

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

REFORMA CONSTITUCIONAL: UMA TEORIA DE ESTABILIDADE OU DE INSTABILIDADE DO PROJETO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO?

CONSTITUTIONAL REFORM: A THEORY OF STABILITY OR INSTABILITY OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PROJECT?

Marcelo Serrano Souza

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar em que medida as reformas constitucionais implicam estabilidade ou instabilidade da constituição. No âmbito do constitucionalismo, as limitações impostas ao Estado têm por objetivo a manutenção e preservação do projeto constitucional democrático construído pela decisão política manifestada soberanamente pela assembleia constituinte. Inicialmente, o estudo se volta para a relação entre o constitucionalismo e os fatores reais de poder, sobretudo no tocante à evolução das relações políticas, econômicas e sociais e a consequente necessidade de atualização das normas constitucionais. O problema central se refere às consequências das constantes reformas constitucionais no âmbito do sentimento constitucional e da estabilidade do próprio texto constitucional. Ao considerar o sentido de uma constituição rígida e formal, como o é a Constituição Federal de 1988, chegou-se à conclusão de que as excessivas reformas constitucionais constituem fator de instabilidade da constituição, sobretudo se considerada a violação ao sentimento constitucional de aderência aos preceitos inseridos em uma constituição que se supõe duradoura.

Palavras-chave: Projeto democrático original, Excessivas reformas constitucionais, Instabilidade institucional, Violação ao sentimento constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze to what extent the constitutional reforms imply stability or instability of the constitution. Under constitutionalism, the limitations imposed on the State are aimed at the maintenance and preservation of the democratic constitutional project built by political will manifested by the sovereign constituent assembly. Initially, the study turns to the relationship between constitutionalism and the real factors of power, especially with regard to changing political, economic and social relations and the consequent need for updating constitutional requirements. The main problem relates to the consequences of constant constitutional reforms within the constitutional feeling and stability of the constitutional text. In considering the meaning of a rigid constitution and formal, as is the Federal Constitution of 1988, it reached the conclusion that excessive constitutional reforms constitute factor of instability of the constitution, especially if we consider the violations of the constitutional sense of adherence to the precepts entered into a constitution that is supposed lasting.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic original design, Excessive constitutional reforms, Institutional instability, Violation of constitutional feeling

1. Introdução

O Constitucionalismo surgiu com a ideia de impor limites ao poder do Estado e, ao mesmo tempo, levar a efeito a positivação de direitos fundamentais nos textos constitucionais. Essas limitações têm por escopo a manutenção e preservação do projeto constitucional democrático construído pela decisão política manifestada soberanamente pela assembleia constituinte.

Inicialmente, o presente artigo estuda a relação entre o constitucionalismo e os fatores reais de poder, sobretudo no tocante à evolução das relações políticas, econômicas e sociais e a conseqüente necessidade de atualização das normas constitucionais. O problema posto se refere às conseqüências das constantes reformas constitucionais no âmbito do sentimento constitucional e da estabilidade do próprio texto constitucional.

Além de analisar a relação entre direito e política, bem como a titularidade do Poder Constituinte Derivado, especificamente em relação às reformas constitucionais, o artigo prossegue com o estudo sobre os limites impostos ao poder de reforma, dentre os quais os materiais, formais, circunstanciais, temporais e implícitos. Ainda, cita-se doutrina e exemplos práticos e atuais para o desenvolvimento do tema, a exemplo da recente aprovação da PEC 171/93, referente à redução da maioria penal para adolescentes.

No terceiro e último tópico, é analisada a questão nuclear do presente artigo, qual seja, saber se a reforma constitucional, como posta no sistema brasileiro atual e consideradas as suas peculiaridades, reflete em maior medida uma estabilidade ou instabilidade do projeto constitucional democrático.

Ao considerar o sentido de uma constituição rígida e formal, como o é a Constituição Federal de 1988, chega-se à conclusão de que as excessivas reformas constitucionais constituem fator de instabilidade da constituição, mormente se considerada a violação ao sentimento constitucional de aderência aos preceitos inseridos em uma constituição que se supõe duradoura.

