ULISSES, AS SEREIAS E O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA*

"[...] antes de mais nada, ordenou ela que evitássemos a divina voz das Sereias e seu florido prado; ordenou que apenas eu as ouça. Mas que seja eu atado com fortes laços, de modo que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, preso por cordas. Se vos implorar e ordenar que me solteis, apertai-me com ainda mais laços [...]"
"[...] e eles amarraram minhas mãos e pés, permanecendo eu em pé junto ao mastro, atado por cordas [...]"
"[...] então elas cantaram, e suas vozes magníficas inundaram-me o coração com o desejo de as ouvir, e, com um movimento das sobrancelhas, ordenei meus camaradas que me soltassem; eles, porém, curvaram-se sobre seus remos e continuaram a remar [...]"
(Homero, *Odisséia*, Livro XII)

1. A tese da dupla revisão. 2. Limites explícitos e implícitos ao poder de emenda. 3. Um poder heterônomo e o paradoxo de Alf Ross. 3.1. O paradoxo de Alf Ross. 3.2. A solução do paradoxo. 3.3. Crítica. 3.3.1. Cadeias de validade. 3.3.2. A norma fundamental de Ross. 4. Rigidez e supremacia constitucional. 5. O autor da constituição. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

O propósito deste trabalho é uma análise dos limites ao poder de reforma constitucional, impostos ao constituinte derivado pela Constituição de 1988, colocados em xeque pela chamada *teoria da dupla revisão*. Além disso, e ainda que os defensores de tal teoria se refiram, na maioria das vezes, somente à possibilidade de modificação das chamadas cláusulas pétreas, isto é, dos §§ 1° a 4° do art. 60 da Constituição, faz também parte do escopo deste artigo a discussão acerca da possi-

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Doutorando na Universidade de Kiel, Alemanha.

bilidade de alteração do *quorum* de três quintos para emendas à constituição, previsto pelo § 2° do mesmo art. 60. Os argumentos aqui aduzidos são, em grande parte, válidos para ambos os casos.

Os "alvos" principais da minha argumentação são dois trabalhos que, posto que quase nada tenham em comum, resumem bem os argumentos favoráveis à possibilidade de modificação dos artigos constitucionais que disciplinam as condições e os limites da própria modificação constitucional, e servirão, por isso, como base para a discussão dos dois problemas citados no parágrafo anterior. O primeiro trabalho, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, trata especificamente do alcance das chamadas cláusulas pétreas e defende expressamente a tese da dupla revisão.[1] O segundo, de autoria de Alf Ross, trata apenas dos problemas relativos à alteração do procedimento de emenda constitucional e defende a possibilidade de alteração desse procedimento.[2] Isso não exclui, obviamente, a análise de outros trabalhos acerca do tema, pois não são poucos os autores que trataram do assunto.

O artigo começa com uma exposição dos argumentos que suportam a tese da dupla revisão (item 1). A seguir, proceder-se-á a uma análise dos limites ao poder de reforma constitucional, para demonstrar que, ao lado dos limites explicitados pela constituição, há limites implícitos, os quais, por uma questão lógica, não necessitam ser explicitados (item 2). No item (3.), ficará claro que o poder constituinte derivado é um poder heterônomo, ou uma reserva de constituição. Isto servirá para demonstrar que esse poder, responsável pelas emendas à constituição, é um poder que não pode dispor de sua própria regulamentação. Surge então a necessidade de se analisar o chamado "paradoxo de Alf Ross" (3.1) e a solução que o próprio Ross oferece (3.2) para que, após isso, possa ser demonstrado que o problema, que dá ensejo ao paradoxo, não comporta uma solução sem ruptura na ordem jurídica (3.3.1) e que a solução de Ross é inaceitável (3.3.2). O tópico seguinte é dedicado a uma análise da rigidez e da supremacia constitucional, para demonstrar que a possibilidade de uma alteração do *quorum* exigido para emendas constitucionais significa uma autorização para destruí-la (item 4). Por fim, como contra-argumento a um dos argumentos dos defensores da tese da dupla revisão, realizar-se-á uma espécie de "investigação de paternidade" da constituição, para demonstrar que a constituição de 1988, ao contrário do que afirmam alguns autores, é obra do poder constituinte originário e não do poder constituinte derivado (item 5).

1. A tese da dupla revisão

A tese sustentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho é a de que as limitações materiais ao poder de emenda constitucional, previstas no art. 60, § 4°, não podem ser encaradas como uma cláusula eterna, que petrifica o direito constitucional posi-

1 Cf. Manoel Goncalves Ferreira Filho, "Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'", *RDA* 202, pp. 4 ss.

2 Cf. Alf Ross, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", *Mind* 78, pp. 1 ss..

tivo.[3] Ainda que pouco comum na tradição constitucional brasileira, tal tese não é nova, e sua essência pode ser encontrada, por exemplo, no art. 28 da declaração dos direitos do homem da constituição francesa de 1793, por sua vez baseado no projeto de Condorcet, segundo o qual, "uma geração não pode sujeitar as gerações futuras a suas próprias leis".[4]

Segundo Ferreira Filho, as matérias ressalvadas contra o poder de emenda só continuam protegidas enquanto perdurar a atual redação do § 4° do art. 60, o que significa que o próprio § 4° poderia ser modificado, podendo dele ser excluída uma ou mais das vedações atualmente existentes. Por exemplo, para que a forma federativa de Estado pudesse ser abolida, bastaria um processo em duas fases (*dupla revisão*): na primeira delas, eliminar-se-ia o inc. I do § 4° e, com o caminho livre, passar-se-ia, em uma segunda fase, à desejada abolição dessa forma de Estado. O mesmo valeria para o voto direto, secreto, universal e periódico, para a separação de Poderes e para os direitos fundamentais. Conquanto Ferreira Filho não o inclua explicitamente, o mesmo raciocínio valeria também para o *quorum* de três quintos, previsto no § 2° do art. 60.

Os argumentos aduzidos por Ferreira Filho, a favor de sua teoria, poderiam ser sintetizados no seguinte silogismo:

> — Somente fazem parte do núcleo imutável da constituição aquelas matérias *expressamente* protegidas pelo poder constituinte, isto é, as quatro matérias arroladas nos incisos do § 4° do art. 60;
> — O próprio artigo que regulamenta o poder de reforma constitucional (art. 60), não está incluído entre as matérias imutáveis;
> — O art. 60 pode ser emendado.

Além desse silogismo, que constitui o cerne da argumentação de Ferreira Filho, há um argumento paralelo, que poderia ser resumido em outro silogismo, como se segue:

> O que o poder constituinte derivado modifica, em uma constituição, pode ser posteriormente modificado pelo mesmo poder derivado;
> — A Constituição de 1988 é obra do poder constituinte derivado;
> — A Constituição de 1988 pode ser alterada pelo poder constituinte derivado.

3 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'", p. 11.

4 Faz-se necessário deixar claro que não faz parte do objeto deste artigo discutir a legitimidade do constituinte para prescrever cláusulas imutáveis às gerações seguintes ou a conveniência de tais cláusulas. A presente análise tem caráter estritamente dogmático, ocupando-se, mais especificamente, de problemas relativos às dimensões analítica e normativa da dogmática jurídica. Isso significa uma limitação da discussão a uma análise sistemática dos conceitos jurídicos em questão, com vistas a possibilitar uma resposta racionalmente fundamentada aos problemas apresentados. Cf., sobre essas diversas dimensões da dogmática jurídica, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 23 ss.

