

## PARECERES

## PLEBISCITO — EC 2/92\*

GILMAR F. MENDES

Procurador da República, Doutor pela Universidade de Münster (Alemanha)

## Parecer

## I — Súmula da questão Constitucional

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 2, publicada no *Diário Oficial* de 1º de setembro de 1992, pelas razões seguintes:

1. a Constituição Federal outorgou ao Congresso Nacional competência para especificar os casos em que considera oportuna a realização de plebiscito (art. 49, XV). Excepcionalmente, houve por bem o constituinte originário estabelecer que a questão relativa à forma (república ou monarquia constitucional) e ao sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) haveria de ser decidida em plebiscito a ser realizado em 7 de setembro de 1993 (ADCT, art. 2º, *caput*);

2. ademais, previu o texto constitucional que a regulamentação do plebiscito deveria ser confiada ao Tribunal Superior Eleitoral (ADCT, art. 2º, § 2º);

3. resta evidenciado, assim, que a Constituição não quer que o Congresso

Nacional convoque plebiscito para determinação da forma e sistema de governo e legisle sobre a matéria;

4. ao gravar com a cláusula de imutabilidade o princípio da separação de poderes (CF, art. 60, § 4º), pretendeu o constituinte consagrar uma vedação expressa ao constituinte derivado para imiscuir-se na matéria relativa à forma e ao sistema de governo;

5. reconhecer ao Congresso a faculdade de alterar a data do plebiscito seria reconhecer-lhe a faculdade de adiá-lo indefinidamente;

6. a indigitada emenda constitucional estabelece que “a forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995”. Tem-se aqui manifesta usurpação de competência do poder soberano. Evidentemente, se o plebiscito concluir pelo parlamentarismo ou pela monarquia constitucional, dever-se-á proceder imediatamente à revisão constitucional nessa parte.

## II — Análise da questão

## 1. Considerações preliminares

A presente arguição aborda aspectos dos mais complexos do controle de constitucionalidade.

Sem dúvida, a aferição da legitimidade de emenda constitucional em face das chamadas *cláusulas pétreas* ou *garantias de eternidade* e das normas relativas ao processo constitucional de revisão pode configurar um dos mais tormentosos temas do moderno direito constitucional.

O controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado.

Parece axiomático que as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos nelas prescritos. São exigências quanto ao *quorum*, à forma de votação, à imposição de *referendum* popular, ou de ratificação (Orlando Bitar, “A lei e a Constituição”, in *Obras completas*, de Orlando Bitar, Brasília, Conselho Federal de Cultura, Brasília, 1978, vol. 2, p. 51).

Alguns textos consagram, igualmente, vedações circunstanciais à reforma da ordem constitucional. É o que estabelece também a Constituição brasileira de 1988, ao prever que “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio” (art. 60, § 1º).

A Constituição imperial de 1824 vedava qualquer reforma antes de completados quatro anos de vigência (art. 174) (Cf., sobre o assunto, também, Löwenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona, pp. 188-9).

Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas *cláusulas pétreas* ou das garantias de eternidade (*Ewigkeitsgarantien*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos. Assim, a Constituição de 1891 vedava projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º). A Constituição de 1934 consagrava a imutabilidade do regime republicano (art. 178, § 5º),

e a Carta Magna de 1946 reproduziu a cláusula pétrea adotada pelo Constituinte de 1891 (art. 217, § 6º). O texto de 1967/1969 não inovou na matéria (art. 47, § 1º). A Constituição de 1988 estabeleceu, no art. 60, § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (cf., sobre o assunto, no plano da teoria da Constituição, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, Coimbra, 1983, pp. 151 e ss.).

A Constituição americana contém cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º). Todavia, segundo Löwenstein, nada impede a eliminação desse preceito (Löwenstein, *Teoría*, cit., p. 190).

## 2. Sobre a admissibilidade do controle de constitucionalidade da revisão

Nos Estados Unidos, a questão dos limites do poder de revisão deu ensejo à acirrada polêmica entre William L. Marbury e William L. Frierson.

O primeiro reconhecia a existência de limitações ao poder de revisão (“It is not conceivable that the people, when they conferred upon the legislatures of three fourths of the states the power to amend this Constitution, intended to authorize the adoption of any measures, under the guise of amendments, the effect of which would be to destroy, wholly or in part, any of the members of his perpetual Union”) (William Marbury, “The limitations upon the amending power”, *Harvard Law Review* 33(1/18):225).

Frierson objetava que ao Congresso, e não aos tribunais, competia verificar a necessidade de emendas (“As has been seen above, the Constitution committed to Congress, and not to Courts, the duty of determining what amendments

\* Parecer do Procurador da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 830, Relator Min. Moreira Alves; Autores: PSB-Partido Socialista Brasileiro e PDT-Partido Democrático Trabalhista.

were necessary") (William Frierson, "Amending the Constitution of the United States: a reply to Mr. Marbury", *Harvard Law Review* 33(5):662).

Anteriormente, a *Supreme Court* havia declarado a constitucionalidade da 11ª Emenda, não se utilizando da escusa formulada pela *doctrine of the political questions* (Hollingsworth vs. Virginia, 3 Dall (3 US) 378. Cf. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1953, v. 2, p. 148).

Na decisão proferida, em 1871, no caso *White vs. Hart*, a Corte Suprema invocou a doutrina das questões políticas, eximindo-se de apreciar a validade da revisão (13 Wall (80 US) 646. Cf. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, cit., vol. 2, p. 149).

Em outras ocasiões, a Corte Suprema houve por bem declarar a constitucionalidade de emendas constitucionais (Dillon vs. Gloss, 256 US 368).

Todas as questões apreciadas versavam, fundamentalmente, sobre aspectos formais (*matters of procedure*), e, tal como observado por Linares Quintana, "la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos más reciente es en general favorable a la doctrina de que el examen y la decisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional constituyen una cuestión judicial comprendida en la competencia de los tribunales" (Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., vol. 2, p. 151).

Somente em 1920, ao apreciar os *National Prohibition Cases*, ocupou-se a Suprema Corte de controvérsia relativa à inconstitucionalidade material da reforma (*matters of substance*), declarando a validade da 18ª Emenda (Rhode Island vs. Palmer, 253 US 350, 387, 389; *National prohibition cases*, 255 US 350.

V. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., vol. 2, p. 151; Orlando Bitar, "A lei e a Constituição", in *Obras completas*, cit., vol. 2, pp. 52-3).