Por fim, apesar de reconhecer válida e necessária a atualização da constituição em matérias que refletem a evolução e o consenso da sociedade, a alteração formal deve ser efetivada com cautela, tudo para que a simples existência de inúmeras reformas não implique, por si só, o descrédito na normatividade de um documento fundamental que está inserido no ápice de todo o ordenamento jurídico.

2. Constitucionalismo e os fatores reais de poder

O constitucionalismo surgiu como modelo de limitação do poder estatal em defesa dos direitos inerentes ao indivíduo que passaram a ser positivados nas constituições como fundamentais.

Há três ordens de limitações do poder do Estado, quais sejam: a) limitações materiais, na figura de valores básicos e direitos fundamentais; b) estrutura orgânica exigível, na medida em que o sistema de freios e contrapesos mantém (ou deveria manter) a harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; e c) limitações processuais, seja a título procedimental (contraditório e ampla defesa), seja a título substancial (razoabilidade e proporcionalidade). (BARROSO, 2015, p. 29-30).

Essas limitações impostas ao Estado maximizam a aplicação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como potencializam o consenso constitucional sobre o projeto político adotado como diretriz pelo Poder Constituinte.

Em regra escrita e sistemática, a constituição tem a função de converter o poder em direito, ou seja, transportar o fenômeno político e social para o mundo jurídico. Com efeito, o conceito político de constituição revela o conjunto de decisões ou opções do Poder Constituinte ao criar ou reconstruir o Estado e suas instituições de poder.

Considerando a natureza social da constituição, convém mencionar que os fatores reais de poder fixados no texto constitucional se tornam expressão de direito e criam instituições jurídicas que vinculam todos os cidadãos e os direcionam para um projeto democrático de sociedade.

A constituição é a soma das forças políticas, econômicas e sociais que regem a sociedade, razão pela qual "de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder." (LASSALE, 2002, p. 68).

No mesmo sentido, Hermann Heller adverte que o Estado deve ser entendido como um objeto de estudo dinâmico e não estático, pois a sua existência é condicionada pela constante renovação promovida pela ação humana e pela realidade social, o que evidencia a sua íntima relação com a política. (HELLER, 1992, p. 69, *apud* BERCOVICI, 2003, p. 99).

Até mesmo em decorrência do seu processo de formação pela convocação da constituinte e das concessões mútuas entre grupos políticos e sociais, a constituição não é exclusivamente normativa, mas também política, porque questões constitucionais estão inseridas em contextos políticos, o que demonstra a necessidade de considerar a política como

um instrumento de manutenção e de proteção dos valores constitucionais de uma sociedade. (BERCOVICI, 2003, p. 131).

Por meio da constituição, a política é regulada pelo direito e recebe legitimidade, ao passo que, por outro lado, as normas gerais e abstratas do direito moderno passam a ter densificação social que só o aparato político da organização estatal pode lhe conferir. (COSTA, 2014, p. 88).

Nesse contexto de densificação social das normas constitucionais, não se pode olvidar o papel relevante do magistrado, sobretudo no tocante à judicialização da política.

Em certa medida, direito e política se aproximam no julgamento de um caso concreto pelo Poder Judiciário. O próprio juiz pode ser considerado um agente político, pois: a) integra o aparato estatal; b) aplica normas de direito que, ao fim, também são políticas, em especial as constitucionais decorrentes de opções políticas do constituinte originário; e c) é um cidadão e exerce o direito ao voto nas eleições.

Ainda, há de se considerar a experiência prévia do julgador com todas as condicionantes de sua pré-compreensão, inclusive aquelas de caráter político inerentes ao cidadão que participa das decisões sobre os rumos da sociedade em que está inserido, tarefa interpretativa que referencia o círculo hermenêutico de Schleiermacher. (SCHLEIERMACHER, 1999, p. 49-51).

