DEZ ANOS DE CONSTITUIÇÃO: EM TORNO DAS CLÁUSULAS DE INAMOVIBILIDADE

UADI LAMMÊGO BULOS¹

1. Do núcleo irreformável da constituição — 2. Da promulgação à ineficácia social — 3. Da ineficácia social ao 'reformismo' — 4. Da mini-constituente à fraude constitucional — 5. Da conclusão

1. Do núcleo irreformável da constituição

Em primeiro lugar, convém entender o que significa a voz 'cláusulas pétreas', expressão cunhada para designar o *núcleo irreformável* da constituição.

Certamente, as palavras têm vida. Como signos lingüísticos, constituem verdadeiros pedaços de vida encartadas em folhas de papel.

Por isso, cumpre-nos investigar o sentido dos vocábulos, porque eles, se empregados indevidamente, constituem as fontes dos mal entendidos.

O adjetivo *pétrea* vem de pedra, significando "duro como pedra", "insensível", "petroso".

Trasladando a etimologia da palavra para o campo constitucional, *cláusula pétrea* é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal.

Tais cláusulas consignam o *núcleo irreformável* da constituição.

Preferimos denominá-las, sem exclusão dos outros termos, de *cláusulas de inamovibilidade*, porquanto, perante a observância das mesmas, o legislador reformador não poderá remover ou abolir, elenco específico de matérias, devido a uma determinação taxativa do constituinte.

Assim, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais integram o conteúdo de tais cláusulas, uma vez que não configuram objeto de deliberação em propostas de emendas tendentes a aboli-las.

¹ Professor de Direito Constitucional. Mestre e Doutorando em Direito do Estado (PUC/SP). Membro da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Com efeito, impende investigar a índole jurídica das *cláusulas de inamovibilidade*.

Elas são aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia *absoluta*, como é o caso do § 4º, do art.60, da Constituição Federal.

Absoluta, pois contém uma força paralisante total de toda a legislação que vier a contrariá-las, quer implícita, quer explicitamente. Daí serem insuscetíveis de reforma (Exemplos: arts. 1º, 2º, 5º, I a LXXVII, 14, 18, 34, VII, *a e b*, 46, § 1º, 60, § 4º, da CF de 1988).

São ab-rogantes, desempenhando efeito *positivo e negativo*.

Têm efeito *positivo*, pois não podem ser alteradas através do processo de revisão ou emenda, sendo intangíveis, logrando incidência imediata.

Possuem, noutro prisma, efeito *negativo* pela sua força paralisante, total e imediata, vedando qualquer lei que pretenda contrariá-las. Permanecem imodificáveis, exceto nas hipóteses de revolução, quando ocorre ruptura na ordem jurídica, para se instaurar uma outra.

Como se vê, as *cláusulas de inamovibilidade* trazem limites materiais ao poder de reforma constitucional. Alguns desses limites ou vedações são expressos, outros implícitos².

A essa altura, cumpre-nos indagar: como o Pretório Excelso tem se posicionado diante das *cláusulas de inamovibilidade* da Constituição de 1988?

Na primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal apreciou o problema da inconstitucionalidade de emenda à Constituição, decidiu, unanimemente, que as normas intangíveis do art.60, 4º, estipulam limitações ao poder reformador. A discussão travada foi quanto à extensão e o conteúdo das chamadas 'cláusulas pétreas'. À época, os Ministros Octávio Gallotti e Paulo Brossard não admitiram expansão, através de ato interpretativo, para evitar a ruptura total da Constituição³, eis que os limites à atividade reformadora consignam restrições a mudanças inconstitucionais⁴.

2 Sobre os limites implícitos do poder reformador: Nelson de Sousa Sampaio. *O poder de reforma constitucional*. 3.ed. rev. e atual. por Uadi Lammêgo Bulos. Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda., 1995.

3 A respeito do assunto: Uadi Lammêgo Bulos, *Mutação constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997.

4 "EMENTA: Direito Constitucional e Tributário. Ação direta de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF.

Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira — IPMF.

Arts. 5º, § 2º; 60, § 4º, incisos I e IV; 150, incisos III, b e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal.

I — Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF).

II — A Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quando a tal tributo, não se aplica 'o art. 150, III, b, e IV', da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

Sobremais, o Pretório Excelso também tem reconhecido os limites materiais do poder de reforma constitucional⁵.

2. Da promulgação à ineficácia social

A Constituição de 1988 é ainda a “constituição cidadã” do Dr. Ulisses? As reformas representaram o aperfeiçoamento do Texto Maior? O cerne imodificável da Lei Suprema poderá sofrer alteração, através da dupla técnica ou duplo processo

1ª — o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5ª, § 2º; art. 60, § 4º, IV; e art. 150, III, b, da Constituição);

2ª — o princípio de imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, I; e art. 150, IV, a, da CF);

3ª — a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

d) livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão.

3 — Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar 77, de 13/07/93, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a, b, c e d, da CF (arts. 3ª, 4ª e 8ª do mesmo diploma, LC 77/93).

4 — Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.” (STF. ADIn 937-7/DF. Rel.: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Decisão: 15/12/93. DJ 1 de 18/03/94, p. 5.165).

