

Revisão Constitucional

Subsídios para o processo de transformação do Estado brasileiro

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As reformas implantadas. 3. Avaliação. 4. O instituto da revisão. 5. Justificação da proposta de Emenda Revisional. 6. Um texto de emenda oferecido para estudo.

1. Introdução

A Constituição de 1988, ao ser promulgada, estava destinada a ser o último modelo para um Estado do Bem-Estar Social. No fim da década de oitenta, no momento em que outros países estavam se desvencilhando ou já haviam se despojado de seus antiquados aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos, o Brasil, guiado pelos constituintes de 1988, enveredava pela contramão da História. Recebia, então, o País, uma Carta Política longa, casuística e incompletamente negociada por meio de pequenos compromissos recíprocos, fruto de uma generosa dose de utopismo, de uma demagogia auto-intitulada de progressista, de um corporativismo militante dos grupos mais organizados, de um bem intencionado socialismo dos que ainda criam ser possível lograr distribuir riquezas sem produzi-las, do estatismo saudosista dos que não vêem como a sociedade possa prescindir da tutela do Estado, do paternalismo dos que têm o Governo como o munífico provedor de todas as necessidades, do assistencialismo dos que acreditam que a letra da lei converte-se automaticamente em benefícios, do fiscalismo dos despreocupados com as conseqüências desmotivadoras e recessivas das sobrecargas tributárias e, por fim, da xenofobia de tantos que, mesmo por eles fascinados, ainda temem os estrangeiros.

O inevitável resultado da imposição dessa camisa-de-força, versão cisatlântica de constituição dirigente, foi o fortalecimento da estrutura recebida do Estado autocrático que, paradoxalmente, se pretendia despedir, com todo o seu desmedido peso financeiro, confiscatório de quase um terço do produto interno bruto de toda Nação, para dispersá-lo entre mais de cinco mil unidades políticas, num festival burocrático de baixíssimo retorno à sociedade.

Obsoleta para resolver os velhos problemas pendentes, a Constituição de 1988 muito menos havia sido aparelhada para enfrentar os problemas emergentes deste fim de século suscitados pela revolução das comunicações, como a globalização, a competição por mercados, por capitais e por cérebros, a resistência social ao aumento da tributação e o fenômeno do despertar das massas para uma crescente participação política. Toda essa arraigada origem estrutural da ingovernabilidade não pode ser revertida senão por meio de profundas e amplas reformas do Estado brasileiro; isso porque, muito embora o direito, enquanto ordem positiva, pouco possa influir como causa do desenvolvimento, sabe-se, por farta experiência histórica, que é imenso o seu poder inibidor e destrutivo, mormente em países em vias de desenvolvimento, nos quais se registra um abissal descompasso entre o produto nacional, de um lado, e o custo-país, de outro, gerado por tributos escorchantes, por elevados déficits fiscais e por inúmeras prestações onerosas que ficam a cargo do Estado.

Não obstante os propósitos generosos, nos duzentos e quarenta e cinco artigos originais da Carta de 1988, os sistemas político, econômico e social por ela instituídos mostraram-se de tal modo emperrados, arcaicos, ineficientes e frustrantes das expectativas populares, nesses seus oito anos e meio de turbulenta vigência, que basta considerar-se o número de emendas (ou de remendos) promulgadas, vinte e uma ao todo, quase com a média de uma por quadrimestre, para constatar-se inequivocamente sua inadequação originária aos superiores reclamos do desenvolvimento do País, falha que hoje até mesmo seus subscritores em maioria o reconhecem e abertamente o demonstram, sendo os primeiros a pugnar, no Congresso Nacional, por corrigir seus erros.

Ora, instituições políticas, quando são equivocadas, mas rigidamente constitucionalizadas, como as responsáveis pelo delicado equilíbrio entre Poderes, pela repartição

federativa de competências e de receitas tributárias, pela representação eleitoral, pelos serviços e servidores públicos, e tantas outras mais, exacerbam a ingovernabilidade. Do mesmo modo, fragmentos ideológicos supérstites, cristalizados como dispositivos constitucionais, atrasam e dificultam a abertura da economia, obrigando o País a perder um tempo precioso na corrida da competição global. Similarmente, as distintas políticas governamentais, também inflexivelmente constitucionalizadas, que foram imaginadas para os sistemas de educação, saúde, previdência, segurança pública, política urbana, rural e indigenista, não só já se revelaram anacrônicas e falidas como respondem pela crescente e alarmante deterioração de vários serviços prestados à população.

O legislador constitucional, ao que tudo indica, a julgar pelo demonstrado afã de tudo reger nos mínimos detalhes e de reduzir os espaços da legislação infraconstitucional, desconfiava do legislador ordinário e quis assegurar-se de que suas iluminadas opções governativas prevaleceriam resguardadas pelas exigências materiais e formais estabelecidas para o processamento das emendas. Não deixa de ser realmente paradoxal que depois de reconquistadas as franquias democráticas plenas, interrompidas por mais de vinte anos, inclusive com a adoção de novos e promissores instrumentos de participação política, a Constituição se tivesse dedicado a reduzir, ponto por ponto, as oportunidades de utilizá-los em inúmeras questões vitais para os cidadãos, precisamente aquelas que, por sua mutabilidade, são as que mais e permanentemente demandam flexibilidade de respostas governamentais. Não é difícil convir, assim, que Miguel Reale tinha toda razão, em 1986, ainda quando os “Notáveis”, convocados por José Sarney, preparavam o texto matriz onde os constituintes de 1988 foram abeberar-se da doutrina da Constituição dirigente, ao prever que o autoritarismo governativo acabaria sendo substituído pelo *totalitarismo normativo*¹, como resultado de um lamentável conceito elitista e preconceituoso que acabou prevalecendo.

