

**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.

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE MINICONSTITUINTE E
MINIMIZAÇÃO DOS PROBLEMAS (DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL À
FRUSTRAÇÃO DE EXPECTATIVAS)**

**CONSIDERATIONS ABOVE THE MINI-CONSTITUENT PROPOSAL AND THE
PROBLEMS MINIMIZATION (FROM CONSTITUTIONAL DIRIGISME TO THE
EXPECTATIONS FRUSTRATION)**

Átila de Andrade Padua

Resumo

Com as jornadas de junho de 2013 fomentou-se a proposta de convocação de uma miniconstituinte como possibilidade de minimização dos problemas vivenciados pela sociedade brasileira. Considerando o influxo da obra do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho neste modelo constitucional e a quebra de paradigmas que representaram as túrgidas constituições brasileira e portuguesa, dedica-se especial atenção à diferenciação das normas programáticas com o dirigismo constitucional. O presente trabalho faz uma leitura do modelo de constituição dirigente adotado pela Assembleia Constituinte de 1988 bem como, tangencialmente, observa as condições de possibilidade e perspectiva de uma reforma no plano constitucional, considerando o questionamento pela efetiva expressão de vitalidade política.

Palavras-chave: Miniconstituinte, Dirigismo constitucional, Reforma constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

With the June movements of 2013 was fostered the proposal to convene a "mini constituent" as a possibility to minimize the problems experienced by Brazilian society. Considering the constitutional work of the influx Portuguese José Joaquim Gomes Canotilho this constitutional model and the breaking of paradigms that represented the turgid Brazilian and Portuguese constitutions, dedicated special attention to the differentiation of program standards with the constitutional dirigisme. This paper makes a reading of the constitution model adopted by the Constituent Assembly of 1988 and, tangentially, observes the conditions of possibility and prospect of reform at the constitutional level, considering questioning the effective expression of political vitality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mini constituent, Constitutional dirigisme, Constitutional reform

INTRODUÇÃO

As pretensões inscritas nos protestos de junho de 2013, originariamente com a elevação dos preços das tarifas de transporte público, situavam-se no âmbito da implementação de políticas públicas. Em curtíssimo prazo, cedeu espaço a novas reclamações, dispersas em uma miríade de anseios, sustentados por correntes conflitantes – desde vândalos, alinhados ou não ao movimento dos “black-blocks”, a segmentos reacionários simpatizantes da intervenção militar.

A proposta em se realizar uma “miniconstituinte”, com o fito de aplacar os ânimos sublevados, apresenta-se, no mínimo, como um paradoxo vivenciado pela Constituição Federal – aclamada em 1988 como cidadã.

Se a técnica da constituição rígida buscou amortizar eventual instabilidade do texto pelo próprio conteúdo econômico e social que encerra, tal não se observa com a existência de ao menos 74 emendas realizadas no período de um quarto de século.¹

Inobstante, mesmo considerando os recentes protestos *pró-impeachment* de 2015, o momento corrente carece de vitalidade política constitucional, bem como de uma pauta inovadora e específica de preservação dos direitos humanos. Isso porque direitos fundamentais alçados à categoria de princípios já foram amplamente consagrados, até mesmo inseridos via emenda *v.g.* CF 5.º LXXVIII).

Ainda assim, sub-reptícias propostas reformistas são apresentadas, confundindo-se indevidamente com a emanção do poder constituinte originário. Há confusão nos projetos que, em tese, afetariam o pacto federativo, por sua vez albergado em sede de cláusula pétrea (inalcançável ao legislador ordinário). Não somente, uma reforma global via emenda demandaria esforço homérico.

A difusão de indeterminados anseios, presentes nas palavras de ordem de milhares de brasileiros, expõe mais a frustração do cidadão perante o não cumprimento da constituição, do que especificamente a necessidade de uma nova cartilha de direitos constitucionais.² Certo é que as razões da revolta extrapolam a análise meramente jurídica,³ mas tais motivos não impedem que uma análise específica seja realizada no âmbito jurídico-constitucional.

¹ No prazo de um ano, posteriormente ao quartel de século passado, sucederam-lhes nove novas emendas.

² Em sentido contrário à necessidade de reformas constitucionais, simultaneamente às jornadas de junho de 2013, projetos de emendas como as PECs 33/2011 e 37/2011 foram severamente criticados e repudiados pela via de petições populares.