Também na discussão relativa à constitucionalidade da 19ª Emenda, o tema voltou a ser debatido (Lesser vs. Garnett, 258 US 130. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., vol. 2, p. 1.510).

Mais tarde, em 1939, a Corte Suprema escusou-se de decidir controvérsia constitucional sobre a validade de reforma constitucional relativas ao trabalho dos menores, sob a invocação da *doctrine of the political-questions* (Coleman vs. Miller, 307 US 433; Chandler vs. Wise, 307 US 474. Cf. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., pp. 150-1; Lester Bernhardt Orfield, *The amending of the Federal Constitution*, Chicago, Callaghan, 1942, p. 23).

Tais precedentes estão a indicar que, ante a ausência de expressa restrição ao poder de reforma e tendo em vista a não-identificação das limitações implícitas (*implied limitations*), a faculdade de revisão não provocou controvérsia relevante na Suprema Corte quanto à matéria. E, ainda assim, tem-se invocado a *doctrine of the political-questions*. "El problema de normas constitucionales anti-constitucionales no ha surgido jamás en los Estados Unidos — anota Lowenstein — por lo menos en la Unión misma, y no sólo porque las enmiendas constitucionales sean de hecho tampoco frecuentes, sino porque una limitación impuesta al legislador constitucional es un fenómeno completamente extraño al pensamiento jurídico americano. Cuando la *Supreme Court* se vio obligada a enfrentarse con este problema — acrescenta o mestre — la cuestión de la conformidad constitucional fue tratada siempre como un asunto de tipo político y, por lo tanto, no justiciable" (Löwenstein, *Teoría*, cit., p. 195. Cf. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., p. 153. Em sentido contrário, Orlando Bitar, "A lei e

a Constituição", in *Obras completas*, cit., p. 53).

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, veda, expressamente, qualquer reforma constitucional que introduza alteração na ordem federativa, modifique a participação dos Estados no processo legislativo, ou suprima os princípios estabelecidos nos seus arts. 1º (intangibilidade da dignidade humana) e 20 (estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade). O direito de resistência (art. 20, § 4º), introduzido por emenda constitucional, não está coberto pela cláusula de intangibilidade (cf. Pieroth & Schlinck, *Grundrechte — Staatsrecht*, Heidelberg, C.F., Müller, 1987, p. 263).

No Direito alemão, parece não subsistir dúvida quanto à competência do *Bundesverfassungsgericht* para apreciar a constitucionalidade de eventual reforma, já do ponto de vista estritamente procedimental, já no tocante ao próprio conteúdo do preceito normativo (Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, p. 13).

O princípio inculcado no art. 79, III, da Lei Fundamental, parece autorizar, plenamente, esse entendimento, como demonstra Bachof, com exatidão: "Isto resulta já do facto de a Lei Fundamental, no art. 79, n. 3, declarar inalteráveis alguns dos seus preceitos. Se por ventura, apesar disso, uma semelhante alteração — conscientemente ou mesmo não — intencionalmente, em consequência de uma errada avaliação do alcance da norma modificadora ou da declarada como imodificável — fosse aprovada e publicada na forma de uma lei de revisão da Constituição, a norma modificadora reivindicaria para si própria a qualidade de norma constitucional eficaz, e no entanto, simultaneamente, medida pela norma da Constituição até aí inalterável, seria inconstitucional. Não vejo nenhuma razão pela qual não deves-

se poder recorrer-se ao Tribunal Constitucional Federal também num tal caso: do contrário, deixaria de exercer-se uma das suas mais essenciais funções como guarda da Constituição (...)" (Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, cit., p. 13).

Em verdade, tal competência levou o *Bundesverfassungsgericht* a proferir uma de suas mais polêmicas decisões, relativa à constitucionalidade da emenda constitucional que legitimava escuta telefônica e a quebra do sigilo postal e telegráfico nos seguintes termos: "Art. 10. (1) O sigilo da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas é inviolável. (2) Limitações só podem ser ordenadas com base numa lei. Se a limitação tiver por finalidade a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação ou de um Estado Federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares designados pela representação popular." "Art. 19. IV — Toda pessoa que tiver seus direitos violados pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial. Se não se estabelecer outra competência, assegura-se o recurso à jurisdição ordinária. Mantém-se inalterado o artigo 10, II, 2ª parte".

A Corte Constitucional, após enfatizar que a interpretação constitucional há de levar em conta os princípios elementares da constituição e que os direitos fundamentais comportam restrições em favor do bem-estar da coletividade e da defesa da ordem jurídica, assentou que o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), considerado como derivação do postulado do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), exige que a lei consagre as limitações estritamente necessárias à tutela de bem jurídico constitucionalmente reconhecido (BVerfGE, 30:1(20)). Assim, a norma

constitucional impugnada seria compatível com a Lei Fundamental, especialmente com a cláusula de intangibilidade prevista no seu art. 79, III, desde que admitida a comunicação do interessado, nos casos em que se excluísse a existência de ameaça à ordem democrática ou à integridade da União dos Estados, permitindo-se o recurso à via judicial (BVerfGE, 30:1(21)). A interpretação do preceito constitucional em consonância com o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) impunha a sua aplicação aos casos em que circunstâncias concretas denotassem uma conduta ofensiva à ordem constitucional (BVerfGE, 30:1(22)).

A decisão do *Bundesverfassungsgericht*, proferida contra os votos de três (dos oito) juízes, que declaravam a inconstitucionalidade da emenda, provocou sérias e profundas controvérsias. Suscitaram-se acerbas críticas à utilização da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), na espécie, afirmando-se que essa prática feria o próprio direito de revisão constitucional, subordinado, exclusivamente, à cláusula de imutabilidade consagrada no art. 79, III, da Lei Fundamental (Karl-Oskar Schmitt, *Einführung in das Öffentliche Recht*, Hagen, Fernuniversität, 1981 (Kurseinheit; 4), pp. 32-3).

Também no Direito brasileiro não existe qualquer reserva ao controle de constitucionalidade de norma constitucional.

Na ampla reforma constitucional de 1925/1926 suscitou-se dúvida quanto à constitucionalidade do processo de revisão, em torno do art. 90 da Constituição de 1891, questionando-se: “se esta podia se fazer pendente estado de sítio; se as proposições seriam aprovadas por dois terços dos presentes (Carlos Maximiliano) ou da totalidade dos membros de cada Câmara (Barbalho) e, enfim, se o rito exigido pelo artigo 90 se referia só

ao Projeto em globo ou às emendas que lhe fossem apresentadas” (Bitar, “A lei e a Constituição”, in *Obras completas*, cit., p. 530).