A judicialização da política se apresenta em duas dimensões, a saber: a) efeitos políticos indiretos, quando há influência do direito em decisões políticas tomadas pelos poderes representativos (Executivo e Legislativo); e b) efeitos políticos diretos, quando o próprio Poder Judiciário, ainda que não intencionalmente, toma decisões eminentemente políticas para assegurar a aplicação da Constituição ao caso concreto. (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 89).

A primeira dimensão da judicialização da política pode ser exemplificada com as decisões tomadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de caráter permanente e com o objetivo de verificar a constitucionalidade de projetos de lei e de emenda à constituição.

A título de exemplo da segunda dimensão da judicialização da política, sobretudo em matéria de políticas públicas referentes ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de

políticas já estabelecidas. (STF, Suspensão de Segurança n. 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010).

Desse modo, considerando que a política pública já existe e que o direito fundamental carece de efetividade, o Poder Judiciário, desde que provocado, não pode se isentar de cumprir seu papel constitucional – o de guardião da constituição e, por consequência, de garante dos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

Sob o viés jurídico, o princípio da supremacia informa que a constituição é norma fundamental e superior que regula o processo de produção e limita o conteúdo das demais normas jurídicas (conceito formal), bem como define direitos fundamentais e valores constitucionais (conceito material). (BARROSO, 2015, p. 99).

Em linhas gerais, o princípio da supremacia da constituição orienta a elaboração de normas jurídicas, seja no que se refere ao controle do modo como são introduzidas no ordenamento jurídico, seja para ratificar valores presentes na constituição e que devem ser observados pelo legislador infraconstitucional.

No âmbito de uma sociedade democrática, é possível – mas não desejável – que uma maioria política delibere sobre a modificação do texto constitucional e, não raro, seu resultado implique violação de valores democráticos.

A filosofia constitucional e política da contemporaneidade introduziu a dicotomia entre substancialismo e procedimentalismo, relação que se torna relevante em termos de atuação do Poder Judiciário no controle de deliberações políticas na sociedade democrática. Enquanto os substancialistas pregam uma posição proativa, consistente na possibilidade de controle do resultado deliberativo de uma maioria ocasional que enseja violação a valores democráticos, os procedimentalistas defendem uma jurisdição constitucional mais contida, em que o Poder Judiciário deve apenas fiscalizar o processo político deliberativo e não o seu resultado. (BARROSO, 2015, p. 117).

De logo, destaque-se o óbice imposto pelo artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “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”.

Outrossim, cumpre salientar que a relação entre o constitucionalismo e os fatores reais de poder é mais compatível com a corrente substancialista, até mesmo porque as deliberações, sejam por maioria política ou não, que tenham como resultado a violação de valores constitucionais previstos no projeto democrático podem e devem ser objeto de

controle pelo Poder Judiciário, sobretudo se não forem observados os limites definidos para a atuação do Poder Constituinte Derivado.

3. A reforma constitucional e os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado

De início, vale ressaltar que há diferenças entre reforma constitucional, mutação constitucional e transformação constitucional. Consoante doutrina de José Afonso da Silva, a reforma constitucional é o “processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador”.

Ainda segundo o jurista, a mutação constitucional seria o processo “não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial” (SILVA, 2005, p. 61-62).

Por sua vez, assim como a mutação, a transformação constitucional é o processo não formal de alteração constitucional, pela via da interpretação. A diferença está em que a mutação trabalha com a ideia de atualização de um conceito constitucional que já existe e que já foi apreciado, inclusive, pela corte constitucional, ao passo que a transformação constitucional tem como objeto norma nunca antes interpretada que passa a receber seu primeiro sentido. (MOREIRA, 2012).

É certo que a reforma constitucional e os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado dialogam com o próprio conceito de democracia no Estado de Direito. Além de garantir o pluralismo político e a participação popular, a constituição deve (in)formar consensos mínimos de dignidade humana em prol do regime democrático para evitar eventual redução ou mesmo abolição de direitos fundamentais fixados como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Como expressão do princípio democrático, o Poder Constituinte Originário é titularizado pelo povo real e não pelo idealismo jusnaturalista ou por uma norma fundamental pressuposta, uma vez que “diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa”. (BERCOVICI, 2003, p. 126).