O previsível resultado desse anacronismo – *o estatismo paternalista, patrimonialista,*

¹ REALE, Miguel. Razões de divergência. *Folha de São Paulo*, 29 jun. 1986. p. 3: “...quando o legislador se substitui ao povo, impondo-se normas rígidas e bloqueando o processo da livre construção de seu próprio caminho”.

assistencialista e corporativista – continuaria a prevalecer sobre a racionalidade na execução das políticas públicas, mantido assim, com todo o vigor do velho e falido *Welfare State* durante esses difíceis anos de vigência da “Constituição Cidadã”, já, por isso, ficariam obstadas, por todos os modos elaboradamente amarrados na ordem jurídica, as transformações que a sociedade brasileira vem reclamando manifestamente já em duas eleições presidenciais consecutivas.

Para examinar as reformas implantadas e avaliá-las no contexto amplo do processo de transformação do Estado brasileiro, seguir-se-á o seguinte método: uma apresentação e descrição sucinta das emendas promulgadas no biênio 95/96, com a avaliação preliminar do seu conteúdo e processo; um cotejo do que foi implantado até o momento com as exigências das transformações nos campos político, econômico e social; um estudo da problemática da reforma das Constituições analíticas contemporâneas à luz das doutrinas e das experiências mais recentes e, à guisa de conclusão, uma sugestão de alternativa institucional com vistas a superar as dificuldades, que poderia substituir dezenas de emendas constitucionais por uma apenas.

2. As reformas implantadas

Em agosto de 1995 foram retomadas as reformas constitucionais por via de emendas com um bom ímpeto inicial. O País saía do marasmo e da frustração em matéria de reforma, pois as quatro primeiras emendas constitucionais, promulgadas em 1992 e 1993, haviam tratado de temas políticos de quase nenhum impacto transformativo sobre o Estado, e o mesmo havia ocorrido com as seis emendas de revisão, que só apresentaram um pífio resultado, ao cabo de um processo tão importante, tão debatido e tão aguardado.

As Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7 e 8, distintamente das anteriores, deflagravam realmente o processo de transformação. Com efeito, a E. C. nº 5, de 15 de agosto de 1995, eliminando os monopólios estaduais de exploração de gás canalizado, superava a crônica limitação de recursos dos Estados para custosos investimentos industriais no setor; a E. C. nº 6, de mesma data, abrindo a pesquisa e lavra mineral às empresas brasileiras em geral, sem exigência de capital nacional, passava a atrair investimentos de risco e a formação de *joint ventures* num setor crítico

que vinha em alarmante declínio; a E. C. nº 7, também da mesma data, eliminando restrições xenófobas no transporte marítimo, promovia a competitividade da produção nacional, e a E. C. nº 8, ainda daquela data, pondo fim ao monopólio estatal das telecomunicações, possibilitava a modernização do sistema econômico, além de atrair empresas, capitais e tecnologia de ponta. Três meses depois, no final do ano, a E. C. nº 9, de 9 de novembro de 1995, levava adiante o processo, embora mais timidamente, flexibilizando o monopólio estatal do petróleo, em vez de aboli-lo, como seria de se esperar, mas, ainda assim, dando um passo adiante para modernizar esse setor de lentos avanços na economia nacional.

As três emendas constitucionais que se seguiram, nºs 10, 11 e 12, indicaram uma perda de impulso. A E. C. nº 10, de 4 de março de 1996, criando um Fundo Social de Emergência, em nada contribuiu para a transformação do Estado, tendo, antes, características conjunturais e casuísticas, do mesmo modo que com a E. C. nº 12, de 15 de agosto de 1996, instituindo a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, apenas pretendia-se resolver problema conjuntural e casuístico do Fisco. Em todo o período, somente a E. C. nº 11, de 3 de abril de 1996, possibilitando a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros nas universidades e dando autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica, pode ser considerada como um avanço dado às transformações econômicas e principalmente sociais, ao pôr fim à inacreditável xenofobia científica que nos criava a mais perversa das “cortinas” ideológicas: a cortina da ignorância.

As três últimas emendas constitucionais, de nºs 13, 14 e 15, voltaram a introduzir importantes transformações nos campos econômico, social e político, respectivamente, encerrando o ano de 1996 e o elenco das reformas até a data deste ensaio. A E. C. nº 13, de 22 de agosto de 1996, privatizando o resseguro, foi um importante fator de modernização do setor financeiro. A E. C. nº 14, de 12 de setembro de 1996, destinando racionalmente recursos públicos à grande prioridade nacional da educação, tornou-se o mais importante fator de transformação no campo social. Por fim, a E. C. nº 15, de 13 de setembro de 1996, limitando a alarmante e impatriótica proliferação de municípios, prodigalizada pela demagogia de 1988, submetendo-a à exigência

de lei complementar federal para fixar o período em que as criações, incorporações, fusões e desmembramentos serão possíveis e para realizar prévios estudos de viabilidade municipal, veio somar-se como oportuníssimo instrumento de racionalidade política.