5 “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Proposta de emenda à Constituição Federal. Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária. Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional (art.60, 4ª, IV). Inexistência do controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro. Ausência de ato normativo. Não-conhecimento da ação direta” (STF. ADIn 466-91/DF. Rel. Min.: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Decisão: 09/04/91. DJ 1 de 10/05/91, p.5.926.)

(...) O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrição de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1ª), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4ª do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade” (STF. ADIn 466/91/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Decisão: 09/04/91. DJ 1 de 10/05/91, p. 5.929).

de revisão? É possível se falar em “miniconstituinte”? Qual o papel da jurisdição constitucional diante do exercício do poder reformador?

Essas indagações participam de um universo maior de dúvidas, as quais vêm suscitando controvérsias nos meios jurídicos e políticos. Por isso, vale recordar fatos importantes, que servem de base para compreendermos o alcance e o sentido delas.

Cinco de outubro de 1988, quarta-feira, às 16 (dezesseis) horas, promulga-se a oitava Constituição brasileira. Era o ano que antecedia a queda do muro de Berlim, marco da derrocada dos países socialistas.

Ressurgiam as esperanças. Brotavam as expectativas, nada obstante o fato de que a Assembléia Nacional Constituinte não havia sido eleita por representantes determinados para esse fim⁶. Ao invés, fez-se opção pela fórmula insatisfatória de delegar-se, temporariamente, poderes constituintes ao Congresso Nacional, com a participação de *Senadores biônicos*, nos termos da EC 8/77, que, alterando o § 2º do art.41 da EC n.1/69, previu um terço das vagas do Senado Federal para serem preenchidas por voto indireto.

Num esforço extraordinário, a grande meta era implantar um Estado Democrático, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura lenta e gradual.

Enfeixaram num texto extenso, minudente, detalhista — apelidado de ‘constituição cidadã’ — uma considerável dose de *utopismo*, bem intencionado, porém delirante. Em contrapartida, teve a virtude de espelhar a reconquista das liberdades públicas, superando o vezo autoritário que se impusera ao País.

Num ambiente heterogêneo, soergueu-se novo modelo constitucional. O clima de apoteose cívica, marcada pelo torvelinho de interesses de variadíssima gama, resultou num projeto inicial de 551 artigos, apresentado pelo relator da Comissão de Sistematização, Deputado Bernardo Cabral.

Nesse ínterim, predominava: o *corporativismo*, dos grupos que manipulavam recursos; o *ideal socialista*, daqueles que queriam fazer justiça social sem liberdade econômica; o *estatismo*, dos que acreditavam que a sociedade não poderia prescindir de tutela; do *paternalismo*, daqueles que queriam que o governo tudo lhes prodigalizasse, sem a necessidade do trabalho e do esforço próprio; do *assistencialismo*, dos que supunham que a palavra escrita se converte, de um súbito, em benefícios imediatos; do *fiscalismo*, dos despreocupados com a sobrecarga tributária⁷.

Consequência disso:

6 Cf.: Flavio Bierrenbach. Quem tem medo da constituinte. Brasília, 1986.

7 Essa é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no primoroso trabalho Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal), RDA, 210:184. Conferir: Ney Prado, Razões das virtudes e dos vícios da Constituição de 1988, São Paulo, Ed. Inconfidentes, 1994, p.33 usque 89; João Gilberto Lucas Coelho, A nova Constituição: avaliação do texto e comentários, 2.ed. atual., Rio de Janeiro, Revan, 1991, p.11-14.

1ª) implantação de um texto constitucional xenófobo, arremedo mal formulado de 'constituição dirigente'⁸;

2ª) hegemonia dos grupos de pressão de caráter proteiforme, dos *lobbies* e das classes corporativas;

3ª) superposição de minúcias írritas, totalmente impróprias para um documento equilibrado e duradouro.

4ª) as matérias foram prescritas de maneira reiterada, prestigiando-se uma sistematização pleonástica, desuniforme, confusa, com nítido predomínio de normas de eficácia contida e limitada, por princípio institutivo e por princípio programático⁹.

No final dos trabalhos constituintes, a estrutura formal da Constituição de 1988 diferia-se dos textos pregressos: 245 artigos no corpo permanente, e 73 na parte transitória de normas, distribuídos em nove títulos distintos, disfarçados em numeração romana por itens. Somando-se tudo, tínhamos 318 artigos, 946 incisos, 596 parágrafos e 203 alíneas. Cerca de 200 dispositivos dependiam de leis futuras, complementares e ordinárias.

Estávamos diante de uma das constituições mais prolixas do mundo, a exemplo da Carta da Iugoslávia de 1974, com 406 artigos.

Aliás, neste século XX, com a Constituição de Weimar de 1919 — a qual trouxe preceitos relacionados à ordem econômica e previsões de direitos sociais — que os textos supremos passaram a ser analíticos, numa tentativa de limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional.

Essa desconfiança com o legislador ordinário fez com que matérias de todo jaez fossem constitucionalizadas.

Ressultado: as constituições tornaram-se projetos inacabados, documentos pretenciosamente exaustivos, porém impossíveis de serem vividos na sua plenitude. E a única saída encontrada é apelar para o recurso instituído das reformas constitucionais, a fim de aquecer o instrumento basilar superado aos influxos do fato social cambiante.