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade da revisão, reconhecendo, assim, a sua competência para aferir a compatibilidade da lei de revisão com o Texto Magno (HC 18.178, de 27.9.1926, *RF*, 47:748). Na oportunidade, o emittente Viveiros de Castro anotou que nenhuma das emendas “foi aprovada pela maioria exigida pelo art. 90 da Constituição Federal; nenhuma delas poderá incorporar-se à Constituição” (HC 18.178, de 27.9.1926, *RF*, 47:759).

E ainda mais afirmativo quanto à plena legitimidade do controle do poder de revisão parece ser o voto proferido pelo Ministro Guimarães Natal, tal como se depreende da seguinte passagem: “(...) não tendo a reforma obedecido, em sua elaboração, as acauteladoras exigências da Constituição, e sido votada em estado de sítio, em regimen de arbitrio e prepotencia, sem contraste não poderá subsistir contra ella, discutida e aprovada, numa situação da mais ampla liberdade de critica, sob a fiscalisação do povo, pelos seus legitimos órgãos de manifestação — a tribuna e a imprensa livres.

“A proposta da reforma da Constituição não poderia ser aceita porque ofende o preceito constitucional do parágrafo 4º do art. 90, que veda serem admitidos projectos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade da representação dos Estados, no Senado” (HC 18.178, de 27.9.1926, *RF*, 47:771).

Em tempos mais recentes, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 20.257 (Relator Min. Moreira Alves), ressaltou que, quando “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de

o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição” (RTJ, 99(3):1.040).

### 3. Cláusulas pétreas: natureza e significado

Uma concepção conseqüente da idéia de soberania popular deveria admitir que a Constituição poderia ser alterada a qualquer tempo por decisão do povo ou de seus representantes (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 79, III, n. 21. Evidentemente, tal entendimento levaria a uma instabilidade da Constituição, a despeito das cautelas formais estabelecidas para uma eventual mudança. Resta evidenciado aqui a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais (cf., sobre o assunto, Jorge Miranda, *Manual*, vol. II, pp. 151 e ss.).

Do prisma teórico, a questão foi seriamente contemplada por Carl Schmitt, no seu *Verfassungslehre* (Doutrina Constitucional). A problemática assentaria-se, segundo Schmitt, na distinção entre constituinte (*Verfassungsgeber = Schöpfer der Verfassung*) e legislador constituinte (*Verfassungsgezetgeber = Gesetzgeber über die Verfassung*). Schmitt enfatizava que a modificação de uma constituição não se confunde com sua abolição, acrescentando com base no exemplo colhido do art. 2º da Lei Constitucional francesa, de 14 de agosto de 1884 (“La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l’objet d’une proposition de revision”): “Se una determinada modifica della costituzione è vietata da un’ espressa disposizione legislativa costituzionale, si tratta solo di una conferma di questa distinzione di revisio-

ne e abolizione della costituzione” (*Dottrina della costituzione*, trad. de Antonio Caracciolo, Milão, 1984, p. 148).

Portanto, para Schmitt não se fazia mister que a Constituição declarasse a imutabilidade de determinados princípios. É que a revisão não poderia, de modo algum, afetar a *continuidade* e a *identidade* da Constituição: “I limiti del potere di revisione dalle costituzione risultano dal concetto esattamente inteso di revisione. Un potere di ‘modificare la costituzione’, concesso con normativa legislativa costituzionale, significa che singole o più discipline legislative costituzionali possono essere sostituite da altre, ma solo nel presupposto che l’identità e la continuità della costituzione nella sua interezza rimangano garantite. Il potere di revisione della costituzione contiene quindi solo il potere — ferma restando la costituzione nelle disposizioni legislative costituzionali — di apportare modifiche, aggiunte, completamenti, cancellazioni, ecc., ma non il potere di dare una nuova costituzione, e nemmeno il potere di modificare, ampliare a sostituire il fondamento proprio di questa competenza alle revisioni della costituzione, o, verossimilmente, modificare l’art. 76 cost con il procedimento dell’art. 76 così che modifiche legislative costituzionali vengano fatte con un’ordinaria votazione di maggioranza del Reichstag” (*Dottrina della costituzione*, p. 145).

E, adiante, explicitava Schmitt essa idéia: “la modifica della costituzione non è un’abolizione. Anche se rimane garantito il potere costituente, non potrebbe essere posta per mezzo dell’art. 76 cost. un’altra decisione politica in luogo delle decisioni politiche fondamentali, che formano la costituzione (a differenza della disciplina legislativa costituzionale), il diritto elettorale democratico non potrebbe essere substituito secondo l’art. 76 con un sistema dei Soviet; gli elementi federalistici, che ancora oggi sono contenuti nella costituzione del Reich, non posso-

no essere aboliti semplicemente ex art. 76 cost. in un modo tale per cui d'un sol colpo il Reich tedesco venga trasformato per mezzo di una 'legge che modifica la costituzione' in uno Stato unitario. 'E quindi impossibile non solo politicamente, ma anche dal punto di vista del diritto costituzionale cancellare la Baviera semplicemente 'per mezzo del'art. 76 cost.' o contro la sua volontà dichiarare la Prussia Land del Reich. Nemmeno la posizione del presidente potrebbe essere trasformata con una 'revisão' dell'art. 1 comma 1 o 41 const. in quella di un monarca. Le decisioni politiche fondamentali della costituzione sono materia del potere costituente del popolo tedesco e no spettano alla competenza delle istanze competenti per le revisioni e le modifiche legislative costituzionali. Modifiche simili producono un cambiamento della costituzione, non una sua revisione" (*Dottrina della costituzione*, p. 147)...

Vê-se, assim, que não só os princípios gravados, eventualmente, com a *cláusula de imutabilidade*, mas também outras disposições — inclusive aquelas relativas ao processo de revisão constitucional — não poderiam ser alterados sem afetar a *identidade* e a *continuidade* da Constituição. A alteração de elementos essenciais da Constituição configuraria, assim, não uma simples revisão, mas, verdadeiramente, a sua própria supressão (cf., também, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 233).

A concepção de Schmitt relativiza um pouco o valor exclusivo da declaração do constituinte originário sobre a imutabilidade de determinados princípios ou disposições, atribuindo-lhe quase conteúdo declaratório.

Tais cláusulas devem impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional (BVerfGE, 30:1(24)), mas também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica (Hesse, *Grundzüge des Verfas-*

*sungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1982, cit., p. 262). É verdade que importantes autores consideram risíveis os resultados práticos de tais cláusulas, diante de sua falta de eficácia em face de eventos históricos como os golpes e as revoluções (cf. Löwenstein, *Teoria*, cit., p. 192).