³ A esse respeito, aponta-se a existência de um choque de democracia, consubstanciado na frustração popular com o ritmo paquidérmico das transformações previstas para a redemocratização encetada em 1988. Cf. NOBRE, 2013.

A reforma política e a reforma tributária são temas simultaneamente constantes das propostas de “miniconstituintes”, mas a temática reformista continua passando ao largo das críticas sobre o caráter dirigente da Constituição.

O presente esforço busca, portanto, compreender se o caráter dirigente das normas programáticas implica em confusões no próprio âmbito de implementação das políticas públicas. A constituição cidadã, ainda que programática, não mais compactua com o modelo de constituição dirigente? Uma “miniconstituinte” minimizaria o problema da inexecução das normas programáticas?

Considerando a complexidade do tema, para a consecução de conclusões, em questionamento de teoria constitucional, o presente trabalho visa distinguir as características do poder constituinte originário que o afastam do presente contexto político brasileiro, ao mesmo tempo em que enfrenta a questão da deficiente implementação das políticas públicas nos moldes da constituição dirigente.

1 Considerações sobre o caráter dirigente da Constituição: distinção prévia entre programaticidade e dirigismo

Como sói acontecer com a quase totalidade das constituições posteriores às grandes guerras do século XX, a Constituição de 1988 dispõe de procedimento solene e “difícil” para a realização de alterações no bojo de seu texto.⁴ Por razão dessa característica, é classificada como uma constituição rígida.

Em linhas gerais, pode ser afirmado que a rigidez da Constituição se dá no intento de ressaltar a supremacia das normas nela contidas, destacando-as daquelas normas de cariz ordinário.

Ademais, a Constituição de 1988 pode ser identificada tanto pela extensão – constando de cunho analítico, tece a minúcias sobre miríade de temas – como pelo modelo de constituição dirigente, por meio do qual estabelece uma série de imposições ao legislador ordinário. Atendo-se ao recorte temático, o trabalho identifica o profundo impacto negativo causado ao serem elencadas matérias de menor importância em órbita constitucional.

O resultado não é a majoração da importância dessas normas, mas a banalização das que realmente importam. Nesse plano, há incompreensão do status constitucional, pois existem emendas para todos os gostos, que sequer abrandam a disciplina constitucional (emenda de abertura), ou redirecionam a opção constitucional (emenda de redirecionamento). Oportuno

⁴ São poucas as exceções à regra, como a Constituição de Israel e a Constituição da Nova Zelândia.

mencionar a crítica do professor José Duarte Neto, para quem as causas formais da instabilidade normativa do texto constitucional vigente se encontram na extensão analítica, no excesso de normas concretas e de conteúdo não constitucional:

“[...] como classificar a Emenda da reeleição do Chefe do Executivo (Emenda n. 16/1997), a que positivou o direito de moradia (Emenda n. 26/2000), o da incorporação à União dos policiais militares do antigo território de Rondônia (Emenda 38/2002), ou da previsão do registro de brasileiros nascidos no estrangeiro em Consulado no exterior (emenda n. 54/2007)? Para essas, o princípio subjacente não foi um projeto preordenado de abertura ou redirecionamento, mas a não compreensão da importância que deve ser consagrada às normas constitucionais. Incompreensão que permitiu terem sido modeladas como um “boneco de cera” diante das mais variadas contingências.” (DUARTE, 2010, p. 291).

Feito o parêntesis, em que pese o jaez analítico constituir fonte de sucessivas alterações pela via de emenda (especialmente ao alocar temas de importância questionável em nível constitucional), o estabelecimento de imposições é que constitui objeto de análise do presente rudimento.

O modelo de constituição dirigente percebeu grande influência do pensamento do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Seu trabalho foi redigido em período posterior à promulgação da Constituição Portuguesa de 1976, ostentando viés comunista – posto que esta sobrevinda à Revolução dos Cravos [1974]. Pretendia-se a transformação da sociedade em termos de erradicação das classes sociais, como dispunha o originário art. 1.º do texto constitucional.

A obra acadêmica ora aludida, da “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, buscou servir de contribuição à compreensão das normas programáticas, dado o ineditismo do modelo constitucional instaurado. Para tanto, o professor português se valeu dos estudos do jurista alemão Peter Lerche sobre “excesso e constituição” (*Übermass und Verfassung*).

