Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 1 – janeiro/fevereiro/março de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

A CONSTITUIÇÃO E O MONITORAMENTO DE SUAS EMENDAS

Prof. Carlos Ayres Britto
Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da UFSE.

SUMÁRIO: 1. O elogio da Constituição de 1988. A contextualidade histórica da Carta de Outubro. 3. O generalizado reconhecimento dos *avanços* da nova Lei Fundamental. 4. A *hiper-dificultosa* produção das emendas como estratégia de preservação dos avanços constitucionais. 5. A Constituição enquanto *paciente* e o Poder Reformador enquanto *cirurgião*. 6. Os princípios estruturantes e sua função ambivalente de estabilizar e atualizar a Constituição. 7. O caráter processual-endógeno da Constituição. 8. A Democracia como a quintessência ou o ser da Constituição. 9. A permanente exposição da Constituição a rupturas. 10. A necessária interpretação restritiva das normas constitucionais ensejadoras de emenda.

1. O elogio da Constituição de 1988

1.1. Quanto mais o tempo dobra as esquinas da vida, mais nos convencemos dos méritos da Constituição brasileira de 1988, tal como originariamente escrita. Méritos - façamo-nos entender -, no plano dos valores centrais por ela positivados e da maioria dos instrumentos postos a serviço de tais valores.

1.2. Com efeito, ao menos no seu *atacado normativo*, a "Constituição-cidadã" faz justiça à metáfora que lhe aplicou ULYSSES GUIMARÃES. Com que liberdade falamos, hoje, dos temas nela enfeixados! Como se trata de uma Constituição inovadora, em sede de direitos subjetivos fundamentais e instrumentos de contenção do poder governamental! Como a Federação brasileira se aproximou do paradigma norte-americano de autonomia dos Estados-membros (a partir do que mais conta, que é a autonomia tributário-financeira) e foi além:

contemplou o Distrito Federal e os Municípios! Como a Administração Pública foi normada sob princípios consagradores da idéia-primaz de que **administrar não é atividade daquele que se põe como senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia** (RUI CIRNE LIMA)! Como os Tribunais de Contas e o Ministério Público e o Poder Judiciário foram aparelhados para bem cumprir o seu mister de evitar o desgoverno! Como os temas recorrentes do meio ambiente e do nacionalismo foram zelosamente versados! Enfim, como a Democracia foi prestigiada pelo nosso Magno Texto, a ponto de resplender como o valor dos valores ou o cântico dos cânticos de toda a axiologia ali consagrada! Assim a Democracia formal como a substancial, de modo a compor a unidade possível entre o Estado Democrático de Direito (art. 1°, *caput*) e o Estado de Direito Democrático (art. 3°).

1.3. Sem exagero, o que transluz da redação inicial da nossa *Lex Legum* é o decidido empenho de, nas suas linhas gerais:

> I - **tornar o Direito maior do que a lei**, e por isso é que ela deixa claro ser a legalidade um ponto de partida para a Administração Pública, mas não um ponto de chegada (cabeça do art. 37). É como dizer: a Constituição exige que o administrador público retire da lei a sua regra de competência, mas não fica nisso: é preciso ainda que, na aplicação da lei, o administrador observe os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, entre outros, de maneira que a lei seja apenas um dos muitos elos de toda a corrente da juridicidade. Não toda a juridicidade. Com o que se tem a positivação dos meios para o alcance **da melhor Administração possível**;
>
> II - celebrar *o casamento por amor* entre o Estado Democrático de Direito (art. 1°, *caput*) e o Estado de Direito Democrático (art. 3°), de sorte a favorecer a prática **do melhor governo possível**. É que o modo democrático pelo qual o Direito é produzido (Democracia Formal ou Estado Democrático de Direito), associado ao compromisso do Direito com a proteção do indivíduo e a promoção das massas, a partir da valorização do trabalho humano (Democracia material ou Estado de Direito Democrático), **adquire a suprema virtude de legitimar o poder político.**

1.4. Ora, celebrar esse tipo axiológico de casamento já é alcançar o justo por si mesmo. O justo acima de qualquer suspeita ou discussão, a carrear para a Lei Maior de 1988 um fundado sentimento de empatia e gratidão.

1.5. É fato que o legislador constituinte de 1987/1988 *ficou devendo* em tema de reforma agrária. Como terminou por se embaraçar num cipoal de planos nacionais e regionais, na seção normativa que trata “Dos Orçamentos” (LUIS ROBERTO BARROSO assim o diz, com propriedade). Mas são defeitos *localizados*, passíveis de atenuação por efeito de interpretação sistemática e sem a força de desqualificar a Carta de Outubro como um documento que dá ao povo brasileiro o elevado *status* de país juridicamente civilizado. País avançado, até, no confronto com a média das Constituições em vigor *nos quatro cantos do mundo*.

2. A contextualidade histórica da Carta de Outubro

2.1. Situações históricas do mundo ocidental e do Brasil em particular ajudam a compreender as principais conquistas da Lei Maior de 1988. É na consideração dessa contextualidade que emerge, sobretudo, o porquê da ereção da Democracia como valor-teto ou valor-síntese das *idéias centrais de Direito* que inspiraram a nossa última Assembléia Nacional Constituinte; sabido que a Democracia é o único regime político a atuar ambivalentemente nas bases da sociedade, para lhes conferir garantidos direitos, e nas cúpulas do poder governamental, para a elas impor eficazes limites[1].

