VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

THAIS NOVAES CAVALCANTI

ALESSANDRA APARECIDA SOUZA DA SILVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alessandra Aparecida Souza da Silveira; Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Thais Novaes Cavalcanti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-500-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente publicação intitulada “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 8 de setembro de 2017, por ocasião do VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Braga, Portugal, nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

No supracitado Encontro, o referido GT apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT “Teorias da Democracia e Direitos Políticos” sob a coordenação da Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (Universidade do Minho), dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB) e José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e da Professora Doutora Thais Novaes Cavalcanti (Universidade Católica de Salvador).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “Teoria da Constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, entre outras, constituem a presente coletânea.

Assim, este Livro apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que convidam ao debate e acerca das constituições e, portanto, contribuem de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade em geral uma contribuição relativa à sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Profa. Dra. Alessandra Aparecida Souza da Silveira

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Thais Novaes Cavalcanti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A MUTABILIDADE CONSTITUCIONAL, A IMPOSIÇÃO DE LIMITES PARA O SEU EXERCÍCIO E O PODER DE REFORMA NO CONTEXTO BRASILEIRO

THE CONSTITUTIONAL MUTABILITY, THE IMPOSITION OF LIMITS FOR THEIR EXERCISE AND THE POWER OF REFORM IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Andrea Neiva Coelho De Medeiros [1]
Artur Cortez Bonifacio [2]

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar o poder de reforma constitucional e a possibilidade de impor limites ao seu exercício. De início, será abordada a natureza político-jurídica do Poder Constituinte. Em seguida, o estudo focará na necessidade de ter uma Constituição duradoura e de mantê-la sempre atualizada através de mudanças essenciais de readequação a novos contextos sociais. Após isso, analisar-se-á o poder de reforma sob a sua perspectiva substancial. E então, debater-se-á a possibilidade de o Poder Constituinte Originário impor restrições perenes ao Poder de Reforma. Por fim, focará no contexto brasileiro de exercício do Poder de Reforma.

Palavras-chave: Poder de reforma, Poder constituinte, Poder constituinte originário, Poder constituinte derivado, Poder constituinte reformador, Poder reformador no brasil

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to analyze the constitutional reform power and the possibility of created limits for to exercise it. Initially, the political-legal nature of the Constituent Power will be studied. Then, it will focus on the need for a lasting Constitution and to keep it update through essential changes in readjustment to new social contexts. After this, an analysis of Reform Power will be carried out under its substantial perspective. Then, it will be discussed the possibility of the Original Constituent imposing perennial restrictions on the Power of Reform. Finally, it will focus in Brazilian Reform Power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reformation power, Constituent power, Original constituent power, Derivative constituent power, Reform constituent power, Brazilian reform power

---

[1] Graduação em Direito pela UFPB; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT 13a Região; Mestranda na UFRN na área de concentração Constituição e Garantias de Direito.

[2] Graduação em Direito pela UFRN (1990), Mestrado em Direito pela PUC de São Paulo (2003) e Doutorado em Direito também pela PUC de São Paulo (2006).

1. Introdução

O Poder Constituinte orbita entre as áreas jurídica e política exatamente por ser o responsável pela juridicização do conteúdo essencial à organização e estruturação do Estado, corporificando, para tanto, a sua Constituição. De fato, não há texto constitucional despreocupado com os aspectos políticos nucleares do Estado, tais quais, soberania, divisão de competência e princípios informadores das condutas de governo.

Contudo, a matéria política tratada no seio constitucional não pode esgotar a discricionariedade administrativa, devendo permitir uma liberdade de atuação ao governante e ao legislador ordinário. Congelar as escolhas legislativas e executivas acarretaria um engessamento estatal e a consequente dificuldade em implementar políticas públicas. Desta forma, a Constituição deve tratar apenas do conteúdo político fundamental.

Justamente por ser o reflexo político do Estado, a Constituição não pode ser engessada no tempo, afinal, as decisões estatais não são eternas, devendo o texto constitucional ser sempre readequado às mudanças históricas e culturais ocorridas dentro de uma sociedade. Concomitante a essa necessidade de alteração, a mutabilidade não pode ser indiscriminada, uma vez que a duração de uma Constituição reflete a estabilidade política do Estado e de suas instituições.

Nesse contexto se insere o Poder de Reforma estabelecido pelo Poder Constituinte Originário. Enquanto o poder de criar uma nova constituição é ilimitado formalmente, o poder de modificá-la deve respeitar ditames impostos pela própria constituição. Assim, este último constitui um poder condicionado, limitado juridicamente e derivado do poder inaugurador da ordem jurídica.