Isto não deve impedir, porém, que o constituinte e os órgãos constitucionais procurem evitar a ocorrência de tais golpes. Certo é que tais proibições dirigidas ao poder de revisão constituem um dos instrumentos de proteção da Constituição (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, 1982, p. 227).

Bryde destaca que as idéias de *limites materiais de revisão e cláusulas pétreas* expressamente consagradas na Constituição podem estar muito próximas. Se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 236). Nesse sentido, a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, poderia ser considerada, em grande parte, de caráter declaratório.

Em qualquer hipótese, os limites do poder de revisão não se restringem, necessariamente, aos casos expressamente elencados nas *garantias de eternidade*. Tal como observado por Bryde, a decisão sobre a imutabilidade de determinado princípio não significa que outros postulados fundamentais estejam submetidos ao poder de revisão (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

O efetivo significado dessas cláusulas de imutabilidade na praxis constitucional não está imune a controvérsias. Se se entender que elas contêm uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*), tem-se de admitir que o seu significado é bem mais

amplo do que uma proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição (*Revolutions — und Verfassungsbeseitigungsverbot*). É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 242).

Como referido, a Corte constitucional alemã foi confrontada com esta questão na controvérsia sobre a constitucionalidade de emenda que introduzia restrição à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e telegráficas, à revelia do eventual atingido, vedando, nesses casos, o recurso ao Poder Judiciário (Lei Fundamental, art. 10, II, c/c o art. 19, IV). A questão foi submetida ao *Bundesverfassungsgericht*, em processo de controle abstrato, pelo Governo do Estado de Hessen, e em recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), formulado, dentre outros, por advogados e juizes, sob a alegação de que a restrição à garantia judicial (arts. 10, § 2º, e 19, § 4º) não se mostra compatível com o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*).

Nessa decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1970, sustentou-se que a disposição contida no art. 79, III, da Lei Fundamental, visa a impedir que "a ordem constitucional vigente seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário" (BVerfGE, 30:1(24); BVerfGE, 34:9(19); Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pp. 262-4).

Essa interpretação minimalista das garantias de eternidade foi amplamente criticada na doutrina, uma vez que, na prática, o Tribunal acabou por consagrar uma atitude demissionária, que retira quase toda a eficácia daquelas disposições. A propósito dessa decisão, vale re-

gistrar a observação de Bryde: "Enquanto a ordem constitucional subsistir, não será necessário que o *Bundesverfassungsgericht* suspenda decisões dos órgãos de representação popular tomadas por 2/3 de votos. Já não terá relevância a opinião do Tribunal numa situação política em que princípios fundamentais contidos no art. 79, III sejam derogados" (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 240).

Não há dúvida, outrossim, de que a tese que vislumbra nas garantias de eternidade uma "proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais" (*Verfassungsprinzipiendurchbrechungsverbot*) não parece merecer reparos do prisma estritamente teórico. Não se cuida de uma autovinculação (*Selbstbindung*) do constituinte, até porque esta somente poderia ser admitida no caso de identidade entre o constituinte e o legislador constituinte ou, em outros termos, entre o detentor do poder constituinte originário e derivado. Ao revés, é a distinção entre os poderes constituintes originário e derivado que permite afirmar a legitimidade do estabelecimento dessa proibição (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 242).

Não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade.

#### 4. Outras limitações implícitas

Na linha da argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas garantias de eternidade. A firma-se, quase sem contestação,

que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Mauz, “constitui imperativo de uma norma de lógica (Normlogik) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível” (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. III, art. 79, n. 50). Frustra-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à dupla revisão, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Konrad Hesse que a proteção de imutabilidade há de abranger o próprio art. 79 na sua substância (*wesentlicher Bestandteil*) (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1988, p. 265). Em outros termos, seria ilegítima não só a supressão da cláusula pétrea, como também a alteração significativa de pressupostos relativos à maioria qualificada contida no art. 79, II, da Lei Fundamental (Hesse, *Grundzüge*, p. 265).

Com uma fundamentação diferenciada, afirma Bryde que devem ser consideradas intangíveis as próprias garantias de eternidade se se entender que elas não só asseguram ou protegem a identidade da Constituição, mas também integram essa identidade (Gegen die Änderbarkeit des Art. 79, III durch den verfassungsändernden Gesetzgeber würde es jedoch sprechen, wenn man diese Vorschrift nicht nur als Schutz der Identität der Verfassung, sondern selbst als Teil dieser Identität anzusehen hätte) (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 251).

Também no que concerne às disposições relativas ao processo de revisão constitucional, desenvolve Bryde uma fundamentação diferenciada para admitir a impossibilidade de alteração que implique maior facilidade de aprovação de emenda constitucional, como se pode ler na seguinte passagem de sua obra: “In-

daga-se se o legislador constituinte estaria legitimado a proceder à atualização do processo constituinte que poderia colocar em perigo as limitações a ele impostas pelo art. 79, III. Suscita-se, pois, questão relativa à admissibilidade de alteração do processo de revisão constitucional. A resposta a essa questão há de ser obtida da vinculação do legislador constituinte à identidade da Constituição, uma vez que a organização da revisão é significativa para a conformação concreta da Constituição. Isto não deve significar uma servil imutabilidade do art. 79, mas sim vinculação a seu núcleo essencial. (...) Também o postulado estabelecido no art. 79, II, pertinente à rigidez da Constituição, é intangível, tal como resulta do art. 79, III (garantias de eternidade) c/c art. 20, III (vinculação do legislador). Em outros termos, os pressupostos do art. 79, II, que já se encontram em patamares toleráveis no que toca à facilidade de revisão, não podem ser tornados ainda mais flexíveis” (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 249).

Portanto, essas colocações levam a admitir que o princípio da imutabilidade das cláusulas pétreas se estende às suas próprias disposições e ao processo de revisão constitucional.

Assim, poder-se-ia, afirmar, entre nós, que são imutáveis não só os princípios protegidos pelo art. 60, § 4º, como também as próprias disposições do art. 60, § 4º e os demais preceitos do art. 60 que estabelecem os limites do poder de reforma. Ter-se-ia de admitir, ademais, que pelo menos o processo especial de revisão previsto no art. 3º do Ato das Disposições Transitórias seria, na sua essência, insuscetível de alteração.