2.2. Tais situações do orbe ocidental e desta nossa Terra de Santa Cruz são bastante conhecidas, **porém não têm sido doutrinariamente associadas às ótimas vertentes e aos bons instrumentos de trabalho da Carta de Outubro**. Falemos sobre elas, rapidamente, no propósito de grafar o seu nexo de causalidade com o que o nosso Código Político tem de melhor. Ei-las:

> I - primeiramente, a 5 de outubro de 1988 vigorava a dicotomia ideológica do capitalismo e do socialismo. Nessa época, as Constituições ocidentais civilizadas se marcavam por instituir um regime político democrático e uma ordem econômico-social nos moldes do Estado Social de Direito. Um regime político democrático, enquanto reação ao modelo autoritário do nipo-nazi-fascismo que prevaleceu nos anos da Segunda Grande Guerra. E uma ordem econômico-social nos moldes do *Wellfare State* ou Estado-providência, enquanto alternativa aos experimentos socialistas do Leste Europeu. Logo, se no contraponto aos paradigmas do nipo-nazi-fascismo o que se tinha era um **Estado de Direito**, no contraponto ao modelo soviético de organização econômico-social o que se tinha era um **Estado de direitos**; ou seja, um Estado provedor das principais necessidades materiais coletivas e promotor - ou pelo menos indutor - da expansão produtiva. Tudo na perspectiva da Social Democracia ou do Estado Social Democrata, paradigma de organização social global que se dispunha a concretizar o ideal da conciliação possível entre a liberdade e a igualdade;
>
> II - no âmbito interno, a Constituição de 1988 era o coroamento jurídico-formal da superação do movimento armado de 1964, de inspiração norte-americana, caráter ideológico de centrado elitismo social e instrumentação por via das Forças Armadas, que perdurou por vinte anos. Logo, o desafio do Texto Magno era a implantação de um Estado que fosse a antítese da ditadura

[1] No plano dos direitos fundamentais, por exemplo, nenhuma Constituição contemporânea se aproximou tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como a nossa Lei Republicana e a constituição portuguesa de 1976. E no plano da contenção do Poder, também não conhecemos nenhuma Carta que prestigiasse tanto os mecanismo de montagem e atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, como a brasileira de 1988 (ressalva feita ao modo ainda *imperial* de nomeação dos agentes de cúpula de tais instituições, mormente os dos tribunais judiciários superiores) .

empresarial-militar e esse Estado foi o Democrático de Direito e o de Direito Democrático, assim geminadamente.

2.3. Fruto, portanto, dessa boa conjugação de fatores externos com fatores internos, a nossa Lei Suprema deu providencial seqüência à própria linha evolutiva do Direito como experiência histórica ou produto cultural. **E ninguém vai desdizer que o Direito se marca mesmo é por essa caminhada de progressiva abertura de espaços à afirmação tetradimensional dos direitos subjetivos (direitos de 1ª., 2ª., 3ª. e 4ª. dimensões) e concomitante desconfianças quanto às boas intenções dos governantes**. Com o que a nossa Lei Maior se tornou uma Constituição rigorosamente primeiro-mundista. Uma Constituição assumidamente comprometida com o justo por si mesmo (tornamos a dizer), com o quanto de objetivamente justo se pode alcançar em termos normativos, residente na dúplice e convergente limitação do poder político e do poder econômico; pois é fato que a opressão política e a espoliação econômica sempre se colocaram enquanto os piores entraves à sadia convivência humana em forma de Estado. Os mais temíveis algozes daquele estrato social que GILBERTO FREYRE chamava de **massa anônima**, no monumental ensaio de "Sociologia genética e de História social" que é o livro CASA GRANDE & SENZALA.

3. O generalizado reconhecimento dos *avanços* da nova Lei Fundamental

3.1. Havia, destarte, nos segmentos mais organizados da sociedade brasílica e nos próprios meios jurídicos a convicção de se tratar de uma Constituição *avançada* ou progressista. Uma Lei Fundamental que se impusera ao grupo mais conservador e até reacionário da Assembléia Nacional Constituinte - chamado de *CENTRÃO* - **e que não tinha outra opção instrumental-normativa senão a de perseverar nas conquistas então obtidas**. E é isto que explica muitos aspectos estruturantes e também metodológicos da Carta de 1988, como, *verbi gratia*: a) a sua densa principiologia, evidenciadora de propósitos entranhadamente político-filosóficos de inserção do Brasil no seio dos países de democracia consolidada e economia desenvolvida; b) o seu maior *apetite normativo*, na desconfiança de que deixar certas matérias aos cuidados do legislador ordinário é correr um duplo risco: o legislador ordinário é historicamente muito mais conservador do que as instâncias constituintes e o Poder Executivo Federal tem o vezo de usurpar competências legislativas sem que o titular dessas competências (no caso, o Congresso Nacional) saia em defesa do que lhe pertence; c) o modo particularmente dificultoso com que habilita o Poder Legislativo a se investir na função reformadora dela própria, Constituição.

3.2. Tudo é autoevidente! Fora de uma Constituição que mereça o qualificativo de "cidadã" (ULYSSES GUIMARÃES), o que sobra? A Constituição autoritária dos militares ou, quando muito, a Constituição liberal clássica. E isto já significa um retorno àquele tipo de Ordem Jurídica propiciadora da desvalorização do trabalho humano e da extrema concentração da riqueza socialmente produzida. Com o conseqüente fechamento de espaços à educação formal e à participação política de amplos setores sociais. Que se persevere, então, nas conquistas obtidas e para isso é preciso impedir que as emendas à Constituição

venham a significar um contradiscurso constitucional, um retrocesso a fórmulas de organização político-social que não passam da reprise de um filme cujo trágico fim de iniqüidades sociais e apatia cívica já se conhece.

3.3. O quadro psicossocial era esse mesmo: a Constituição de 1988 tinha sobradas razões *para gostar muito mais de si própria do que das suas emendas*. Havia um estado de euforia nacional quanto aos merecimentos filosóficos da nova ordem constitucional e um generalizado receio de que tais merecimentos viessem a sofrer conspurcação por efeito da mutação formal em que as reformas consistem. E se a Constituição não podia deixar de normar sobre as suas próprias emendas, que tais emendas se submetessem a um regime normativo de sobredificuldades gestacionais!

