Entretanto, nota-se que, pelo disposto no art. 2º, a rigor, poderá ser concretizada, em nosso país, uma atípica estrutura de Estado, pela forma monárquico-constitucional de governo, ao lado de um sistema presidencialista. Atípica, mas não incompatível, posto que a monarquia referida no texto é a constitucional, onde há harmonia e paridade nas atribuições dos governantes. Contudo, caso isto venha a ocorrer, o sistema monárquico-presidencialista terá que sofrer adaptações para seu funcionamento adequado, algumas necessariamente inusitadas, para que a convivência de duas autoridades constitucionais não gere conflitos políticos que paralise a administração pública ou a política nacional" (A Constituição do Brasil 1988, Price Waterhouse, 1989, p. 858).

Assim sendo, ao meu ver, as cláusulas pétreas anteriores não poderiam ser modificadas na Constituição de 1988, de rigor, uma emenda semelhante àquela de n. 1/69, e que deveria ter tido a enumeração de Emenda Constitucional n. 28/88 (4).

O certo é que a experiência mundial tem demonstrado que as cláusulas pétreas são tão vulneráveis quanto as cláusulas não pétreas, razão pela qual não foi respeitado o comando do artigo 47 § 1º da E.C. n. 1/69 (5).

(4) Os 4 artigos da E.C. n. 26/85 tinham a seguinte dicção: "Art. 1º. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º. É concedida anistia a todos os servidores públicos civís da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares".

(5) Celso Bastos assim ensina: "As limitações materiais são as proibições de emendas referentes a determinados objetos ou conteúdos, questões de fundo e não formais. Podem ser explícitas e implícitas. No primeiro caso, elas se exteriorizam nas chamadas 'cláusulas pétreas' expressas, as quais retiram da área reformável as matérias nelas designadas, tais como a forma de governo, a organização federativa, os direitos humanos e a igualdade de representação dos Estados no Senado. Esta última hipótese é ilustrada pelo art. V da Constituição dos Estados Unidos e pelo art. 90, § 4º da Constituição Brasileira de 1891. A proibição de mudança da forma republicana de governo foi estabelecida na Lei Constitucional francesa de 14 de agosto de 1884, art. 2º, e reproduzida na Constituição de 1946, art. 95, e

...

Em defesa da proposta do deputado Cunha Bueno, que apesar de isolada, recebeu fantástico apoio dos congressistas com poderes constituintes (quase 500 assinaturas da "esquerda" e da "direita"), está o fato de que a decisão será do povo e a soberania popular será exercida da forma mais pura possível, que é a decisão de cada cidadão na escolha do sistema ideal.

... (5) Constituição de 1958, art. 89. A mesma proibição consta de todas as Constituições brasileiras republicanas, sem falar da de 1937, que não chegou a ser praticada na sua quase-totalidade. Todas elas também proíbem emendas tendentes a abolir a Federação. A Lei Fundamental de Bonn proíbe emenda aos arts. que estabelece a Federação, os direitos fundamentais do homem e a forma de governo democrático (art. 79, al. 3).

Sem embargo de serem as cláusulas pétreas frequentemente inseridas no texto constitucional, muitos publicistas as combatem, tachando-as de inúteis e até contraproducentes. Entre estes, o jurista argentino Jorge Reinaldo Vanossi alinha uma série de argumentos contra elas, declarando serem os principais: a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata-se de um 'renascimento' do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino; e) argumento de Biscaretti: admite-se que um Estado pode decidir sua própria extinção; 'não se compreende porque o Estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente'. Por esses motivos Vanossi conclui pela inutilidade e relatividade jurídica das cláusulas pétreas expressas. Sua virtualidade jurídica se reduz a zero nas seguintes hipóteses: a) a cláusula proibitiva é desrespeitada e a reforma do conteúdo proibido torna-se eficaz, com vigência perante os órgãos do Estado e

...

Acréscese-se que a decisão popular terá maior legitimidade que a cláusula pétrea colocada na E.C. n. 1/69, nitidamente uma lei suprema imposta e não originária de amplo debate constituinte.

A verdade, todavia, é que o artigo 2º dos ADCT não tem qualquer ligação com o artigo 3º, cuja inspiração imediata é o direito português.

