

# Revisão constitucional: o caso brasileiro

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

*Quanto mais um indivíduo possui, mais aumenta o seu poder; e mais fácil para ele provocar alterações da ordem.*

(Maquiavel: *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*)

## S U M Á R I O

1. Constituição e poder político. 2. Processo de juridicização. 3. Constituição e democracia. 4. Poder de emenda. 5. Constitucionalidade formal e constitucionalidade material. 6. A fase pré-constituente. 7. Conceito de revisão. 8. Procedimento da revisão. 9. Revisão na Constituição Brasileira de 1988. 10. Constituição formal e Constituição real. Harmonia e conflito.

### 1. *Constituição e poder político*

As primeiras Constituições vieram preencher uma faixa de anomia ocupada, até então, pelas desembaraçadas expressões do poder político. Quando o monarca proclamava "l'Etat c'est moi" não apenas dava curso à regra básica do Estado patrimonial (*princeps legibus solutus*), mas traduzia a consciência jurídica do seu tempo: o Direito era estranho à organização do poder político. A Idade Média representara um retrocesso com relação ao Direito Público vigente nas repúblicas romana e ateniense, de modo que as chamadas "leis fundamentais do reino" restringiam-se, do ponto de vista político, a pouco mais do que estabelecer as regras de sucessão dinástica; exceções a essa faixa de dominação arbitrária eram os privilégios canônicos, estatutos como as cartas coloniais e de foral e – mais próximos de uma verdadeira Constituição – os atos legislativos ingleses e os *covenants*. Constituir o governo, distribuir competências, submeter a atividade do poder constituído a normas jurídicas, criar tribunais para controle dessa atividade, tudo significava trazer, para o campo do Direito, ações

Sérgio Sérvulo da Cunha é advogado.

humanas reguladas anteriormente apenas pela força e pelo prestígio. Mesmo após a instauração da república, ou da monarquia constitucional, teimavam os velhos hábitos em reservar uma faixa – a das "questões políticas" – imune a todo controle jurídico. A partir do famoso voto de Marshal, em *Marbury x Madison*, passou-se a aceitar – como acontece hoje em nosso Direito – a reforma judicial de decisões administrativas ou políticas, quando atentatórias da Constituição e dos direitos fundamentais.

## 2. Processo de juridicização

Podemos dizer que a política é a versão civilizada da guerra e, do Direito, a versão civilizada da política. Tendo como objeto o poder, esses processos sociais de adaptação distinguem-se pelo respectivo quantum despótico, correspondente ao critério de cada um: na guerra, a força; na política, a oportunidade ou conveniência; no Direito, a Justiça. Esses processos são contíguos e, em certa medida, não excludentes ou permeáveis: convivem, no mesmo sistema social concreto, relações resolvidas pela força, relações resolvidas pela política e relações resolvidas pelo Direito. Cumpre-se processo civilizador na absorção, pela política, de relações antes resolvidas pela guerra; e na juridicização – ou ingresso no mundo jurídico – de relações que antes pertenciam ao campo da política. Foi o que aconteceu, não sem resistência, ao se criar o Direito Constitucional. É esclarecedor o conceito de mundo jurídico, explicitado por Pontes de Miranda: juridiciza-se um fato quando, sobre ele, faz-se incidir uma regra jurídica. Esse fato, seja submetido anteriormente a regra de outro processo de adaptação (como a religião, a moral, a etiqueta), seja anômico ou subordinado a uma normatividade difusa, escapa a partir daí ao cego embate social e tipifica-se como objeto de uma regra estável, visível e racional, posta ao nível da consciência.