4. A hiper-dificultosa produção das emendas como estratégia de preservação dos avanços da Constituição

4.1. Pronto! Chegamos aonde queríamos chegar e esse ponto de chegada é o exame do regime das emendas à Constituição. Um regime normativo que já antecipamos como particularmente dificultoso, no sentido de que a Lei Maior tudo faz para conter a proliferação do seu uso (delas, emendas) e limitar ao mínimo possível o poder de conformação normativa do legislador de reforma. Até parece que os constituintes de 1987/1988 tinham em mente a advertência de KARL LOEWENSTEIN quanto à relação direta entre a edição das emendas (mesmo as de ordem puramente técnica) e a depreciação do sentimento constitucional do povo. Como tudo leva a crer que estivessem conscientes de que um dos motivos da estabilidade de certas Constituições (a dos Países Baixos e a dos Estados Unidos à frente) reside na escassez das respectivas emendas.

4.2. Cuidemos, então, de comentar o regime jurídico das emendas à Constituição de 1988, debaixo desse entendimento, que temos, de que a nossa Carta Magna tratou foi de investir na sua própria estabilidade. Foi de expressar por si mesma um apreço incomum, um forte e justificado sentimento de autoestima, convencida de que todos os seus atos de reforma somente seriam válidos na medida em que se dispusessem a adensar: a) os preciosos "fundamentos" que ela criara como pressupostos de organização da nossa República Federativa, e que são, nos termos dos incisos de I a V do seu art. 1°, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, por fim, o pluralismo político; b) os "objetivos fundamentais" da mesma República Federativa, esculpidos no seu art. 3°, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação[2].

4.3. Cuidemos de comentar o regime das emendas, dizíamos, porém nos permitindo lembrar que estávamos saindo da Faculdade de Direito de Sergipe, no

[2] Praticamente o ideário todo do chamado Direito Alternativo, assim magnificamente residente na casa maior do Direito Positivo, que é a Constituição.

ano de 1966, e, àquela época, líamos com freqüência MIGUEL REALE. Líamos, sobretudo, a parte jusfilosófica das investigações do erudito professor da Universidade de São Paulo (USP). Numa dessas oportunidades, encontramos uma frase que nos marcou definitivamente. Tratava-se de uma frase muito simples (e nós sabemos que as coisas mais importantes e marcantes são exatamente as mais simples), que dizia que toda palavra encerra o segredo do seu próprio significado. As palavras existem para isolar seres ou objetos, identificando-os. Logo, permitem-nos conhecer o sentido íntimo daquilo a que se referem. E nos fixamos nessa boa lição porque as coisas mais importantes são as mais simples e tudo que é mais simples está bem próximo de nós. Afinal, é partindo do conhecido que podemos chegar ao desconhecido. É começando do concreto que podemos chegar ao abstrato. É da superfície dos oceanos que descemos às profundidades das suas águas. Por isso que, ao falar de reforma constitucional, não é do nosso feitio complicar as coisas. Vamos diretamente ao dicionário e lá confirmamos que reforma significa "dar melhor forma"; ou seja, **reformar é conferir melhor forma às coisas**. Reformar é tão-somente retocar, rever, repassar. Mas, com que finalidade? Visando sempre a melhorar, a atualizar, a aperfeiçoar aquilo que se põe como o próprio objeto do ato de reforma. Lógico! Nós procuramos um médico ou um cirurgião, digamos, para que? Para que ele nos reforme o corpo enfermiço em algum aspecto. O papel de quem reforma não é destroçar o sujeito ou todo o organismo que se ponha como alvo da própria reforma. Só se procura um médico, enquanto paciente, para se obter uma certa melhora de saúde e o papel do médico não é, jamais, o de apressar o óbito do paciente. De revés, o papel do profissional da medicina é melhorar o estado de saúde de quem o procura como cliente.

5. A Constituição enquanto *paciente* e o Poder Reformador enquanto *cirurgião*

5.1. A obrigação de manter *o paciente* vivo

5.1.1. Ora, **reforma constitucional é também assim**. *O dicionário jurídico-positivo* não desconfirma o coloquial, no particular. É como se a Constituição fosse um paciente e o legislador reformista, um médico. Aliás, vale mencionar que tal legislador de reforma é inapropriadamente chamado de Poder Constituinte de segundo grau ou derivado, pois, conforme ensina JORGE MIRANDA, se o poder é do tipo derivado é porque não é constituinte: **é constituído**. 0 verdadeiro Poder Constituinte é aquele que tem a força de elaborar a nova Constituição, por inteiro e em uma só oportunidade (acrescentamos). Assim como é aquele que tem a força de revogar a velha Constituição, também por inteiro e numa única oportunidade, pois o Poder Constituinte é simultaneamente um Poder Desconstituinte. Noutros termos, o verdadeiro, o autêntico Poder Constituinte não é apenas o que elabora normas constitucionais, pois o Congresso Nacional também detém o poder de elaborar tais normas. Não é apenas o que revoga normas constitucionais, pois o Congresso Nacional também o faz. O que não faz o Congresso Nacional, mesmo no exercício de sua função reformadora, é partir de um marco jurídico *zero* para elaborar inteiramente a nova Carta, de um só jato, decretando no mesmo instante a sentença de morte de toda a antiga Lei Fundamental do País. Donde o decisivo corolário: se toda Constituição é um repositório de normas constitucionais, nem todo repositório de normas

constitucionais é uma Constituição. Chamar, então, o Poder Reformador de "Poder Constituinte" é uma demasia. E chamar o Poder Constituinte de "Poder Constituinte originário" é uma redundância[3].

5.1.2. Apor o mesmo nome às duas instâncias decisórias **é colocar em penumbra o campo divisional das respectivas produções normativas**. É esmaecer as fronteiras ou as linhas divisórias de um e de outro Poder, facilitando, no caso, as fraturas da Constituição pelo Poder de hierarquia menor, que é o Poder Reformador. E reforçando, por conseqüência, o indesejável sentimento popular de desestima constitucional.