Que determinam os referidos artigos? Reproduzo os dois:

"Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no país.

§ 1º. Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa e de funcionários de serviço público.

§ 2º. O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo";

"Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após 5 anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral".

... (5) acatamento comunitário; b) superação revolucionária de toda a Constituição, em que desaparece a própria norma proibitiva; c) derrogação da norma constitucional que estabelece a proibição, mediante procedimento regular, e ulterior modificação do conteúdo proibido" (Comentários à Constituição do Brasil, 1º vol., Ed. Saraiva, 1988, p. 156/157).

O artigo 3º faz clara referência a uma revisão ampla da Constituição, que se dará, não em 5 de outubro de 1993, mas a partir de 5 de novembro. Sua matriz encontra-se na Constituição Portuguesa. Esta permitiu uma primeira revisão passados 5 anos, tendo a Assembléia portuguesa iniciado seus trabalhos alguns meses após aquele período, concluindo-os quase um ano depois.

A solução portuguesa --albergada pelos constitucionalistas brasileiros-- partiu do princípio de que a revolução, ocorrida em 25 de abril de 1974, que terminou com a alteração profunda no sistema de governo português e na reintrodução da democracia naquele país, após a substituição de vetusto regime de exceção, de índole não marxista, por um outro sistema de exceção marxista, deveria ter solução natural na busca de um texto mais consolidado e mais autêntico, após 5 anos de experiência com o direito anterior (6).

(6) Oscar Corrêa, ao analisar esta interpretação, ensina: "Gostaríamos de poder concordar com os eminentes professores que, quanto a alguns princípios hermenêuticos, fazem afirmações de todo procedentes.

Não nos parece, contudo, e embora não 'extremista de direito ou de esquerda' ... seja esta a exata exegese dos textos, também em obediência a princípios hermenêuticos não menos ponderáveis.

Primeiro, o art. 3º do ADCT refere textualmente: 'a revisão constitucional será realizada após 5 anos ...', e esse artigo não é § do art. 2º, como faz crer a interpretação dos eminentes mestres e, como seria lógico, se se tratasse apenas de alterar o texto em virtude do resultado do plebiscito do art. 2º, que dele cuida.

Artigo autônomo, refere-se a revisão constitucional e, na tradição constitucional brasileira, pode dizer-se que a reforma é gênero, de que são espécies a revisão e a emenda, esta parcial, restrita, e aquela geral, ampla.

3.4. A Constituição de 1891 aludia apenas a reforma (art. 90) e em 1926 sofreu revisão ampla. A de 1934 distinguia emenda ...

De certa forma, o fenômeno brasileiro trilhou estrada semelhante. O regime de exceção brasileiro tinha sido esmaecido com os dois últimos governos militares, como o regime português, após a morte de Oliveiros Salazar. A transição se fizera, no país, de forma menos traumática que em Portugal, mas com nítida predominância dos grupos pró-marxistas, nada obstante com virulência menor do que em terras lusitanas, talvez por força do choque menos dramático entre as estruturas repressivas no país, abrandadas a partir de 1973, e aquelas do longo período de ditadura, que mantivera sob regime de rigoroso controle, os lusos,

... (6) --quando a proposta não modificasse a estrutura política do Estado, a organização e competência dos poderes da soberania etc.; e revisão, no caso contrário (art. 178). A de 1946 só cuidava de emenda (art. 217), bem como a de 1967 (art. 49) e a E.C. n. 1/69 (art. 46).

A de 1988, no texto (arts. 59, I e 60) só prevê a emenda e, no art. 60, § 4º, estabelece as vedações à proposta de emenda. No ADCT, art. 3º, porém, refere-se a revisão constitucional. Se se tratasse apenas de emenda --quanto à forma e sistema de governo-- tê-lo-ia dito.

3.5. A propósito, não podem ser estranhas ao exame as influências da Constituição portuguesa quando da elaboração do texto. Prefixou ela sua revisão para a partir de 15/10/1980, e assim se fez, como diz Jorge Miranda, 'em longo processo que se desenrolaria entre 23 de abril de 1981 (data do primeiro projeto) e 12 de agosto de 1982 (data da votação final global do decreto de revisão)'.
E revisão 'bastante extensa trouxe modificações à maior parte das disposições constitucionais' etc., portanto, de larga profundidade e amplitude, como esclarece o ilustre mestre português em enumeração exaustiva.