Assim é que, numa avaliação preliminar, pode-se afirmar que das vinte e uma emendas, em total, apenas nove contiveram uma ponderável contribuição para a transformação do Estado brasileiro, mas como se exporá adiante, além de ser um esforço ainda inexpressivo e, no caso de muito delas, tímido em seus resultados, todas demandaram um demorado e extenuante processo político, extremamente desgastante para o Governo e sua maioria parlamentar, e decepcionante para o povo, este sempre à espera de resultados que se procrastinam.

3. Avaliação

Se se considerar que no *campo político* as transformações necessárias passam pela racionalização da Federação, com a eliminação de incontáveis unidades parasitas, sejam Estados ou Municípios (art. 18); com a partilha de competências segundo regras lógicas de subsidiariedade (arts. 21, 22, 23, 24, 25 e 30); com a redefinição adequada de várias competências concorrentes (art. 24); com a reativação dos territórios (art. 33); com a reforma administrativa e da função pública, mas sem sacrifício das necessárias garantias dos servidores (arts. 37 e ss.); com o aperfeiçoamento da representação política pela adoção do voto distrital misto ou sistema equivalente (arts. 44 e ss.); com o aprimoramento da capacidade legiferante do Congresso Nacional por meio de Comissões Legislativas (arts. 48 e ss.); com a redução, por via de consequência, da competência presidencial de editar medidas provisórias com força de lei (art. 62); com a simplificação e participação social no controle financeiro-orçamentário dos entes públicos (arts. 70 e ss.); com a eliminação de órgãos supérfluos (arts. 89 e 91); com a simplificação e racionalização do Poder Judiciário (arts. 92 e ss.); com o reforço e garantia das funções essenciais à justiça (arts. 127 e ss.); com a reestruturação do sistema de segurança pública notoriamente ineficiente (art. 144) e com a simplificação do sistema tributário nacional, reduzindo seu peso sobre o setor produtivo e distribuindo as receitas segundo as reais necessidades de cada nível federativo (arts. 145

e ss.), a agenda reformadora mínima demandaria nada menos que quatorze novas emendas, muitas delas tão extensas ou mais que a E. C. nº 3, a mais extensa das já promulgadas.

Do mesmo modo, se forem consideradas as transformações necessárias no *campo econômico*, deverão ser repensados a presença do Estado na economia (art. 173); os monopólios estatais remanescentes (art. 177); a autonomia do Banco Central e a fixação constitucional das taxas de juros (art. 192), temas que acrescentariam, pelo menos, mais quatro textos ao número acima estimado.

Quanto ao *campo social*, espaço em que a Carta de 1988 mais incursionou para desdobrar-se em dezenas de regras e preceitos de somenos importância, impor-se-ia, numa agenda reformadora mínima do Estado, rever o seu papel na seguridade social, retirando-o da execução para situá-lo na regulação geral e, por certo, na fiscalização (arts. 194 e segs.); desconstitucionalizar o sistema de saúde, adotando as boas regras da subsidiariedade em reforço da atuação das unidades locais e regionais e, tanto quanto possível, das entidades privadas do setor (arts. 196 e segs.); privatizar a Previdência Social, mantendo com o Estado apenas a edição das regras gerais de segurança do sistema e a correspondente fiscalização (arts. 201 e 202); definir e fomentar o ensino privado de interesse público (arts. 209 e segs.) e reexaminar o Estatuto do Índio à luz das desastrosas experiências provocadas pelos excessos utopistas da atual Carta (arts. 231 e 232). Aqui se teria mais um grupo de pelo menos cinco emendas.

A reforma não estaria terminada, porém, sem expungir uma cópia de dispositivos onerosos e vexatórios caracterizadamente corporativistas disseminados nas Disposições Constitucionais Gerais (arts. 233 e segs.), o que poderia se tornar, afinal, o derradeiro e mais exigente teste de patriotismo e de determinação para os legisladores-reformadores, possivelmente ascendendo a mais dez, o número de emendas para tanto necessárias.

A estimativa total de trinta e três textos de emendas à Constituição é, contudo, muito elástica, pois inexistem regras que disciplinem formalmente a abrangência que deveria ter cada uma delas. Essa contagem serve apenas como referencial para que se possa estimar *quantitativamente* o trabalho que se exigiria, daqui para a frente, para completar, por meio do processo reformador que se vale de emendas individuadas, adotado pela Constituição de

1988 em seu art. 60, uma razoável agenda de modernização do Estado brasileiro. Resta óbvio que uma estimativa *qualitativa* e satisfatória desse esforço só poderia vir a crescer ou até a multiplicar esse número, sem contar com o trabalho concomitante ou adicional de desconstitucionalização de diversos temas elevados desnecessariamente ao texto da Lei Maior.