Acentue-se que há um forte conteúdo metafórico na afirmação sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas ou dos chamados limites implícitos. Eles comportam mudanças que não alterem o seu significado. Evidentemente, para os fins da verificação de eventual lesão a esses

limites, a análise há de ser de índole jurídica e não física. Daí ressaltarem Maunz e Dürig, nos seus comentários, que as alterações da expressão literal do texto não são abrangidas pelo *bloqueio* do art. 79, III (Blosse Wortlautänderungen der art. 1 und 20 werden von der “Grundsatzsperre” des art. 79 III von vornherein nicht erfasst) (Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 79, III, n. 38).

##### 5. A Constituição de 1988 e a reforma constitucional

A Constituição de 1988 consagra a seguinte cláusula pétrea, no seu art. 60, § 4º:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“I — a forma federativa de Estado;

“II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

“III — a separação dos Poderes;

“IV — os direitos e garantias individuais”.

No § 2º do art. 60, prevê-se que a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Por outro lado, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece, no seu art. 3º, *verbis*: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

O art. 2º do Ato das Disposições Transitórias dispõe: “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou

presidencialismo) que devem vigorar no País”.

A Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992, estabeleceu que o plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deverá ser realizado no dia 21 de abril de 1993, estabelecendo que a forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

A primeira questão que se coloca diz respeito ao modelo de revisão previsto no Ato das Disposições Transitórias. Ter-se-ia aqui uma decisão do constituinte originário de, eventualmente, superar a própria identidade da Constituição, autorizando-se, excepcionalmente, o constituinte derivado inclusive a proceder à *revisão total* da Constituição? Ou cuidar-se-ia ainda de uma revisão parcial, mesmo que especialíssima, pois não submetida ao modelo do art. 60, § 3º?

Se for afirmativa a resposta à primeira questão, ter-se-á a possibilidade de substituir toda a Constituição por uma outra no âmbito do processo de revisão.

Do prisma conceitual já não se cuidaria de uma revisão, mas, efetivamente, de um legítimo processo constituinte.

Se se entender, todavia, que se trata de uma revisão parcial, ainda que ampla, não há dúvida de que os pressupostos relativos às cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, aplicam-se também a esse processo especial de reforma.

Como referido, as *cláusulas pétreas* ou as *garantias de eternidade* não asseguram, de forma infalível, a continuidade ou permanência de determinada ordem constitucional nem excluem a possibilidade de que essa ordem contenha uma cláusula de transição para outro regime ou modelo. A própria Constituição alemã de 1949 prevê, no seu art. 146, a possibilidade de dissolução da ordem fundada pela Lei Fundamental de Bonn

em decorrência de decisão a ser tomada após o processo de reunificação.

Em outros termos, o limite da revisão não reside, necessariamente, na fronteira entre a legitimidade e revolução (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 233).

É possível, pois, proceder à transição de uma Constituição para outra em um processo ordenado e sem quebra da legitimidade.

Por isso, observa Bryde que se pode substituir a tradicional dicotomia entre poder constituinte originário e poder de revisão por uma fórmula tricotômica, que conceba a revisão total como modelo intermediário.

Convém registrar, a propósito, o seu magistério: "A substituição da democracia parlamentar, na França, por um sistema presidencial-parlamentar misto, em 1958, não representou uma revolução se se entender esta expressão não só no seu sentido natural, mas também no sentido de uma diferenciação entre o desenvolvimento legítimo e ilegítimo da comunidade. Isso significa que nós podemos substituir a tradicional dicotomia entre processo constituinte originário (*verfahrensgebundener pouvoir constituent*) e o processo de revisão (*verfasster Revisionsgewalt*) por um modelo tricotômico no qual a possibilidade da legítima substituição da ordem constitucional por outra (revisão total: *Totalrevision*) seja contemplada como uma forma intermediária. A revisão total pode ser disciplinada juridicamente, de modo a ampliar os limites dos métodos ordenados e regulados de desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) à custa da 'Revolução'.

"Esse problema foi resolvido de forma particularmente feliz em algumas constituições estrangeiras, que distinguem expressamente a revisão parcial da revisão total. Isto se aplica, v.g., à Constituição suíça (arts. 118-123) e à Consti-

tuição austríaca (art. 44). Além disso, os pressupostos da revisão total são mais restritivos do que aqueles aplicáveis à revisão parcial. Tal fato resulta mais evidente na Constituição austríaca, que exige um referendo para a revisão total (*Gesamtänderung*) (art. 44, II). Portanto, não se afigura possível uma revisão total sem a participação do titular do poder constituinte. A Constituição suíça exige a participação do povo e de seus representantes tanto para a revisão parcial, quanto para a revisão total. (...) Se nesse processo se der a substituição de uma Constituição por outra, já não se terá, certamente, do ponto de vista conceitual, simples revisão constitucional, mas, tendo em vista a identidade entre o titular do poder constituinte originário e derivado, dever-se-á considerar tal processo como legítimo processo constituinte sob a roupagem de um processo de revisão" (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 234).

Mais recentemente, a Constituição espanhola de 1978 consagrou expressa previsão de revisão total nos seguintes termos: "Art. 168. 1 — Quando for proposta a revisão total da Constituição ou uma revisão parcial que afete o título preliminar, a seção I do capítulo II do título I ou o título II, proceder-se-á à aprovação do princípio da revisão por maioria de dois terços de cada Câmara e à dissolução das Cortes. 2 — As Cortes que vierem a ser eleitas deverão ratificar a decisão e proceder ao estudo do novo texto constitucional, que deverá ser aprovado por maioria de dois terços de ambas as Câmaras. 3 — Aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, será submetida a referendo para ratificação".

Parece constituir, portanto, apanágio do processo de revisão total da Constituição não só a fixação de procedimento mais restritivo, em relação ao processo de emenda, como também a necessidade de participação do efetivo titular do poder constituinte, o povo.

A formulação contida nos artigos 2º e 3º das Disposições Transitórias não autoriza supor tenha o constituinte pretendido permitir a reforma total da ordem constitucional ou até mesmo a sua substituição no processo de revisão. Já a utilização do termo "revisão" parece indicar — não obstante a relativa ambigüidade da expressão — que se não cuida aqui de um novo processo constituinte.

Embora o constituinte tenha condicionado a mudança da forma e do sistema de governo à aprovação plebiscitária (ADCT, art. 2º), é certo que se trata de manifestação popular específica, tópica, que pareceu indispensável para a efetivação de possível mudança de elementos essenciais da Constituição.

Se pretendesse submeter a Constituição a uma revisão total, teria o constituinte, certamente, recorrido à aprovação popular prévia ou posterior (plebiscito ou referendo), tal como verificado em relação à forma e ao sistema de governo.