O Poder Constituinte Originário é concebido em um cenário de rompimento com a ordem constitucional anterior e, por isso, o seu caráter político é inegável. Trata-se de “um poder político que impõe um poder jurídico: a Constituição” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2010, p. 30).

Essa ruptura pode ocorrer mediante uma revolução popular ou, ainda, um movimento social democrático, tudo para que haja adequação entre a realidade social e o novo texto normativo. (MAGALHÃES, 2014, p. 48).

Nas palavras de Carlos Ayres Britto, pode-se dizer que o Poder Constituinte Originário é um poder exclusivamente político, a um só tempo constituinte e desconstituinte, “porque originariamente imbricado em toda a *polis*, naqueles raros instantes em que a *polis* se sobrepõe ao Estado para dizer, por ela mesma, sob que tipo de Direito-Constituição quer viver”. (BRITO, 2003, p. 25 e 31).

Em síntese, em um regime democrático, a legitimidade do constituinte originário advém da própria soberania popular, seja diretamente pelo povo ou indiretamente com a prévia eleição de membros da assembleia constituinte. Nesse momento, em que pode haver ruptura do ideário anterior, a nova constituição atenderá aos fatores reais de poder em um sistema de acordos e composições entre diversos grupos políticos, econômicos e sociais.

Por sua vez, o Poder Constituinte Instituído, Reformador ou Derivado é um poder de direito e não um poder de fato como o Poder Constituinte Originário. Além disso, sobretudo porque sua competência está delimitada constitucionalmente, sustenta-se que o Poder Constituinte Derivado possui natureza eminentemente jurídica e se materializa com o exercício de uma competência reformadora. (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2010, p. 31).

Tema de grande relevância na relação entre o Poder Constituinte e a Constituição é a legitimidade, sob o viés do consenso em uma sociedade democrática e pluralista. Segundo Bonavides, “o consenso aparece como a ‘categoria central’, o eixo de toda normatividade, o liame com a facticidade, o traço de união do constitucional com o real”. (BONAVIDES, 2010, p. 24).

Até mesmo para justificar a legitimidade das reformas constitucionais, são adotados alguns limites ao Poder Constituinte Derivado, tais como os limites materiais, formais, circunstanciais, temporais e implícitos.

Em relação aos limites materiais, registre-se que o artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988 dispõe que não podem ser objeto de emenda à constituição projetos que tratem da abolição da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação de poderes e dos direitos e garantias individuais.

As cláusulas pétreas não estão inseridas no texto constitucional apenas para impedir “um processo de erosão da Constituição”, mas cumprem a finalidade de inibir a simples tentativa de abolição do projeto constitucional original, sobretudo ante a situação de “sedução

e de apelos próprios de certo momento político” como fator de desestruturação de um projeto duradouro. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 218).

Por essas razões, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, ainda que não seja essa a vontade das maiorias políticas do momento, constitui pressuposto para o efetivo funcionamento do constitucionalismo democrático. A intervenção do Judiciário, ao corrigir uma omissão legislativa ou declarar uma lei inconstitucional, significa a realização e não o desvirtuamento da democracia. (BINENBOJM, 2004, p. 246).

Há autores como, por exemplo, Eduardo Ribeiro Moreira, que se identificam com a ideia de que a vedação ao retrocesso maximiza os limites materiais ao poder de reforma, de modo a apontar a necessidade de se ampliar a incidência do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal a “todos os direitos fundamentais, sem exceção, os quais não podem ser subtraídos”. (MOREIRA, 2012, p. 61).

De outro lado, os limites formais se resumem à legitimação para propor a reforma constitucional e ao quórum exigido para sua aprovação.

O artigo 60, *caput*, da Constituição Federal define como legitimados a propor emenda à constituição um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação por maioria relativa de seus membros.

Em relação ao quórum exigido para a aprovação de uma emenda constitucional, o artigo 60, § 2º, da Constituição Federal estabelece que “a proposta 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”.