O estudioso teutônico afirmara a existência de quatro domínios na constituição. A saber, os pontos ou linhas de direção constitucionais elementares; as fórmulas finais ou determinadoras de fins, globalmente autorizantes; direitos fundamentais, garantias e institutos da ordem de competências; normas ou princípios individuais e concretos do direito constitucional. A tais domínios, por sua vez, o mestre português acrescentaria o domínio da constituição dirigente. Considera-se, neste âmbito, a possibilidade de se tratar normas como um problema de discricionariedade (CANOTILHO, 1982, p. 223). Ainda com reservas, é realizada inclusive uma comparação aos atos administrativos, no intuito de alcançar verdadeira vinculação.

Canotilho diferencia imposições constitucionais de normas programáticas na medida em que as primeiras são permanentes e concretas, enquanto as segundas são permanentes e abstratas. As normas programáticas são determinações de fins do Estado ou definições de tarefas estatais, sendo possível a identificação de imposição expressa ou implícita ao legislador para concretização dos “grandes fins constitucionais.” (CANOTILHO, 1982, 315). Os fins do Estado demandam legislação atualizadora e concretizadora das tarefas por ele determinadas.

Sobre as imposições constitucionais, para Canotilho há certo consenso quanto à necessidade de superação da “velha teoria da autovinculação do legislador”, de se determinar em que medida é que a constituição pode dirigir a atividade legiferante, vinculando o legislador juridicamente. (CANOTILHO, 1982, p. 297). O cumprimento das imposições legiferantes perpassa a crença na existência de remédios eficazes para omissão.⁵

Do que o próprio jurista além-mar afirma, pode ser extraída a distinção entre as normas programáticas e as normas de cunho dirigente, premissa prévia a condução do presente estudo.

Inobstante, a temática comporta considerações acerca da manifestação do poder constituinte e do poder reformador.

2 Considerações no âmbito do poder constituinte o originário e do poder reformador: a permanência do Poder Constituinte

A proposta da convocação de uma “miniconstituinte” se situa em âmbito etéreo, o que poderia levar a pensar em um paradoxo existente entre o Poder Constituinte originário e o derivado.

Não por outro motivo, diversos acadêmicos e demais profissionais jurídicos se opuseram mediante manifesto. Segundo aludida reação, seria impossível convocar uma Assembleia Constituinte, invocando-se o Poder Constituinte, mas com o estabelecimento de agenda prévia. Isso porque a própria soberania do Poder Constituinte restaria ferida.⁶

⁵ À guisa de exemplificação, Canotilho aponta as ações constitucionais de defesa, ações de inconstitucionalidade por omissão, moções de censura contra o governo, dissolução do parlamento (CANOTILHO, 1982, p. 323-324).

⁶ A petição virtual seria capitaneada pelo professor Lênio Streck, contando com a adesão de mais de vinte nomes reconhecidos no cenário nacional. REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Manifesto vai contra Constituinte para reforma política.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-25/manifesto-assembleia-constituente-reforma-politica>>. Acesso em 25 jun. 2013.

Ora, desde os estudos do abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, compreende-se que o Poder Constituinte precede a constituição. É o Poder Constituinte que gera o Poder dos Estados, constituindo o suporte lógico de uma constituição.

Exemplar estudioso do tema, cuja obra é uma das referências basilares do presente tópico, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que o titular do poder constituinte em Sieyès é a nação – esta “encarna a permanência de uma comunidade”, sendo expressão permanente de seus interesses (FERREIRA FILHO, 1999, p. 12).

Por essa permanência de interesses, quer se referir também à coexistência do Poder Constituinte e da Constituição vigente. A *nação* não fica submetida à constituição que estabeleceu, mas ficam adstritos os poderes por ela constituídos. Além do que, para Sieyès, o Poder Constituinte é ilimitado, na medida em que independe daquele anterior. Ainda, o Poder Constituinte não está sujeito a qualquer forma prefixada, sendo, pois, incondicionado. Nesse aspecto, o abade francês foi precursor tanto na ideia de supremacia da constituição, como na de controle de constitucionalidade (FERREIRA FILHO, 1999, p. 12-17).