Num cálculo simplista, se vinte e uma emendas levaram oito anos e meio, trinta e três levariam dez anos e meio para estarem terminadas, ou seja, só no ano 2.008 o Brasil teria completado a reforma de que hoje necessita. Na melhor das hipóteses, se se lograsse manter o ritmo alcançado nos dois últimos anos, o que é pouco provável, prevendo-se paralisações em períodos eleitorais e trabalhos de comissões parlamentares de inquérito durante o percurso, poder-se-ia esperar ainda que no ano 2002 o Brasil estivesse enfim preparado para crescer e competir, na plenitude de sua potencialidade, numa sociedade planetária em estágio bem mais avançado de globalização.

Mas para que pudesse ser viável essa hipótese mais favorável, seria necessário que o processo político de tramitação e aprovação das emendas constitucionais não se complicasse politicamente além do que já vem juridicamente dificultado. Com efeito, o processo legislativo de reforma por meio de *emenda*, previsto no art. 60 do corpo permanente da Constituição de 1988, aparentemente, pois pelo menos tem sido assim considerado o único remanescente depois de abortada a oportunidade de reforma por meio de *revisão*, instituída no art. 3º do ADCT, não tem apresentado senão resultados modestos e arrastados, de todo insuficientes para devolver governabilidade ao País e, o que é politicamente relevante, quase sempre acompanhado de um grande desgaste político para o Governo, que patrocina as reformas, e de decepção para o povo, que continua cobrando resultados.

Parece, por isso, cada vez mais evidente que essa promulgação de emendas constitucionais no varejo, fragmentadas, segmentadas, em certas ocasiões desfiguradas, penosamente votadas em quatro turnos, em arrastados procedimentos bicamerais, exigindo três quintos dos votos em cada Casa Legislativa, tem um preço político extraordinariamente alto para o País. Todavia, no ensinamento da teoria constitucional clássica, se as reformas na Carta só podem ser realizadas obedecendo às limitações materiais e formais nela própria previstas, uma das quais é a observância do

processo ou dos processos de reforma admitidos, a solução há de ser buscada em seu próprio texto (explícita) ou a partir dele construída (implícita), pois não é admissível que a nacionalidade seja suicida nem que a Constituição possa ser seu túmulo.

De pouco valerá termos logrado a “abertura” política se tivermos que nos sujeitar a um permanente “fechamento” constitucional. O impasse que vem dificultando e, se prosseguir, pode obstar a reforma do Estado brasileiro, deve, portanto, ser juspoliticamente superado, na linha e do mesmo modo que se fez ao convocar o povo, soberano nas democracias, pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ou seja, *sem ruptura política da ordem jurídica vigente*.

4. O instituto da revisão

As Constituições, leis fundamentais dotadas de supremacia normativa sobre todas as demais, são tradicionalmente classificadas em *sintéticas* e *analíticas* ; aquelas, limitando-se a estabelecer os princípios e preceitos essenciais à organização do Estado, à declaração de liberdades e definição de direitos individuais e coletivos e a traçar as linhas programáticas para a ação do Estado, da sociedade ou de ambos², e estas, as analíticas, a desenvolver mais pormenorizadamente cada um desses conjuntos de normas.

Mais recentemente, os textos constitucionais passaram a receber toda espécie de normas que neles quisessem inserir os seus autores, definindo, por vezes à exaustão, quando não redundantemente, preceitos sobre quaisquer matérias, até mesmo as que sempre foram tratadas em nível regulamentar.

Por outro lado, observou-se também, na década de setenta, uma sobrevalorização do componente ideológico-programático, traduzida na inserção, no Texto Maior, de inúmeras e detalhadas definições de políticas governamentais destinadas a *dirigir* os futuros poderes constituídos, ou seja, estabelecer “tarefas de Estado”, na expressão de J. J. Gomes Canotilho³.

² Adotou-se a precisa classificação tripartite de Luis Roberto Barroso, em *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar, 1990. p. 84-85.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente ? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 15, p. 11, abr./jun. 1996.

A tipologia clássica tornou-se, assim, insuficiente para explicar esses novos modelos, mas enquanto apenas o excesso de detalhes já basta para descrever uma *Constituição casuística*, pois ela seria uma patologia do analítico, e como tal não encontra defensores, a regulação detalhista “autoritária” e “intervencionista”⁴ caracterizadora da *Constituição dirigente*, fez escola e lançou suas raízes no ultramar, na Carta brasileira de 1988.

Necessariamente, essas variações teriam de repercutir sobre uma outra tradicional classificação dicotômica, entre Constituições *rígidas* e *flexíveis*, uma vez que a rigidez se compatibiliza sem dificuldades com os modelos sintéticos, mas não tão facilmente com os modelos analíticos. Essa incompatibilidade é que acabou se tornando aguda e problemática na medida em que proliferavam os modelos casuísticos e dirigentes, uma vez que por meio deles um sem-número de exemplos de decisionismo constitucional acabaram protegidos por cláusulas pétreas, explícitas ou implícitas.

Confrontadas, de um lado, com a necessidade política de serem alteradas e, de outro, com o hibridismo antagônico *rígido-analítico*, formalmente implantado, explícita ou implicitamente, as Constituições contemporâneas desse tipo, como a brasileira de 1988, podem suscitar dramáticos dilemas políticos que oscilarão entre a obediência a esquemas inflexíveis de reforma, com o risco de aluir seus fundamentos de legitimidade com o rompimento formal do sistema e todos os inconvenientes de insegurança jurídica decorrentes, e a busca de soluções criativas além da ortodoxia positivista, como de fato vem ocorrendo e a seguir se exporá.