É nesse contexto que o primeiro decênio da Constituição de 1988 convém ser analisado. Num diploma em que até a língua portuguesa foi considerada o idioma oficial da República Federativa do Brasil (art.13), o supérfluo e o acessório predominaram.

Simples leitura do art. 3º, perguntamos: a pobreza foi erradicada? as desigualdades sociais e regionais foram reduzidas?

Formalmente, a Constituição de 1988 foi pródiga ao consagrar os dois grandes tipos de democracia: a liberal e a social. Pela primeira — a *democracia liberal* — as liberdades públicas são protegidas contra os abusos de poder dos governantes. Pela segunda — a *democracia social* — busca-se eliminar desigualdades entre as condições de vida dos homens.

8 Cf.: José Joaquim Gomes Canotilho, *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, RT, 15: 7 e ss.

9 Cf.: José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

Oxalá, na próxima década possamos comemorar a implantação dos dois modelos de democracia descritos, porque, nesses dez anos de Constituição, a democracia social não saiu do papel e a democracia liberal está seriamente abalada. A fome, remanescente da involução e do primitivismo, é o maior exemplo que se pode oferecer.

Numa sociedade civilizada, na qual alguém morre pela fome, o respeito ao vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, prestigiado, na forma, pelo constituinte de 1988 (art.1º, III), desaparece por completo, pois o mínimo direito que tem o 'cidadão' é o de alimentar-se.

Paradoxalmente, "armazéns e silos espalhados pelo mundo inteiro estão abarrotados de grãos, aguardando a aceleração e alta de preços, muitos deles produzindo elevadas despesas enquanto parte das suas reservas apodrecem ou são devoradas pelas pragas, estimulando as multidões esfaimadas para apelarem para o saque, para a desordem, para a violência alucinada, em algumas circunstâncias e lugares estimuladas por outros interesses, igualmente sórdidos, face à ultrajante medida dos governantes que não tomam providências preventivas nem organizam frentes de trabalho, abrindo poços e açudes para reverter a situação na primeira oportunidade, pagando condignamente o esforço rude dos trabalhadores com salários justos e através desses alimentos esquecidos"¹⁰.

Os dez anos de Constituição poderiam ter sido muito positivos. Basta ver o expressivo rol de direitos e garantias fundamentais; a indenização pelo dano moral; a proteção à imagem, à honra e a vida privada; a criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais; a defesa do meio ambiente; o fim da discriminação jurídica contra os filhos; o advento da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de segurança coletivo; as novas instituições do Ministério Público, e tantas e tantas conquistas, notáveis no plano constitucional positivo. Daí a crítica construtiva e necessária, não empanar o cunho democrático da Carta de 1988, nem, tampouco, minimizar as inovações dignas de nota.

Mas o que se vislumbrou com freqüência, foram institutos renegados e deturpados. O mandado de injunção e as medidas provisórias são dois exemplos marcantes.

O mandado de injunção foi criado para funcionar como garantia dos direitos constitucionais, na falta de norma reguladora que os implementasse. Este instrumento, contudo, foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal como dependente de lei própria. Aqui um fato peculiar: uma garantia constitucional — criada contra a omissão — deixa de ser aplicada por causa de outra omissão legislativa!

Assinale-se, também, o uso abusivo de medidas provisórias. Reeditadas, só no primeiro Governo de Fernando Henrique Cardoso, 2.238 vezes, elas criaram a figura teratológica de uma ordem jurídica definitivo-provisória, amparada em leis cuja vigência precária se transforma em efetiva pelo artifício da renovação de providências excepcionais que não são apreciadas.

¹⁰ Otávio Mangabeira. Injustiça social e fome. Salvador, s/d.

Soma-se a esse quadro caótico, a estrutura pesada, onerosa, que confisca mais de trinta e cinco por cento do Produto Interno Bruto de toda a Nação, dispersando-o entre cerca de seis mil unidades políticas e administrativas. Daí promana a ingovernabilidade, lídima consequência da defasagem do modelo implementado em 1988, que criou despesas sem fonte de recursos, ou seja, o governo gasta mais do que arrecada.

Dez anos de promulgação da Constituição e muitos temas continuam obscuros.

A matéria dos juros reais é expressiva a esse respeito, bem como a desvairada tentativa de se utilizar títulos da dívida agrária para a quitação de débitos de todo jaez.

Sobre os juros reais de doze por cento ao ano (art.192, § 3º), a controvérsia a cerca de sua aplicabilidade não precisava existir. O dispositivo que originariamente os constitucionalizava havia sido aprovado em primeiro turno, como inciso do art.92. À época, o então Deputado do PSDB de São Paulo, José Serra, relator da matéria na subcomissão específica, entendia que a mesma não deveria merecer foros constitucionais. Ficou derrotado no seu ponto de vista, e, numa segunda votação, resolveram colocar a disciplina dos juros reais em forma de parágrafo.

Até hoje perdura a celeuma. Passada uma década de Constituição, os rumores persistem e a lei complementar, solicitada com veemência, nem foi editada.

Graças à argúcia dos juristas e magistrados mais atentos, a lei de usura (Dec. 22.626/33) vem colmatando a inércia do legislador infraconstitucional, permitindo a aplicação plena do art. 192, § 3º. José Afonso da Silva, a esse respeito, demonstrou que tal parágrafo, disposto em preceito autônomo, não se subordina à lei prevista no *caput* do art.192¹¹. Por isso, os juros reais independem de preceptivo integrante de sua eficácia para tornarem-se plenamente exequíveis. Esse, aliás, é o posicionamento do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que diverge da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, a qual proclama a necessidade de definição legal do que sejam juros reais.