O melindre do abade francês em distinguir como titular do poder constituinte a nação tem justificativa. A ideia de povo consistiria mero coletivo, conjunto de indivíduos sujeitos a um poder, enquanto nação identifica a comunidade em sua permanência e interesses constantes (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23).

A ideia rousseauiana prevalecente é a de que o titular do poder constituinte é o povo. Vale considerar que o termo que ora recebe conotação mais abrangente. Quando se designa o povo como titular do Poder Constituinte, tem-se por pressuposto de consentimento dos governados para a existência da Constituição – o *consensus* do poder que emana do povo e em benefício dele próprio é exercido.

A vontade do povo qualificada pelo permanente anseio da comunidade constitui a faceta onipresente do Poder Constituinte, mesmo na vigência da constituição. Tanto é assim, que o Poder Constituinte sobrevive à constituição por ser forma de liberdade.⁷

Diversamente à manifestação do Poder Constituinte originário, situam-se aqueles a quem são confiados o exercício do poder. Existem limitações a tal exercício. Aliás, aqui se trata de sede do Poder Constituinte instituído, ou derivado, o qual consiste tanto no poder de

⁷ “Ora, do mesmo modo que liberdade individual não se esgota num ato livre, um ato de liberdade não esgota a liberdade, mas a liberdade persiste, manifestando-se sucessivamente, também o Poder Constituinte não se esgota numa Constituição.” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 58). Também presente no preâmbulo da Constituição jacobina (1793), remetendo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu art. 28 a garantia de que o povo sempre detém o direito de rever, reformar e mudar sua constituição, visto que uma geração não pode limitar as que se sucederem. Por sua vez, o art. 35 garantia o *direito de insurreição* como “o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres” quando o governo violar os direitos do povo.

revisão da constituição como no poder de complementação, exercido pelas constituições dos estados que compoñham a federação.⁸

No entendimento do professor Nelson de Sousa Sampaio, existem tanto limites expressos, como limites implícitos ao poder constituinte instituído, visto que “[...] o poder revisor não pode subir até o poder constituinte, de onde êle deriva com a constituição, para, a pretexto de reforma-la, alterar as suas próprias bases, numa espécie de revolta da criatura contra o criador.” (SAMPAIO, 1954, p. 96)

Para este jurista, ao lado da forma descrita no texto constitucional, deve-se observar a manutenção dos direitos fundamentais do homem e garantias individuais, assim como alterar as regras concernentes ao titular do Poder Constituinte (o povo) e muito menos a própria titularidade, considerando-se o aspecto delegatório do Poder Constituinte instituído.⁹

No contexto constitucional brasileiro vigente, dentre as manifestações de reforma constitucional, existiu pontualmente a revisão, tal como descrita no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todavia, atualmente a reforma se manifesta somente pela via de Emenda Constitucional.

Mesmo uma reforma global, de caráter mais abrangente que o meio disponível da emenda, como vem sendo cogitada, somente seria possível com a introdução do Poder Constituinte de revisão por intermédio de emenda. É exatamente nesse plano jurídico, então visualizado pelo governo como cenário crítico, que se desenvolve a suposta instabilidade da constituição brasileira e a legitimidade de qualquer reforma a ser engendrada.

3 A instabilidade da Constituição Brasileira e a legitimidade da reforma: o influxo das cláusulas pétreas

A quantidade de emendas realizadas ao longo da existência da Constituição, assim como as manifestações de 2013 e mesmo os movimentos contrários à realização da Copa o

⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta como características do poder instituído a derivação, a subordinação e o condicionamento. Ressalva que: “[...] o Poder Constituinte originário é um poder inicial; ele cria a ordem jurídica, não é criado pela ordem jurídica. É o contrário do que se dá com o Poder constituinte derivado, que é criado pela ordem jurídica. O Poder Constituinte originário é dito como ilimitado, ou autônomo, ou soberano, conforme a preferência doutrinária. O Poder Constituinte derivado ou instituído é um poder subordinado. O Poder Constituinte originário é incondicionado, porque pode se manifestar dos mais diferentes modos, ou, por outras palavras, não tem um modo prefixado de manifestação. O Poder Constituinte instituído ou derivado tem um modo especial de manifestação que é o modo previsto na Constituição.” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 111-112).