Do ponto de vista interno, ambos os silogismos são irrefutáveis, já que as conclusões decorrem logicamente de suas premissas. O problema a ser discutido mais adiante é o referente à justificação externa, que diz respeito à veracidade das premissas. É nesse ponto que a argumentação é falha.[5]

O principal ponto de apoio da teoria da dupla revisão, em sua argumentação pela possibilidade de modificação desses limites, é, portanto, o fato de o próprio art. 60, § 4º não estar protegido contra mudanças. Essa é a justificação primordial que permitiria o citado processo em duas fases, que consiste na alteração da cláusula protetora, seguida da modificação da matéria que se pretendia alterar, visto que, após a primeira etapa, ela não fará mais parte do núcleo imutável da constituição.

A despeito do sentimento de estranheza e desproteção causados, pela teoria da dupla revisão, nos estudiosos acostumados a outra interpretação dos limites ao poder de revisão, não são poucos os seus defensores. Hans Haug, em 1947, defendia exatamente a mesma idéia, com palavras bastante semelhantes às de Ferreira Filho. Segundo ele, as cláusulas pétreas são "efetivas limitações jurídicas, mas apenas *enquanto* tais grilhões [...] não forem eliminados pelo processo normal de emenda constitucional. Essa eliminação das 'cláusulas pétreas' abriria então caminho para a revisão dos princípios básicos ou da forma de Estado".[6] No Brasil, Manoel Gonçalves Ferreira Filho parece ser o único a defender de forma clara e coerente a tese da dupla revisão, aceitando todas as suas possíveis conseqüências, enquanto outros autores costumam ser contraditórios, quando admitem a possibilidade de revisão das chamadas cláusulas pétreas. Raul Machado Horta, por exemplo, defende a possibilidade da dupla revisão, admitindo não somente a modificação das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), como também do *quorum* para emendas constitucionais (art. 60, § 2º), mas ressalva que tais procedimentos são possíveis somente se não implicarem a transformação da Constituição em uma constituição flexível e se não houver qualquer indício de "fraude à Constituição".[7] Segundo se verá adiante, ambas as conseqüências citadas são conseqüências inarredáveis da adoção da dupla revisão, o que torna inócua a ressalva de Machado Horta. Cármen Lúcia Antunes Rocha também não escapa dessa contradição. Se por um lado ela afirma que "as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos *não podem ser consideradas absolutamente imutáveis*", assevera ela, por outro lado, que "a reforma constitucional é limitada pelo constituinte originário, que preestabeleceu o modelo pelo qual ela se deve passar. O descumprimento destes limites é inválido, inconstitucional, imoral e antidemocrático".[8] Ora, descumprir a imutabilidade prevista pelo constituinte originário significa exatamente descumprir o modelo e os limites por ele impostos. E

5 A respeito da justificação interna e externa dos silogismos, cf. Jerzy Wróblewski, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie* 5, pp. 33 ss.; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 373 ss.

6 Cf. Hans Haug, *Die Schranken der Verfassungsrevision*, p. 180.

7 Cf. Raul Machado Horta, *Estudos de direito constitucional*, p. 128.

8 Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, "*Constituição e mudança constitucional*", *RIL* 120, pp. 181 e 185, respectivamente (grifei).

esse descumprimento, segundo o próprio ensinamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, deve ser considerado como *inválido*, *inconstitucional*, *imoral* e *antidemocrático*. Tanto Raul Machado Horta quanto Cármen Lúcia Antunes Rocha parecem confundir o juízo sobre a *conveniência* das chamadas cláusulas pétreas com a discussão dogmática acerca do seu *significado* e do seu *alcance*.[9]

Em Portugal, Jorge Miranda afirma que as normas que instituem os limites ao poder de emenda constitucional "são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e podem vir a ser suprimidas através de revisão".[10] Na Alemanha, a teoria tem pouca força entre os constitucionalistas, mas a imutabilidade das "cláusulas pétreas" já foi atacada em decisão do Tribunal Constitucional.[11] Outros autores, como Karl Loewenstein, Gerhard Anschütz, Léon Duguit e Hans Kelsen, podem ser citados para demonstrar que tanto a supremacia constitucional quanto as chamadas cláusulas pétreas nem sempre foram aceitas com a naturalidade de hoje.[12] Mas talvez seja Alf Ross o autor que mereça mais atenção na discussão sobre o tema. Ross, ainda que não abordando o problema das chamadas cláusulas pétreas, defendia, em seu famoso artigo sobre auto-referência em direito constitucional, a possibilidade de alteração do próprio artigo que previa o mecanismo de emenda da constituição dinamarquesa.[13] O citado artigo de Ross merecerá uma análise mais detida adiante.

Exposta a teoria da dupla revisão e seus argumentos, passo a analisar o que considero serem as suas falhas.

9 Cf., sobre essa distinção, as notas de rodapé 4, *supra*, e 12, *infra*, especialmente a clara posição de Kelsen a respeito.

10 Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, II, p. 181.

11 BVerfGE, 30, 1. Tal decisão foi tomada por 5 votos contra 3. Os votos dissidentes encontram-se em BVerfGE, 30, 33. Além da dissidência dentro do próprio tribunal, essa decisão foi quase que unanimemente rechaçada pela comunidade jurídica alemã. Cf. Klaus Stern, "*Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des* Art. 79 III GG für die Grundrechte", *Juristische Schulung* 25, p. 329, especialmente nota 4.

12 No tocante à não-aceitação da supremacia constitucional, posicionava-se *Anschütz* da seguinte forma: "A constituição não está acima do Legislativo, mas sim à disposição dele". Cf. Gerhard *Anschütz*, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Art. 76, Nr. 1, p. 348. Já com relação às chamadas cláusulas pétreas, os autores citados ocupavam-se mais com sua conveniência do que com o debate sobre a mutabilidade daquilo que foi prescrito como imutável. Loewenstein, por exemplo, expressa dúvidas sobre a efetividade das chamadas cláusulas pétreas contra abusos de poder, mas não se manifesta sobre sua imutabilidade, quando expressamente previstas. Cf. Karl Loewenstein, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, p. 46 s. Em outro artigo, no entanto, parece ele até mesmo aceitar limites implícitos ao poder constituinte derivado, o que o exclui definitivamente da lista de autores que poderiam fornecer subsídios à tese da dupla revisão (cf. Loewenstein, "Kritische Betrachtungen zur Verfassungsänderung vom 27. März 1954", *DöV* 7, pp. 386 s. Kelsen é um dos poucos que se manifesta especificamente sobre o tema aqui tratado. Apesar de contrário à previsão de cláusulas eternas, por entendê-las incompatíveis em face das necessidades de reforma que o tempo impõe, acolhe ele a teoria de que tais cláusulas, *quando previstas*, não podem ser juridicamente modificadas. Cf. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 254. A posição de Duguit será analisada mais adiante, no tópico 5.

13 Cf. Alf Ross, "Self-reference and a Puzzle in Constitutional Law", pp. 1 ss.

2. *Limites explícitos e implícitos ao poder de emenda*

A constituição brasileira, como várias outras constituições do mundo ocidental, define, em seu art. 60, § 4°, os limites materiais ao poder de emenda constitucional, arrolando, em seus quatro incisos, as matérias que não podem ser abolidas pelo poder constituinte derivado.[14] A redação desse § 4° parece ser clara,[15] protegendo a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais contra modificações que os eliminem. Esses são os chamados limites explícitos ao poder de emenda constitucional.

A simplicidade da teoria da dupla revisão baseia-se, em grande parte, na postura positivista de não-aceitação de limites ao poder de emenda constitucional que não aqueles expressos pela constituição, isto é, na não-aceitação dos chamados *limites implícitos*.[16] A justificação para essa não-aceitação é também muito simples e pode ser resumida com a seguinte citação de Ferreira Filho: "difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele".[17] Portanto, se o constituinte não incluiu entre as matérias insuscetíveis de modificação o próprio artigo que disciplina o processo de emendas e as chamadas cláusulas pétreas, ele assim agiu por opção e não por esquecimento. Corroboraria essa posição o fato de algumas constituições alhures incluírem, no seu núcleo imutável, o próprio processo de modificação da constituição. Ferreira Filho cita como exemplo a constituição do Estado alemão de Hessen (art. 150, III), à qual poderíamos acrescentar as constituições do Estado de Renânia-Palatinado (art. 129, III) e a da Cidade-Estado de Bremen (art. 20, III).