Seja como for, as cláusulas contratuais que estipularem juros superiores a 12% ao ano se apresentam nulas, sendo a cobrança deles crime de usura, punido, em todas as suas modalidades. Lembre-se, finalmente, que o Superior Tribunal de Justiça tem abonado esse entendimento no tocante às cédulas de crédito rural, comercial e industrial. Faz sentido, porque a prática de se cobrar juros sobre juros — um *anatocismo* — constitui afronta ao princípio da boa fé¹². Ora, se a Constituição de 1988 não deu a definição do que sejam juros, então por que as instituições financeiras

11 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14.ed. rev. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p.758. *Aliter*: Nagib Slaibi Filho. Taxa de juros na nova Constituição. *Boletim Informativo da COAD*, 46:502; Saulo Ramos. FHC, juros e restaurante. *Folha de São Paulo*. Sábado, 03/10/1998, Caderno Especial 1, p.3.

12 O Juiz de Direito Sérgio Murilo Nápoli Lamêgo assim entende, percebendo, ainda, “que os agentes financeiros promovem, indevidamente, a capitalização mensal dos juros, um verdadeiro anatocismo, além de exigirem dos inadimplentes comissão de permanência à maior taxa por eles praticada e multa moratória de 10%” (Juros reais. Vitória da Conquista, 1998, p.3).

os cobram? Veja-se, então, que pelo raciocínio de que o constituinte não especificou a noção de juros na Lei Maior, as instituições não poderiam cobrá-los por ignorarem sua delimitação conceitual.

Quanto aos títulos da dívida agrária, eles têm reunido em torno de si um autêntico 'folclore' nesses dez anos de Constituição¹³, pois muitos pensam que o seu uso se procede de modo irrestrito e incondicionado, devido a má redação que o art.184 da Lei Maior lhes conferiu.

Na realidade, excetuadas as hipóteses taxativas, previstas na legislação infra-constitucional, mormente no Estatuto da Terra, instrumentalizado pelo Código de Processo Civil, pela Lei de Execuções Fiscais e pelo Decreto 578/92, são reduzidas as hipóteses legais de utilização dos TDA'S.

Verdadeiros títulos públicos, oriundos dos processos de desapropriação por interesse social, promovidos pela União, os TDA'S são resgatáveis no prazo de até vinte anos, possuindo cláusula de preservação do valor real. Têm como pressuposto único e exclusivo a retribuição monetária, a longo prazo, decorrente de um ato expropriatório.

A jurisprudência predominante entende que esses TDA'S não suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nem, tampouco, fazem cessar a responsabilidade do devedor pela atualização monetária e juros da mora. Carreira Alvim demonstrou que eles não podem liquidar débitos, porque, se assim o fosse, "estar-se-ia admitindo a *compensação de dívidas*, expressamente vedada por lei"¹⁴, *ex vi* do art.16, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais.

O Superior Tribunal de Justiça, a sua vez, é forte ao prospectar, em tom unânime, que os títulos da dívida agrária não têm cotação na Bolsa de Valores. Por isso, "só o depósito integral e em dinheiro suspende a exigibilidade do crédito tributário (Súmula 112 do STJ)" (STJ, Agravo Regimental no agravo de instrumento, nº 0095893, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 09.06.1997, p.25.504).

E mais, essa Corte de Justiça também rechaça a nomeação à penhora de TDA'S, cuja valoração é duvidosa, não se quantificando em dinheiro. Numa palavra, "des-

13 Cf.: Miguel Reale. Parecer sobre a não tributação de TDA'S. São Paulo, 05.05.1997; Pinto Ferreira. *Curso de Direito Agrário*. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p.188-199; Paulo Torminn Borges. *Institutos básicos de Direito Agrário*. 6.ed. rev. e amp. São Paulo, Saraiva, 1991, p.67-75; José Guedes de Campos Barros. Breves comentários sobre os títulos da dívida agrária ou o papel do cidadão em face da política da "razão cínica". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 63:47-52; Octavio Mello Alvarenga. *Política e direito agroambiental: comentários à nova lei de reforma agrária*. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p.85-88; Alexandre Camanho de Assis. Títulos da dívida agrária — justa indenização — imunidade fiscal. *BDA*, mar./93, 180-187; Sebastião Baptista Affonso. TDA — Títulos da dívida agrária. *RDP*, 89:101-104; Heloisa Guarita Souza. A desapropriação por interesse social e a não-incidência de IR e IOF nos resgates dos títulos da dívida agrária. *Revista da Faculdade de Direito de Curitiba*, 6:31-52.

14 José Eduardo Carreira Alvim. Títulos da dívida agrária — caução judicial para efeito de liminar — substituição dos depósitos em dinheiro por TDA — jurisprudência dominante — necessidade de uma reflexão. *RP*, 68:142.

servem para garantia do juízo, em execução” (STJ. Recurso Especial, nº 0108914/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 03.11.1997, p.56.221).