⁹ O professor Nelson de Sousa Sampaio ainda haveria afirmado o limite implícito da inalterabilidade das regras que disciplinam formalmente o procedimento de alteração constitucional (SAMPAIO, 1954, p. 92-107). Tal hipótese não prosperou diante da aprovação da EC n.8/1977 à Constituição de 1967/69, alterando o *quorum* para aprovação de emenda (FERREIRA FILHO, 1999, p. 121).

Mundo de 2014 são elementos que sugerem instabilidade. Resta saber se tal instabilidade é aparente ou de fundo.

Logo de início cabe ressaltar que a estabilidade de uma constituição não se confunde à sua rigidez. Rigidez é técnica constitucional voltada à manutenção de certo grau de estabilidade, conceito trabalhado pela ciência política.

Das alterações realizadas ao longo da vigência da Constituição de 1988, legislador reformador não pretendeu (ou não devia pretender) a mudança de regras materialmente constitucionais, mas o fez, ainda que de maneira acessória ou indireta. As mudanças foram possíveis pois existem normas de cunho meramente formal, que compõem a constituição sem constituir sua essência – ao revés do que ocorre com as normas de conteúdo material.

As causas das mudanças frequentes na constituição são de ordem estrutural e ideológica. A primeira decorre do texto analítico, extenso, ostentando matérias que não dispõem de importância para situarem neste plano. A seu turno, os motivos ideológicos coincidem com o modelo de constituição dirigente, perfilhando a concepção de constituição dirigente adotada por Canotilho – correspondente a normas programáticas e imposições constitucionais de natureza concreta, com intenção de gerenciar políticas públicas (DUARTE, 2010, p. 325-326).

Como o legislador se encontra engessado pela Constituição, advém a necessidade de reformas, afinal, a governabilidade e a execução de políticas públicas assumiram hierarquia constitucional.

De uma perspectiva global, percebe-se que as normas materialmente constitucionais não foram comprometidas. Contudo, o desprestígio da Constituição trás o perigo de se alterarem “disposições fulcrais à organização do Estado”, como as matérias resguardadas como cláusulas pétreas, as quais compõem a essência da constituição (DUARTE, 2010, p. 310).

Deve-se ponderar que as cláusulas pétreas, isoladamente compreendidas, não constituem limites intransponíveis à reforma constitucional, pois o grau de “modificabilidade” é aferível pela essência e não pela aparência (DUARTE, 2010, p. 263). Nesse aspecto, deve ser percebida como meia verdade a afirmação de que a práxis reformadora fez uma constituição diferente da promulgada em 1988. Em linhas gerais normas materialmente constitucionais se mantiveram (Ibid., p. 293-294): restou preservada a forma federativa do Estado, a Separação dos Poderes, o voto universal e a cartilha de direitos humanos – matérias que compõem o cerne da Constituição e estão classificadas como cláusulas pétreas.

Ora, a reforma por obra do Poder Constituinte instituído desencadeia considerações polêmicas e relevantes exatamente pela possibilidade (ou não) de serem alteradas inclusive matérias albergadas como cláusulas pétreas.

Outro constitucionalista português, o professor Jorge Miranda (2003), posiciona-se no sentido de possibilidade, por meio de *dupla revisão*.

“Se forem eliminadas as cláusulas concernentes a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios, ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro do legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos garantidos, por faltar, doravante, interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados. Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que constituem os limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que se pode falar em *dupla revisão*.” (MIRANDA, 2003, p. 233).

Compreenda-se com precisão o propósito do mencionado professor português. O mecanismo que reveste de cláusula pétrea pode ser objeto de reforma. As normas de cunho material não. Isso porque, como já se disse elas compõem a essência da constituição e os termos propostos pelo Poder Constituinte Originário. Tanto o é, que a preterição dos “limites materiais de primeiro grau” pela observância meramente externa das regras de competência, de forma e de substituição, constituem nos dizeres do mesmo autor a “fraude à Constituição” (MIRANDA, 2003, p. 239).