Não parece correta, no entanto, essa argumentação, pois a não-previsão expressa da impossibilidade de modificação do art. 60 da Constituição não significa, necessariamente, uma *opção* constituinte pela *possibilidade* de sua alteração, pois pode-se entender que o que é *logicamente* vedado não precisa ser *positivamente* explicitado ou, como dizem Canotilho e Moreira, que "os limites implícitos não precisam de ser explicitados para valerem como limites efectivos da mudança constitucional".[18] E não parece também servir como argumento a existência de tal previsão expressa nas constituições acima citadas, pois estas, assim prevendo, *não são mais do que*

14 Não será aqui analisado, por não fazer parte do objeto deste trabalho, o alcance da expressão "tendente a abolir", isto é, se tal expressão significa uma vedação a qualquer mudança nas matérias elencadas no § 4°, ou se pequenas restrições que, em tese, não "tendessem a abolir" tais cláusulas, seriam permitidas.

15 "Art. 60. [...] § 4° — 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".

16 Cf., sobre a relação entre o positivismo jurídico e a não-aceitação dos chamados limites implícitos ao poder de reforma constitucional, Horst Ehmke, "Grenzen der Verfassungsänderung", pp 99 s.

17 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Significação e alcance das cláusulas pétreas", p. 14.

18 J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da constituição*, p. 302.

redundantes, e não se pode tomar a redundância como regra.[19] Além disso, esse argumento *a contrario sensu* pode valer tanto a favor da dupla revisão, quanto contra ela, dependendo da constituição que se cita. Da mesma forma que há constituições que *vedam expressamente*, há constituições que *autorizam expressamente* mudanças nos artigos que disciplinam o processo de reforma constitucional e seus limites.[20] Há, portanto, argumentos *a contrario sensu* para todos os gostos.

Afastado esse primeiro argumento contrário à existência de limites implícitos, procurarei demonstrar, nos próximos tópicos, o porquê de se considerar como limite implícito ao poder de emenda a proibição de modificação do próprio artigo que regulamenta esse poder (art. 60). Inicio com a análise do poder constituinte derivado como um poder heterônomo.

3. Um poder heterônomo e o paradoxo de Alf Ross

O poder de reforma constitucional, outorgado ao legislador pelo art. 60 da Constituição, é um poder derivado, constituído pelo titular do poder constituinte originário. Ora, se um poder é outorgado por alguém, parece lógico que os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante, *nunca pelo próprio outorgado*. Em outros termos, em um ordenamento jurídico hierarquizado como o nosso, *nenhuma fonte pode dispor de seu próprio regime jurídico*, pois esse é um poder que ela não tem[21] e *isso não precisa ser expresso*. Pensar de outra forma seria admitir, por exemplo, que o chefe do Poder Executivo, titular do poder regulamentar, pudesse sozinho ampliar os limites desse poder. Ainda que a Constituição não vede essa ampliação, ela decorre da própria hierarquia implícita na concessão de tal poder (*limite implícito*). Somente o outorgante do poder — o legislador constituinte — ou outra autoridade por ele indicada poderia proceder a tal ampliação, nunca o próprio

19 Interessante, neste passo, é verificar que a interpretação de comentadores das constituições estaduais alemãs vai nesse sentido e não corrobora, portanto, o argumento de Ferreira Filho. Cf., por exemplo, Heinzgeorg Neumann, *Die Verfassung des Freien Hansestadt Bremen: Kommentar*, p. 110: "Com a imutabilidade do art. 20 da constituição estadual [de Bremen] *repete* o constituinte estadual o *princípio implícito* da 'normológica', segundo o qual uma norma constitucional, que preveja o núcleo de proteção, não pode ela própria ser modificada ou revogada" (grifei). Cf. também Nelson de Souza Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, p. 88.

20 Um exemplo desse segundo caso é a Constituição de 1934 que, em seu art. 178, previa: "A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1° a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178) e *revista, no caso contrário*". Exemplos semelhantes oferecem a atual constituição alemã que, em seu art. 146, prevê a possibilidade de revisão total da constituição, após a reunificação alemã, e a constituição francesa de 1875, com a redação original do art. 8, que previa a possibilidade de sua revisão total.

21 Cf. Gustavo Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, pp. 101 e 102; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A teoria das constituições rígidas*, p. 48; Theodor Maunz / Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, § 5, IV.3, p. 35.

outorgado — o chefe do Executivo. Com esse conceito, parece ter ficado claro que uma autoridade não pode dispor dos limites de seu próprio poder, visto que esse poder — e seus limites — foram outorgados por uma autoridade superior que, por isso, detém essa prerrogativa.[22] Semelhante a esse conceito é o conceito de *reserva de constituição*, utilizado por José Juan Moreso e assim chamado em analogia à *reserva legal*. Uma disposição de reserva legal poderia ter a seguinte forma:

> (RL) "Somente o Parlamento, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, tem competência para ditar normas penais".[23]

Segundo Moreso, tal disposição não significa somente que uma norma penal, aprovada pela maioria absoluta do Parlamento, seja *válida*, mas também que uma norma penal que, após delegação do Parlamento, embora por maioria absoluta de seus membros, tenha sido aprovada por outro órgão ou pelo próprio Parlamento, segundo outro procedimento, seja *inválida*. Em resumo, em caso de reservas legislativas: (*a*) "somente o órgão competente pode ditar normas sobre a matéria reservada"; (*b*) "o órgão competente não pode delegar essa competência", pois, se assim não fosse, estaria ele burlando justamente o propósito da reserva.[24] Analogamente, uma disposição de reserva de constituição poderia ter a seguinte redação:

> (RC) Somente se o órgão *O*, mediante o procedimento *P*, ditar uma lei de reforma constitucional (*LR*), poder-se-á considerar *LR* como válida; se o órgão *O*, ainda que pelo procedimento *P*, autoriza, mediante a disposição *L*, outro órgão *O'* ou o mesmo órgão *O* com distinto procedimento *P'*, a ditar uma lei de reforma constitucional (*LR*), então a disposição *L* é inválida.[25]

Assim, Moreso chega à mesma conclusão a que mais acima se chegou, quando tratamos do poder constituinte derivado como poder heterônomo. E, com a redação que Moreso dá à disposição de *reserva de constituição*, fica claro o porquê da

22 Com isso, fica afastada também a teoria de que o limite implícito relativo ao processo de emenda só é válido quando a proposta for no sentido de atenuá-lo, isto é, de diminuir o *quorum* de 3/5, podendo ser admitida uma emenda que proponha aumentar esse *quorum*, digamos, para 2/3. Cf., para teorias nesse sentido, Nelson de Souza Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, pp. 95 e 107; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 70; do mesmo autor, "Limitações ao poder de reforma constitucional", *RF* 259, p. 76. Ora, se a impossibilidade de se modificar o próprio artigo que disciplina o processo de emenda à constituição baseia-se no argumento lógico-hierárquico segundo o qual um poder constituído não pode modificar seu próprio regime, isso tem que valer independente do conteúdo da reforma, sob pena de se invalidar o argumento. Se se admite esse limite por uma questão *lógica*, como parece ser o caso dos autores citados, parece ser contraditório que argumentos de *conteúdo* possam atenuar essa lógica.

23 Cf. José Juan Moreso, "*Disposiciones de reforma constitucional*", *Doxa* 10, p. 203.

24 Idem.

25 Idem, p. 204.

inconstitucionalidade de uma mudança do próprio mecanismo de reforma, porquanto tal mudança implicaria justamente a realização daquilo que a segunda parte de *RC* proíbe.