De fato, os referidos limites formais ao poder de reforma não são suficientes para obstar a vontade do “emendismo”. Primeiro, porque o quórum de 3/5 dos membros das casas legislativas “é menor do que o encontrado em muitas Constituições estrangeiras e até em Constituições brasileiras passadas, que exigiam 2/3”. Em segundo lugar, “a exigência de dois turnos no molde em que é feita, é ficção jurídica”, porquanto o intervalo entre os dois turnos de votação da emenda constitucional é de apenas cinco dias úteis, segundo o artigo 341 do regimento interno do Senado Federal, cenário que impede a saudável e necessária reflexão em debates públicos antes da alteração constitucional. (MOREIRA, 2012, p. 68).

Em seguida, expressamente previstos no artigo 60, § 1º, da Constituição Federal, fala-se em limites circunstanciais ao poder de reforma. Ao impedir a reforma constitucional em situações de intervenção federal, de estado de sítio e de estado de defesa, a intenção do

constituinte originário foi de proteger o texto constitucional de distúrbios internos e rupturas ocasionais das mais diversas.

Apenas a título de nota, os limites temporais consistem em fixar certo lapso temporal dentro do qual não haverá reforma constitucional. A ideia principal é a de que uma constituição não pode se projetar por poucos anos em uma sociedade, mas constitui um documento jurídico duradouro. Contudo, atualmente, assim como a brasileira, “a maioria das Constituições do mundo pode ser reformada a qualquer tempo, sem a previsão de limites temporais”. (BARROSO, 2015, p. 184).

Por sua vez, os limites ao poder de reforma também podem ser evidenciados de forma implícita, a exemplo da titularidade do poder constituinte e do poder reformador, da impossibilidade de nova revisão constitucional e da inviabilidade de alteração do procedimento de reforma constitucional.

Em primeiro plano, sustenta-se que, em tempos de neoconstitucionalismo, não há como defender a promulgação de uma constituição “dissociada da soberania popular”, motivo pelo qual a titularidade do poder constituinte originário está condicionada a um limite implícito de natureza democrática. (MOREIRA, 2012, p. 79-80). Já a titularidade do poder constituinte derivado está implicitamente limitada pelas atribuições que lhe foram conferidas pelo próprio texto constitucional.

Sabe-se que a Constituição Federal previu a possibilidade de revisão constitucional, processo mais simples de alteração formal do texto constitucional, por uma única vez¹, segundo o disposto no artigo 3º do ADCT. Essa revisão constitucional já ocorreu em 1993 e, desde então, a constituição só pode ser alterada formalmente por meio de reforma constitucional. Desse modo, emenda à constituição que tenha por objeto instituir a possibilidade de nova revisão constitucional consubstancia violação a um limite implícito de reforma.

Por certo, a alteração do procedimento de reforma constitucional, inclusive quanto aos limites formais de legitimação e de quórum necessário para aprovação, constitui hipótese de limite implícito ao poder reformador. É que essa flexibilização da rigidez do procedimento de reforma configura situação de instabilidade constitucional.

É relevante mencionar que quanto mais dificultoso o procedimento de reforma constitucional, maior será a realização do princípio da supremacia da constituição, pois presente entre os textos constitucional e legal uma evidente diferença de normatividade, bem

¹ O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI n. 981, sob a relatoria do Min. Neri da Silveira, adotou esse entendimento.

como o referido princípio impede que qualquer um dos poderes constituídos assumam o Poder Constituinte de forma ilegítima.

Para autores como Eduardo Ribeiro Moreira, qualquer alteração que torne o processo de reforma menos dificultoso é inconstitucional, porque viola limite implícito fundamentado na vedação ao retrocesso e na impossibilidade de flexibilização de critérios formais para aprovação de matérias sensíveis e de grande repercussão na vida dos cidadãos, em contrariedade ao que fixou o constituinte originário. (MOREIRA, 2012, p. 88).

Feitas estas breves considerações sobre os diversos limites a que está sujeito o Poder Constituinte Derivado e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a analisar em que medida as reformas constitucionais podem violar o projeto democrático original.