## 3. Constituição e democracia

Destinatário da norma jurídica, em geral, é o povo ou parte dele. Tratando-se de norma constitucional típica, essa relação se inverte: seu destinatário é o governo. Falta por isso, às cartas outorgadas, o caráter de verdadeira Constituição. A Carta Outorgada, o Ato Institucional, a Ordenação, mesmo contendo efetiva autolimitação, é instrumento da dominação do povo por uma classe, um estamento, um grupo. A Constituição, ao contrário, é mapa da liberdade. Mesmo que uma e outra se pareçam graficamente, existe entre ambas essa diferença funcional, finalística, histórica. A grande mudança que permitiu a queda do absolutismo, simultânea à invenção constitucional, foi o reconhecimento da igualdade da pessoa humana. Se os homens são iguais, se um não tem, por nascimento ou a qualquer título, disponibilidade do outro, não há fórmula legitimadora do governo senão o concurso de vontades, a escolha pelo conjunto dos cidadãos. A soberania popular – independentemente das apropriações que dela se possam fazer – é ao mesmo tempo o alicerce da democracia e das Constituições. O povo, por si ou seus representantes legítimos, escolhidos com essa finalidade, constitui o governo fixando o que lhe é lícito fazer ou deixar de fazer. Seu é o poder constituinte que, como o espírito, sopra onde e quando quer.

A essa legitimidade de origem (só é verdadeira Constituição a nascida da soberania popular) soma-se a legitimidade de exercício: uma coisa são as proclamações do texto constitucional; outra coisa sua efetividade. De tal modo que a Constituição do texto – manifestação de vontade democrática – se assemelha a uma descrição da realidade social. Há legitimidade de exercício quando a Constituição formal se aproxima da Constituição real, ou com ela coincide.

#### 4. *Poder de emenda*

As primeiras Constituições a custo admitiam o que, de início, parecia negação do seu princípio vital: o poder de emenda. Entende-se esse poder como manifestação de poder constituinte derivado. Poder constituinte porque contém faculdade de mudar a Constituição; derivado porque provém da Constituição, só existindo nos limites e ao modo fixado por esta. É a própria Constituição que entrega, a determinados órgãos do poder constituído, a faculdade de alterá-la. Essa faculdade não pode deixar de ser restrita: poder constituinte derivado, por definição, é aquele que só pode alterar a lei básica em pontos que não se considerem estruturais ou substanciais. Ir além disso significaria exercer poder constituinte originário.

Por um outro lado se demonstra, também, que não pode ser irrestrita a faculdade de reforma, concedida pela Constituição a qualquer órgão determinado. É que a Constituição não se sub-roga no Poder Soberano. Vã pretensão, a de uma Assembléia Constituinte, de dispor indefinidamente – por si ou por outrem – com relação ao futuro. Esse óbice já era previsto na Constituição Francesa de 1793: "Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis às gerações futuras" (art. 28). Como pode a Assembléia Constituinte negar a vigência do poder ao qual deve sua própria existência e do qual recebe legitimidade?

Mesmo o poder de emenda contido nos restritos termos da Lei Magna deve ser exercido moderadamente. "Os procedimentos de reforma constitucional não podem pautar-se pelas práticas do processo legislativo ordinário: exigem o clima próprio dos momentos constituintes, o eco público às pretensões do reformador."

#### 5. *Constitucionalidade formal e constitucionalidade material*

A organização do governo e a declaração dos direitos fundamentais não bastam para assegurar a democracia. O conceito de eficácia constitucional transcende a mera relação lógica de incidência da norma constitucional: implica sua efetividade. Não cabe, aqui, a discussão política, económica ou ética do Estado Mínimo e do Estado Social: apenas se aponta o fato de que, se a norma constitucional não se efetiva, a Constituição é inútil.

A necessidade de efetivação desdobra-se em dois planos: a) a tradução dos direitos fundamentais em direitos sociais; b) a leitura da norma constitucional não apenas em sua apresentação gráfica, mas na realidade das relações jurídicas concretas. A tradução de direito fundamental em direito social realiza-se, por exemplo, com a fixação constitucional de salário mínimo. Não satisfaz, à efetividade dessa norma, constatar-se que o Governo fixou salário mínimo: é preciso examinar os preços correntes e o valor da moeda para verificar se o valor em dinheiro fixado pelo

Governo como mínimo corresponde, materialmente, ao previsto na Constituição. O saber do jurista não se confina ao conhecimento das leis e sua análise lógico-gramatical.