3. Da ineficácia social ao ‘reformismo’

Os dez anos de Texto Constitucional, do ponto de vista da efetividade, esbarrou-se na inação legislativa. Esse foi um dos principais fatores responsáveis pela ineficácia social de grande parte da manifestação constituinte originária de 1988, pois os constituintes eleitos em 1986 criaram, no papel, direitos constitucionais de primeiro mundo, porém não os definiu, tornando-os inoperantes.

Se algum estrangeiro, dotado de inteligência, aportar-se em plagas brasileiras, sendo desconhecedor da realidade nacional, e decidisse analisar a vida constitucional pátria, pelo que está na Constituição de 1988, ficaria estarrecido com o elevado grau de maturidade que conseguimos alcançar. Bastaria ler o art. 170, relacionado à ordem econômica e financeira, para chegar à constatação de que o nosso ordenamento supremo prestigia a valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna. Ficaria, sobremodo, embevecido, vendo o pleno emprego garantido, o meio ambiente tutelado, sem falar da redução das desigualdades regionais e sociais. Tudo isso, conforme ditames de justiça social!

Sabemos que nada disso existe. Aliás, nunca existiu. Talvez, jamais exista.

Todas essas ilusões constitucionais afiguram-se plenamente inócuas, porquanto não desempenham efeitos concretos, não se realizam na vida diária dos homens.

A constituição perde o seu prestígio, o sentimento constitucional fica frustrado. Ninguém leva a sério a Lei das Leis. Ela passa a ser vista como uma simples portaria!!!

Isso não é exagero.

Karl Loewenstein¹⁵ já havia percebido, com primor, o fenômeno do descompasso ou falta de sintonia entre as normas constitucionais e a realidade do poder. Classificou, nesse passo, as constituições através de um critério ontológico, distinguindo-as quanto ao caráter normativo, nominal ou semântico. Pelo seu raciocínio, os dez anos da Constituição de 1988 leva-nos ao encontro de um Texto meramente nominal, onde predominou uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional.

Aqui uma singela reflexão.

No Brasil, não faltaram textos constitucionais. Ao contrário, o excesso predominou nesse campo. Em pouco mais de cem anos de República tivemos oito constituições¹⁶, numa média de uma constituição a cada vinte anos. Sem contar com as emendas e remendos.

15 Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel Editora, 1986, p.216 e ss.

16 Cf.: Miguel Seabra Fagundes. *A legitimidade do Poder Político na experiência brasileira*. Pernambuco, OAB — seção Pernambuco, 1982; Caio Tácito. No limiar da décima carta constitucional. In: *Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80*. Rio de Janeiro, UERJ, 1986.

Após a promulgação do Texto de 1988 essa realidade se consolidou, pois, de lá para cá, constata-se a uma média de duas emendas e meia por ano.

Com efeito, a “constituição cidadã” do Dr. Ulisses Guimarães já não vive mais. Ao longo dos anos de sua existência, ela sofreu reformas, que mudaram sensivelmente a sua feição originária.

Didaticamente, podemos agrupar em três fases distintas o exercício do instituído poder reformador, no primeiro decênio de vigência da Constituição de 1988:

1ª fase — *emendas constitucionais pré-revisão*, aquelas que antecederam a revisão constitucional prevista no art.3º, do ADCT;

2ª fase — *emendas constitucionais de revisão*, lastreadas no art.3º, do ADCT;

3ª fase — *emendas constitucionais pós-revisão*, empreendidas após o ciclo revisionista previsto no art.3º, do ADCT.

Desnecessário enfatizar o teor das emendas, porquanto é do conhecimento da maioria da comunidade jurídica.

Sem embargo, é oportuno frisar que perquirir a conveniência de modificar uma constituição é problema de dupla ordem: um técnico, outro político. Primeiramente técnico, porque qualquer alteração na ordem constitucional, seja ampla (revisão) ou específica (emenda), requer a observância de princípios e pressupostos, os quais estão, irremediavelmente, adstritos ao ordenamento jurídico. Secundariamente político, porque mudar a forma dos preceptivos constitucionais é inserir-se no interesse maior da coletividade — aquele que não diz respeito a uns ou a alguns, mas a todos, indistintamente. É infiltrar-se nas aspirações gerais da sociedade, nas conquistas culturais, admitidas, naquele determinado período histórico, com as mais óbvias e viáveis.

A essa altura já se percebe: não é toda e qualquer matéria que constitui alvo da *competência reformadora*. De fato, sendo o poder reformador subordinado e instituído pelo instrumento que lhe traçou o perfil e ditou a sua competência, qual seja o poder constituinte originário, nem tudo ele pode, nem todas as manifestações e reclamações formuladas poderão ser acolhidas.

Portanto, do ponto de vista jurídico, é engano acreditar que os depositários do limitado poder reformador, investidos na laboriosa tarefa de modificar a Constituição, a fim de adaptá-la a novas realidades fáticas, tudo podem fazer. Se assim fosse, estariam aptos para exercer o poder constituinte originário, o que lhes permitiria elaborar um novo Texto Supremo e não, simplesmente, alterá-lo.

Logo, mudar uma Constituição, através do recurso instituído da emenda, não é uma *competência* normal, corriqueira, fácil. Não é algo sub-reptício, servindo para resolver a imensa gama dos problemas concretos.

Ao invés, a ação do poder de reforma constitucional exercita-se num círculo de atividades reguladas e delimitadas.