Contudo, a imposição por uma geração constituinte de normas limitadoras da mudança da constituição é alvo de embate doutrinário por tratar, para alguns, de perpetuação de escolhas e afronta à natureza democrática da constituição. Já para outros, é reflexo da diferença dos momentos vivenciados de forte mobilização política do povo.

Diante disso, pretende-se contrabalancear a tensão entre a necessidade de um Estado possuir uma Constituição duradoura e a concomitante existência de mecanismos de atualização social, bem como analisar os limites impostos ao Poder de Reforma como meio eficaz de preservação do núcleo e características essenciais da Constituição.

Nesse sentido, a Constituição brasileira admite a possibilidade de ser alterada, entretanto, condicionou sua mudança a determinados requisitos formais e materiais, excluindo, inclusive, determinados conteúdos dessa possibilidade. Ocorre que, mesmo havendo requisitos mais rígidos, são inúmeras as emendas constitucionais já aprovadas.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já foi alterada por mais de cem emendas. Diante desse número, surgem indagações que merecem atenção: todas essas reformas foram necessárias? Houve descaracterização do núcleo constitucional? Qual a causa desse grande número de alterações? Elas respeitaram os princípios democráticos?

Cumpre a este estudo tentar responder algumas desses questionamentos e analisar o exercício do Poder de Reforma frente à quantidade e à qualidade das modificações ocorridas no seio constitucional brasileiro levando-se em consideração não apenas os requisitos pré-determinados pela Assembleia Constituinte, mas também o respeito à democracia e à finalidade das emendas constitucionais.

2. Poder Constituinte: entre o direito e a política

Luís Roberto Barroso (2015, p. 453) afirma que "direito é, certamente, diferente de política". De fato, isto é inegável, contudo, também é inolvidável que, apesar das grandes diferenças existentes entre esses dois sistemas sociais autônomos, muitas vezes a linha divisória que os separa é bastante tênue.

Decerto, a constituição de um Estado é o seu retrato político e o Poder Constituinte é o responsável por corporificar em normas constitucionais as decisões políticas estatais. Justamente pelo Poder Constituinte se encontrar na zona cinzenta entre o direito e a política, Canotilho (2000, p. 67) o qualifica como "conceito limite". De fato, a constituição se preocupa em normatizar conteúdos de índole estrutural, diretiva e organizatória de um Estado, tais como seu regime, forma, soberania – assuntos incluídos em qualquer "tratado de política" (CANOTILHO, 2000, p. 67).

Marcelo Neves (1994, p. 61) assevera que, baseado no conceito moderno da constituição, esta deve ser entendida como uma "limitação jurídica ao governo", podendo-se fazer uma leitura para incluir nesta acepção a visão da constituição como fator e produto da separação entre os sistema jurídico e político. Desta forma, a constitucionalização apresenta-se justamente como o "processo através do qual se realiza essa diferenciação".

Neves (1994, p. 62) acrescenta ainda que a constituição é via cooperativa (de prestações recíprocas) e meio de interpenetração entre esses dois sistemas: político e jurídico. Justifica esse seu entendimento com as palavras de Luhman (*apud* NEVES, p. 62), uma vez que o intercâmbio entre os política e direito ocorre na medida em que "possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico".

Desta forma, é inegável a preocupação constitucional em tratar do sistema político e construir os alicerces do Estado, direitos fundamentais e normas orientadoras de políticas públicas. No entanto, o Poder Constituinte não pode se ocupar e esgotar todo o conteúdo político estatal, sob o risco de limitar as opções do governo na gerência pública. A prefixação de escolhas políticas do dia a dia retiraria do Poder Executivo a discricionariedade de administrar, haja vista o dever de se respeitar a juridicização, inclusive, aquelas que envolvem normas materialmente políticas.

Realmente, a anatomia do Estado e o seu conteúdo político estão inseridos em seu seio constitucional. Carlos Ayres de Britto (2006) justifica tal assertiva com o argumento de a Constituição ser dirigida ao Estado e não produzida por ele, afinal, havendo uma nova constituição, nela estaria consubstanciado um novo Estado. Desta forma, o Poder Constituinte seria o responsável por zerar a contabilidade constitucional – sendo necessário admitir a coexistência entre ele e o Poder de Desconstituir a ordem jurídica anterior.

Decerto, não há que se falar em duas ordens constitucionais simultâneas no mesmo Estado. Portanto, para escrever uma nova constituição é indispensável expelir a anterior do ordenamento jurídico, afinal, o povo não pode ficar na dúvida sobre a qual normatividade está subjugado, sob pena de insegurança jurídica e institucional.