A doutrina clássica teve sempre por assemelhados *os processos de reforma constitucional*, tanto o ordinário, por via de *revisão*, quanto o extraordinário, por via de *emenda*, às chamadas *cláusulas pétreas*, considerando-os implicitamente imodificáveis. Mas, mesmo no passado, quando o princípio democrático era mais ténue que hoje e a forma da *democracia representativa* era plenamente dominante, essa *cláusula pétrea implícita*, seja limitadora do poder reformador competente, seja restritiva do tipo de procedimento a ser por ele seguido, já recebia temperamentos. Foi o que ocorreu no importante precedente histórico da Lei Constitucional francesa, de 3 de junho de 1958, que inovou regras de *reforma constitucional*

⁴ Ibidem, p. 9.

na Constituição de 1946 para transferir o poder constituinte derivado a Charles de Gaulle, submetendo-a a referendo popular legitimatório, uma formalidade distintiva da *democracia participativa* que começava sua trajetória ascensional no segundo pós-guerra⁵.

Mais recentemente, outro caso de moderação na interpretação do rigor formal de cláusulas pétreas no Direito Constitucional contemporâneo, em hipótese de Carta ainda mais analítica e de mais forte sentido dirigente, por sinal reputada como um dos modelos mais proximamente seguidos pelo constituinte brasileiro de 1988, deu-se com a segunda revisão da Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976.

A primeira revisão constitucional (Lei Constitucional nº 1/1982) já havia sido considerada por seus comentaristas “extensa” e, em alguns domínios “profunda” mas, apesar disso, não teria chegado a lesar “a essência da Constituição” e nem romper “com a ordem constitucional originária”, expressões que guardam sinonímia com o conceito auto-poético, também moderníssimo, de *identidade constitucional*.

A segunda revisão constitucional (Lei Constitucional nº 1/89), porém, eliminou algumas cláusulas pétreas, com o sentido de possibilitar no futuro a reforma das matérias constitucionais que haviam sido por elas protegidas, mas, não obstante esse surpreendente rompimento da velha ortodoxia teórica, seus abalizados e insuspeitos comentaristas, como J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, concluíram com acerto que “globalmente considerada, portanto, a revisão não se traduziu numa solução de continuidade constitucional”⁶. Na verdade, essa construção doutrinária tinha o mérito de conciliar o pleno ingresso de Portugal na Comunidade Européia sem rompimento de sua ordem jurídica.

O problema passou a se situar, assim, não no *valor absoluto* de qualquer cláusula pétrea, explícita ou implícita que seja, mas na verificação da possibilidade de encontrar-se

⁵ Tem-se, com efeito, como um dos traços marcantes do direito público neste final de século, a pressão popular por maior participação política em todos os processos do poder, na legiferação, na administração e na jurisdição. A respeito, nossa monografia *Direito da participação política*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Ed. 1991. p. 291.

uma forma legítima de evolução que preserve a identidade constitucional originária. Em outras palavras: o conceito de rigidez evoluiu para passar a ser entendida como uma *técnica substantiva de estabilidade* voltada à manutenção dessa identidade, necessariamente com *sentido material*, seja este um valor autônomo, da própria Constituição, seja ele heterônomo, que se impõe por fora ou por cima dela, *excluindo-se, assim, os limites meramente formais, que não portam valores e, por isso, não apresentam referencial direto com a legitimidade.*

Concluindo a apreciação da questão da *dupla revisão*, Canotilho e Vital Moreira tampouco vêem obstáculo jurídico intransponível nos limites formais implícitos, ou seja, nos que não estão mencionados no próprio sistema de revisão⁷.

No mesmo sentido manifesta-se na doutrina italiana Enrico Spagna Musso, afirmando que “se num determinado ordenamento estatal está previsto um processo de revisão constitucional sem a explícita previsão de limites à própria revisão, não se pode sustentar a existência de *limites implícitos* em relação a dadas matérias”⁸.

No Brasil, tampouco, na experiência constitucional recente, a existência de limites formais implícitos de reforma, no caso pela via de emenda, foi invocada como impedimento para que se promulgasse a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que transformou o Congresso Nacional constituído, em Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”⁹, ou seja, *sem submissão a quaisquer tipos de limites instituídos*, como também se exigia na tradição doutrinária nacional¹⁰.

Mas a despeito da doutrina contrariada, nenhuma violação de limites implícitos chegou a ser verberada, nem mesmo sob a pesada suspeita de ilegitimidade do Congresso

⁷ Ibidem, p. 300.

⁸ MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4. ed. Pádua : CEDAM, 1992. p. 121 (n/grifo).

⁹ A expressão entre aspas está no art. 1º da Emenda n. 26/85.

¹⁰ José Afonso da Silva, por exemplo, apoiando-se na excelente monografia de Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador : Progresso, 1954. p. 93, tem como excluídas do alcance de uma emenda as normas constitucionais referentes à titularidade do poder reformador e ao processo da própria emenda ou revisão.