3.6. Ora, precisamente este o modelo que o constituinte brasileiro teve em mira. E se se reconhece que a mens legislatoris não conduz o exame do hermeneuta --por isso que a lei, promulgada, se desprende do pensamento que inspirou o legislador-- verdade é que, ao redigir o texto, o legislador fixou essa orientação, em palavras de sentido próprio, que não podem igualmente ser alteradas pelo intérprete, só porque não lhe parece conveniente, ou não lhe agrada a orientação" (ob. cit. p. 26/27).

durante 50 anos (7).

(7) Canotilho, rememora, entretanto, que: "A não ser no Preâmbulo, a Constituição de 1976 não fazia qualquer alusão expressa a Estado de direito. No articulado encontrava-se a fórmula legalidade democrática. Depois da revisão de 1982, a fórmula "Estado de direito democrático" encontra-se já no art. 2º e no art. 9º/b.

A recusa da caracterização do Estado como um Estado de direito assentou no carácter ambivalente e equívoco da idéia de Estado de direito. Uns, notara já ENGELS, pensavam no Estado de direito como "expressão idealizada da sociedade burguesa"; outros julgavam que, através da idéia de Estado de direito, conseguiriam travar a tendência rasgadamente conformadora (social e econômica) do Estado; outros ainda, não se afastavam muito das concepções místicas, vendo no Estado de direito a manifestação da "idéia fundamental do direito, que está inscrita na alma" (E.V. Hippel). É historicamente correcto afirmar que a idéia do Estado de direito serviu para acentuar unilateralmente a dimensão burguesa de defesa da esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos. Só que, uma coisa é a demagogia do Estado de direito e a idéia inaceitável de um "Estado de direito em si", e outra, a idéia de um Estado de direito, intimamente ligada aos princípios da democracia e da sociedade. Nessa perspectiva, a idéia de Estado de direito pode transportar um ideário progressista. A mundividência constitucional que hoje se colhe vem demonstrar isto mesmo: a utilização do princípio do Estado de direito, não como "cobertura" de uma forma conservadora de domínio, mas como princípio constitutivo da juridicidade estadual democrática e social (ABENDROTH).

Além de estar expressamente consagrado na constituição, o princípio do Estado de direito tem vindo a ser aplicado pela jurisprudência constitucional portuguesa como um princípio geral dotado de um "mínimo normativo" capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos. A forma normativa deste princípio tem potencialidades suficientes para justificar, por ex., a declaração, pelo Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, de um decreto-lei retroativo (cfr. Ac. TC nº 93/84, DR, 1, 16/11/1984)" (Direito Constitucional, 5ª ed., Livr. Almedina, Coimbra, 1991, p. 373/374).

Tanto Portugal, pois, quanto o Brasil, por seus representantes constituintes, entenderam que a alteração que pretendiam provocar era de tal dimensão, que a revisão ampla do texto constitucional deveria ser realizada, após a experiência quinquenal, de "praxis" democrática, com a possibilidade de retificação definitiva do texto, para que, escoimada de seus defeitos, pudesse a Constituição atender todas as aspirações nacionais (8).

(8) Wolgran Junqueira Ferreira assim lembra o art. 3º do ADCT: "Este artigo é cópia do disposto no artigo 296 da Constituição da República Portuguesa que diz: "A Assembléia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão". Este artigo consta da primeira revisão de 1982. Anteriormente, a Constituição Portuguesa, aprovada pelo plebiscito nacional de 19 de março de 1933 e em vigor desde 11 de abril do mesmo ano, modificada pelas leis 2.048 e 2.100, respectivamente de 11 de junho de 1951 e 29 de agosto de 1959, dispunha no artigo 176: "A Constituição poderá ser revista de dez em dez anos, contados desde a data da última lei de revisão, tendo para esse efeito poderes constituintes, a Assembléia Nacional, cujo mandato abranger o último ano do decênio ou as que lhe seguirem até ser publicada a lei de revisão".