Essa discussão sobre a hierarquia implícita na concessão de competências leva, inevitavelmente, ao paradoxo de Alf Ross.

3.1. O paradoxo de Alf Ross

Para Ross, as regras de um ordenamento jurídico são criadas tendo como base outras regras jurídicas, chamadas *regras de competência*, que prescrevem as condições sob as quais as novas regras possam ser consideradas como válidas.[26] Pode-se dizer que toda regra de competência constitui uma autoridade, que, segundo Ross, é definida pelo conjunto de condições que determinam o processo de elaboração de textos normativos. Assim, toda autoridade é constituída por uma regra de competência que, por sua vez, é criada por outra autoridade. Como a validade da primeira autoridade deriva da segunda, esta deve ser considerada como hierarquicamente superior àquela. Como esse processo não pode ser infinito, deve haver uma autoridade máxima, cuja competência não deriva de nenhuma outra autoridade.[27] Isso poderia ser ilustrado da seguinte forma (*A* significa autoridade e *C*, regra de competência):

A_1 é constituída por C_1; C_1 é criada por A_2;

A_2 é constituída por C_2; C_2 é criada por A_3;

A_3 é constituída por C_3; C_3 não é criada por nenhuma outra autoridade.

Segundo Ross, então, A_3 é a autoridade máxima do ordenamento e C_3, a sua norma fundamental.[28] A pergunta que Ross faz, e que dá origem ao seu famoso paradoxo, diz respeito à fundamentação da existência jurídica de C_3. Segundo ele, apenas duas respostas são possíveis:

> (1) **C_3 é lei escrita** — não ter sido criada por nenhuma outra autoridade significaria que C_3 foi criada pela própria autoridade A_3.
> (2) **C_3 não é lei escrita** — isso significaria que sua validade não pode ser derivada da validade de nenhuma outra norma, sendo, assim, um *fato original*, uma pressuposição para a validade de quaisquer outras normas do sistema.

Traduzindo esse esquema para o direito constitucional, Ross define A_2 como sendo a autoridade legislativa e C_2, como as normas constitucionais que determinam as competências do legislador. Caso a constituição contenha regras para a sua própria

26 Cf. Alf Ross, *On Law and Justice*, § 16, p. 80; do mesmo autor, "*On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*", p. 1.

27 Ross, *On Law and Justice*, p. 80; "On Self-Reference", p. 2.

28 Ross, "*On Self-Reference*", p. 3.

reforma, essas regras (C_3) determinariam um outro processo de elaboração de textos normativos e constituiriam uma outra autoridade que seria o poder constituinte (A_3).[29] Assim, se a constituição não reconhece nenhuma autoridade superior para emendar as regras que regulam o processo de emenda constitucional, então A_3 é a autoridade máxima do sistema e C_3, a sua norma fundamental. Transpondo o exemplo para a Constituição de 1988, a autoridade máxima seria o poder constituinte derivado, definido pelo art. 60, § 2° e esse mesmo artigo seria a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

A questão que dessa situação surge é decisiva para o tema deste artigo: como pode o art. 60, § 2° (art. 88, no caso da constituição dinamarquesa), isto é, as regras C_3 que constituem a autoridade máxima A_3, ele próprio ser modificado? Segundo Ross, duas respostas são possíveis, baseadas nas duas respostas acima citadas sobre a fundamentação jurídica de C_3:[30]

> (1) o art. 60, § 2° deve ser emendado de acordo com suas próprias regras;
> (2) não há nenhum procedimento legal que possa servir como base para a mudança desse artigo, pois a validade do art. 60, § 2°, sendo um *fato original*, não deriva de nenhuma outra norma. Isso não significa, segundo Ross, que tal artigo seja imutável. Segundo ele, uma norma fundamental pode ser suplantada por uma outra norma fundamental, mas tal transição não seria produto de um procedimento jurídico.[31]

Ross entende, contudo, que ambas as respostas são inaceitáveis. A resposta (1) seria inaceitável por se tratar de uma proposição auto-referente, o que contrariaria o teorema lógico acerca da carência de sentido desse tipo de proposição. Em seu artigo, Ross dedica-se precipuamente a demonstrar que proposições auto-referentes carecem de sentido, de forma a fundamentar sua rejeição da primeira resposta. Não há, contudo, como analisar, neste trabalho, todos os argumentos por ele aduzidos. Limitar-me-ei apenas ao principal deles: a autoridade constituída pela norma fundamental — no caso brasileiro, 3/5 do Congresso Nacional — não poderia transferir sua competência, pois isso seria um absurdo lógico, ilustrado pelo seguinte silogismo, adaptado resumidamente às condições da constituição brasileira:

> art. 60 — a constituição pode ser emendada desde que a proposta de emenda obtenha 3/5 dos votos dos membros da Câmara e do Senado e não tenda a

29 Ross não diferencia entre poder constituinte originário e derivado, o que faz com que seu esquema fique impreciso. Na explicação de Ross, A_3 seria a autoridade competente para alterar a constituição, ou seja, o poder constituinte derivado. Ao mesmo tempo, ele afirma que C_2 são as normas constitucionais que definem as competências do legislador e que C_2 é criada por A_3. Ora, é o poder constituinte originário, e não o derivado, que define as competências do legislador. Sendo assim, no esquema de Ross, A_3 acaba valendo tanto como poder constituinte derivado, quanto como originário. Apesar dessa imprecisão, Ross trata A_3 como sendo somente o poder derivado e é com base nessa pressuposição que são feitas as análises que se seguem.

30 Ross, "*On Self-Reference*", p. 4.

31 Idem.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes e os direitos e garantias individuais;
art. 60' (que prevê que a constituição pode ser emendada por proposta de emenda que obtenha *maioria absoluta* dos votos dos membros da Câmara e do Senado, *sem nenhuma vedação material*) foi criado segundo as condições elencadas no item acima;
art. 60' é válido, isto é, a constituição pode ser emendada por proposta de emenda que obtenha maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara e do Senado, sem nenhuma vedação material.

Ainda que, intuitivamente, tal silogismo pareça plenamente plausível, constituiria ele um absurdo lógico, pois sua conclusão contraria uma de suas premissas.[32] Um outro exemplo de Ross talvez torne ainda mais claro esse argumento. Supondo uma regra de obediência paterna, que consistisse, pura e simplesmente, no dever de obediência do filho (*F*) ao pai (*P*) em todos os assuntos, teríamos o seguinte cenário: caso *P* diga a *F* que não mais lhe obedeça, que seja independente, tal emancipação não poderia ter sua validade derivada da norma fundamental, pois a conclusão (a emancipação de *F*) contradiria a primeira premissa (a norma fundamental de obediência paterna). Em outros termos, se *F* passar a agir de forma independente, respaldado pela autorização de *P*, ele, na verdade, continua aceitando as ordens paternas e não está, de fato, emancipado, podendo uma nova ordem paterna acabar com sua independência.[33]

Já a segunda resposta, que fundamentaria uma eventual mudança no art. 88 da constituição dinamarquesa (ou no art. 60, § 2° da nossa constituição) como produto de um fato psicológico-social, isto é, da simples aceitação, pela sociedade, de uma nova norma fundamental do ordenamento, seria rejeitável, segundo Ross, por ser contrária a fatos óbvios.[34]

Dessa forma, como Ross entendia haver demonstrado a improcedência da primeira solução, e como ninguém defendia a segunda, o paradoxo permanecia não-resolvido.