E deve ser assim, porque alterar a estrutura das normas supremas do Estado não é o mesmo que criar leis ordinárias, resolver processos, realizar atos administrativos.

Trata-se de uma faculdade excepcional, extraordinária!

A Constituição é um meio e nunca um fim em si mesma. Não podemos alimentar a ilusão de que a força operante das normas constitucionais podem *evoluir* a conjuntura social. A situação é outra: os preceitos constitucionais servem para *ordenar*

a realidade circundante a depender da interpretação que se lhes atribuem¹⁷. Todavia, não são modificações formais, inoportunas e inviáveis, com promessas teóricas de fácil equacionamento, que trarão uma suposta ‘felicidade nacional’.

Jorge Reinaldo Vanossi transmitiu lição lapidar. Conforme ensinou, dois problemas surgem quando falamos em reforma constitucional: 1º) em que sentido se fará a mudança; e 2º) como o órgão reformador deverá comportar-se perante ela. Com efeito, para se reformular o texto de uma Constituição, urge, *a priori*, se chegar a um acordo sobre várias questões, as quais se confluem em três itens distintos, porém complementares:

1ª: que é que se *quer* reformar;

2ª: que é que se *deve* reformar;

3ª: que é que, presumivelmente, se *pode* reformar¹⁸.

Desse modo, não é simples empreitada mudar textos constitucionais. O constituinte derivado brasileiro, de um modo geral, se preocupa em fazer reformas, esquecendo-se do modo como elas devem ser concebidas.

Veja-se, a propósito, a EC n.19/98, que trouxe a reforma administrativa. Mais uma vez, os depositários do poder constituinte derivado colocaram o carro na frente dos bois, cometendo equívoco lamentável. Do ângulo financeiro, intentaram apertar o cinto das estatais, o que, a um primeiro momento, parece ser positivo. Acreditaram, contudo, que passando do modelo burocrático de Estado para o gerencial, poderiam equacionar a receita, eliminando as despesas e obtendo resultados. Em tese, a concepção de autonomia gerencial parece perfeita. Do ponto de vista da *viabilidade* ou realização concreta o problema é outro, porque o instrumento de realização do modelo gerencial é o *contrato de gestão*. Todavia, este contrato, cujo fundamento é dinamizar as *parcerias in solidárias*, é uma icógnita, desafiando a argúcia dos juristas e a enorme criatividade das entidades administrativas.

4. Da miniconstituinte à fraude constitucional

A teoria do poder constituinte, maturada pelo labor incansável de estudiosos de escol, tem sido renegada, nos meios legislativos, de modo contundente. Isso traz conseqüências sérias, as quais comprometem o *sentimento constitucional*.

Nesse contexto, muito se tem falado em “miniconstituinte”. A propósito, tal terminologia, além de teratológica e imprópria, não encontra precedentes no direito constitucional comparado.

Seja como for, existem no Congresso Nacional cinco propostas de emendas constitucionais para a realização de revisões. Elas pretendem instituir um mecanismo formal, que esteja apto para facilitar revisões constitucionais, sem a observância das formalidades técnicas, consagradas quando da feitura do diploma maior.

17 Cf.: Uadi Lammêgo Bulos, *Manual de interpretação constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1997.

18 Jorge Reinaldo Vanossi. *Teoría Constitucional*. Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1975, p.508.

É que, pela manifestação constituinte originária de 1988, a Constituição só pode ser alterada via emenda constitucional aprovada por três quintos dos parlamentares em dois turnos na Câmara e dois turnos no Senado. Trata-se de um limite procedimental ao poder reformador.

Ao consagrar essa vedação no art. 60, § 2º, do Texto Supremo, o que se buscou foi manter a *estabilidade*, para preservar o pórtico da rigidez constitucional.

Estabilidade, contudo, não significa inalterabilidade, porquanto o dinamismo da realidade social, com situações e exigências sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais aos ditames da vida.

Todavia, ao estabelecerem o processo de revisão ou emenda, os legisladores fazem-no cautelosamente, de modo a tornar as técnicas de mudança mais solenes, árduas, difíceis e demoradas, para que não sejam de inopino, despropositadas, sem previsibilidade de quando irão ocorrer.

Daí a exigência da ponderação e do equilíbrio nas instituições ao se pretender reformular a letra do Texto Magno.

Utiliza-se, para tanto, certo processo formal — complexo e específico — diverso dos meios comuns de elaboração das leis ordinárias e complementares.

Logo, qualquer proposta no sentido de se criar “miniconstituintes” se apresenta, totalmente, inconstitucional. A uma, porque subverte o primado da rigidez; a duas, pois viola a manifestação constituinte originária; a três, porquanto, a observância do quórum qualificado de três quintos é princípio imodificável.

Admiti-lo seria aceitar a tese da dupla revisão, sobremodo controvertida na seara constitucional. Aderem a ela: Burgess, Laferrière, Barthelémy e Duez, Sanchez Agesta, Costantino Mortati, Stefano Maria Cicconetti, Paolo Biscaretti Di Ruffia, Jorge Miranda, Marie-Françoise Rigaux, Georges Morange, F. Modugno, Gregorio Peces-Barba, Emilio Crosa. Rechaçam-na: Liet-Veaux, Carl Schmitt, Gomes Canotilho, André Gonçalves Pereira, Marcelo Rebelo de Sousa, Afonso Queirós.