#### 6. *A fase pré-constituente*

Não costuma haver, no ordenamento jurídico antecedente a uma determinada Constituição, regra prevendo sua elaboração. Por isso é comum raciocinar-se, a respeito de uma Constituição nova, em termo de ruptura violenta com a ordem jurídica. A maioria dos juristas – não dispondo de um texto que autorize a atuação constituinte – entende que a fase pré-constituente é vazio jurídico, terreno da política e da guerra. Fala-se, irrefletidamente, que só mediante revolução é possível instaurar nova Constituição.

Recordo nossas angústias em 1985: a tese da Constituinte já era vencedora, mas como, por que meio convocar a Constituinte? A OAB, a CNBB, a ABI poderiam convocá-la? Seria possível reunir o povo em praça pública e aí convocá-la? Seria necessário o beneplácito do agonizante poder constituído para convocá-la? Seria preciso violentar-se a ordem vigente para, com artifício formal, convocá-la? Já se assinalou que a Emenda Constitucional n.º 26 não foi verdadeira emenda, mas ato convocatório de Constituinte não previsto na Ordenação de 67-69; portanto, embora nominalmente dentro da ordem vigente, ruptura com a ordem vigente. Ruptura parcial, visto que a classe política, resíduo da ditadura, usurpou a idéia constituinte e auto-instituiu-se como Assembléia Nacional Constituinte.

A OAB, a CNBB, a ABI deveriam ter convocado a Constituinte, sim; deveriam ter chamado o povo agora, sim. Mas como fazê-lo, sem a muleta do precedente histórico? Ou sem a fórmula salvadora que formaliza a pretensão constituinte, exercício da soberania popular? Não possuíamos norma prévia de revisão, e, à sua falta, duas vias eram conhecidas: a revolução e os canais constituídos da representação.

Por que não pensar a fase pré-constituente – abandonada aos azares da guerra e da política – como suscetível de juridicização? O esforço copernicano, para admitir-se essa possibilidade, é menor do que aquele que se exigiu, dos hábitos e das cabeças, no momento em que, com a invenção constitucional, se juridicizou o poder político.

#### 7. *Conceito de revisão*

O que faz a fórmula civilizadora da revisão é juridicizar o processo pré-constituente. Aquilo que, na tribo, integra a nebulosa do arbítrio adquire agora contorno em regras precisas: a previsão da revisão permite que o povo, quando necessário, reative seu poder constituinte.

Nenhum outro ramo do Direito, tanto quanto o Constitucional, evidencia melhor a relação entre Direito e política. A invenção constitucional não foge à história de todas as invenções: as primeiras Constituições, como a primeira roda, são instrumentos toscos, que creem na própria perfeição e aspiram à perpetuidade.

Constituições de segunda geração são as que admitem a possibilidade de seu envelhecimento e a eventual necessidade, em algum momento, de sua substituição. Aceitam sua própria morte, para o nascimento de outra. A invenção que permite

esse prodígio é a revisão constitucional. Antes disso somente pela via revolucionária seria possível alterar, substancialmente, a Lei das Leis. Ou seja: a nação abandonava, durante um período imprevisível, a trilha do Direito, e mergulhava na insensatez da guerra. São de segunda geração as Constituições que refletem sobre si mesmas; que contêm regras metaconstitucionais; dentre elas, regras feitas para incidir quando a Constituição como um todo, ou em parte substancial, deixa de vigor ou está prestes a deixar de vigor; ou que incidem para que a Constituição possa deixar pacificamente de vigor, substituindo-se por outra, nova.

Desse conceito teleológico de revisão extraem-se alguns corolários. O primeiro é o de que – ao contrário do que se costuma dizer – a revisão é manifestação do poder constituinte originário. Não importa, para esse fim, que a norma prévia de revisão se tenha encartado na Constituição revidenda; essa é norma de eficácia diferida, feita para incidir no momento em que o soberano – o povo – decidir realizar a revisão. Outro corolário é o de que o poder de revisão é, necessariamente, mais amplo que o de emenda; aliás, se a Constituição pode ser emendada para se alterar tudo que não seja cerne, justifica-se revisão apenas para alterar o cerne; o cerne compreendido não apenas como as regras explicitamente inalteráveis, mas como essas regras e a estrutura, os princípios informadores do sistema e seus pressupostos, tudo que lhe dá consistência. O art. 178 da Constituição Brasileira de 1934 dá suporte empírico a essa conclusão teórica.