3.2. A solução do paradoxo

Para demonstrar a possibilidade de modificação do próprio artigo que prevê as regras de emenda à constituição, Ross dedica-se a tentar *salvar* a primeira solução,

32 Idem, p. 5.

33 Ibidem.

34 Idem, p. 18. Segundo Ross, o povo entende tal norma como modificável e age com base nesse entendimento, isto é, não haveria dúvida de que qualquer tentativa de se modificar o art. 88 da constituição dinamarquesa (ou o art. 60, § 2° da constituição brasileira) por qualquer outro procedimento que não o previsto nesse mesmo artigo seria considerado como ilegal, pelo povo, pelos políticos e pelos tribunais.

modificando-a. Antes de proceder a essa mudança, fixa ele duas premissas: (*a*) a validade de uma norma não pode ser derivada de uma norma que com ela conflite. Isso evita o problema acima exposto, da contradição entre premissas e conclusão; (*b*) em razão da premissa (*a*), a norma fundamental de um sistema deve permanecer imutável, qualquer que seja o procedimento de mudança utilizado.[35]

Respeitar essas premissas e, ao mesmo tempo, aceitar a modificação do art. 88 da constituição dinamarquesa só seria possível utilizando-se do seguinte artifício: *não mais considerar o art. 88 como a norma fundamental do sistema jurídico dinamarquês*.[36] Só assim seria possível alterar a redação desse artigo sem incorrer em problemas lógicos. Ross introduz sua sugestão usando outro exemplo sobre autoridade paterna. Nesse microssistema, a norma fundamental (N_0) seria: "obedeça a seus pais!". Como já foi visto anteriormente, é logicamente impossível que os pais *transfiram* sua autoridade a outro titular. Nada os impediria, contudo, de *delegar* poderes a outras pessoas. Dessa forma, os pais poderiam elaborar normas como: "(N_1) durante a nossa ausência, obedeça à senhora *A*"; ou "(N_2) durante a nossa ausência, obedeça à senhora *A*; se *A* sair antes de nós voltarmos, obedeça a *B*". Por fim, seria possível admitir a seguinte ordem por parte dos pais: "durante nossa ausência, obedeça à senhora *A*, até que ela mesma aponte *B* como seu sucessor; então obedeça a *B*, até que ele mesmo aponte um sucessor; e assim sucessivamente".[37] Tal norma é válida, porque tem sua validade derivada da norma fundamental (N_0), sem com ela conflitar.

Ross sugere, então, que seja considerada, como norma fundamental do sistema jurídico dinamarquês, uma norma com a seguinte redação:

> "N_0: obedeça à autoridade instituída pelo art. 88, até que essa mesma autoridade aponte uma autoridade sucessora; então, obedeça a essa autoridade, até que ela aponte uma sucessora; e assim sucessivamente".

Com isso, seria possível "entender uma emenda ao art. 88, de acordo com o procedimento previsto por ele próprio, como um procedimento legal que é válido não em virtude do próprio art. 88, mas em virtude de N_0, a norma fundamental. N_0 continua sendo a base legalmente imutável do sistema. Com essa hipótese, nossa interpretação das regras de emenda está isenta de reflexividade e a derivação do art. 88' a partir do art. 88 não implica contradição".[38]

35 Ross, "On Self-Reference", p. 21.

36 Um dos poucos autores a concordar com essa estratégia é Alarcón Cabrera, "*El 'puzzle' constitucional de Ross en el marco teorico de las reglas constitutivas*", *Doxa* 13, p. 226; do mesmo autor, "*Constitutive Constitucional Reform*", *Ratio Juris* 9, p. 90.

37 Cf. Ross, "*On Self-Reference*", pp. 22 e 23.

38 Ross, "*On Self-Reference*", p. 24.

3.3. Crítica

Várias críticas seguiram-se ao trabalho de Ross, quase todas elas empenhadas em demonstrar que o paradoxo exposto por ele era apenas aparente, pois: (1) auto-referência, em si, não implica carência de significado;[39] e (2) uma conclusão que contrarie uma das premissas de um silogismo não é, necessariamente, uma conclusão falsa.[40] Não pretendo aprofundar-me nessa discussão, bastando aqui citar sua existência e os autores que dela tratam. E, para os objetivos aqui perseguidos, tal aprofundamento não é, de qualquer forma, necessário, pois não pretendo recorrer aos argumentos de Ross para demonstrar a impossibilidade de modificação do artigo que disciplina o processo de emenda constitucional. A linha a ser seguida nesse ponto consiste em: (1) retomar a argumentação sobre o poder constituinte derivado como um poder heterônomo, e sobre a reserva de constituição para, com o auxílio do conceito de cadeia de validade, demonstrar a impossibilidade jurídica dessa modificação (tópico 3.3.1, *infra*); (2) demonstrar que a solução de Alf Ross, isto é, a criação da norma fundamental N_0, acima exposta, é insustentável (tópico 3.3.2, *infra*); (3) por fim, tendo demonstrado que a primeira das duas sugestões rejeitadas por Ross deve ser, de fato, rejeitada e que a solução que ele propõe é insustentável, demonstrar-se-á que a única real solução do paradoxo de Ross é a solução que ele classificou como não-jurídica (item 5, *infra*).

3.3.1. Cadeias de validade

Alchourrón e Bulygin definem *cadeias de validade* da seguinte forma: "se existe um enunciado válido que autoriza (permite) uma autoridade normativa *x* a formular

39 Cf., por exemplo, Hart, "Self-Referring Laws", pp. 313 ss.; Norbert Hoerster, "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind* 81, p. 424; Ricardo Guibourg, "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", pp. 184 ss.; Joseph Raz, "Professor A. Ross and Some Legal Puzzle", *Mind* 81, pp. 415 ss. Ainda sobre auto-referência e paradoxos em direito, cf. Karl Popper, "Self-Reference and Meaning in Ordinary Language", *Mind* 63, pp. 162 ss.; John C. Hicks, "The Liar Paradox in Legal Reasoning", *Cambridge Law Journal* 29, pp. 275 ss.; Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, pp. 3 a 16 e 241 a 273.

40 Tal afirmação baseia-se no fato de que, ao contrário do que ocorre com derivações lógicas, que são *atemporais* e cuja conclusão está implícita nas premissas, nunca as contrariando, em derivações normativas dinâmicas está a norma derivada apenas *potencialmente* na norma original, como uma *possibilidade* que, em determinado momento, pode ser realizada. Tal possibilidade implica, talvez necessariamente, auto-destruição. Cf. Guibourg, "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", pp. 193 s. O mesmo argumento temporal é utilizado por Eugenio Bulygin, "La paradoja de la reforma constitucional", *Revista de Ciencias Sociales* 25, pp. 332 ss.; do mesmo autor, "Time and Validity", pp. 65 ss.; cf. também Norbert Hoerster, "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", p. 422; Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, pp. 57 e 137 ss. Para argumentos contrários, cf. Carlos Santiago Nino, "Ross y la reforma del procedimento de reforma constitucional", *Revista de Ciencias Sociales* 25, pp. 356 ss.

o enunciado *p*, e *x* formulou *p*, então *p* é válido"[41]. Assim, se o poder constituinte derivado, no momento t_1, emenda a Constituição, ab-rogando um artigo e acrescentando outro em seu lugar, ele assim o faz porque existe um enunciado válido que o autoriza a emendar a constituição, por meio de um determinado procedimento. Dessa forma, o artigo ab-rogado (*a*) é válido até t_1 e o novo artigo (*a'*) é válido a partir de t_1. Tais casos corriqueiros não oferecem qualquer problema, mas ilustram o que se quer dizer com *cadeia de validade ou de subordinação*: a validade de uma norma jurídica decorre do fato de ter sido criada por uma autoridade competente para fazê-lo.[42]

Por outro lado, se o poder constituinte derivado modifica a própria disposição que disciplina o processo de emenda, teríamos o seguinte quadro: a emenda constitucional que procedeu a essa modificação terá desrespeitado o que mais acima se chamou de *reserva de constituição*, que tinha a seguinte redação:

> (RC) Somente se o órgão *O*, mediante o procedimento *P*, ditar uma lei de reforma constitucional (*LR*) poder-se-á considerar *LR* como válida; se o órgão *O*, ainda que pelo procedimento *P*, autoriza, mediante a disposição *L*, outro órgão *O'* ou o mesmo órgão *O* com distinto procedimento *P'*, a ditar uma lei de reforma constitucional (*LR*), então a disposição *L* é inválida.[43]

Dessa forma, um novo art. 60, § 2° romperia com a reserva de constituição e seria, portanto, *inválido*, por ter sido promulgado por uma autoridade sem competência para fazê-lo. Isso não significa que tal novo art. 60, § 2° não possa ser promulgado, aceito e aplicado pelos tribunais e servir de base para futuras emendas constitucionais. Mas será, necessariamente, *a última norma de uma cadeia de validade* e o início de uma nova, o que, em outras palavras, significa dizer que houve uma ruptura constitucional, como se verá adiante no item 5. Pode-se falar, em tais

41 Cf. Carlos Alchourrón / Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodologia de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 120. Tal definição parece traduzir com clareza o princípio dinâmico do direito e por isso servirá de base para a análise que segue. Definição semelhante, sob o nome de cadeia de subordinação, propõe Georg Henrik von Wright, *Norm And Action*, pp. 198 e 199. Acima de tudo, sobre o *princípio dinâmico do direito*, cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, pp. 196 ss. Com princípio dinâmico faz-se contraposição ao princípio estático, típico da moral, segundo o qual a validade das normas em um determinado ordenamento é determinada por seu conteúdo (cf. Kelsen, p. 198). Já segundo o princípio dinâmico, típico do direito, a validade das normas é determinada por meio de critérios estritamente formais de produção normativa. Dessa forma, uma norma só pode ser válida se tiver sido gerada por uma autoridade competente para tanto (cf. Kelsen, pp 199-201). Cf. também Moreso, "Disposiciones de reforma constitucional", p. 205.

42 Cf. von Wright, *Norm and Action*, p. 198: "É essencial à noção de cadeia de subordinação [...] que cada um de seus elos — com exceção do primeiro — seja uma norma *válida* [...] relativo ao elo imediatamente superior na cadeia. Uma norma é válida quando o ato de criar essa norma é permitido".

43 José Juan Moreso, "Disposiciones de reforma constitucional", p. 204.

casos, na existência de duas constituições, uma que contém o artigo original e outra que contém o artigo com nova redação.[44]

3.3.2. A norma fundamental de Ross

Como foi visto acima, Ross chega a uma solução relativamente simples para o paradoxo por ele apresentado. Já que segundo ele o art. 88 da constituição dinamarquesa não poderia, pelas razões já discutidas, ser modificado segundo o mesmo procedimento que ele previa para emendas a outros artigos da constituição, bastaria não mais considerá-lo como a norma fundamental do sistema e recorrer a uma norma fundamental pressuposta, que autorizaria essa modificação indefinidamente.

Várias são as debilidades dessa solução. Em primeiro lugar, Ross não dá qualquer fundamento para a sua redação da norma fundamental (N_0). Recorrer a uma norma fundamental nesses moldes abre infinitas possibilidades. Poder-se-ia, por exemplo, imaginar uma norma fundamental com a seguinte redação:

> "N_0: obedeça à autoridade instituída pelo art. 88; se essa autoridade apontar uma autoridade sucessora, é conferido a todos o direito à resistência".

ou então

> "N_0: obedeça à autoridade instituída pelo art. 88; caso essa autoridade pretenda apontar uma autoridade sucessora, tal autorização deverá ser aprovada por unanimidade pelo Parlamento [ou por um grupo de notáveis; ou pelo representante da Igreja Católica; ou pela pessoa mais rica do país...]";

ou ainda

> "N_0: obedeça à autoridade instituída pelo art. 88, se ela mesma não se declarar permanente, até que ela aponte uma autoridade sucessora; então, obedeça a essa autoridade, se ela mesma não se declarar permanente ou se não tiver sido declarada permanente pela autoridade anterior, até que ela aponte uma sucessora; e assim sucessivamente".[45]

44 Quando falo em duas constituições distintas, não quero dizer o mesmo que Bulygin ou Garzón Valdés. Para eles, qualquer mudança, em qualquer artigo da constituição, implica falar-se em constituições distintas. Cf. Bulygin, "La paradoja de la reforma constitucional", p. 333; Garzón Valdés, "Las limitaciones jurídicas del soberano", p. 193. Implícito nessa proposição está um conceito de identidade do sistema que dependeria da identidade de *todas* as suas normas. Tal conceito é, contudo, insustentável. Para mais detalhes sobre essa questão, cf. Carlos Santiago Nino, "Ross y la reforma del procedimento de reforma constitucional", p. 363.

45 Essa possibilidade é aventada por Hoerster, "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", p. 425.

ou qualquer outra redação imaginável que sirva aos fins perseguidos.[46] Mas a falta de fundamentação para a norma (N_0) de Ross é apenas a primeira de suas debilidades.

Outra afirmação que resta sem fundamentação na solução de Ross é a que se refere à imutabilidade da norma fundamental. Como salienta Hoerster, a fim de que a norma fundamental de Ross e sua imutabilidade ficassem realmente claras, seria necessário acrescentar à sua redação uma cláusula do tipo: "essa norma fundamental não pode ser modificada".[47] Com isso voltaríamos a ter, contudo, uma indesejável norma auto-referente que, obviamente, não mais serviria como solução ao problema da auto-referência do art. 88 da constituição dinamarquesa. Claro que seria também possível sustentar que a imutabilidade da norma fundamental é um pressuposto lógico que, por isso, não precisa ser explicitado. O mesmo pressuposto, no entanto, poderia valer para o próprio art. 88 da constituição dinamarquesa, o que dispensaria a própria norma fundamental.

Outro argumento decisivo contra a norma fundamental de Ross é também fornecido por Hoerster. Partindo da suposição de que um grupo de pessoas chegue a uma ilha deserta e funde uma comunidade política, promulgue uma constituição e aceite como norma fundamental a N_0 de Ross e de que todas as gerações seguintes façam uso da possibilidade de se alterar a autoridade constituinte derivada, autorizada pela norma fundamental, Hoerster faz a seguinte pergunta: seria plausível assumir que a centésima primeira geração dessa comunidade ainda considere N_0 como a norma fundamental do sistema, segundo a qual são constituídas as autoridades constituintes? Segundo Hoerster, a resposta só pode ser negativa. Em primeiro, porque qualquer dúvida sobre a evolução político-constitucional dessa comunidade poderia impedir que o conteúdo de N_0 fosse conhecido e que a legalidade das mudanças constitucionais fosse analisada. E essa parece ser a situação de quase todas as comunidades políticas atuais, já que em poucas delas poderia se identificar com certeza qual o "fato original" que as criou. Mas ainda que naquela comunidade ideal todos os dados sobre a evolução político-constitucional fossem conhecidos e também, portanto, o conteúdo de N_0, isso em nada mudaria a resposta negativa, porquanto, segundo Hoerster, a história política e o conteúdo de uma hipotética norma fundamental são completamente irrelevantes. Relevante é somente saber se a norma presente na centésima primeira modificação feita no art. 88 da constituição original é aceita como a norma fundamental do sistema e assim aplicada.[48]

Dessa forma, a norma fundamental de Ross, além de ser insustentável, devido à falta de fundamentação, parece não desempenhar nenhum papel real na compreensão da estrutura e dos limites do poder constituinte.

46 Suber, não sem certa ironia, atenta para o fato de que a norma fundamental de Ross contém exatamente a autorização que Ross necessita para a solução de seu problema. Não sem razão, Suber classifica a norma fundamental de Ross como "cômica e não-científica". Cf. Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, p. 57.