Pode-se afirmar, outrossim, que, ao excluir da proteção das cláusulas pétreas o regime republicano, parece ter entendido o constituinte serem intangíveis os princípios básicos contidos nessas *garantias de eternidade*. Embora a mudança da forma de governo seja de tal ordem substancial que implica mesmo uma alteração da *identidade da Constituição*, no sentido de Schmitt, não há dúvida de que essa possibilidade foi expressamente contemplada pelo constituinte, que, por isso, houve por bem retirar o regime republicano da proteção da *cláusula pétrea*.

Se dogmaticamente correta essa colação, afigura-se lícito admitir que o constituinte brasileiro criou uma nova categoria de revisão — a *revisão ampla* —, que, embora diferenciada da emenda constitucional pura e simples, não se confunde a com a *revisão total*, por estar vinculada a limites materiais expressos.

Feitas essas colocações e afirmada a vigência das cláusulas pétreas também para o processo especial de revisão previsto no art. 3º do ADCT, cumpre examinar a alegação de ofensa ao princípio da divisão de poderes formulada na presente ação direta.

#### 6. Da alegação de ofensa ao princípio da divisão de poderes

Sustentam os autores que a Emenda Constitucional n. 2, de 1992, afrontaria o princípio da divisão de poderes, devendo, por isso, ser declarada inconstitucional em face da cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, da Constituição.

Segundo afirmam, a forma e o sistema de governo estão tão vinculados à idéia de separação de poderes que se afigura inadmissível a intervenção, nesse âmbito, do poder constituinte derivado. É o que lê na seguinte passagem da inicial: "Quem diz forma e sistema de governo, diz distribuição e separação de poderes. Essa é a matéria cuja normatização a lei magna brasileira interdito aos poderes constituídos. Estes não receberam qualquer competência para, alterando o que decorre da lei básica, editar normas sobre forma e sistema de governo".

Efetivamente, a questão do sistema e da forma de Governo envolve aspectos relacionados com o princípio da separação e da independência dos poderes.

Sobre esse tema manifestou-se o Supremo Tribunal na Representação (interventiva) n. 94, da relatoria do Ministro Castro Nunes. Cuidava-se de arguição de inconstitucionalidade contra dispositivos da Constituição estadual do Rio Grande do Sul que consagrara disposições pertinentes a um sistema parlamentar de Governo.

Após enfatizar que o modelo de divisão de poderes vigente no plano era vinculante para os estados-membros, afir-

mou o eminente magistrado, no seu elucidativo pronunciamento:

“Na verdade, o princípio da separação dos poderes, cuja independência está pressuposta na Constituição, não comporta o regimen parlamentar ou qualquer de suas assemelhações. Se o comportasse, seria por igual admissível no jogo de poderes da União. Porquanto o princípio, antes de ser inscrito como regra orgânica dos Estados, inscrevesse no mecanismo dos poderes da União, art. 36: ‘São poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si’.

“Se a vida da relação de Executivo e do Legislativo não pode ser posta em termos diversos dos estruturados na Constituição, não estando ao alcance do Congresso modificá-los por uma lei para estabelecer alguma fórmula de mais íntima penetração, é desde logo inconcebível que possam fazê-lo os Estados, mesmo em função constituinte, a que se dirige, precipuamente, a menção daquele princípio na enumeração do n. VII” (Representação n. 94, Relator Min. Castro Nunes, in *Archivo Judiciario*, 85, p. 31 (40)).

E, adiante, explicitava essa orientação: “Quando a Constituição declara que os poderes são entre si independentes supõe o Executivo, constituído por essa forma e não repartido entre o Presidente e o Ministério, como órgão coletivo ou o Governador e o Secretariado” (in *Archivo Judiciario*, 85, pp. 31 (41)).

Embora não se possa negar que a modificação da forma e sistema de governo, abstratamente considerada, afeta o princípio da separação de poderes, parece imperativo reconhecer, também, que eventuais modificações relacionadas a esses aspectos foram expressamente contempladas pelo constituinte originário, ao estabelecer a disposição do art. 2º das Disposições Transitórias. Tem-se, pois, aqui uma expressa ressalva à aplicação da cláusula pétrea relativa à separação de Poderes.

Poder-se-ia argumentar que o constituinte outorgou expressamente ao detentor do poder de revisão o especial poder de rever inclusive esta cláusula pétrea. Daí a necessidade de que restassem intocadas as disposições contidas nos artigos 2º e 3º do ADCT.

Essa argumentação não pode ser acolhida. O fato de o constituinte ter retirado das *garantias de eternidade* a república demonstra, de forma inequívoca, que, embora especial, a revisão prevista no art. 3º das Disposições Transitórias não se confundia com um novo processo constituinte. Cuida-se, ainda, de uma reforma que, por isso, deveria guardar observância dos princípios protegidos pela garantia de eternidade prevista no art. 60, § 4º.

Não se afigura impossível, pois, compatibilizarem-se as disposições contidas no art. 60, § 4º, do corpo permanente da Constituição, e nos artigos 2º e 3º do ADCT, se se entender que o constituinte, *ab initio*, pretendeu deixar em aberto a questão da forma e do sistema de governo, a ser decidida quando da realização do plebiscito e concretizada no âmbito do processo de revisão previsto no art. 3º das Disposições Transitórias.

Problema de inegável relevo é o referente aos eventuais efeitos da mudança eventualmente realizada na Constituição Federal, admitida, v.g., a aprovação do Parlamentarismo, em relação aos sistemas constitucionais das unidades federadas e a estrutura orgânica dos municípios. Se se considerar que o sistema de governo adotado no plano federal vincula os Estados e Municípios, ter-se-á a introdução de um sistema parlamentar de governo por força da eficácia irradiante do novo modelo federal.

Todavia, essa questão, que é de extrema complexidade e delicadeza, não tem relevância para a decisão da ação direta submetida ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, cumpre acentuar tão-somente que a emenda constitucional referida não afetou o princípio de divisão de poderes protegido pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º. Ressalte-se, ainda, que a argumentação acima expendida não retira o valor e o significado do princípio da divisão de poderes para a ordem constitucional, especialmente para a relação entre o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo.

Portanto, a relativização do referido princípio é *tópica*, pois circunscrita à eventual mudança da forma e do sistema de governo, *temporária*, porquanto relacionada com o processo especial de revisão, estando intimamente vinculada a uma *decisão direta da soberania popular*.