José Afonso da Silva (2000, p. 67), alinhado ao pensamento dos constitucionalistas já citados, encara o Poder Constituinte como a mais alta expressão do Poder Político, qualificando-o como energia e constatando a sua capacidade de organizar jurídica e politicamente uma nação. O poder do povo de "dar-se uma constituição", ainda no entendimento do jurista, inclui também o poder de reformá-la (SILVA, 2000, p. 67-68).

Esse poder de reforma outorgado pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Legislativo, possui características e finalidades diferentes tanto do seu poder instituidor como da função legiferante ordinária. Ele deve atuar de modo extraordinário e com o escopo de readequar o texto constitucional às novas necessidades e vontades da sociedade, buscando evitar as rupturas ocorridas em decorrência de hiato constitucional[1].

3. A necessária tensão entre a estabilidade e a mutabilidade constitucional

A princípio, a imutabilidade constitucional foi idealizada pelos iluministas, os quais, segundo Paulo Bonavides, "cegos de confiança no poder da razão", acreditavam plenamente no poder da lógica e imaginavam a lei como um resultado racional e absoluto, ajustado a

1 Expressão utilizada por Ivo Dantas para denominar a discrepância entre a realidade social e aquela contida na constituição.

todas as idades e adequado a todas as gerações (BONAVIDES, 2004, p. 196). Indubitavelmente, a impossibilidade de alteração da constituição seria um empecilho para amoldá-la à mutável realidade social.

Desta forma, não sem razão, Paulo Bonavides (2004, p. 196-197) caracteriza a ideia de proibição de modificações ao texto constitucional como uma “tese absurda”, haja vista a exclusão da possibilidade de solucionar crises políticas através de reformas pacíficas. Tal fato entregaria à revolução e ao golpe de Estado qualquer tentativa de ajustamento normativo ao contexto social vivenciado à época.

Ferdinand Lassalle (2001, p. 33), utilizando-se do seu conceito sociológico de constituição, defende que a constituição escrita será boa e duradoura apenas quando esta corresponder à “constituição real” e estiver ancorada nos “fatores do poder que regem o país", por consequência, havendo conflito entre a “folha de papel” e a realidade social, esta prevaleceria em detrimento daquela.

Partindo de um pressuposto diverso do defendido por Lassalle, qual seja, a força normativa da constituição, Konrad Hesse (1991, p. 13-14) alerta para o perigo de adotar um dos posicionamentos extremos: “uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo", logo, realidade e norma devem ser analisadas em seu condicionamento recíproco, ou seja, não se deve tratar de maneira isolada realidades que se autodeterminam, quais sejam, os fatores reais de poder e uma constituição normativa.

Diante dessa afirmação, e aliado ao fato da realidade social ser constantemente mutável, soa como impossível aceitar o congelamento de uma norma que precisa ser ajustada a cada nova conjuntura da sociedade. Sendo assim, o fenômeno da mutabilidade surge como uma condição para uma Constituição estável e duradoura. Desta forma, a permissão constitucional à sua própria alteração visa solidificar e fortalecer as normas ali incluídas, oferecendo mecanismos de adaptação social.

Konrad Hesse (2009, p. 42), ao abordar a mutação e a reforma constitucional corrobora a ideia de submissão da realidade social à mudança histórica, e, até mesmo quando a constituição não acompanha essa alteração, o seu conteúdo não permaneceria incólume. Este seria o fundamento precípuo da mutação constitucional informal. Deveras, se a alteração da realidade afeta até a interpretação constitucional, não se pode proibir que essa modificação consiga atingir o seu texto literal conforme os limites e regras impostos pelo Poder Constituinte Originário.

Contudo, a impossibilidade de se defender a imutabilidade de uma Constituição não significa ser permissivo com a sua constante alteração. A instabilidade constitucional é reflexo da inconstância do Estado e do desequilíbrio entre suas instituições. Outrossim, o excesso de reformas constitucionais pode acarretar, amiúde, uma verdadeira descaracterização da Constituição vigente.[2]

Ulyses Guimarães (1988, p. 6), em seu discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, aborda sutilmente a questão essencial da reforma constitucional: "Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos."

No mesmo momento, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte se despede das suas funções desejando que nossa Constituição seja perene: "Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno. Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte." (GUIMARAES, 1988, p.8).

Portanto, tendo em vista as consequências revolucionárias com o desajustamento entre a realidade e a Constituição, o Estado e a sociedade devem tentar preservar a estabilidade constitucional, respeitando-se a possibilidade de mudança da lei maior quando ocorrer alteração na vontade do povo ou na realidade vivenciada por ele, desde que observados os critérios estabelecidos pelo Poder Constituinte.