5.1.3. Como há pouco teorizamos, Poder Constituinte é mais que o poder de produzir normas constitucionais. É aptidão para produzir toda a Constituição, de uma vez só, e ab-rogar todas as normas da velha Carta Magna, também num único momento (se assim preferir). É o mesmo que dizer: numa das mãos, o Poder Constituinte usa do giz para criar a nova Constituição. Na outra mão, usa do apagador para descriar a Constituição antiga. Seu verdadeiro alvo não são determinadas normas constitucionais a derruir, a erigir, ou a modificar. Seu verdadeiro alvo são as duas Constituições por completo: a velha e a nova. Quem trabalha ao nível das normas constitucionais, e não ao nível da Constituição por completo (nem da antiga nem da nova), é o Poder Reformador.

5.1.4. Sendo assim, o Poder Reformador, que não é Constituinte coisa nenhuma, trabalha certas normas da nova Constituição para melhor servir à Constituição mesma. **Para que os princípios estruturantes da Constituição tenham ao seu dispor todos os meios de concreção que a passagem do tempo exigir como os mais indicados**. Ou a passagem do tempo, *tout court*, ou a configuração de determinadas circunstâncias, ou ainda por impasses advindos da aplicação da própria normatividade constitucional. Seja como for, o objetivo da reforma não será jamais o de fraudar aqueles princípios axiais da Constituição, dado que por tais princípios é que se fixa a identidade do Magno Texto (a Constituição *tem a cara* dos seus princípios). E já deixamos suficiente claro que a obra constitucional como um todo, no que ela tem de verdadeiramente central ou característico, há de sobreviver à faina reformista.

5.1.5. **Este é o primeiro sentido técnico de reforma constitucional, na Magna Carta brasileira de 1988**. Se o legislador usual atualiza o Direito Infraconstitucional, o legislador de reforma atualiza a própria Constituição. Mas sempre ocupando posição intermediária como editor normativo, na medida em que pode ir além do legislador ordinário, é certo, mas permanecendo aquém do legislador constituinte[4].

---

[3] Não se nega ao Poder Constituinte a força de elaborar a Constituição *a prestações*, passando ela a existir, então, numa pluralidade de documentos jurídico-positivos que se vão acrescentando uns aos outros, ao longo do tempo. O que se está a encarecer é a potencialidade que tem o Poder Constituinte para fazer o que tem feito a partir do segundo após-guerra: produzir a Constituição Positiva em um único texto ou diploma normativo e de uma só vez. Não *a conta-gotas*.

[4] Como insuperavelmente argumenta GEORGES BURDEAU, o Poder de Revisão é criatura da Constituição e, por isto, se vier a ab-rogá-la **estará destruindo o próprio**

5.2. A atuação necessariamente pontual do legislador de reforma.

5.2.1. 0 segundo sentido técnico pode ser explicado ainda por comparação. Quando procuramos um médico para uma cirurgia, *exempli gratia*, esse médico deverá agir de modo tópico ou pontual. Isolando aquelas partes do nosso corpo que estejam a carecer do bisturi. Tudo é feito no pressuposto da existência de um mal localizado. Ora é a remoção de cálculos vesiculares, ora a recomposição de estruturas ósseas ou de simples ligamentos, ora a feitura de uma ponte de safena e assim avante. O médico só pode mesmo laborar por partes. Não se concebe uma cirurgia em todos os segmentos do corpo humano, simplesmente porque o paciente *não agüentaria o tranco*... 0 doente quer ser tratado parte por parte, membro por membro, órgão por órgão, **exatamente como deve suceder com a reforma constitucional brasileira**.

5.2.2. Convém insistir no juízo. Entre nós, **toda reforma deve ser tópica, pontual**, isolando pequenos aspectos da Constituição para receber esse retoque a que corresponde a função reformadora. É próprio da reforma constitucional o máximo de concentração material, a significar não-dispersividade temática por parte dos elaboradores dos atos de emenda. A possibilidade de melhor servir à Constituição, preservando-lhe *o espírito*, é tanto maior quanto mais localizado o aspecto material a refundir.

5.3. A probição de *uma cirurgia atrás da outra*

5.3.1. Por um terceiro aspecto, **o médico não faz uma cirurgia atrás da outra** - uma cirurgia e mais uma segunda, uma terceira e uma quarta cirurgia no paciente que o procura, voluntaria e conscientemente, porque o doutor há de respeitar o estado de convalescença do seu paciente a cada cirurgia. É preciso que o paciente se avalie, experimente-se após a intervenção a que se submeteu. Somente assim é que recobra as energias físicas e até o clima psicológico para voltar à mesa de operação. **É o que se dá com a reforma constitucional de que trata o art. 60 da nossa Carta de Outubro**. Uma reforma não deve se seguir imediatamente à outra; é preciso um certo interstício, um certo lapso temporal para que a sociedade avalie a Magna Carta pós-intervenção emendacional. E avalie o próprio cirurgião, isto é, o comportamento do legislador constituído no uso dos seus especialíssimos poderes de reforma.

5.3.2. Esse novo cuidado operacional, em tema de reforma, também homenageia o prefalado sentimento ou estima social pela Constituição. Impede que o povo se perturbe com a idéia de que sua Lei Maior é tão padecente de males jurídicos de nascença que não pode dispensar um constante acompanhamento *médico-legislativo*... Afinal, ter uma Constituição (*tener una Constitución*, falaria PABLO LUCAS VERDÚ) é aspiração de todo povo livre e ela própria intenta se autogarantir o bastante para não incidir em desapreço coletivo. Donde a ponderação do mesmo VERDÚ, citado por RAUL MACHADO HORTA às fls. 109 da obra citada em nota de rodapé:

---

fundamento de sua competência (*apud* RAUL MACHADO HORTA, em ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Editora DEL REY, 1995, p. 116).

> "El concepto de Constitución es completo cuando a intelección teorética se une su compreensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La ensenanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquélla, sintiendola como cosa propria".