Terceiro corolário é o de que a norma prévia – que pode limitar o objeto da revisão – não pode conter ou cercear o poder de revisão. Compete à norma prévia da revisão deflagrar o processo de revisão, mas não determinar o modo como se exercerá. A regra que designar o corpo encarregado da "revisão", fixar termo ou *quorum* para sua elaboração, ainda que autodenominada como de revisão, não é norma prévia de revisão. Encobre, sim, processo concentrado de emenda, atuação de poder derivado; sob a aparência de revisão – que é ruptura juridicizada – esconde a mesmice constituída e usurpa o poder popular de revisão.

Se a norma prévia estabelece que realizar-se-á a revisão constitucional trinta anos depois de promulgada a Constituição, estará descartada qualquer revisão antes desse prazo? Tem o constituinte esse poder de engessar o futuro? Se a norma prévia estabelecer que realizar-se-á revisão constitucional um ano depois de promulgada a Constituição, será entendida como imperativa ou como facultativa? O povo – a quem compete declarar que deseja a revisão e sinalizar o respectivo procedimento – estará obrigado a promover seu início nesse prazo?

## 8. Procedimento da revisão

Nada impede que se inclua, na Constituição, norma prevendo sua revisão, total ou parcial. A norma prévia de revisão não se confunde com o plebiscito, sem o qual não se pode falar em revisão. O conteúdo da norma prévia é o tempo, o modo de convocação e o modo de realização do plebiscito. Se aprovar a realização da revisão, o povo indicará, na resposta plebiscitária, qual o corpo encarregado de realizá-la e se a eficácia de sua deliberação sujeita-se a referendo. Esses são os requisitos essenciais.

Também não se confunde a norma prévia de revisão com a norma de revisão. Esta é a que, decidindo-se efetuar revisão, disciplina seu processo. Por último, elaborado o novo texto constitucional, promulga-se com a norma revisora.

Assim, são quatro as figuras necessariamente implicadas no itinerário revisional, nessa ordem: a norma prévia de revisão, o plebiscito, a norma de revisão e a norma revisora; uma quinta figura, o referendo, é facultativa, visto que pode ser dispensada na resposta plebiscitária.

#### 9. *Revisão na Constituição Brasileira de 1988*

O art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, integrante da Constituição Brasileira de 1988, assim está redigido:

"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."

O destinatário dessa regra é o povo. Seu objetivo é a permissão para alterar a Lei Magna, em parte do seu cerne. Embora esse artigo não utilize o termo "revisão", temos aí norma prévia de revisão parcial.

Efetuada o plebiscito em 21 de abril de 1993, com a chancela do Supremo Tribunal Federal (se a data podia ou não ser antecipada é outra questão), o povo manifestou-se pela manutenção da forma e do sistema de governo vigentes (república e presidencialismo). Assim, não há mais, por esse lado, possibilidade de revisão.

O art. 3.º do mesmo ADCT, a seu turno, é do seguinte teor:

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

A maneira como está redigida essa cláusula, usando o artigo definido ("a revisão constitucional"), logo após o único enunciado que trata, nesse texto, de revisão constitucional, indica uma certa dependência do art. 3.º com relação ao art. 2.º. A reforçar esse entendimento há o fato de que o dia 7 de setembro de 1993 situar-se-ia, na previsão do constituinte, pouco antes de se completarem cinco anos de promulgada a Constituição. O resultado do plebiscito, portanto, teria extinguido a eficácia de ambos os dispositivos.