#### 7. A Emenda Constitucional n. 2 e as limitações implícitas

Como observado, dificilmente o problema suscitado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 2 será resolvido com a aplicação direta das cláusulas pétreas ou das garantias de eternidade consagradas no art. 60, § 4º, da Constituição.

Sabe-se, porém, que, se adotarmos a concepção teórica de Schmitt sobre a identidade e continuidade da forma do Estado e da Constituição, teremos de admitir que a *imutabilidade* imanta não apenas os princípios gravados com a cláusula pétrea, estendendo-se, também, à própria norma consagradora dessas *garantias de eternidade* e às disposições relativas ao processo de reforma e de revisão constitucional.

Nessa linha de entendimento, seria lícito sustentar que, ao modificar a data do plebiscito, teria o constituinte alterado elemento essencial de identidade da Constituição, pertinente ao processo de revisão, atuando, assim, de modo contrário à Constituição.

Não se coloca em dúvida aqui que as *disposições básicas* sobre o processo de reforma e de revisão constitucional são cláusulas essenciais à continuidade e à identidade da Constituição, afigurando-se, por isso, insuscetíveis de alteração.

Assim, eventual proposta com o escopo de tornar mais flexível o processo de reforma constitucional previsto no art. 60, da Constituição, deveria ser fulminada com a declaração de inconstitucionalidade. Idêntico destino haveria de ter proposição destinada a tornar ainda menos rígido o processo de revisão previsto no art. 3º do Ato das Disposições Transitórias.

Resta, porém, a indagação referente à legitimidade da Emenda Constitucional que antecipou para abril de 1993 o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, cuja realização estava prevista inicialmente para 7 de setembro de 1973 (ADCT, art. 2º).

O constituinte de 1988 atribuiu tal importância à decisão sobre a forma e o sistema de governo que houve por bem submetê-la à aprovação do titular efetivo do poder constituinte. Cuida-se, pois, de uma *decisão fundamental* que depende, na sua essência, de deliberação do povo em plebiscito especialmente organizado.

Assim, se o constituinte derivado procedesse à supressão dessa *decisão* ou se a adulterasse de tal modo a desfigurar o seu significado, pareceria inevitável o reconhecimento da ilegitimidade dessa conduta. Ao suprimir a cláusula sobre mudança da forma e do sistema de governo, o constituinte derivado estaria alterando uma *decisão fundamental* do constituinte que assegura a possibilidade de transição de um modelo substancialmente diverso para outro sem quebra de continuidade da Constituição.

Em suma, a supressão dessa cláusula conteria uma decisão contrária à possibilidade jurídica de alteração da forma

e do sistema de Governo. É que, ressalvada a utilização desse processo especial previsto nos artigos 2º e 3º do ADCT, o modelo republicano-presidencial — modelo que expressa a identidade e a continuidade da Constituição — não se afigura, em princípio, suscetível de alteração mediante simples atuação do poder constituinte derivado.

O próprio texto constitucional não deixa dúvida de que a forma republicana integra sua identidade, pois, não obstante a disposição do art. 2º do ADCT e da não referência à forma republicana de governo no âmbito das cláusulas pétreas, preservou a forma republicana como um dos princípios sensíveis que deve ser observado pelos Estados-membros na sua organização (art. 34, VII, a).

Não obstante, é de indagar-se se a simples antecipação da data do plebiscito já deveria ser considerada ofensiva a uma limitação implícita imposta ao legislador constituinte (constituente derivado).

Essa questão toca um dos temas delicados da hermenêutica constitucional, que é, exatamente, o problema da interpretação das cláusulas pétreas e das limitações implícitas ao poder de revisão.

Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma *interpretação compreensiva* diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia de imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar a sua ruptura.

Como referido, na controvérsia relativa à legitimidade da emenda constitucional que estabelecia restrições ao sigilo postal, telegráfico e telefônico (Lei Fundamental, art. 10), o *Bundesverfassungsgericht* deixou assente que, como as *garantias de eternidade* são excepcionais,

não devem elas ser interpretadas de modo a impedir que o legislador constituinte introduza modificações que sejam iminentes ao sistema jurídico (Die mit der Formulierung des art. 79 Abs. 3 verbundene Einschränkung der Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers muss bei der Auslegung um so ernster genommen werden, als es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber gehindert wird, durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren) (BVerfGE 30, 1 (25)).

Isto faz com que a doutrina procure um caminho adequado entre posições que levam à redução extrema do significado dessas cláusulas (*Minimalisierung*) ou ao congelamento do sistema constitucional (*Zementierung*) (Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 245).

Doutrinadores eméritos chegam mesmo a admitir a possibilidade de revisão das próprias cláusulas expressas de imutabilidade. É o que lê, v.g., na seguinte passagem de Jorge Miranda: “Repetimos: as normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito de revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam. Como tais — e sem com isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia — elas são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão. Não são elas próprias limites materiais” (*Manual de Direito Constitucional*, t. II, Coimbra, 1982, p. 181).

As palavras do eminente constitucionalista português devem ser recebidas com alguma reserva, uma vez que a re-

visão de determinada disposição constitucional traz insita, as mais das vezes, a alteração do princípio que lhe dá embasamento.

Não se pode negar que a fixação de um catálogo de cláusulas imutáveis parece contraditar as abordagens teóricas que pretendem fundamentar os limites da revisão constitucional, tendo em vista a índole marcadamente anti-positivista dessas diferentes concepções.

É certo que também Carl Schmitt viu com ceticismo a possibilidade de se estabelecer, com êxito, um catálogo de princípios imutáveis, pois, tal como observou ironicamente, isto pareceria uma lista de bens impenhoráveis diante do juiz de execução (*Katalog unpfändbarer Sachen für einen Gerichtsvollzieher*) (Schmitt, Carl, apud Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 237).

Vislumbra-se, pois, aqui a possibilidade ou mesmo a configuração de um conflito entre a Constituição enquanto “decisão” e determinadas disposições constitucionais (cf., sobre o assunto, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 236), ou, se quisermos, entre o direito de mudar a Constituição e a exigência de continuidade e estabilidade da ordem constitucional (cf., a propósito, Inocêncio Mártires Coelho, “Os limites da revisão constitucional”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 178, 1991, p. 5 (6)).

O que interessa efetivamente, aqui, é adotar uma interpretação que assegure o necessário equilíbrio entre estabilidade e desenvolvimento, que evite tanto a dissolução da ordem constitucional, quanto o congelamento da ordem jurídica, que poderá levar a uma ruptura (cf., sobre o assunto, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 5).