47 Idem.

48 Idem, p. 426.

4. Rigidez e supremacia constitucional

A supremacia da constituição, que tem como corolário a necessidade de adequação de todas as situações jurídicas a seus preceitos,[49] decorre de sua rigidez. Esta rigidez está ancorada em seu procedimento de modificação, mais dificultoso do que o previsto para os outros tipos de lei. Temos, dessa forma, que a previsão de um *quorum* mais elevado para sua modificação é a base da supremacia constitucional e, conseqüentemente, da própria noção de controle de constitucionalidade e, ainda, da própria existência de um texto constitucional formal, pois, se o *quorum* previsto para a modificação da constituição for o mesmo previsto para a elaboração de leis ordinárias, estas estariam no mesmo nível daquela e o legislador ordinário modificaria a constituição com a simples edição de uma lei ordinária a ela contrária, segundo o princípio *lex posterior derrogat priori.*

Isso significa que aceitar a possibilidade de se alterar o próprio artigo que regulamenta o processo de emenda à constituição significa aceitar a possibilidade de *destruição da constituição.*[50] Isso porque seria possível diminuir o *quorum* de 3/5 para maioria simples e, com isso, transformar a constituição em uma constituição flexível, modificável até mesmo pela legislação ordinária.

Em vista disso, além do motivo lógico-hierárquico anteriormente aduzido, parece claro que o perigo de destruição da constituição, através da eliminação de sua rigidez, por intermédio da diminuição da maioria exigida para o processo de emendas, é algo impensável e vedado pelo ordenamento.[51] Com isso, fica definitivamente afastada a possibilidade de criação de um Congresso Revisor, ou Assembléia Revisora, nos moldes já ensaiados anteriormente na Câmara dos Deputados.[52]

5. O autor da constituição

Um dos argumentos utilizados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para afastar a vedação lógica exposta no tópico 3, é a afirmação de que, no caso brasileiro, não haveria problema em se alterarem os limites do poder constituído, porque esse poder teria sido outorgado pelo próprio poder constituído. É a argumentação de que a Constituição de 1988 é obra do poder constituinte derivado e não do poder constituinte originário, que se baseia no fato de que a Assembléia Constituinte que a promulgou fora convocada por uma emenda constitucional à Constituição de 1969 (a EC 26/85).[53] Assim, segundo Ferreira Filho, "o que poder derivado estabelece,

49 Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 48.

50 Cf., nesse sentido, Karl Loewenstein, "Kritische Betrachtungen zur Verfassungsänderung vom 27. März 1954", pp. 386 s.

51 Cf., nesse sentido, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 707, p. 279.

52 Cf. PEC 554-A/97, apresentada em 1997 pelo deputado Miro Teixeira.

53 Ainda mais longe vai Fábio Ulhoa Coelho, *Para entender Kelsen*, pp. 31 s., que, supostamente

poder derivado pode mudar".[54] Essa idéia já fora difundida, de forma quase idêntica, por Léon Duguit, quando de sua análise sobre o art. 8° da constituição francesa de 1875. Tal constituição não previa, originalmente, nenhum limite ao poder de reforma constitucional, até que a lei constitucional de 14 de agosto de 1884, acrescentou, ao mesmo artigo, a seguinte vedação: "a forma republicana de governo não pode ser objeto de uma proposta de revisão". Diante disso, Duguit afirmava, de forma bastante semelhante à atual afirmação de Ferreira Filho, que "essa disposição, votada por uma assembléia nacional de revisão [...] por conseqüência [...] pode ser modificada ou ab-rogada por uma outra assembléia de revisão".[55]

O caso francês é, no entanto, muito diferente do brasileiro, pois a EC 26/85 não pode ser encarada como mera manifestação do poder constituinte derivado, mas como um *artifício político para uma ruptura na ordem constitucional então vigente*. Tivesse sido a mesma Assembléia Nacional Constituinte convocada por intermédio de qualquer outro ato — de um "decreto revolucionário", por exemplo — teria ficado (mais) nítida a existência dessa ruptura na ordem constitucional estabelecida em 1969. O que se quer deixar claro é que, qualquer que fosse o ato, seria ele, segundo o ordenamento constitucional que se desejava enterrar, *um ato inconstitucional* e essa é uma conclusão inevitável, pois não há como se imaginar que, constitucionalmente, uma emenda constitucional possa convocar uma Assembléia com plenos poderes para destruir a própria constituição emendada. Isso seria impensável até mesmo para os que defendem a tese da dupla revisão, porquanto a emenda que convocou a Assembléia Constituinte, e que rompeu com qualquer limitação imposta pela Constituição de 1969, assim o fez de uma só vez, sem passar pelo duplo processo que caracteriza essa teoria.

Não há, portanto, outra alternativa que não considerar a EC 26/85 como o que von Wright chama de *ato de usurpação*, pois a autoridade que a promulgou extrapolou sua competência.[56] Com isso, houve a já mencionada ruptura na ordem constitucional vigente, uma "usurpação revolucionária do poder".[57] Como salienta Mo-

baseado nas teorias de Kelsen, sustenta que a Constituição de 1988 teria como fundamento último o Ato Institucional n. 5, que seria o fundamento da Constituição de 1969 e, por conseqüência, da Constituição de 1988, já que esta nada mais seria do que uma emenda àquela. Essa é, com certeza, uma das análises mais inaceitáveis já feitas sobre a formação da Constituição de 1988 e sua legitimidade, sobre o poder constituinte e sobre as teorias de Hans Kelsen.

54 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Significação e alcance das cláusulas pétreas", p. 16.

55 Cf. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, IV, p. 540.

56 Cf. Georg Henrik von Wright, *Norm and Action*, p. 200: "suponhamos que uma cadeia de subordinação termine em uma norma inválida. Isso significa que há alguma norma que proíbe a autoridade que a promulgou de fazê-lo. [...] Ao promulgar a norma inválida, transgrediu ela os limites de sua competência normativa [...] Atos normativos inválidos devem ser por isso chamados de atos de *usurpação*".

57 José Juan Moreso, "Disposiciones de reforma constitucional", p. 208. Sobre o tema "revolução e continuidade na ordem jurídica", cf. Miguel Galvão Teles, "Revolution, *Lex Posterior* and *Lex Nova*", pp. 69 ss.; J. W. Harris, "Kelsen, Revolutions and Normativity", pp. 1 ss.; Kaarlo Tuori, "Validity, Legitimacy and Revolution", pp. 32 ss.; John Bell, "Legal Revolutions and the Conti-

reso, todos esses termos — usurpação, ruptura, revolução — significam tão somente a quebra de uma cadeia de validade e o início de outra, pouco importando haver ou não uma contrapartida social desse fato.[58] Assim, quando classifico a EC 26/85 como ato de usurpação, não pretendo, obviamente, conferir a ela uma conotação negativa, mas tão-somente deixar claro que ela, ao convocar uma Assembléia Nacional Constituinte, exerceu uma competência que não possuía.