Mas, o que é revisão constitucional?

Pelo que se entende no disposto neste artigo, é o exame de todo o texto constitucional para a sua adequação à situação então vigente.

Há que se partir do princípio que inexitem regras jurídicas imutáveis e perenes. Elas são feitas pelo homem, que já não tem por si só, vida eterna. As regras jurídicas feitas pelos homens são as melhores enquanto feitas para eles.

Segundo PONTES DE MIRANDA (1959) reforma e revisão são sinônimos. Segundo o mesmo autor, "reforma ou revisão pode ser total, se ao poder reformador (Constituinte de segundo grau) é dado, no momento, mudar todas as regras jurídicas constitucionais; ou parcial, se só se lhe conferiu mudar alguma regra jurídica ou algumas regras jurídicas. Tem-se chamado à reforma parcial emenda..." (Comentários à Constituição de 1988, volume 3, Ed. Julex Livros, 1989, p. 1190).

Como se percebe, duas origens diversas para os dois dispositivos a demonstrar, claramente, sua desvinculação absoluta. Cada dispositivo teve uma matriz e objetivou uma finalidade. E, à evidência, seu tratamento teria que ser diverso. Por esta razão é que, para o art. 2º, o plebiscito é instrumento jurídico determinado pelo constituinte, enquanto que o "quorum" simplificado da maioria absoluta é aquele imposto pelo artigo 3º, isto é, menor do que o mencionado no artigo 60, assim redigido:

"A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I. de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II. do Presidente da República;

III. de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos dos respectivos membros.

§ 3º. A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. a forma federativa de Estado; II. o voto direto, secreto, universal e periódico; III. a separação dos Poderes; IV. os direitos e garantias individuais.

§ 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta

na mesma sessão legislativa" (9).

E aqui cabem algumas considerações sobre o referido artigo, de rigor, a razão de ser do presente estudo.

O artigo 60 não permite que sejam propostas emendas constitucionais destinadas a abolir os quatro incisos do § 4º.

(9) José Cretella Jr. comenta o dispositivo dizendo: "O poder de emenda da Constituição é tratado no art. 60, incs. I a III e § 1º a 5º, subdividindo-se o § 4º em quatro incisos. O tema é mais que centenário, em nosso direito constitucional positivo, remontando à Carta Política do Império, de 1824.

Nada, no mundo, e no mundo jurídico, é eterno. Menos eternas, ainda, as leis que, ao serem promulgadas, já principiam a afastar-se da realidade. Assim como os legisladores, houve constituintes que, ao elaborarem constituições não se lembraram dos institutos da "emenda", da "reforma", da "revisão", esquecidos de que "nada é eterno". *Sic transit gloria mundi*. "Constituição" que não sofre emenda, envelhece, já que, promulgada, começa a distanciar-se da realidade. A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, além de compor-se de poucos artigos, admite "emendas" e, por isso, perdura, ajustando-se às exigências do momento. Há, nas Constituições, a parte constante, o "núcleo inalterável", que se vai mantendo, quando surge nova Constituição. Assim, a "representatividade" tem sido, no Brasil, o "núcleo inalterável", desde o Império. "Pelo elemento representativo oferece nossa forma política uma nova e válida garantia à sociedade brasileira" (Comentários à Constituição 1988, vol.V, Ed. Forense Univr., 1991, p. 2722).

De início, a questão, que se coloca, é de saber se apenas emenda constitucional não poderia ser apresentada sobre as quatro matérias mencionadas no referido inciso ou, também, a revisão constitucional dele não poderia cuidar (10).

Respondo pela primeira formulação. O constituinte fala apenas em emenda e não em revisão constitucional. Ora, se fala em emenda, à nitidez, restringe as cláusulas pétreas, mencionadas nas 4 hipóteses, à veiculação decorrente de singela emenda constitucional.