Parece-nos inviável o legislador reformador, por intermédio de *dupla revisão*, suprimir os limites procedimentais, nem mesmo através de consulta popular, seja através de plebiscito, seja através de referendo. Ou se convoca uma Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição, ou se respeita o único caminho para se empreender reformas, isto é, através da aprovação de emendas em dois turnos na Câmara e no Senado, com o voto de, no mínimo, três quintos parlamentares.

A justificativa para tal argumento é a seguinte: as vedações procedimentais são *imprescindíveis* e *insuperáveis*.

Imprescindíveis, porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder criador da Constituição.

Insuperáveis, pois modificar as condições estabelecidas por um poder mais alto — o poder constituinte originário — com o escopo de reformar-se o processo revisional, é promover uma *fraude à Constituição* — *Verfassungsbeseitigung*, dos juristas alemães.

Essa fraude à Lei Máxima consiste numa agressão à superioridade da atividade constituinte de primeiro grau, colocando em risco a ordem constitucional instituída.

Através da aludida fraude podem ocorrer as chamadas *rupturas constitucionais*, que se traduzem pela quebra de juridicidade de certos preceitos da constituição, em certas hipóteses excepcionais, perdurando o mesmo Texto Magno no restante dos casos.

Por isso, o *processo de dupla revisão* viola as normas que prescrevem a imodificabilidade de outras normas, e, nesse caso, alija as *cláusulas de inamovibilidade* da constituição.

Portanto, qualquer reforma deve ser *constitucional*, para não agredir a constituição.

Qualquer mudança atentadora dos limites estabelecidos padecerá do vício de inconstitucionalidade *formal* ou *material*, ficando sujeita à apreciação do Poder Judiciário, pelo controle de constitucionalidade¹⁹.

A inconstitucionalidade será *formal*, quando a revisão ou emenda contrariarem as formalidades ou procedimentos estatuídos na constituição, ou quando as normas de revisão promanarem de autoridades incompetentes. Neste caso, os vícios formais afetarão o ato normativo singularmente considerado, sem levar em conta o seu conteúdo, mas, tão-somente, os pressupostos inerentes à sua formação.

E a inconstitucionalidade será *material*, quando o conteúdo das normas revistas insurgirem contra preceito ou princípio da constituição. Aqui, os vícios materiais concernem ao conteúdo, à substância mesma do ato que estiver contrariando princípios constitucionais. Ocorrendo esta hipótese, o ato legislativo poderá ser inconstitucional, não tanto pelo seu contraste direto com as prescrições da Lei Magna, quanto também pelo desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.²⁰

Discute-se, porém, quanto à amplitude do controle de constitucionalidade da reforma constitucional.

Em relação ao controle da constitucionalidade formal não há dúvida. Toda reforma constitucional que desrespeite o processo prescrito para sua tramitação, v.g., os requisitos para a iniciativa da proposta, número de discussões, maioria exigida para aprovação etc., está sujeita a ser declarada inválida pelo órgão encarregado de apreciar a sua constitucionalidade.

Assim, a violação do procedimento estabelecido (iniciativa, votação, *quorum* etc.), ou de norma que não possa ser objeto de reforma, gera a observância do órgão jurisdicional, com o controle de constitucionalidade.

19 Sobre controle de constitucionalidade, dentre outros: Ruy Barbosa. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro, Casa de Ruy Barbosa, 1962. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio, Forense, 1968. Alfredo Buzaid. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958. Orlando Bitar. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Brasília, Conselho Federal de Cultura, 1978. Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo, Saraiva, 1990.

20 Nesse sentido: Piero Calamandrei. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: *Opere giuridiche*. Napoli, Morano, 1968.

Quanto à apreciação da constitucionalidade material da reforma, alerta Nelson Sampaio para a conveniência de distinguir se existem proibições expressas, quanto ao objeto da revisão constitucional, ou se há silêncio a respeito.

Vários autores, a propósito, só admitem o controle de constitucionalidade na hipótese das limitações explícitas.

É o caso de Michele Petrucci que admitiu o controle de constitucionalidade intrínseca ou formal das leis constitucionais, ao verberar que a substância destas somente pode ser apreciada, no sistema italiano, quando violem o art. 139 da Constituição, que proíbe projeto de revisão tendente a abolir a forma republicana de governo, pois se trata, então, de princípio supraconstitucional.²¹

No domínio prático, entretanto, assevera Petrucci que a noção não tem grande valor, indagando que tal atentado poderia fazer-se valer diante da Corte, tendo alcance puramente teórico, uma vez que uma lei desse gênero transporia os limites do ordenamento jurídico constituído, dentro do qual a Corte pode operar, para assumir caráter revolucionário.

Contudo, desde que a tarefa do juiz é a de preocupar-se antes com o acerto e a justiça de suas sentenças, diante de proibições explícitas como as citadas atrás, não há justificativas para vacilar-se quanto ao cabimento do controle de constitucionalidade.²²

Cremos que inexistem maiores problemas no que diz respeito ao controle da constitucionalidade das normas que contêm limitações explícitas, as quais previstas no Texto Maior, podem e devem ser controladas.