Com isso pode-se concluir que o processo desencadeado pela convocação de uma Assembléia Constituinte pela EC 26/85 enquadra-se justamente na segunda resposta que Ross sugeria ao seu paradoxo. Segundo ele, uma norma fundamental poderia ser suplantada por uma outra norma fundamental, mas tal transição não seria produto de um procedimento jurídico.[59] Pode-se afirmar que "não ser produto de um procedimento jurídico" significa exatamente ser produto de um ato de usurpação, nos moldes acima descritos. Essa é também a conclusão de von Wright:

> "O usurpador do poder pode obter sucesso. As relações normativas que ele estabelece permanecem, adquirem relativa estabilidade. A autoridade que era superior ao usurpador abdica seus esforços em fazer o usurpador obedecer. Isso significa que a norma superior, em relação à qual o ato usurpador era inválido, deixa de existir [...] Caso isso ocorra, a norma usurpadora deixa de ser inválida. A partir de então, não é ela nem válida, nem inválida em relação a qualquer outra norma. *Ela tornou-se uma norma soberana*".[60]

6. Conclusão

Pelo que foi exposto, parece clara a inadmissibilidade da tese da dupla revisão e da possibilidade jurídica de se emendar o artigo que disciplina o procedimento de emenda constitucional. Por último, apenas como simples arremate, um argumento de ordem prática. Qual seria a função da previsão constitucional de limites ao poder de emenda, se estes limites pudessem ser superados pelo mesmo *quorum* necessário para qualquer emenda? Se uma maioria parlamentar transitória quiser mudar algo vedado pela constituição e tiver o *quorum* de três quintos favorável à mudança, é como se a barreira nem sequer existisse. Isso significa dizer que aquelas matérias que o constituinte elegeu como as mais fundamentais para o regime, e que por isso tentou proteger, poderão ser mudadas pelo mesmo *quorum* exigido para qualquer

nuity of Public Law", pp. 119 ss.; Jerzy Wróblewski, "The Analytical Concept of Revolution", pp. 364 ss.

58 Idem.

59 Cf. Ross, "On Self-Reference", p. 4.

60 Cf. Georg Henrik von Wright, *Norm And Action*, p. 201 (grifo no original). Não é demais salientar mais uma vez que expressões como "usurpador do poder" não se referem — pelo menos não necessariamente — a nenhuma luta política ou revolução armada, mas apenas a uma norma cuja validade não deriva das normas hierarquicamente superiores em um determinado sistema.

mudança constitucional. A única diferença é que serão necessárias duas votações, o que nada muda e nada dificulta, pois se a primeira foi feita justamente tendo em vista a segunda, em cinco minutos poder-se-á destruir a base de todo o regime.

Mas parece que o constituinte derivado está bem atado e seus limites bem definidos e foi isso que procurei demonstrar. E, parafraseando Eça de Queirós, em seu conto sobre Ulisses, ainda que alguns voguem e cantem as maravilhas de um poder de reforma ilimitado, o constituinte derivado continua amarrado ao mastro, rechaçando as sereias "com o mudo dardejar dos olhos mais agudos que dardos"![61]

7. Bibliografia

ALCHOURRÓN, Carlos E. / Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodologia de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1974.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt/M., Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begündung*. 2. Aufl., Frankfurt/M., Suhrkamp, 1991.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des deutschen Reichs: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. 10. Aufl., Berlin, Georg Stilke, 1929.

BELL, John. "Legal Revolutions and the Continuity of Public Law", in: Attwool, Elspeth (ed.), *Shaping Revolution*. Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, pp. 119 ss.

BULYGIN, Eugenio. "La paradoja de la reforma constitucional", in *Alf Ross: estudios en su homenaje*, I, *Revista de Ciencias Sociales*, 25, 1984, pp. 329 ss.

_____. *"Time and Validity", in Martino, A.A. (ed.). Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Informatic Systems*. Amsterdam, North, 1982, pp. 65 ff.

CABRERA, Carlos Alarcón. "Constitutive Constitutional Reform", *Ratio Juris*, 9, 1996, p. 85 ff.

_____. *"El 'puzzle' constitucional de Ross en el marco teorico de las reglas constitutivas", Doxa*, 13, 1993, pp. 215 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes / Moreira, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2ª ed., 2ª tir., São Paulo, Max Limonad, 1997.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2e éd., tome IV, Paris, Boccard, 1924.

EHMKE, Horst. "Grenzen der Verfassungsänderung", in ___. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*. Königstein/Ts., Athenäum, 1981, S. 19 ff.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Significação e alcance das 'cláusulas pétreas'", *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, 1995, pp. 4 ss..

GUIBOURG, Ricardo. "La autorreferencia normativa y la continuidad constitucio-

61 Eça de Queirós, "A perfeição", p. 1222.

nal", in Bulygin, Eugenio et al. (comps.). *El lenguaje del Derecho: Homenaje a G.R Carrió*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 181 ss.

HARRIS, J. W. "Kelsen, Revolutions and Normativity", in: Attwool, Elspeth (ed.), *Shaping Revolution*. Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, pp. 1 ss.

HART, H. L. A. "Self-referring Laws", in Leijman, Fritjof et al. *Festskrift tillägnad Professor, Juris Doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorämbetet den 30 juni 1964 av kolleger, lärjungar och vänner*. Stockholm, Norstedt & Söner, 1964, p. 307 ff.

HAUG, Hans. *Die Schranken der Verfassungsrevision: Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassunggebenden Gewalt (Betrachtung zum Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre)*. Zürich, Schulthess & Co., 1947.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller, 1993.

HICKS, John C. "The Liar Paradox in Legal Reasoning", *Cambridge Law Journal* 29, 1971, pp. 275 ff.

HOERSTER, Norbert. "On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, 81, 1972, p. 422 ff.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Bad Homburg, Verlag Dr. Max Gehlen, 1966.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl., Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1960 (Nachdruck 1992).

LOEWENSTEIN, Karl. "Kritische Betrachtungen zur Verfassungsänderung vom 27. März 1954", *DöV*, vol. 7, 1954, S. 385 ff.

_____. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin, De Gruyter, 1961.

MAUNZ, Theodor / Zippelius, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29. Aufl, München, C.H. Beck, 1994.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed., São Paulo, José Bushatsky, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. II, 2ª. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

MORESO, Juan José. "Disposiciones de reforma constitucional", *Doxa*, 10, 1991, pp. 201 ss.

NEUMANN, Heinzgeorg. *Die Verfassung des Freien Hansestadt Bremen: Kommentar*. Stuttgart, Richard Boorberg, 1996.

NINO, Carlos Santiago. "Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional", in *Alf Ross: estudios en su homenaje*, II, *Revista de Ciencias Sociales*, 25, 1984, pp. 347 ss.

POPPER, Karl R. "Self-Reference and Meaning in Ordinary Language", *Mind* 63, 1954, pp. 162 ss.

QUEIROZ, Eça de. "A perfeição", in: _____. *Obra completa*. v. II: Contos. Rio de Janeiro, José Aguilar, 1970, pp. 1220 ss.

RAZ, Joseph. "Professor A. Ross and Some Legal Puzzles", *Mind*, 81, 1972, p. 415 ff.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional", *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993, pp. 159 ss.

ROSS, Alf. *On Law and Justice*. Berkeley, University of California Press, 1959.

_____. *"On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", Mind*, 78, 1969, p. 1 ff.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 3ª ed., revista e atualizada por Uadi Lamêgo Bulos, Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1995.

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

_____. *"Limitações ao poder de reforma constitucional", Revista Forense*, vol. 259, 1975, pp. 73 ss.

STERN, Klaus. "Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG für die Grundrechte", *Juristische Schulung*, 25, 1985, pp. 329 ss.

SUBER, Peter. *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. New York, Peter Lang, 1990.

TELES, Miguel Galvão. "Revolution, *Lex Posterior* and *Lex Nova*", *in*: Attwool, Elspeth (ed.), *Shaping Revolution*. Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, pp. 69 ss.

TUORI, Kaarlo. "Validity, Legitimacy and Revolution", in: Attwool, Elspeth (ed.), *Shaping Revolution*. Aberdeen, Aberdeen University Press, 1991, pp. 32 ss.

VALDÉS, Ernesto Garzón. "Las limitaciones jurídicas del soberano (1983)", *in* ____ . *Derecho, Etica y Politica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 181 ss.

von WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London. Routledge & Kegan Paul, 1963.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "The Analytical Concept of Revolution", *in*: MacCormick, Neil / Bankowski, Zenon (eds.). *Enlightenment, Rights and Revolution: Essays in Legal and Social Philosophy*. Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, pp. 364 ss.

_____. *"Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 33 ff.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*. Torino, EGES, 1984.