Deve-se lembrar que o artigo 60 fez menção ao "procedimento permanente" de alteração constitucional por emenda, seja no que concerne à forma de apresentação, seja no que concerne à forma de aprovação, além de exteriorizar os assuntos a respeito dos quais

(10) Walter Ceneviva esclarece: "Há assuntos que sequer podem ser objeto de deliberação. Na proibição estão envolvidos os que, sob propostas de emenda constitucional, evidenciem tendência a abolir:

- a) a forma Federativa do Estado (art. 1º);
- b) o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14, § 1º);
- c) separação dos Poderes (art. 2º);
- d) direitos e garantias individuais (art. 5º).

Rejeitada a proposta de emenda ou considerada prejudicada sua apreciação, por qualquer motivo, não pode ser repetida, na mesma sessão legislativa, ainda que redigida de forma diversa, mas tenha em mira a realização do mesmo objetivo" (Direito Constitucional Brasileiro, Saraiva, 1989, p. 165).

tal proposta não pode ser examinada (11).

Desta forma, o § 4º refere-se apenas ao que exposto está no art. 60 e ao tipo de emenda regulado pelo referido dispositivo. Não há qualquer menção a que o artigo 3º das Disposições Transitórias deva também estar limitado às citadas cláusulas pétreas, seja por cuidar de revisão constitucional e não de emenda, seja por independe de processo de apresentação a que se refere o artigo 60, seja ainda porque o "quorum" de aprovação distinto também é. Em outras palavras, a alteração de Constituição poderá ocorrer nos termos do artigo 60 ou nos termos do artigo 3º do ADCT, com procedimentos diversos, campos de abrangência diversos e "quorum" de aprovação também diverso. Vale dizer, objetivou o constituinte deixar claro que a "emenda" não é uma "longa manus" do constituinte de 1988, mas técnica de modificação da Constituição decorrente de sua aplicabilidade e da conjuntura no país. Por outro lado, a revisão constitucional dar-se-á por força da continuidade do processo constituinte de 1988, cujos representantes entenderam útil a pretendida revisão, após 5 anos de aplicação do novo texto. A revisão dá continuação à intenção constituinte de reforma. A emenda apenas permite que, em face da conjuntura, o texto constitucional não se transforme em um texto pétreo, mas adaptável às circunstâncias em que se envolve o país. Por esta razão, o "quorum" qualificado se impõe para as propostas de emenda, e a simples "maioria absoluta", para a revisão constitucional desejada e prevista expressamente pelo constituinte de 88.

(11) José Carlos Gal Garcia esclarece ainda que há emendas constitucionais de iniciativa popular: "A iniciativa popular que estende aos cidadãos e entidades da sociedade civil a proposta de emenda constitucional equivale a um novo grau na evolução da instituição política representativa, em que as relações entre representantes e representados se enriquecem pela dinâmica de uma permanente colaboração, tornando eficaz, ao máximo, a expressão da vontade popular. Não obstante o silêncio do art. 60, entende-se que ex vi do inciso III do art. 14 é ela viável" (Linhas Mestras da Constituição de 1988, Saraiva, 1989. p. 106).

À luz de tais argumentos não entendo que as limitações do § 4º sejam estendidas à revisão constitucional (12).

(12) Pinto Ferreira diverge, ensinando: "As Constituições não são obras eternas e permanentes; têm ao contrário a necessidade de ajustamento e adaptação às novas condições sociais e históricas. Como disse Max na *Crítica ao programa de Gotha*, o direito é o produto do desenvolvimento econômico da civilização. A Constituição e o direito em geral dependem, pois, desse condicionamento econômico e sócio-cultural, que os penetra e modifica.

Daí a necessidade da reforma constitucional. A reforma, revisão ou emenda da Constituição é a modificação do texto das leis constitucionais vigentes até o momento.

Em uma concepção ampliativa, reforma, revisão ou emenda da Constituição são conceitos que se identificam. Esta tese, exposta em nossas duas obras *Da Constituição* (1946) e *Princípios Gerais de direito constitucional moderno* (1948), a que se remete o leitor para maior debate do problema, foi contestado pelo eminente Prof. Paulino Jacques em seu *Curso de direito constitucional*, mas a nosso ver improcedentemente.