Nacional, então composto por senadores desprovidos de investidura democrática pelo voto popular, nem mesmo, ainda, pelo ponderável argumento de que seria imprescindível para legitimar o processo que se o culminasse com um referendo, como foi brilhantemente sustentado pelo saudosos jurista Geraldo Ataliba e por Michel Temer¹¹.

Com efeito, as clássicas concepções formalistas e juspositivistas do fenômeno constitucional, como avivam os exemplos assinalados, parecem ter ficado superadas, com o advento de novas vertentes teórico-dogmáticas que se mostraram mais adequadas ao que hoje se espera de uma Constituição: menos comprometida com a manutenção do *status quo*, mais aberta a valores e, sobretudo, mais efetiva para garantir a estabilidade política que todos os povos almejam.

Com a ênfase axiológica, porém, não se está procurando, para escapar ao *legalismo*, retornar à *ordem de valores (Wertordnung)* weimariana, com suas referências antropológicas e metafísicas reminiscentes de um romantismo tardio, mas, ao contrário, avançar para uma reconstrução dos valores democráticos fundantes (*Grundwerte*) sob formas jurídicas (*Grundrechte*) na formulação do que se tem denominado apropriadamente de um “constitucionalismo adequado”¹², para que não nos perguntemos, afinal, como Dworkin, “se o Direito Constitucional não foi construído sobre um erro”¹³.

Os valores, porém, enquanto conceitos antro-po-axiológicos, recebem codificação para ingressar no mundo do direito e nele vir a estruturar os *sistemas jurídicos* por meio da destilação e da *organização* nuclear de um centro de identidade constitucional formado por *princípios*, estando aqui, para Robert Alexy, a distinção fundamental entre ambos, valores e princípios, a partir da qual se abre uma nova e ampliada compreensão da Constituição como um *sistema aberto de preceitos e princípios*¹⁴, em que a atividade *subsuntiva* e silogística, própria da visão piramidal kelseniana, conducente ao unidimensionalismo jurídico,

¹¹ Apud PRADO. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988*. São paulo : Ed. Inconfidentes, 1994. p. 25.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Ed. Almedina, 1991, 5. ed., p. 174.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Belknap Press, 1986, em epígrafe ao Cap. 10.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. Baden-Baden, 1985. p. 133.

cede à atividade *ponderativa* e razoabilística, mais harmônica com a visão autopoiética teubneriana, e, por isso mesmo, conducente ao circularismo auto-reflexivo do direito¹⁵.

Observe-se, porém, que o enclausuramento autopoiético situa-se no plano puramente normativo, da *organização*, onde se desenvolve o processo jurídico, ao passo que a *estrutura*, que sobre ela historicamente se desenvolve, abre-se para receber os influxos externos, daí a referência à obra de Niklas Luhmann, para quem o sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto¹⁶.

Ao contexto cede o texto, de modo que, desde que não haja desfiguramento da identidade reflexiva da Constituição, permanecendo intocados e até mesmo *reforçados*¹⁷ e revivificados os *limites expressos* substantivos, ou seja, aqueles que revelam valores e respectivos princípios fundantes, a reforma constitucional, agora pensando na Carta brasileira de 1988, pode ser eficientemente realizada estendendo o instituto da *revisão* do corpo transitório, onde parece restar inoperante, para o corpo permanente da Constituição, combinando-a com o emprego do princípio legitimatório fundante do *referendo*, como condição de vigência.

5. Justificação da proposta de Emenda Revisional

A Constituição de 1988 distinguiu e adotou os dois tipos de reforma usuais no constitucionalismo contemporâneo: a *revisão* e a *emenda*, prevendo-lhes processos distintos. Conferiu-se à emenda um sentido casuístico, pontual e extraordinário, mas permanente (art. 60), ao passo que à revisão deu um sentido amplo e obrigatório, não, porém, ordinário e permanente (art. 3º do ADCT).

Observe-se, ainda aqui, uma outra estranhável preocupação elitista do constituinte

¹⁵ João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, em preciosa monografia, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra Ed. 1995, considerando a tese do “constitucionalismo adequado”, chama a atenção para o fato de que a *ponderação* não exclui a *motivação*, uma vez que a *descoberta*, por aquela produzida, tem de dar lugar à *justificação*, pois a *racionalidade é a pedra angular do trabalho jurídico* (p. 172).

¹⁶ Apud LOUREIRO, *op. cit.*, p.173-174.

¹⁷ Como é o caso do que adiante se propõe com relação aos direitos adquiridos, hoje tempestuosamente subsumidos no inciso IV, do § 4º, da Constituição.

originário, ao negar o caráter ordinário da revisão, tal como é encontrada nas Cartas contemporâneas analíticas tomadas em tantos outros casos como modelo, para reduzi-la a uma utilização singular e excepcional. Não obstante, imagine-se como compensação, tornou-a *mandatória*, ou seja, não deixou sua *realização* ao alvedrio do Congresso¹⁸.

Por ocasião da efetivação da revisão prevista, nas circunstâncias políticas sobejamente conhecidas, o Congresso Revisor decidiu porém se autolimitar, fixando-se um *prazo* preempatório para concluir os trabalhos. Com esse expediente, estava criada uma subordinação indevida de um comando *substantivo* de nível constitucional para *realizar* a revisão, a um limite temporal, um comando *formal*, de hierarquia regulamentar (*interna corporis*), o que levou ao prematuro encerramento do processo revisor sem que se houvesse esgotado, pelo menos, a pauta da Relatoria, que já tinha sido, por sua vez, minimizada com o intuito de atender ao referido prazo.