5.3.3. Se a Constituição, ora hiper-dificulta, ora proíbe mesmo a produção das suas emendas, é porque está a pugnar pela sua própria estabilidade. Está a se auto-rotular como o mais estável, o mais firme, o mais hirto dos documentos jurídico-positivos e é justamente isso que contra-indica a proliferação das suas emendas. Mais ainda, pugnar pela sua própria estabilidade é meio de a Constituição defender sua unidade formal e material, sua necessária coerência interna, qualidade que não se coaduna com o visual de *colcha de retalho* que lhe impõe uma febricitante política legislativa de emendabilidade.

5.3.4. Trivializar a gestação das emendas pode até não ofender a letra da Constituição. Mas *o espírito*, *o espírito* da Lei Maior perde muito em luminosidade, pois a constância do exercício do Poder Reformador é o vexatório atestado de que a Magna Carta não cessa de coxear atrás dos fatos. E como lembrava São Paulo, em uma das suas cartas aos coríntios, "a letra mata; o espírito é que vivifica".

5.4. A interdição do axiologicamente central

5.4.1. Uma quarta observação é como que um desdobramento da primeira e consiste no seguinte: **a reforma constitucional não pode ter a dimensão de uma lobotomia ou de um transplante de fígado, cujos resultados e seqüelas são, mais que tudo, imprevisíves**. É necessário que seja algo menos grave. Algo apenas situado ao nível dos preceitos ou simples regras constitucionais. Quando muito, algo principiologicamente periférico, e não principiologicamente central, porque se um ato de reforma for principiologicamente central ele vai desfigurar o que a Lei Maior tem de axial e substituí-la por outra. Ele, ato de reforma, se a tanto chegar provocará *desidentificação constitucional*, e não correção de rumos ou intervenção evolutiva. A pretexto de atualizar a Lei Suprema, vai é consubstanciar um deliberado ato de ruptura, que é forma radical de "vicissitude constitucional", para tomarmos de empréstimo uma locução do retrocitado constitucionalista português JORGE MIRANDA.

5.4.2. De fato, o mestre lusitano fala de vicissitudes constitucionais como "quaisquer eventos que se projectem sobre a subsistência da Constituição ou de algumas das suas normas" (em MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, tomo II, 2ª. edição, p. 109, COIMBRA EDITORA, LIMITADA). Logo, vicissitudes constitucionais são revezes ou azares ou percalços ou mesmo contingências a que se expõem as Constituições no sentido de sua mudança, por efeito de uma natural tensão entre o seu dever-ser e o ser da vida social. Incessante oposição dialética, então, entre o deôntico jurídico - mesmo o de timbre constitucinal - e o ôntico factual. Oposição ou contradição que FERDINAND LASSALLE exagerou, a ponto de falar que diante dos fatores reais do poder a Constituição não passa

de uma folha de papel. Esquecido de que o Direito e os fatos interagem dialeticamente e que o Poder Constituinte não tem outra oportunidade para induzir ou influenciar condutas sociais desejáveis senão no ato de criação da Carta Magna. Forcejando por obter, naturalmente, uma nova cultura jurídica.

5.4.3. Acontece que a ruptura por via de emenda implica um tipo de estelionato constitucional, por operar, não do lado de fora da Constituição, **mas do lado de dentro**. Implica uma traição ao Magno Texto, coisa que não ocorre no âmbito da manifestação propriamente constituinte. É que o Poder Constituinte é sempre *in natura* e por isso é que pode impor a toda Constituição uma quebra ou solução de continuidade (este o sentido próprio da ruptura constitucional), a qualquer momento e sem incorrer jamais em quebra de fidelidade. O que não é o caso do Poder Reformador, por ser um Poder *pasteurizado*, no sentido de somente poder normar nos termos em que já foi normado. Com o dever da irrestrita fidelidade ao molde constitucional originário sob que foi recortado, portanto.

5.4.4. Retomando *o fio da meada*, é a própria Constituição de 1988 que prevê sua reforma - não se nega -, porém ao nível dos retoques. Ela não pode ser modificada naquilo que tem de verdadeiramente fundamental, estruturante, pétreo; ou seja, *a menina dos olhos ou a quintessência* da Constituição tem que permanecer a mesma. O nervo da constituição, a sua alma, suas impressões digitais, enfim, tudo que axiologicamente a personaliza à face das demais Constituições (seja materialmente, seja do ponto de vista formal ou processual) tem que permanecer a salvo de dessubstancialização.

5.4.5. Perguntamos: por que a Constituição de 88 é diferente de todas as outras Constituições brasileiras e de todas as demais Constituições do mundo? Porque ela tem uma identidade, presente nos seus princípios estruturantes ou cláusulas pétreas formais e materiais, explícitas e implícitas, lógicas e tácitas, cuja função é justamente a de impor intransponíveis limites aos atos oficiais de reforma constitucional[5].

5.5. A não-submissão das emendas a regime *de Tratamento Intensivo*

5.5.1. Importa vocalizar uma quinta observação, ainda recorrendo a figurações de ordem médico-cirúrgica. É a seguinte: **a *Lex Legum* de 1988 não pode parar numa UTI** (unidade de tratamento intensivo, no jargão da Medicina). Jamais a nossa Lei Suprema irá se internar numa unidade de tratamento intensivo, pois a Constituição-cidadã é infensa, é arredia a tratamento de choque ou de emergência. Nada é traumático ou emergencial, em termos de sua reforma, pois exatamente para acudir a tais situações de maior instabilidade político-social foi que a nossa Lei Maior criou os mecanismos da Intervenção Federal (art. 34), do Estado de Defesa (art. 136) e do Estado de Sítio (arts. 137 a 139). Proibindo, justamente, que em tais circunstâncias incidisse o instituto das emendas a si

[5] Quando falamos de atos oficiais de reforma constitucional, já não falamos senão das emendas à Constituição. Isto, pelo fato de que a revisão prevista no art. 3° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) não passa de uma norma de eficácia totalmente esvaída. Nasceu como norma de eficácia diferida, porém, com o tempo, exauriu por completo os efeitos que tinha em mira produzir.

própria (ξ 1° do art. 60).