4. A instabilidade do projeto constitucional democrático em razão das excessivas reformas constitucionais.

O Constitucionalismo moderno trouxe como novidade a existência de constituições rígidas, à luz do ideário iluminista e sob os parâmetros da razão, inclusive no tocante ao seu processo de alteração. Foram estabelecidas normas procedimentais de garantia para modificação do texto constitucional para efeito de garantir a estabilidade de normas consideradas fundamentais para toda a sociedade.

Uma constituição é considerada rígida se houver um procedimento diferenciado para a alteração dos seus dispositivos, inclusive dotado de maior solenidade e complexidade que aquele estabelecido para a modificação da legislação infraconstitucional.

Nesses termos, ao prever um procedimento diferenciado para a alteração da constituição, a rigidez termina não só insere a constituição no vértice do ordenamento jurídico, mas também orienta toda a produção legislativa do Estado, circunstância que revela a supremacia da constituição.

Há de se ressaltar, no entanto, que rigidez não é sinônimo de estabilidade constitucional, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal de 1988. Apesar de ser considerada rígida, sobretudo no que se refere ao seu processo de alteração, e contar com um consistente controle de constitucionalidade, as excessivas reformas gravam a constituição de constante instabilidade.

Não se ignora que a constituição deve acompanhar a evolução das relações políticas, econômicas e sociais de uma nação. O poder de reforma tem a precípua função de conectar o

texto constitucional com as alterações vivenciadas pelos cidadãos. Por isso, “se imutável ou quase inalterável”, a constituição “é desrespeitada e acaba por se desconstituir”. (MOREIRA, 2012, p. 30).

O que deve se buscar é uma espécie de equilíbrio entre a efetiva necessidade de atualização do texto constitucional e a utilização da reforma constitucional pelo Poder Constituinte Derivado.

Além do debate entre direitos fundamentais e ativismo judicial, a tensão entre direito e democracia suscita outra relevante questão: o excessivo número de reformas constitucionais “ameaça a democracia constitucional e se interliga com a judicialização da política”. (MOREIRA, 2012, p. 15).

A competência reformadora há de ser entendida como excepcional e não como prática habitual dos poderes representativos, caso contrário estar-se-á diante de uma institucionalizada e recorrente instabilidade constitucional do Estado brasileiro. Ainda que se adote a ideia de que as gerações passadas não podem ditar as regras de consenso constitucional do presente, cumpre destacar que o princípio da supremacia constitucional não pode ser subjugado por interesses temporários de maiorias políticas ocasionais.

Sobre a relação entre reforma constitucional e detentores do poder, José Afonso da Silva doutrina que “se é certo que as Constituições não podem ter-se como eternas, também se há de reconhecer que não podem ser transformadas num boneco de cera nas mãos de cada detentor do poder, que pode torcê-lo e moldá-lo em qualquer forma que lhe apraz”. (SILVA, 2002, p. 268-269).

O desenvolvimento da força normativa da constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis, de maneira que quanto maior a convicção na inviolabilidade da constituição, maior será a imposição da força normativa. Nesse sentido, é possível afirmar que as excessivas reformas constitucionais abalam a confiança em sua estabilidade – condição fundamental da eficácia da constituição. A solução para evitar o decréscimo normativo da constituição seria alcançar o equilíbrio entre mudança e estabilidade. (HESSE, 1991, p. 21).

Para ilustrar a instabilidade constitucional, em especial no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 já foi objeto de alteração por 88 (oitenta e oito) emendas constitucionais² em menos de 27 (vinte e sete) anos de existência, o que representa uma média superior a três emendas constitucionais por ano.

² Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 23.08.2015.

Quando comparada a constituições de outros países, a exemplo de Espanha, Portugal e Estados Unidos, a Constituição Brasileira sugere certa instabilidade constitucional, em razão do excessivo número de alterações do texto constitucional.