O problema surge quanto ao controle da constitucionalidade das limitações implícitas, inerentes, tácitas ou imanentes do poder reformador. Aí, a questão é bastante complexa, haja vista que nestas proibições inexistente determinação expressa do constituinte no sentido de vedá-las.

Nos Estados Unidos as discussões a respeito alcançaram níveis elevados, concluindo a Suprema Corte que o controle da constitucionalidade dos limites implícitos não seria possível, mormente, em face da emenda XVIII, que proibiu a produção e o comércio de bebidas alcoólicas. Houve, contudo, vacilações nesses pronunciamentos, continuando a matéria em aberto.²³

Na França, Maurice Hauriou utilizou o termo *legitimidade constitucional* para aferir o conjunto de princípios implícitos, mas que servem de fundamento da constituição, e, por isso, devem ser considerados pelo intérprete, sendo suscetíveis de controle de constitucionalidade, tais como o princípio da publicidade do imposto, da hierarquia administrativa, da separação dos poderes etc. Em seus *Princípios de Direito Público e Constitucional*, explica Hauriou que a legitimidade constitucional serve como instrumento para contrastar a validade de uma emenda à constituição, posto que a própria lei constitucional não deve escapar do controle do Juiz. Existem

21 Michele Petrucci. La Corte Costituzionale. In: Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana, Vol.II, p.445, apud Nelson de Sousa Sampaio, em O Poder de Reforma..., p.111.

22 Nelson de Sousa Sampaio. O Poder de Reforma..., p.111.

23 Exemplo oferecido por Nelson de Sousa Sampaio. O Poder de Reforma..., p.112.

momentos em que o controle poderia exercer-se sobre ela, como no caso da reforma irregular de uma constituição, que não levasse em conta os requisitos processuais, ou, quanto ao fundo, quando a emenda constitucional estiver em desacordo com a própria legitimidade constitucional, “que é superior à superlegalidade mesma, porque se compõem de princípios e os princípios são sempre superiores aos textos”.²⁴

O argentino Linares Quintana admite, também, a possibilidade, pois nenhuma reforma da constituição pode afetar os princípios fundamentais que norteiam a Nação, ou então será inválida. O órgão jurisdicional, como guarda da constituição, tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda que fira princípio implícito, “que importaria em *destruição da constituição* — segundo a terminologia de Schmitt — ou uma *fraude à constituição* — conforme a qualificação de Liet-Veaux”.²⁵

“O perigo desse apelo ao espírito da constituição ou à *legitimidade constitucional* consiste na sua imprecisão”, ressalta Nelson Sampaio.

Disso decorre a necessidade de fixarmos o catálogo daquilo que consideramos limitações implícitas ao poder reformador. Conseqüentemente, ao defender que o controle de constitucionalidade pode ser exercido nesse domínio, urge discriminar as matérias tidas como proibições tácitas ao exercício do poder reformador.

Assim, admite-se esse controle das vedações implícitas, desde quando a reforma atente contra os direitos fundamentais do homem, a titularidade do poder constituinte e do poder reformador, as disposições que regulam o processo da emenda ou da revisão constitucional.

Nessas quatro hipóteses, pensamos ser possível o órgão judiciário controlar a constitucionalidade de atos normativos contrários às vedações inerentes à Constituição. “Poder-se-á retrucar que, se o controle de constitucionalidade se deve exercer em todos esses casos, dificilmente se *pode* exercer. Não temos outra resposta senão lembrar que é isso que se costuma suceder em relação a todos os freios de direito público que procuram impedir que os órgãos supremos do Estado dobrem a lei ao invés de curvarem-se a ela. Nem sempre a toga da justiça pode servir de barreira às investidas da força. O problema não é então, o de saber *quis custodiet custodem*. Não falta quem guarde o guardião. Sucede, porém, que, na hora decisiva, os encarregados de guardar os guardiões, quando não adormeceram no seu posto, quase sempre já se acham de mãos atadas”.²⁶

5. Da conclusão

O Brasil nunca precisou tanto de seus juízes como agora.

24 Maurice Hauriou. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Editorial Reus, 1927, p.327-328.

25 Segundo V. Linares Quintana. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional — Argentino e comparado*. V.2, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p.162.

26 Nelson de Sousa Sampaio. *O Poder de Reforma...*, p.114.

A época que estamos vivendo não é de inspirar otimismo. A fome, a falta de escolas, a crise moral, a degradação da família. Em momentos dessa ordem, a esperança que nunca deserta da vida, faz voltarem-se os olhos para a nova geração de magistrados brasileiros, porque só de sua energia e lucidez poderemos sacar o resgate de nossa sociedade.

Haverá razões que alimentem essa esperança?

Por um lado, não. Em um País de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas, como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente, os nossos legisladores ainda estão no período da *programaticidade dos comandos constitucionais positivados*. *Fazem promessas, propõem programas de ação futura, erigem normas de eficácia contida ou limitada, sem fornecerem aos Poderes Públicos as condições para as cumprirem plenamente.*

Mas, de outra parte, existem aqueles, que, acima de sua condição econômica ou social, se entregam operosamente ao preparo profissional, superando com perseverança as notórias deficiências da Universidade que lhes é oferecida.

São esses os juízes do terceiro milênio, que continuarão a desafiante proposta de explorar as pontecialidades da Constituição, no intuito de mantê-la entre as regras vivas!