Essa parece ter sido a orientação que norteou o Supremo Tribunal Federal na decisão do Mandado de Segurança n. 20.257 (Relator Min. Moreira Alves). No

referido precedente, restou assentado que o fato de determinada emenda afetar aspectos relacionados com o conteúdo de princípios protegidos pelas cláusulas pétreas não se afigurava suficiente para acoimá-la de inconstitucional.

Cuidava-se de proposta de emenda que prorrogava o mandato dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, para fazê-los coincidir com os mandatos federais e que, segundo sustentado pelos impetrantes, afrontava o princípio republicano.

A propósito, observou o Ministro Moreira Alves: “A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a República, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução dos princípios de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse, estaria a admitir a prorrogação por vinte, trinta ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional” (RTJ 99, pp. 1.040-1.041).

Portanto, para configurar lesão a uma limitação constitucional expressa não basta que se constate ter a norma promulgada pelo exercente do poder constituinte derivado afetado aspectos de determinado princípio. Faz-se mister que se configure, efetivamente, uma lesão a elemento essencial do princípio protegido. Assim, eventual emenda constitucional que conferisse nova conformação a direito fundamental, submetendo-o, v.g., a uma restrição legal, não prevista originariamente, não parece afetar, em princípio, a garantia de eternidade que



veda emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos individuais.

Não se pode negar que o tema dificilmente comporta afirmações apodíticas ou a formulação de regras abstratas aplicáveis a todas as hipóteses.

Ao revés, no juízo de ponderação, assaz difícil em casos de colisão de princípios constitucionais, há de se considerar se a alteração constitucional afeta, tão-somente, aspectos ou posições marginais (*Randpositionen*) da norma ou princípio considerado insuscetível de alteração ou se, de fato, diz respeito com o próprio núcleo da disposição protegida (*Kernbereich*) (BVerfGE 28, 243 (262)).

No caso em apreço, embora não se discuta a natureza essencial da decisão do constituinte sobre a realização do plebiscito para os fins de eventual mudança da forma e do sistema de governo, dentro de determinado prazo, parece altamente questionável a tentativa de vislumbrar na data fixada para sua realização (7 de setembro de 1993) um elemento essencial dessa decisão.

Essencial, nessa decisão do constituinte, é a própria definição do plebiscito e a consequência que se lhe atribuiu de produzir profunda alteração no próprio sistema constitucional com a possível adoção da forma de governo monárquica e do sistema parlamentarista de governo. A realização do plebiscito um pouco mais cedo ou um pouco mais tarde não altera, na substância, a decisão fundamental consagrada no art. 2º do ADCT.

Da mesma forma, não assume maior relevo, no juízo de constitucionalidade, o papel maior ou menor que se conferiu ao Tribunal Superior Eleitoral.

Trata-se de elementos de caráter processual-instrumental e, por isso mesmo, necessários, mas não fundamentais na aceção acima esposada.

Sem dúvida, outra poderia ser a conclusão se a proposição tivesse por es-

copo suprimir a consulta plebiscitária e, eventualmente, o processo de revisão dela decorrente, pois, nesse caso, tal como ressaltado, estar-se-ia adulterando uma *decisão fundamental* do constituinte que, dada a relevância da questão, entendeu que ela haveria de ser definida pelo detentor efetivo do poder constituinte.

Nem se pode afirmar, como fazem os requerentes, que “reconhecer ao Congresso a faculdade de alterar a data do plebiscito seria reconhecer-lhe a faculdade de adiá-lo indefinidamente”.

Se, efetivamente, se constatasse que o escopo da emenda constitucional era elidir a realização do plebiscito, outro haveria de ser o juízo a propósito. Mas, tal como já assentou o Supremo Tribunal Federal, tais questões não de ser contempladas “à vista do fato concreto, e não de suposição que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional” (RTJ 99, pp. 1.040-1.041).

Ressalte-se, pois, que a ponderação entre os princípios em conflito — o relativo à mutabilidade da Constituição e aquele outro, pertinente à imutabilidade de determinadas disposições — não permite afirmar que, ao proceder às alterações contidas na Emenda Constitucional n. 2, de 1992, tenha o poder constituinte derivado afrontado decisão fundamental do constituinte originário.

Mais uma vez impende ressaltar que imutabilidade de que a doutrina cogita é de *índole jurídica* — e, por isso, comporta interpretações — e não de *natureza física*. Fica evidente, assim, que uma disposição constitucional gravada com as *garantias de eternidade* podem sofrer alteração formal sem qualquer prejuízo para o seu conteúdo.

Nesses termos, afigura-se manifesta a improcedência da presente ação direta.

Brasília, 8 de fevereiro de 1993

## PARECERES

### REGIME JURÍDICO ÚNICO — INCLUSÃO, SEM CONCURSO, DE SERVIDORES CELETISTAS

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado em Santos (SP)

#### 1. Regime jurídico único

A Constituição da República, em seu art. 39, obrigou as entidades federativas a instituir regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias, e das fundações públicas.

A aplicação dessa regra tem levantado, dentre outros problemas, o seguinte: é constitucional a norma municipal que, independentemente de concurso, inclua no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constituição de 1988?

Várias opiniões dão resposta negativa a essa pergunta, invocando o disposto no art. 37, II, da Lei Magna: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Entendo ser afirmativa a resposta: o município pode, independentemente de concurso, incluir no regime único servidores celetistas admitidos anteriormente à Constituição de 1988. E, para demonstrá-la, empenho-me como segue:

#### 2. Regime estatutário

Há, em nosso direito, a tradição de designar-se, como “estatuto”, a lei geral concernente ao funcionalismo público; assim, o estatuto dos funcionários públicos da União, e, em seus respectivos níveis e âmbito, os vários estatutos pertinentes ao funcionalismo estadual e municipal. No direito pátrio, a mulher casada, o advogado, o menor de idade, têm seu estatuto. Estatuto é também o termo com que se designa a regra particular de uma associação civil, ou sindicato (o que, em Roma, corresponde à *lex collegii*).

Durante a Idade Média estabeleceu-se uma certa oposição entre “estatuto” e “lei”, na medida em que se entendia como obrigatória apenas a norma posta pelo rei e pelo papa; o termo “estatuto”, indicativo de uma certa autonomia, passou entretanto a compaginar-se com a lei na medida em que estatutos particulares vinham a ser reconhecidos ou outorgados pelo poder real. Desse ponto de vista há certa sinonímia entre estatuto, carta de foral, e carta colonial.

Ninguém aproximou-se tanto da noção que temos hoje de estatuto quanto