4. Poder de Reforma: Poder Constituinte ou Constituído?

Verificado o necessário equilíbrio entre o poder de manter uma constituição e de alterá-la quando necessário, surge o poder de reforma como essencialmente limitado (para preservar o núcleo constitucional) e, ao mesmo tempo, inovador (para permitir a readequação à realidade social).

Canotilho (2000, p. 74) defende ser justificável a introdução do instituto do "Poder Constituinte Derivado" ou "Poder de Revisão Constitucional", responsáveis por modificar normas e princípios da Constituição, respeitando os termos por ela ditados. Logo, mais valeria "um freio [limites do poder de revisão] do que uma insurreição permanente".

A doutrina clássica (TAVARES, 2003; SILVA, 2000) subdivide o Poder Constituinte em: originário, iniciador de uma nova ordem jurídica; e derivado, capaz de modificar a

2 Observe-se o exemplo da constituição brasileira vigente que, em menos de três décadas de vida, já foi alvo de mais de cem emendas constitucionais (atualmente – maio de 2017 – o saldo é de 95 Emendas Constitucionais acrescidas de 6 Emendas Constitucionais de Revisão).

constituição vigente ou estruturar a dos Estados-membros.[3] Todavia, autores contemporâneos (CANOTILHO, 2000; BRITTO, 2006; BONAVIDES, 2004) discordam dessa classificação tradicional por considerar o Poder Constituinte uno e indivisível, assim, não passível de ser classificado. Alie-se ao pensamento dos citados juristas, o fato dos Poderes Constituintes originário e derivado possuírem características opostas, alinhando-se tão somente pelo seu aspecto de criação de normas constitucionais.

Com efeito – se por um lado o Poder Constituinte Originário é inaugural, extrajurídico, ilimitado formalmente[4], autônomo e permanente – em posição diametral encontra-se o Poder Constituinte Derivado, identificado por sua natureza jurídica, criado pelo Poder Constituinte originário e limitado pelas normas constitucionais já postas. Paulo Bonavides (2004, p. 149) analisa essa distinção entre o Poder Constituinte sob dois prismas: seu conceito político, referente ao seu aspecto originário; e o seu conceito jurídico, o qual chama de "Poder Constituinte Constituído".

Canotilho (2000; p. 72-74) alerta que as teorias setecentistas sobre Poder Constituinte – quais sejam, o *pouvoir constituant,*[5] abordada pelo Abade Emmanuel Sieyès (2009), e o *supreme power*, aventado por Jonh Locke (*apud* CANOTILHO, 2000) – estabelecem uma relação lógica entre o Poder Constituinte e a Constituição sem afirmar, todavia, a inexistência de tensão entre o poder inaugural e o Poder Legislativo Constituído.

De fato, apenas o Poder Constituinte está livre para criar outros Poderes, chamados, por essa razão, de Constituídos. Ocorre que a natureza do Poder de Reforma não é consenso, pois, ainda que concebido no exato momento da promulgação da Constituição, recebeu a função extraordinária de modificá-la.

Canotilho (2000; p. 74) considera o Poder Legislativo Constituído como um dos mais complexos temas pertencentes à teoria política e à teoria constitucional, fato que, segundo ele, levou os autores de *The Federalist* (sobretudo Madison) a distinguir a *constitucional politics*, responsável por estabelecer uma ordem constitucional, e a "*normal politics*", responsável pela política do dia a dia. A *constitucional politics* teria caráter excepcional e seria exercida em momentos de grande mobilização e elevada consciência popular.

---

3 Ressalte-se que, ao lado da discussão entre a divisão clássica e a contemporânea, alguns autores, incluindo-se André Ramos Tavares (2003), identifica o Tribunal Constitucional como Poder Constituinte permanente que se manifesta através da mutação constitucional informal.

4 A ausência de limitação formal ao Poder Constituinte Originário não impede que sejam impostos limites metajurídicos. Os defensores do direito natural entendem serem estes limitadores da atuação do Poder Constituinte. Inclusive aqueles que negam a existência dos direitos naturais admitem as limitações extrajurídicas, sejam de caráter ideológico, institucional ou substancial.

5 A propósito, ver sua obra "Quést-ce que le Tiers État?" (O que é o Terceiro Estado?), traduzida para o português sob o título de "A Constituinte Burguesa".