A favor dessa interpretação ocorre argumento de maior força. É que não se foge da alternativa: considerar o art. 3.º como dependente do art. 2.º, ou considerá-lo autonomamente. Se o tivermos como disposição autônoma, uma dificuldade logo ressalta: como realizar-se essa "revisão" a que se refere, sem se fazer antes o correspondente plebiscito?

Não escapou, ao constituinte de 1988, a necessidade de se efetuar plebiscito para que se possa efetuar revisão, ainda que parcial. Deliberou, com razão, que para alterar-se a forma e sistema de governo seria necessário um plebiscito, que designou para o dia 7 de setembro de 1993 (posteriormente antecipado para abril).

Pois bem, o mesmo constituinte teria decidido, em seguida, fazer outra revisão, mais importante do que a primeira, uma revisão total (porque não determinou seu objeto) sem mandar fazer o correspondente plebiscito? Por que para a forma e sistema de governo seria necessário plebiscito e não para outras alterações estruturais, a federação por exemplo?

É intransponível, como se vê, a dificuldade para entender o art. 3.º do ADCT divorciado do art. 2.º.

Só haveria uma maneira, com esforço hermenêutico, de salvar o art. 3.º, dando-lhe sobrevida após o plebiscito de abril: seria entender que o termo "revisão" foi empregado, aí, atecnicamente, encobrindo um processo concentrado de emenda (v. supra, item 7).

#### 10. *Constituição formal e Constituição real. Harmonia e conflito*

É conhecida a distinção entre Constituição formal e Constituição real, sendo a primeira a Constituição nos livros, manifestação de vontade política, e a segunda a estrutura de poder vigente na realidade social. A relação entre ambas costuma ser considerada em termos de polaridade e tensão, na medida em que, do ponto de vista jurídico, a Constituição real representa um desvio da Constituição formal.

Há porém entre elas uma certa harmonia sistêmica; sob o ponto de vista sociológico a Constituição formal integra, como artefato ideológico (encobridor da realidade), o sistema de dominação correspondente à Constituição real. O esgotamento da ditadura militar, em 1985, mostrou com quanta intensidade o sistema necessita de uma Constituição, para legitimá-lo. Entretanto, na lógica do sistema de dominação – por definição injusto –, a efetividade da Constituição não pode colocar em risco a estrutura de dominação. Esse o ponto de equilíbrio. A reforma constitucional ou a ruptura constitucional são os meios utilizados pelo sistema para restaurar o equilíbrio, quando ameaçado.

Em 1964, tivemos ruptura. Examine-se a representação partidária no Congresso Brasileiro, desde a primeira eleição após a queda de Getúlio, em 1946, até a eleição de 1962; havia um aumento progressivo da representação popular, marcando uma tendência que provavelmente desaguardaria, na eleição de 1966, numa alteração da correlação de forças. Inexiste compatibilidade funcional entre o sistema de dominação, por um lado, e, de outro, com a liberdade partidária e autenticidade da representação. A liberdade partidária, a autenticidade de representação ameaçam o ponto de equilíbrio, forçando o sistema a uma reordenação institucional. No momento, os projetos de lei que tramitam no Congresso sobre organização partidária e sistema eleitoral – claramente inconstitucionais – mostram a necessidade dessa reordenação por parte do sistema.

Acontece ainda que a Constituição de 1988 cometeu um pecado capital ao criar a ação declaratória de inconstitucionalidade e as ações coletivas que ensejam um controle massivo da inconstitucionalidade, ou seja, da inefetividade. Ajusta-se ao sistema de dominação a existência de um Poder Judiciário ineficiente, ou cujas decisões, no tocante a inconstitucionalidade, tenham seus efeitos restritos às esferas individuais de direitos. Às decisões coletivas que garantiram os famosos 147% aos

apresentados o sistema responde com a "ação de constitucionalidade" e com uma regulação restritiva da substituição processual.

A Constituição de 1988, elaborada em outra conjuntura política, entrou em conflito com a Constituição real do país, cada vez mais concentradora. Muda-se a Constituição formal, ou muda-se a Constituição real? A partir deste ponto, as perguntas são de natureza política.