Debatendo o problema dos conceitos de emenda, revisão e reforma, escreve com razão a respeito Alcino Pinto Falcão, em sua *Constituição anotada* (Rio de Janeiro, 1957, v.3, p.232): "Essa questão é tão-somente de nomenclatura: não modifica a substância e não significa nada quanto ao alcance do poder de reforma. O próprio atual art. 217, que no caput se refere à emenda, já no § 5º prevê a reforma da Constituição. O problema se apresenta também para os norte-americanos; o respectivo art. V só se refere a **amendment**, mas a doutrina esclarece que o termo abrange as **revisions**. Assim, William Anderson e Edward W. Weidmer: 'In the Constitution itself there is definite provision for later amendments and revisions of the document'" (*Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., Saraiva, 1991, p. 383).

Na mesma linha, considero outro problema que decorre de tal colocação, qual seja o de saber se a cláusula pétrea vedaria apenas a abolição definitiva de institutos e direitos elencados no § 4º do art. 60 ou se também impediria a singela suspensão dos mesmos. Em outras palavras: se pretender o Congresso suspender a vigência dos institutos mencionados nos incisos I a IV do artigo 60, poderia fazê-lo, visto que não estaria abolindo os institutos, mas apenas tirando-lhes a eficácia temporária?

Creio que tal interpretação não pode prevalecer. Fosse esta a intenção do constituinte e, à evidência, as cláusulas pétreas de revisão perderiam seu sentido de preservação de conquistas, posto que a repetição de suspensões temporárias poderia gerar, na prática, a abolição dos institutos mencionados.

Acresce-se fato de relevância. A própria Constituição prevê os mecanismos de suspensão de alguns dos institutos mencionados, como no artigo 34 ou nos artigos que cuidam da defesa de Estado (13).

(13) O artigo 34 da C.F. tem a seguinte dicção: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I, manter a integridade nacional; II. repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III. pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV. garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V. reorganizar as Finanças da Unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de 2 anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI. prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII. assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta".

Vale dizer, as possibilidades de suspensão de direitos encontram-se reguladas na própria Constituição, seja nos casos de intervenção, seja em caso de estado de defesa ou de sítio (14).

(14) Os artigos 136 e 137 da C.F. possuem o seguinte discurso:
"Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas, e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I. restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II. ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º. Na vigência do estado de defesa: I. a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; II. a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III. a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a 10 dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV. é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de 24 horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

...

Ao utilizar, pois, o vocábulo "abolir" quis dizer "impedir", mesmo que temporariamente, o exercício dos direitos e institutos lá apresentados.

Desta forma, claramente o constituinte impediu que houvesse "abolição temporária" das matérias reguladas no § 4º, com o que qualquer emenda tendente a afastá-las seria inconstitucional.

Dois últimos pontos merecem perfunctória análise, que não será maior para não ultrapassar os limites de espaço que os dignos coordenadores da obra, em homenagem a Arnaldo Wald, ofertaram-me para a produção deste artigo. Falo da possível antecipação do plebiscito para a aprovação ou não do regime parlamentar e do leque de direitos e garantias individuais modificáveis. Esta última questão comporta complemento para analisar se os direitos dos funcionários são direitos ou privilégios contra a sociedade.

... (14) § 5º. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de 5 dias.

§ 6º. O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de 10 dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º. Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I. comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II. declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

§ único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta".

É o que passo a examinar.

Não vejo porque a discussão sobre os sistemas de governos não possa ser objeto de uma emenda constitucional para antecipar o plebiscito. Não entendo haja qualquer inconstitucionalidade na antecipação do plebiscito, posto que não há qualquer impedimento que emenda neste sentido possa ser apresentada e deliberada (15).

(15) Escrevi: "O parlamentarismo é, por excelência, o sistema de governo representativo, posto que toda a sua conformação foi plasmada a partir das conquistas populares de co-participação, no excelente laboratório em que a Inglaterra se transformou, por muitos séculos, para a experiência democrática.

O sistema parlamentar de governo propicia a plenitude de tal exercício, visto que todas as correntes de pensamento nacional podem ser representadas nas Casas Legislativas, permitindo, por outro lado, que, nas composições que se fazem necessárias para a formação de Gabinetes, os parlamentares, escolhidos pelo povo, exerçam sua força de representação, na indicação, participando e controlando o Gabinete encarregado de governar o país.