Além do argumento quantitativo que potencializa a instabilidade constitucional, há de se reportar ao caráter qualitativo das reformas constitucionais que, muitas das vezes, não atuam como fator de atualização das relações sociais, mas como simples indicativo de insegurança jurídica em decorrência de abolição, por exemplo, de direitos e garantias fundamentais de uma minoria.

E nesse ponto, nada mais salutar que trazer ao debate a lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual nenhuma maioria pode decidir em matéria de direitos pelos demais, sobretudo quando a minoria tem interesses ligados à sua própria identidade. (FERRAJOLI, 2001, p. 90).

A título de exemplo, cita-se a proposta de emenda à constituição n. 171/93 de autoria da Câmara dos Deputados, que versa sobre a redução da maioridade penal para a faixa etária de dezesseis anos aos adolescentes que venham a praticar atos infracionais.

Apesar de já aprovada em dois turnos pela Câmara dos Deputados e contar com um apoio da maioria da população, trata-se de evidente decisão que se aproxima da abolição de direitos e garantias fundamentais, bem assim envolve a identidade do adolescente e, sob o viés democrático de Ferrajoli acima referido, não poderia ser objeto de deliberação pela maioria sem a participação da minoria que será afetada pela decisão política. Essa, portanto, mais uma questão que reflete a instabilidade constitucional das reformas.

A instabilidade constitucional brasileira tem como possíveis causas o seu texto analítico e minuciosamente descritivo, o elevado número de normas concretas, bem assim a constitucionalização de matérias que, essencialmente, não são constitucionais.

Em poucas palavras, considerando que a Constituição de 1988 é analítica e descreveu às minúcias diversas matérias e não só as de ordem fundamental, o que dificulta a possibilidade de uma solução principiológica pelo Poder Judiciário, qualquer modificação política, econômica ou social pode subsidiar nova alteração do texto constitucional e, por consequência, instaurar um senso de instabilidade constitucional por conta de inúmeras alterações de um texto que nasceu para ser duradouro.

Questão que deve ser analisada é se a instabilidade promovida pelas inúmeras emendas implica prejuízos à normatividade da constituição.

A eficácia de um texto constitucional pode sofrer influência da instabilidade de suas normas, seja pela simples proposta ou aprovação de reformas constitucionais, ou ainda pela provocação do controle de constitucionalidade.

Nesses casos, a instabilidade constitucional surge quando a maioria ou minoria políticas, em certos momentos, recusam a normatividade da constituição para resolução dos conflitos sociais. Principalmente na seara das reformas constitucionais, há grupos que eram minoritários à época da assembleia constituinte e que, futuramente, quando passam a ser maioria política, adotam posturas ativas no sentido de adaptar o texto constitucional aos seus objetivos políticos e interesses pessoais.

A partir do momento em que esse desejo reformista se torna constante, a Constituição passa a ser objeto permanente de conflitos e não mais a expressão dos acordos firmados pelos grupos políticos junto à constituinte e que fundamentaram por anos a convivência social harmônica.

Ainda que a imutabilidade não seja característica das constituições escritas, bem assim que os atores políticos observem os limites constitucionais ao poder de reforma, o nível de instabilidade pode aumentar ao ponto de extirpar da constituição sua capacidade de regular a política.

Por oportuno, saliente-se que “esse período de instabilidade prejudica não apenas a força normativa da Constituição, mas também impede uma maior institucionalização da democracia”. (MAUES e SANTOS, 2008, p. 350-352).

Como já exposto, em constituições rígidas, como a brasileira, as alterações formais devem ser concebidas como exceção e não como regra. Mesmo que não haja modificação no núcleo essencial de um valor constitucional, as excessivas reformas não são compatíveis com o sentido de uma constituição rígida, em que a intenção do constituinte originário foi, justamente, tornar mais dificultosa a alteração da constituição.

Ademais, é de se registrar que as incessantes reformas constitucionais violam o sentimento constitucional dos cidadãos. E por sentimento constitucional pode ser entendido a aderência moral do indivíduo ao projeto constitucional democrático. Nas palavras de Pablo Lucas Verdú, sentimento constitucional seria o liame psicológico/moral entre homens e instituições, *litteris*:

“[...] sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência”. (VERDÚ, 2006, p. 75).