Em entendimento mais agravado sobre a possibilidade de reforma em dois tempos, Ferreira Filho afirma que o pensamento contrário se trata de afirmação gratuita, fundamentando-se com o apelo a cláusulas implícitas, as quais existem para todos os gostos (FERREIRA FILHO, 1999, p. 180). Vai além, ao afirmar que a Constituição de 1988, por se tratar de resultado de uma emenda à Constituição de 1967, não configuraria verdadeiro Poder Constituinte, sendo que as cláusulas pétreas estabelecidas na “Constituição Cidadã” decorrem de reforma constitucional, obra do Poder Constituinte derivado “Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar” (Ibid., p. 182):

[...] não há impedimento jurídico à convocação de uma revisão constitucional, nos termos de Emenda adotada com a observância rigorosa do art. 60 da constituição em vigor. E esta se fará mais livremente se, nessa emenda convocatória, for revogado o § 4.º do art. 60 da Lei Magna em vigor. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 190)

Todavia, não se trata sequer de analisar uma forma específica de manifestação do Poder Constituinte Originário, mesmo porquê inexistente forma determinada de manifestação do Poder

Constituinte Originário! Igualmente inexistente dúvida de que houve manifestação do *consensus* na Constituição de 1988, à qual foi conferido o crédito de constituição cidadã – completamente divergente do regime ditatorial constitucionalizado.

Sem adentrar no âmbito da diferenciação entre cláusulas pétreas e constituição material e, compreendendo a própria instituição de cláusulas pétreas como cláusula pétrea, Sousa Sampaio refuta a reforma em dois tempos, retirando a proibição da alteração de cláusulas pétreas.

Se isso não estivesse sempre subentendido, todas essas proibições antepostas ao poder de reformar seriam vãs, porque ele as poderia ladear sempre, embora fazendo um caminho mais longo. Bastaria agir em duas etapas para afastar qualquer obstáculo à sua atuação. Na primeira fase, suprimiria o dispositivo que veda determinada reforma, e, na segunda fase, realizaria esta mesma reforma, primitivamente inacessível. (SAMPAIO, 1954, p. 91)

A preocupação dos estudiosos atua no sentido de preservar o cunho material da constituição. As alterações que venham a ser realizadas no sentido de compatibilizar o texto constitucional à sua sobrevivência não podem ocorrer à míngua da sua essência. Talvez, diante das posições acima colecionadas, possa inclusive se afirmar que a técnica da constituição rígida sequer esteja voltada à Constituição material, núcleo do propósito constitucional em limitação do poder.

Da mesma forma que o procedimento rígido não é um fim em si mesmo, se a essência de uma constituição não se situar em normas materialmente constitucionais, perde-se um “referencial material” para diferenciá-las de outras do ordenamento.

Circunscrevendo o propósito do trabalho, comprometido com a identificação do cunho dirigente enquanto fator de banalização do intento constitucional, volta-se ao fato de que tal característica veio incrustada às normas programáticas.

4 A inconveniência do absoluto cunho dirigente das normas programáticas

Falar em remoção do cunho dirigente das normas programáticas, dado o fato de tal característica ter se impregnado à ideia de implementação dessa modalidade de normas, parece temerário a grande segmento da doutrina nacional – ainda que a inefetividade das normas constitucionais propicie frustração.

Nesse sentido, temendo o retorno ao paradigma de Estado Liberal, Gilberto Bercovici discorre o entendimento de que a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade – assim como cogitou a constituição lusitana. Entretanto, ao mesmo tempo, reconhece que:

A prática política e o contexto social têm favorecido uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado. (BERCOVICI, 1999, p. 47)

Há o reconhecimento de que a constituição vem sendo concretizada restritiva e excludentemente. Há, assim, a possibilidade de que a constituição não venha a cumprir o seu propósito, gerando o questionamento até mesmo sobre legitimidade do Estado. O próprio professor Canotilho compreende que a constituição dirigente, tal como por ele descrita em 1982, teria acabado, ainda que disso não importasse o perecimento de certas “dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional” (COUTINHO, 2005, p. 14).

Para o mestre português, a constituição dirigente foi um “projeto histórico programático” voltado à limitação da “liberdade de conformação” do legislador, sustentando que o legislador não possui liberdade absoluta (Ibid., p. 15)¹⁰, mas liberdade adstrita ao propósito constitucional.