Os governos de um homem só, assim como aqueles originários das absolutas e despóticas monarquias ou ditaduras, não podem conviver com o sistema parlamentar, visto que, neste, a representatividade popular é essencial e não naqueles.

O presidencialismo, ao contrário, surge --nos modelos conhecidos, exceção feita à solução americana, que se constitui em um parlamentarismo presidencial-- como versão atual das monarquias absolutas do passado.

O Presidente, uma vez eleito, é titular absoluto e irresponsável por seu mandato, nomeando ministros e auxiliares, sem qualquer necessidade de controle e à revelia da vontade popular, eis que o eleitor que o escolhe tem os seus direitos políticos restritos ao voto periódico e nada mais.

...

A prova inequívoca é a de que não afeta, tal antecipação, nenhuma das cláusulas pétreas apresentadas pelo constituinte.

... (15) Com pertinência, Raul Pilla entendia ser o presidencialismo sistema de governo de "irresponsabilidade a prazo certo". Uma vez eleito o Presidente da República, o povo deveria suportá-lo, bom ou mau, até o fim do mandato. Se muito ruim, apenas a ruptura institucional poderia viabilizar sua substituição, posto que a figura do "impeachment" é aplicável somente à inidoneidade administrativa e não à incompetência.

Contrariamente, o parlamentarismo é o sistema de governo da "responsabilidade a prazo incerto". O governo apenas se mantém enquanto merecer a confiança do eleitor. Se não, será substituído, com a crise política encontrando remédio institucional para sua solução.

Durante a guerra das Malvinas, a primeira-ministra da Inglaterra era obrigada a comparecer diariamente ao Parlamento para prestar contas de sua ação. Se perdesse a guerra, seria derrubada e substituída por um outro ministro, visto que a responsabilidade é a nota principal do parlamentarismo. O Presidente da Argentina, por seu lado, ofertava as informações que desejava ao povo, sem a responsabilidade de dizer a verdade, visto que se sentia livre para "fabricá-la". A derrota argentina provocou seu afastamento, através de ruptura institucional, à falta de mecanismos capazes de equacionarem tais crises no sistema presidencial.

O sistema parlamentar é, por outro lado, sistema conquistado pelo povo. Nasce de suas aspirações e reivindicações. Assim foi na Inglaterra e em todos os países em que se instalou.

O presidencialismo, pelos seus resquícios monárquicos, posto que o Presidente da República é um monarca não vitalício, constitui-se em sistema outorgado pelas elites dominantes, que sobre escolherem entre elas aqueles nomes que serão ofertados à disputa eleitoral, necessitam do eleitor apenas para sua indicação.

Em outras palavras, no sistema parlamentar o eleitor controla o Parlamento e este controla o governo, durante o mandato legislativo. No sistema presidencial, sobre não ter o eleitor o poder de escolha de uma gama variada de candidatos, mas somente entre os poucos elencados pela elite, sua participação política resume-se, exclusivamente, no depósito de um voto na urna e nada mais" (Parlamentarismo ou Presidencialismo? vol.II, Ed. Forense, 1987, p. 95 a 101).

Nem se diga que o parlamentarismo aboliria a separação dos poderes, posto que os três poderes continuarão existindo, apenas passando o Executivo a ser eleito pelo Legislativo. Não havendo impedimento, entendo que possa o plebiscito ser antecipado à luz do que dispõe o art. 60.

O segundo aspecto diz respeito aos direitos e garantias individuais. Reza o § 2º do artigo 5º que:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A sua leitura poderá levar o intérprete a entender que o espectro de tais direitos e garantias é ilimitado e, sob certo aspecto, terá razão. De rigor, todavia, os direitos e garantias individuais a que se refere o constituinte, são aqueles, expressa e implicitamente, colocados na Constituição Federal. Não há, pois, como estender tais direitos indefinidamente, além do que esteja implícito na Constituição, por decorrer de seus princípios, que não podem, também, ser alterados (16).

(16) Celso Bastos ensina: "Este preceito vem-se repetindo na nossa Constituição desde 1891. Sua inspiração encontra-se na Constituição dos Estados Unidos, que diz: "A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo". O dispositivo americano fazia muito sentido, sobretudo em face da concepção jusnaturalista sobre o direito então vigorante. O que se queria dizer é que o esquecimento ou a deliberada não-inclusão de direitos já reconhecidos em nível de costumes não implicava uma revogação da Carta Magna.