5.5.2. Em sã realidade, à luz de todo o art. 60, combinadamente com os incisos de I a V do seu art. 1°, a Constituição Brasileira de 88 é um primor de solenização do seu processo reformista. Não existe na história do Brasil uma Constituição que prime tanto por dificultar a produção de suas próprias emendas e até por interditar as respectivas apresentação e deliberação (esta última hipótese a pressupor emenda tendente a abolir qualquer das cláusulas pétreas materiais expressas). E a nossa Carta Republicana fez muito bem, no particular, insista-se, até porque é uma Constituição eminentemente principiológica; recamada, repleta de princípios, como os da República e da Federação (com os respectivos fundamentos), e mais a Separação dos Poderes, o Estado Democrático de Direito, o Estado de Direito Democrático, os direitos e garantias fundamentais, a legalidade, a moralidade, a publicidade, a eficiência, a impessoalidade, etc. Ela é principiológica mais que todas e qual é a conseqüência dessa principiologia essencial?

6. Os princípios estruturantes e sua função ambivalente de estabilizar e atualizar a Constituição

6.1. Bem, é que certos princípios (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, moralidade, eficiência...) têm uma certa fluidez de conteúdo que se traduz numa materialidade que em parte é atual e em parte é futurista ou prospectiva. A parte atual é de pronto compreendida com os elementos conceitos que afloram da tecnicalidade constitucional, sem necessidade de o intérprete recorrer a elementos de compreensão que se situam no plano do sistema social genérico (sistema político, econômico, militar, moral, religioso, familiar, etc.). A parte futura é aquela que vai buscar o seu conceito no modo como o povo passa a sentir e praticar o discurso normativo-constitucional, ao longo do tempo. Logo, é uma parte vocacionada para a mutabilidade, enquanto a outra, para a imutabilidade.

6.2. O que estamos a enfatizar é que determinados princípios são como que janelas abertas para o porvir, dotando a Constituição de plasticidade ou *jogo de cintura* para se adaptar à evolução do modo social de conceber e experimentar a vida. Eles fazem da Constituição um documento processual por excelência e que é o processo? Um seguir adiante, um caminhar para frente, como é da natureza da vida mesma.

6.4. Com efeito, os princípios de que falamos ostentam um núcleo e uma periferia em sua própria circunferência deôntica. Naquele núcleo, a imutabilidade. Na periferia, a possibilidade de mudança. Desde que tal mudança tenha o significado de aumentar a perspectiva de funcionalidade do núcleo mesmo. Com o que os princípios axiais da Constituição operam, ambivalentemente, como fator de estabilidade e de atualização constitucional.

6.5. Há como que uma dialeticidade no próprio interior de cartos princípios, no âmbito de sua própria circunferência semântica, fazendo com que a Lei das Leis ganhe essa possibilidade de se ajustar mais facilmente à irrupção de fatos novos ou a novas valorações de fatos velhos. A tensão entre permanecer

incólume e experimentar alterações ocorre no imo, no recôndito de cada princípio mesmo e o atrito se resolve por uma solução endógena de compromisso que leva a Constituição **a mudar para permanecer idêntica a si mesma (na medida em que a mutabilidade na periferia do princípio se faz é para robustecer, ou assegurar, a operatividade da parte nuclear desse princípio mesmo**).

6.6. Por que não repetir? Todo o nosso empenho comunicativo é para evidenciar que a *Lex Legum* pós-regime autoritário de 1964/1984 se deseja fluir muito mais por conta própria do que por intervenção dos seus atos de reforma. Ela se prefere dinamizada pela processualidade dos seus princípios estruturantes e é isto que rebate ou compensa a rigidez formal a que se impôs. E assim é que percebemos que tudo muda no Direito brasileiro, só que em diferentes ritmos. Como exigir que o Direito axiológico por definição, que é a Constituição, tenha a agilidade do Direito factual por excelência, que é o Direito Infraconstitucional?

6.7. Por este modo de ver o fenômeno da principiologia constitucional, incluímos até mesmo a Democracia como possuidora do referido núcleo que é impermeável a mudanças e de uma periferia permeável. O núcleo impermeável é aquele que situa a Democracia no rigor lógico da famosa definição *lincolniana*, segundo a qual "Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo" (e que foi consagrada pela Carta de Outubro, a teor do parágrafo único do art. 1°, combinadamente com todo o artigo 3°). Democracia, portanto, como deslocamento espacial ou topográfico do povo, que sai da platéia e passa a ocupar o palco de todas as decisões governamentais que lhe digam respeito. Já a periferia do conceito, essa passa a legitimar todo tipo de alteração constitucional formal que venha a se traduzir em desconcentração da autoridade política e ampliação dos espaços de participação popular na escolha dos governantes e no exercício, controle e fiscalização do Governo. Diga-se o mesmo da Democracia material ou de substância, a assimilar toda mudança que signifique proliferação dos núcleos sociais de participação na riqueza nacional e no saber que se produz nas escolas oficiais, aqui inseridas as universidades.

7. O caráter processual-endógeno da Constituição

7.1. Se corretamente interpretada, então, a Magna Carta por si mesma se atualiza, se adapta e torna dispensável boa parte dos atos de sua própria reforma. É quando o trabalho de interpretação chega a um ponto de não mais salvar a Constituição para a atualidade da vida que se pode falar em reforma. Porque a Constituição, primando por um caráter principiológico, passa a se revestir daquela processualidade ou daquela historicidade que lhe permite *andar com as próprias pernas*, *voar com as próprias asas* para novos horizontes político-filosóficos e factuais. Ela é mais processual por si mesma do que o Ordenamento Infraconstitucional, e por esse modo peculiar de ser não precisa tanto de atos de reforma quanto o Ordenamento Infraconstitucional precisa.