Ora, a liberdade absoluta do legislador ordinário é um contrassenso constitucional, posto que o *telos* da constituição é impor limites ao poder político. Sobre este sentido ontológico, preleciona Karl Loewenstein:

En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. (LOEWENSTEIN, 1982, p. 151)

Considerando a expectativa de controle dos “dominadores do poder” pela via constitucional e consequente asseguarção de legítima participação no processo do poder, deve ser reconhecida a importância das normas programáticas independentemente de eventual cariz dirigente. Aliás, cabe identificar que segmento dos destinatários do poder eleito descritos por Loewenstein (em verdade segmento dos titulares primevos do poder delegado) espelhou seu

¹⁰ Sobre o tema, o professor Canotilho chega a remontar à origem dos seus estudos sobre a Constituição dirigente, cuja referência foi Peter Lerche: “O esforço dogmático de Peter Lerche não tinha como plano de fundo qualquer constituição de perfil programático e, muito menos, de cariz socializante. Pretendia-se tão somente captar a *normatividade* de algumas normas da Constituição de Bona, impositivas de deveres de ação legislativa (exemplo: artigo referente à concretização do princípio da igualdade de sexos).” (CANOTILHO, 2008, p. 112).

descontentamento com a atuação dos seus representantes nas manifestações de junho de 2013 exatamente pela inefetividade das normas programáticas, a despeito da sustentada feição dirigente do texto constitucional.

O modelo de constituição adotado em 1988 foi o mesmo modelo português. Tão diversos e particulares são os matizes de imposição constitucional, que o legislador vem “governando” ao reescrever a Constituição por meio de emendas (DUARTE, 201, p. 306), sem concluir satisfatoriamente o propósito de minorar o cunho dirigente. Instaure-se uma crise de governabilidade em virtude da faceta dirigente da Constituição, cuja saída se dá pela reforma da Constituição.

Ora, uma fórmula para dificultar a governabilidade é a soma dos diversos elementos da Constituição de 1988: a) um projeto vinculante de transformação social; b) imposições normativas ao legislador ordinário, com previsão de fins, tarefas e políticas públicas; c) sanções para o seu descumprimento; d) uma dificuldade qualificada para sua modificação. Em pouco tempo, o projeto constituinte se torna desatualizado em razão da dinâmica dos fatos a serem normados. Incapacitado o legislador de legiferar segundo as necessidades fáticas – em razão das imposições normativas – volta-se contra o texto da Constituição para libertar-se ou alterar a vinculação legislativa. (DUARTE, 2010, 305-306)

A consequência advinda é a banalização das reformas, considerando que o desprestígio leva a uma crise de autorreferência (DUARTE, 2010, p. 309). E a essa constatação, pode ser adicionada a observação de que as constituições rígidas impedem os “desvios sem percepção” das flexíveis, mas não superam grandes crises, rompendo-se (Ibid., p. 320).

Dessas ponderações, infere-se a indagação: vivemos um período de crise que justificaria o rompimento da ordem constitucional vigente?

Considerando que a manifestação do poder constituinte originário pressupõe um momento de vitalidade política, que o intento constitucional visa a regulação do poder político e instauração de cartilha de direitos humanos, fica difícil vislumbrar os novos horizontes para uma nova constituinte.¹¹ Não há qualquer relevância em termos de modificações constitucionais de fundo.

Principalmente em termos de legitimidade, ou pelo que se compreende por legitimidade. A legitimidade deve ser medida para além do plano do direito positivo, segundo o *consensus* (FERREIRA FILHO, 1999, p. 48).

A preservação da Constituição é um reflexo desta consciência. Sobre o tema, é ilustrativa a metáfora de Georges Abboud ao apresentá-la como a personagem Geni da Ópera

¹¹ Mesmo as manifestações de junho de 2013 não conseguiram reunir um por cento do eleitorado entorno de um projeto claro, percentual mínimo exigido a uma lei de iniciativa popular. O mesmo talvez não possa ser dito dos protestos de março de 2015, com reivindicações diversas À proposta de “miniconstituinte”.

do Malandro. Taca-se pedra na Constituição porque ela “dá pra *tudo que é nego torto*”, mas é ela quem pode salvar e redimir a comunidade:

Nossa Constituição permitiu manifestações legítimas e também aquelas em que se brincou de revolução, para, no final, grande parcela da sociedade e até mesmo juristas afirmarem que seria válida uma nova constituinte. (ABBOUD, 2013, p. 53)

Como sustentado, trata-se de uma crise de autorreferência perceptível com a banalização das reformas¹² e cuja perspectiva genuinamente constitucional é extremamente duvidosa.