...

Por fim, os privilégios adquiridos pelos servidores públicos não constituem direitos e garantias individuais contra a sociedade, nem direitos adquiridos de quem a ela deve servir. Se houver um choque e o ônus do custo, para a sociedade, implicar a impossibilidade de assegurar alguns desses direitos sociais fundamentais, tais como a existência digna, educação, saúde etc., à evidência, hão de prevalecer os direitos da sociedade sobre os dos servidores, não lhes garantindo, a Constituição, privilégios que àquela se sobreponham. E mesmo que houvesse dispositivos em outro sentido, no conflito, haveria de prevalecer o interesse da sociedade sobre os daqueles que a devem servir (17).

... (16) Na nossa, a significação é um tanto diferente, porque a referência não é feita aos "direitos conservados pelo povo", mas sim a outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe de forma precisa o alcance do preceito: "O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, decorrentes dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece" (cf. Comentários à Constituição brasileira, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p.632)" (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Saraiva, 1989, p. 394/395).

(17) Escrevi: "Hart, pensador jurídico inglês, em seu mais famoso livro, "The concept of law", faz observação cuja meditação se impõe a juristas, filósofos, sociólogos e cientistas políticos. Declara que a lei é feita pelos governantes para ser obedecida pelos governantes e pelos governados, mas como é feita pelos governantes, quase sempre é apenas exigida dos governados. Baier (The moral point of view) adota idêntica postura.

...

São estes alguns dos aspectos que trago à reflexão, subordinado rigorosamente ao tema que me foi proposto pela Comissão Organizadora da coletânea em homenagem ao querido amigo e eminente jurista pátrio, Arnaldo Wald, a quem o Brasil muito deve pela sua maiúscula obra como advogado, professor, escritor e homem público. E fico, particularmente, honrado pela deferência de poder unir meu modesto nome à justificada homenagem que lhe prestam os demais notáveis autores (18).

... (17) A nova classe ociosa sabe que Hart e Baier têm razão. Faz as leis para que se diga que o Estado em que se vive é um Estado de Direito, mas não as cumpre, sentindo-se no direito supremo de interpretá-las, à sua conveniência exclusiva. Sempre que a nova classe ociosa não respeita as leis, seu argumento é de que as leis estão moribundas, são apenas formais e injustas, valendo mais a "legitimidade" de seu descumprimento, que a "iniquidade" de seu cumprimento.

A nova classe ociosa está, pois, acima da lei. Se a classe não ociosa, que se encontra na escala social inferior, cumpre a lei, não aceitando a desobediência civil dos governantes e nem aceitando a pretendida "legitimidade" ao descumprimento, os integradores do poder e dos políticos consideram-na traidora, contrária aos altos desígnios que levam o estamento estatal a descumprir a lei, qual seja, a de se manter no poder.

De tal forma, o cumprimento da lei pela classe não ociosa (trabalhadores e empresários) é sempre ato de lesa-majestade, se a vontade da classe ociosa for descumprir aquelas normas que lhe são incômodas, porque protetoras de direitos e garantias dos cidadãos" (A nova classe ociosa, vol.III, Ed. Forense, 1987, p. 22/23).

(18) Do homenageado sobre a crise do Direito atual, leia-se: "Se há um consenso no mundo moderno é o que se refere à crise que atravessamos, na qual se reconhece que o homem não mais está aparelhado para prever, prevenir ou planejar. "Era da incerteza"
...

... (18) para alguns, da "descontinuidade" para outros, "declínio do Ocidente" para os filósofos, mudança de escala de valores para os sociólogos, ruptura de um equilíbrio para os economistas, todas as definições nos levam a concluir que passamos de uma fase de convicções absolutas e de realidades permanentes para uma época na qual tudo é relativo e se modifica de modo permanente, com uma velocidade jamais conhecida dos nossos antepassados" (A Correção Monetária no Direito Brasileiro, Ed. Saraiva, 1983, p. 9).

São Paulo, 27 de Novembro de 1991.