7.2. Graças à extensa rede dos seus princípios axiais, quase todos, ao nosso ver, operando enquanto manifestações pontuais da Democracia, a Lei Fundamental de 1988 entrelaça tais princípios e assim é que se faz inexcedível modelo de pré-interpretação ou pré-compreensão de si mesma; ou seja, o objeto cognoscível a prescrever como se quer visualizado pelo sujeito cognoscente, pois

no entrechoque empírico dos princípios há de prevalecer aquele: a) que menos sacrifique os demais; b) que chegue mais próximo do núcleo deôntico da Democracia, síntese e ponto de arremate de todos os outros[6].

7.3. Ainda uma vez, *sentamos praça* da nossa convicção de não incorrer em exageros. A Democracia é o valor dos valores de toda a constelação axiológica da Constituição de 1988, pela clara razão de que ela é o princípio que mais repassa a sua materialidade para os outros. Ela é a que mais se faz presente em cada um dos fundamentos da República e em cada uma das cláusulas expressas materiais do ξ 4° do art. 60 e por tal razão é que não houve necessidade de clausulá-la como norma pétrea. Ela é o mais pétreo dos valores pétreos, porque todos os outros somente valem porque ela vale. Ela é a razão de ser dos demais, e, assim, o princípio que mais norteia a interpretação dos outros e o que dota a Constituição do mencionado caráter de processualidade endógena.

8. A Democracia como a quintessência ou o ser da Constituição

8.1. Toda esta fundamentação nos autoriza a ajuizar que a Democracia é a quintessência ou o próprio ser da Constituição, em derradeiro exame. Ela é *a chave de abóbada* do sistema constitucional brasileiro, cumprindo o papel instrumental de impedir que o auto-impulso axiológico da Magna Lei (de um patamar inferior para outro superior) venha a se perder no infindável. Esse movimento ascensional-interno (de preceito para princípio e de princípio menor para princípio maior) tem um compromisso racional com um dado ponto de chegada, que é o valor para além do qual não pode haver outro senão já totalmente situado no mundo das coisas metajurídicas. E esse valor-teto, que dentro da Constituição não conhece outro que se lhe iguale em importância funcional-sistêmica, é precisamente aquele cuja existência é a principal justificativa lógica de quase a totalidade da axiologia constitucional. O valor-continente por excelência ou *o gene* do qual decorrem os mais vivos traços fisionômicos da principiologia que embalou os sonhos do Constituinte de 1987/1988.

8.2. Por ser o valor constitucional primário (*gene*), esse princípio dos princípios mantém com a Constituição, mais que uma relação de pertinência, **uma relação de inerência**: ele é ela mesma, ela mesma é ele. O que já significa dizer: caso extirpado da Constituição de 1988, seja por revogação pura e simples, seja por derrogação conteudística, ele, valor-síntese, detonaria sobre a quase totalidade dos demais valores u'a mudança qualitativa de tal ordem (desordem, melhor seria dizer) que chegaria às raias de um mortal *efeito dominó*.

---

[6] Já deixamos escrito, em outra passagem da nossa produção intelectual, que os princípios encarnam valores em estado de fricção latente ou potencial, como, *exempli gratia*, o princípio da propriedade privada e o da função social da propriedade bem-de-produção; o princípio do pluralismo político e o da fidelidade partidária; o princípio da valorização do trabalho e o da livre iniciativa; o da independência dos Poderes e o da supremacia da lei; o da imunidade parlamentar e o da responsabilidade pessoal dos governantes (tão característico da República); o da integração do País aos mercados externos comuns e o da soberania nacional. A postular, assim, um manejo bem mais cuidadoso dos métodos de interpretação jurídica no que tange à seleção daquele princípio que, numa concreta situação de antagonismo, deva preponderar.

8.3. Realmente, caso extirpado do Magno Texto o valor que é a própria síntese da avassaladora maioria dos demais, praticamente nada mais restaria, em essência, desse mesmo Texto. Da mesma Constituição já não se cuidaria, em rigor, pois, sendo o princípio dos princípios o próprio ser da Constituição, a sua extirpação (ostensiva, ou disfarçada) implicaria o absurdo de apartar a Constituição de si mesma. É como dizer: **faltando à Constituição o seu próprio ser, tudo o mais vai lhe faltar**, pois a Constituição deixa de fazer parte das coisas presentes. Incorpora-se ao passado, que é o mundo das evanescentes lembranças do que já existiu, do que já se despediu da vida.

9. A permanente exposição da Constituição a rupturas.

9.1. Atente-se bem. Não se está falando assim pelo gosto do elogio gratuito, ou por compromisso ideológico. Não! É que a nossa *Lex Legum* é realmente prenhe dos mais civilizados princípios jurídicos e eficazes mecanismos de concreção de todos eles. É uma Constituição que trouxe para o processo administrativo, por exemplo, as tradicionais garantias do processo judicial, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e da motivação. Uma Lei Maior que se previne contra os riscos da globalização econômica e chega a prescrever que "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal" (art. 219). Demais disso, para inibir, justamente, a produção de emendas, foi que aportou consigo remédios específicos para fatos do maior potencial de instabilidade social, como efetivamente são os fatos ensejadores de intervenção federal, intervenção estadual, medidas provisórias, estado de sítio e estado de defesa. É dizer: a Constituição teve o cuidado de aviar por conta própria um longo receituário de combate aos mais sérios fatores de perturbação da vida coletiva, seja no plano territorial-interno, seja no internacional, para que o recurso às suas emendas se fizesse com invulgar parcimônia.

9.2. O que mais nos esforçamos por transmitir é o juízo de que a Constituição de 1988 **gosta mais de si mesma do que das suas emendas**. Admite-as, é verdade, por saber impossível manter-se formalmente intocada. E porque pode receber das suas emendas, aqui e ali, um real aperfeiçoamento. Um tônico necessário à sua permanência como fonte, ímã e bússola de todo o Ordenamento brasileiro. Mas se pudesse falar em linguagem *curta e grossa*, a nossa Lei Maior diria que as emendas constitucionais são suportáveis, apenas. Não propriamente desejáveis.