Esse sentimento de adesão constitucional significa crença na estabilidade e na segurança das normas constitucionais. Caso a constituição sofra inúmeras reformas, apesar de

sua divulgada rigidez formal, a ideia que se passa é a de que a constituição está sendo violada pelo poder de reforma e, por consequência, a instabilidade institucional é instaurada.

No caso da Constituição Federal de 1988, embora o número atual já seja expressivo, não há indicativo para o fim das reformas constitucionais, o que demonstra um preocupante desrespeito ao texto constitucional.

Portanto, há de se recuperar o prestígio da constituição a fim de conferir maior eficácia às suas normas e evitar a banalização das reformas constitucionais. É válida a assertiva de que a reforma constitucional é um bem escasso (MOREIRA, 2012), do qual somente deve se valer o constituinte derivado ante a real necessidade de se alterar o texto constitucional, até mesmo para preservar o sentimento constitucional do cidadão.

5. Conclusões

1. As limitações impostas ao Estado em razão do constitucionalismo maximizam a aplicação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como fortalecem o consenso constitucional sobre o projeto político adotado como diretriz pelo Poder Constituinte;

2. Em decorrência do seu processo de formação pela convocação da constituinte e das concessões mútuas entre grupos políticos e sociais, a constituição não é exclusivamente normativa, mas também política;

3. A relação entre o constitucionalismo e os fatores reais de poder é mais compatível com a corrente substancialista, até mesmo porque as deliberações, sejam por maioria política ou não, que tenham como resultado a violação de valores constitucionais previstos no projeto democrático podem e devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, sobretudo se não forem observados os limites definidos para a atuação do Poder Constituinte Derivado;

4. A reforma constitucional e os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado dialogam com o próprio conceito de democracia no Estado de Direito. Além de garantir o pluralismo político e a participação popular, a constituição deve (in)formar consensos mínimos de dignidade humana em prol do regime democrático para evitar eventual redução ou mesmo abolição de direitos fundamentais fixados como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988;

5. Rigidez não é sinônimo de estabilidade constitucional, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal de 1988. Apesar de ser considerada rígida, sobretudo no que se refere ao seu processo de alteração, e contar com um consistente controle de constitucionalidade, as excessivas reformas gravam a constituição de constante instabilidade;

6. A competência reformadora há de ser entendida como excepcional e não como prática habitual dos poderes representativos, caso contrário estar-se-á diante de uma institucionalizada e recorrente instabilidade constitucional do Estado brasileiro. Ainda que se adote a ideia de que as gerações passadas não podem ditar as regras de consenso constitucional do presente, cumpre destacar que o princípio da supremacia constitucional não pode ser subjogado por interesses temporários de maiorias políticas ocasionais;

7. Considerando que a Constituição de 1988 é analítica e descreveu às minúcias diversas matérias e não só as de ordem estrutural e fundamental, o que dificulta a possibilidade de uma solução principiológica pelo Poder Judiciário, qualquer modificação política, econômica ou social pode subsidiar nova alteração do texto constitucional e, por consequência, instaurar um senso de instabilidade constitucional por conta de inúmeras alterações de um texto que nasceu para ser duradouro;

8. Há de se recuperar o prestígio da constituição a fim de conferir maior eficácia às suas normas e evitar a banalização das alterações constitucionais, de modo a considerar a reforma constitucional como um bem escasso à democracia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Alexandre Bernardino. *O desafio do Poder Constituinte*. In: RIBAS, L. O. Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível. São Paulo, Expressão Popular, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henig. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Multideia, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Entendendo o poder constituinte exclusivo*. In: RIBAS, L. O. *Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível*. São Paulo, Expressão Popular, 2014.
- MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; SANTOS, Élide Lauris dos. *Estabilidade Constitucional e Acordos Constitucionais: Os Processos Constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978)*. Revista Direito GV, v. 4, p. 349-387, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da Reforma Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 23.08.2015.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005.
- _____. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.