É, portanto, perfeitamente sustentável que a revisão *determinada* pelo constituinte original *não chegou a ser realizada*, pelo menos com o sentido e abrangência por ele previstos, que não poderiam ser considerados atendidos com a promulgação das discretas seis “emendas de revisão” produzidas, quase todas de relativa pouca importância diante de um contexto total de 318 artigos a serem revistos, sendo 245 permanentes e 73 transitórios. Afinal, o objetivo revisional só poderia ter sido o de proceder-se a uma ampla reapreciação de todo o texto, como é do próprio conceito do instituto, e não ter sido adotado para produzir meia dúzia de emendas singulares, diferenciadas das demais apenas pelo rito.

Posto isso, pode-se retirar duas premissas que ora se submetem como justificação de uma *proposta para instituir a revisão como espécie de reforma constitucional em caráter ordinário, permanente e periódico*: primeiro, não se trata de um instituto estranho ao direito constitucional positivo brasileiro vigente e, segundo, o seu comando original, por não ter sido esgotada a sua destinação, permanece eficaz, apto para que se reabra a sua execução, não obstante prematuramente interrompida.

¹⁸ A expressão do art. 3º do ADCT é inequívoca neste sentido: “A revisão constitucional *será* realizada após cinco anos...” (n/grifo); não existe faculdade de realizá-la ou não; apenas se fixou um interregno mínimo para concretizá-la.

Uma emenda constitucional neste sentido, além de resgatar a vontade do constituinte originário, lesada em 1994, estaria perfeitamente harmônica com o entendimento que se vem emprestando aos conceitos de limites, como acima se expôs, tornando perfeitamente válida e apropriada essa transposição do instituto para o corpo permanente da Constituição, sempre que respeitadas as condições de *oportunidade* (art. 60, § 1º) e de *conteúdo* (art. 60, § 4º) já estabelecidas para o processo das emendas.

Com efeito, inexistirá qualquer limite implícito formal oponível se, como tem aceito a doutrina, se agravarem, em relação ao disposto originalmente, as formalidades exigidas para a reforma; o que poderá ser atendido submetendo-se a revisão, uma vez concluída, ao *referendo* popular, que, por sua vez, tampouco é um instituto estranho ao ordenamento constitucional de 1988, incluindo-se, por sinal, na competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, XV), embora, como demonstra recente e bem conduzido estudo de direito comparado, encontre-se ainda muito acanhado, com amplíssimo espaço juspolítico para desenvolver-se¹⁹.

Restaria a definição do *órgão revisor*. Aqui tampouco levanta-se um limite implícito oponível, principalmente se a escolha recair numa *convocação popular* para a eleição de uma Constituinte Nacional Revisora *exclusiva*. Esse alvitre teria três vantagens indiscutíveis; pela ordem de importância: não paralisaria os trabalhos da legislatura ordinária, não se poderia acoiar a classe política de legislar em causa própria e se estaria reforçando a legitimidade de todo o processo, além de possibilitar, periodicamente, uma utilíssima consolidação constitucional.

A revisão se incorporaria ao Texto permanente como um tipo ordinário e mais amplo, porém formalmente mais exigente de reforma,

¹⁹ V. de ADRIAN SGARBI, O Referendo no Brasil, Itália e Suíça : uma análise comparativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 16, p. 142-158, jul./set. 1996, dos quais se extrai a seguinte conclusão: "2. O referendo, como instrumento de participação *ex populo*, é importante fonte de legitimação da esfera política, pois pode desempenhar o papel de colmatar eventual ruptura entre representantes e representados, ao mesmo tempo que transforma o cidadão, de mero espectador, em sujeito das relações sociais decisórias, trazendo-o ao exercício da democracia". (p. 156).

conjugada ao *referendo*, inaugurando-se destarte uma nova etapa do desenvolvimento do direito político no Brasil. Em última análise, o rompimento do impasse político na transformação do Estado brasileiro se faria pelo recurso democrático ao detentor do poder soberano, absolutamente na mais elevada linha principiológica sacralizada nos próprios dispositivos fundamentais da Constituição²⁰.

Desse modo, o povo, que não foi consultado nem para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, esquecido pela Emenda Constitucional nº 26/85, nem para ratificar o produto de seu trabalho, nem para apreciar o simulacro de revisão que o surpreendeu e o vexou em 1994, teria enfim a oportunidade de ser chamado para decidir não apenas *por quem quer ser governado*, prerrogativa da democracia representativa, mas *como quer ser governado*, conquista da democracia participativa²¹. Afinal não há razão alguma, ao contrário, sobejam, para que não se devolva ao povo, o soberano nas democracias, neste final de século e de milênio, o direito de decidir sem intermediários sobre o seu futuro.