9.3. A exposição a ruptura sempre *ronda as portas* da Constituição a cada emenda em tramitação, pela consideração evidente de que emenda existe para a criação, modificação ou supressão de normas constitucionais. E sempre que u'a emenda inflige à Constituição um corte ou uma solução de continuidade, ela pratica a mais torpe das traições. É que o Poder Constituinte não deve nenhuma fidelidade à Constituição. Ele rasga a Constituição quando bem entender, sem que isso venha a significar fraude ou preterição de constitucionalidade. Mas o Poder Reformador, não. Ele só pode normar nos termos em que já foi normado pela Constituição e fugir desse molde é ocupar um campo de normatividade que

só ao Poder Constituinte é dado preencher. Com a circunstância agravante de não se assumir como tal, preferindo disfarçar-se *com o suntuoso capote* da legalidade institucional.

9.4. Todo o cuidado com as suas emendas ainda é pouco, *fala a Constituição de si para si*, dado que os atos de reforma constitucional são uma reprimenda material ao legislador constituinte. Se a produção das leis significa um olhar para traz e dar-se por satisfeito com a Constituição (que permanece intacta), o mesmo não sucede com a prolação das emendas. Elas somente existem para manifestar uma discordância quanto à omissão do Constituinte frente a determinado tema, ou quanto ao modo pelo qual certa matéria recebeu conformação normativa pelo mesmo Poder Constituinte.

9.5. Uma última comparação prosaica parece-nos vir a calhar. Pensemos em nossas periódicas visitas ao dentista, desde a infância, e com facilidade notaremos que as emendas seguem a lógica da extração, da prótese e da obturação dentárias, conforme sejam emendas supressivas, emendas aditivas e emendas modificativas, respectivamente. Todas elas a traduzir um corretivo, uma reprimenda na forma pela qual a Constituição *cuidou dos próprios dentes*. Mais tecnicamente falando, seja qual for a modalidade de emenda, tudo se exprime numa reconsideração de rumos da Magna Carta, seja porque ela pecou por excesso de normatividade, seja porque incidiu em carência reguladora, seja, enfim, porque trabalhou com inadequação deôntica. E o fato é que nenhum ser humano vai ao dentista por prazer, mas por avaliar que seu quadro clínico já não pode prosseguir sob cuidados próprios. Ainda assim, quem não se questiona sobre o risco ou o perigo de estar a mexer naquilo que, em verdade, já estava bem cuidado? A dispensar, portanto, a sempre temida intervenção odontológica?

10. A necessária interpretação restritiva das normas constitucionais ensejadoras de emenda

10.1. Se alguma serventia têm estes escritos, que seja a de por em realce que a Teoria da Constituição, enlaçadamente à Teoria do Poder Constituinte, serve para demarcar um campo de atuação que fica interditado ao passo regulador do Poder de Reforma. O que somente cabe ao Poder Constituinte é como está na música de IVAN LINS e ELLIS REGINA: “Ô Madalena, o que é meu não se divide”... E se atentarmos bem para o modo como a *Lex Maxima* dispôs sobre a produção de suas emendas, chegaremos ao pacífico entendimento de que elas são uma exceção ao princípio inexpresso da estabilidade da Constituição mesma.

10.2. É claro que não vai deixar de aparecer alguém para contrabater, como fez, aliás, o excelente publicista PAULO MODESTO: *mas, e as cláusulas pétreas? Não são elas que se constituem em exceção ao exercício do Poder Reformador*? Respondemos que não!. **As cláusulas pétreas são aquela parte da Constituição que não admite sequer a exceção das emendas**. Por conseguinte, as normas constitucionais autorizativas da produção das emendas é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao contrário, caracterizando-se como afirmadoras daquele princípio de

estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente. Generosamente ou mais à solta.

10.3. Quando assim nos pronunciamos, numa conferência proferida em Recife, um ilustre debatedor nos contradisse: "mas assim o senhor está banalizando as cláusulas pétreas; tudo é cláusula pétrea". Respondemos: olhe, há certas coisas na vida que são exigentes de interpretação radical. Certas coisas que não podem ser toleradas, porque se nós banalizarmos a produção das emendas - veja bem qual é a conseqüência - banalizaremos a própria Constituição. Trivializaremos a Lei das Leis. É preferível, portanto, dificultar a produção das emendas, porque somente assim manteremos a Constituição como aquele documento paradigmático de estabilidade de toda a Ordem Jurídica. Banalizar as cláusulas pétreas é risco de menor potencial ofensivo. O que não se pode banalizar é a Constituição; é esquartejar ou estilhaçar a Carta Magna a golpes de reformas que têm sido prolatadas com a fecundidade dos coelhos... Jorrando por terra aquele sentimento de Constituição que é a reconfortante certeza de que valeu a pena a heróica resistência do povo à ditadura empresarial militar que por 20 anos colocou uma pá-de-cal nos democráticos ideais da epopéia constitucional de 1945/1946.

10.4. Se a hora é de fazer novo destino (pensamos que ainda não), que se promova a ruptura da Constituição de modo assumido, *à luz do dia*, mediante a convocação de uma outra Assembléia Nacional Constituinte. Se ainda não é tempo para a epopéia do começar tudo de novo, então que as emendas se coloquem no seu devido lugar de ato normativo tão normante quanto normado. *Pão, pão; queijo, queijo*, porque esta é a lógica elementar das coisas do Direito Constitucional. E se não seguirmos essa ordem natural das coisas, rolaremos de absurdo em absurdo, como acertadamente advertia o abade francês EMMANUEL JOSEPH DE SIEYÈS; por sinal, o mais lúcido e o mais original dos teóricos desse único Poder que tudo pode, que é o Poder Constituinte. (Aracaju, 06 de maio de 2001)

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado na coletânea **Direito do Estado: novos rumos,** Volume 1, São Paulo, Ed. Max Limonad, 2001, pp. 45-67. ISBN: 85-86300-93-4