CONCLUSÃO

A crise de autorreferência ofusca o verdadeiro propósito constitucional, assim como o caráter dirigente, alheio a uma compatibilização com a atualidade do texto, empece a própria força normativa da constituição e dos próprios programas constitucionais.

Não é mais sustentável a confusão entre programaticidade e dirigismo constitucional, da mesma forma que o dirigismo não é garantia de cumprimento das normas programáticas. Aliado aos motivos de ordem formal, o modelo da Constituição de 1988 não favorece a estabilidade normativa.

Das considerações sobre o Poder Constituinte, conclui-se também não ser possível confundir o momento vivenciado em 2013 com um momento de genuína vitalidade política, apto a elaborar uma nova e legítima constituição.

Existe um plano normativo, especialmente albergado pelas cláusulas pétreas, cuja indisponibilidade potencializa o propósito constitucional. Como pertinentemente sugerido por José Duarte Neto, o risco de afetar a essência da constituição – as regras materialmente constitucionais – sinaliza para uma possibilidade de reforma a introduzir duplo procedimento reformador:

“[...] a) um mais agravado – que poderá ser o atual ou com reforço dos limites – para as regras materialmente constitucionais; b) um menos dificultoso, para as demais matérias, com limites próximos da legislação complementar. Trata-se de expediente que já foi empregado na carta de 1824, que faria a Constituição de 1988 semirrígida.” (DUARTE, 2010, p. 313).

¹² Em análise sobre a longevidade constitucional, ou sobre a lógica da mudança constitucional dos países latino-americanos, Gabriel L. Negretto considera as hipóteses de substituição de uma constituição. Aponta como razões o fracasso do texto enquanto estrutura de governo, observável diante de uma crise constitucional, ou ainda diante de inviabilidade que o mesmo assumia ao impedir a acomodação de interesses políticos conflitantes a adaptá-las ao ambiente. Cf. NEGRETTO, 2012.

Aliás, ainda quando desaconselhada, a introdução de novas limitações ao poder reformador é alternativa reconhecida como válida se atua no sentido de manter o sentido do Poder Constituinte Reformador (SAMPAIO, 1954, p. 107).

A proposta de uma miniconstituinte não somente não atende ao propósito de minimização dos problemas, como deixa a ordem constitucional exposta a alterações perniciosas, podendo atingir normas relevantes.

Existe uma sobrevivência da programaticidade constitucional a despeito das reformas frequentes. Essa disfuncionalidade veio a lume com as jornadas de junho de 2013, exigindo um olhar crítico da comunidade jurídica: deve haver a desmistificação da retórica pela discussão da essência de sua manifestação reformadora.

Os episódios de junho de 2013, que facilmente ganharam as redes sociais, acrescidos de *hashtags* para ir às ruas, não lograram demonstrar especificamente algo além de descontentamento generalizado para com a inefetividade das políticas públicas, quando não para com corrupção nos altos escalões do governo. É muito mais uma frustração de expectativas do que foi idealizado com o dirigismo constitucional, do que um momento de vitalidade política apto a transformar a realidade constitucional. O Brasil não vive em regime de exceção e, ainda com todas as limitações de ordem representativa pela má escolha eleitoral, preserva tranquilamente os contornos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Com vistas a arrematar as observações do presente trabalho, é seguro concluir que o cariz dirigente é dispensável para garantir programaticidade e a referência material sem que isso implique necessariamente em retorno ao Estado Liberal. Contudo, na mesma sede conclusiva, seria impossível inferir que a minimização dos problemas sociais e a solução para o descontentamento generalizado com as desventuras do modelo dirigente se encontre em convocar uma miniconstituinte que ponha em risco garantias fundamentais – normas materialmente constitucionais – sem a devida legitimidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 102, dezembro 2013, v. 938, p. 45-53.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: abril/junho de 1999, nº 142. pp. 35-51.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Ed. 2. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. Ed. 3., rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Ed. 5, rev. e atual.. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. V. II.

NEGRETTO, Gabriel L. **Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America**. New York: Law & Society Review, Volume 46, Number 4, 2012, pp 749-779.

NOBRE, Marcos. **Choque de Democracia. Razões da Revolta.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional.** Salvador: Livraria Progresso, 1954.