A comemoração do primeiro decênio da Constituição de 1988 não poderia ser mais apropriada e mais democrática que pela devolução ao povo, em caráter permanente e periódico, da mais ampla decisão sobre seus destinos. Como tantas vezes ocorreu na história dos povos, o referendo viria como solução áurea para romper antigos impasses políticos, renovar as relações entre os Poderes do Estado, ao mesmo tempo que se estaria queimando angustiantes etapas formais que ainda nos estão separando de uma era de desenvolvimento sustentado que nos inserirá na sociedade global, em intenso processo de integração política, econômica, social, científica, tecnológica, artística e cultural, tudo com a necessária e sempre aspirada *estabilidade constitucional*: a permanência do essencial pela transformação do acidental.

De resto, se a Carta de 1988 se assentou sobre premissas que se revelaram falazes, utópicas e ilusórias, possivelmente porque a

²⁰ Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição. (n/ grifo).

²¹ A referência é à conhecida indagação de Jean Rivero no estudo *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration*, em *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris : Dalloz, 1965. p. 827.

participação popular foi então canalizada por segmentos militantes e vozes corporativas, cabe agora à sociedade, como um todo, imprimir o realinhamento que deseja para o Estado nos próximos dez anos e assim sucessivamente, porque o ritmo de suas transformações será previsivelmente cada vez mais acelerado e a política, parafraseando Clemenceau, é demasiado importante para ser entregue apenas a políticos.

6. Um texto de emenda oferecido para estudo

A Emenda que se proporia, à guisa de conclusão deste trabalho, consolidando e dando corpo a suas conclusões, seria *substitutiva* do atual art. 60, que conforma a subseção intitulada *Da Emenda à Constituição*, fundindo e tratando num único e novo artigo, para evitar a renumeração de toda a Carta, os dois tipos de reforma: a revisão e a emenda.

Proposta de emenda

“Art. 1º O art. 60 da Constituição passa a ter a seguinte redação:

“Art. 60. A Constituição poderá ser reformada ordinariamente a cada dez anos de vigência, por revisão, ou, extraordinariamente, a qualquer tempo, por emenda, mediante proposta:²²

I – de um terço, 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 membros²³.

§ 1º A Constituição não poderá ser reformada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio²⁴.

§ 2º Não será objeto de deliberação a proposta de reforma 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;

²² A redação do *caput* distingue e caracteriza as duas modalidades de reforma.

²³ O três incisos foram mantidos *ipsis litteris*.

²⁴ Mantida a redação do atual parágrafo primeiro substituindo-se “emendada” por “reformada”.

V – os direitos adquiridos²⁵.

§ 3º A revisão será processada e votada por uma Assembléia Nacional Revisora, convocada especialmente para este efeito, constituída de representantes do povo eleitos pelos colégios eleitorais dos Estados e do Distrito Federal, observada a rigorosa proporção ao número de habitantes do País.

§ 4º Os membros da Assembléia Nacional Revisora ficarão impedidos de concorrer a mandatos eletivos nos dez anos subsequentes ao encerramento dos trabalhos, salvo para uma nova revisão.

§ 5º O texto revisto e consolidado da Constituição será promulgado pela Mesa da Assembléia Nacional Revisora e submetido a referendo popular com condição de vigência.

§ 6º Lei complementar disporá sobre a convocação da Assembléia Nacional Revisora, o número e as condições de elegibilidade de seus membros, o desenvolvimento de seus trabalhos e sobre o referendo popular legitimatório.

§ 7º A proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros²⁶.

§ 8º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem²⁷.

§ 9º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.²⁸”

Art. 2º A Subseção II, da Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV, denominada ‘Da Emenda à Constituição’, passa a intitular-se ‘Da Reforma da Constituição’.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, ...”

²⁵ Mantida a redação do atual parágrafo quarto, substituindo-se “emenda” por “reforma” e acrescentando, para que não pairam dúvidas quanto ao alcance do inciso IV, um quinto inciso específico para o resguardo dos direitos adquiridos em qualquer caso de reforma.

²⁶ Mantido o atual parágrafo segundo, referido ao instituto da emenda.

²⁷ Mantido o atual parágrafo terceiro.

²⁸ Mantido o atual parágrafo quinto.

Por derradeiro, mas não com menor importância, a incorporação do instituto da revisão ao corpo permanente do texto constitucional traria benéficos efeitos sobre a nacionalidade ao ensejar, a cada dez anos, um amplo debate sobre valores, instituições políticas e rumos programáticos para o País, levando o povo a assumir, cada vez mais, a responsabilidade de escolher seu futuro, desvencilhando-se da tutela elitista e tantas vezes preconceituosa que sempre se arrogou o

direito de impor-lhe a vontade, produzindo-se, regular e periodicamente, um magno evento político capaz de polarizar a vontade nacional em torno de um *projeto nacional de consenso*, escolhido e não “outorgado”, aumentando, com isso, as probabilidades de êxito das políticas públicas que dele se derivem²⁹.

Afinal, não há porque temer ouvir a voz do povo, em última análise, destinatário, mas também origem, tanto da *legitimidade* quanto da *segurança jurídica*.

²⁹ Roland Pennock, numa síntese das razões pelas quais advoga a intensificação da participação política, refere-se à maior aceitabilidade e, portanto, ao mais fácil e fiel cumprimento das decisões de governo (*Democratical political theory*, Princeton : University Press, 1979. p. 261).