Nessa linha de pensamento, o Poder de Reforma Constitucional só deveria ser exercido quando os titulares desse poder[6] estivessem motivados e conscientes politicamente, evitando a deturpação da sua vontade política em detrimento do ânimo daqueles que o exercem. É inegável o fato de que a calmaria política abranda os ânimos fiscalizatórios dos cidadãos.

Partindo desta premissa, vislumbra-se que o poder constituinte originário estabelece limites ao poder reformador com o escopo de evitar que os representantes do povo atuem de forma oposta àquela aspirada pela Constituição ao tempo de sua promulgação, ou àquela almejada hodiernamente pelo povo.

Em face dos limites impostos, o poder de reforma não atua livremente, devendo obedecer ditames e princípios elencados, implícita ou explicitamente, no seio da norma superior. Portanto, o poder de reforma é um verdadeiro Poder Constituído pelo Poder Constituinte, tendo por finalidade assegurar a duração da Constituição e atualização da vontade política do povo.

5. Da validade dos limites impostos ao Poder de Reforma.

Em se tratando de um Poder Constituído, o Poder de Reforma constitucional é submetido a limites jurídicos. Segundo Canotilho (2000, p. 74), tais limites ocasionam "momentos de perplexidade jurídica e política", pois, não seria admissível a possibilidade de uma dada população estabelecer restrições a gerações futuras, impedindo-a de construir sua própria Lei maior, encarando esse fato como o "paradoxo da democracia".

Na mesma toada, o constitucionalista (CANOTILHO, 2000, p. 74) defende a impossibilidade da Constituição fomentar um "dilema contramaioritário", tal fenômeno revelaria, em sua visão, uma "antidemocraticidade básica" cerceadora da soberania do povo através de "cadeias para o futuro", em que a vontade popular estaria aprisionada e perpetuada por dado momento histórico.

O entendimento acima exposto foi privilegiado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: "XXVIII – Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras".

---

6 Mesmo que não seja a preocupação desse estudo, não se pode deixar passar despercebida a divergência existente acerca da titularidade do Poder Constituinte (seja o reformador, seja o originário): povo ou nação. Sieyès surge com o conceito de nação envolvendo a permanência de uma comunidade e Poder Constituinte seria fruto da comunidade histórica, portanto, da nação. Já o povo seria um conjunto de homens que compõem a nação em dado momento histórico. A Constituição Brasileira de 1988 dispõe em seu art.1º, parágrafo único que "todo poder emana do povo". (SIEYÈS, 2009; CANOTILHO, 2000).

Contudo, Carlos Ayres de Britto (2006) identifica uma dinâmica diferente entre o processo de constituir e o de reformar: enquanto o Poder Constituinte atua a partir da sociedade civil para o Estado; o Poder Constituído age no processo inverso, do Estado em direção à sociedade. Portanto, as limitações impostas ao Poder de Reforma derivam do momento político diferenciado em que se manifesta.

André Ramos Tavares (2013) ressalta a ausência de similitude entre o ato constituinte e o ato de revisão, pois este não cria uma nova Constituição, mas mantém aquela já posta, sendo impossibilitada de alterar o seu núcleo, uma vez que, ocorrendo a modificação substancial da Constituição, ter-se-ia um novo ordenamento supremo fora dos contextos de ruptura jurídica ou revolução social.

Saliente-se que o Poder de Reforma é poder de direito, estando subjugado ao poder de fato que o instituiu. Desta forma, a possibilidade de imposição de limites ao seu exercício é retrato da proeminência da sua natureza jurídica sobre a política. Ademais, por tratar-se de poder de direito, o Poder Reformador deverá seguir o regramento constitucional estabelecido.

Não obstante os limites impostos ao Poder de Reforma, em especial as cláusulas pétreas, induzirem à ideia de um acorrentamento da vontade das gerações futuras, o contexto de forte mobilização política que cercam Poder Constituinte o fazem ter maior legitimidade quando comparado ao Poder de Reforma que age, em regra, sob circunstâncias de calmaria social.

6. Dos limites e proibições impostos ao Poder Reformador pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu em seu artigo 60 um procedimento diferenciado para as proposições legislativas atinentes à sua alteração, ou seja, as propostas de emendas constitucionais possuem um processo legislativo próprio com requisitos peculiares à sua natureza.

Outra forma de alteração da constituição brasileira é o processo informal decorrente da mutação constitucional[7]. O Supremo Tribunal Federal identifica a interpretação judicial como instrumento da mutação informal da Constituição. Assim, a interpretação judicial tem o condão para, se e quando necessário, “atualizar a Constituição da República em relação a

[7] A mutação constitucional advém de uma alteração no processo interpretativo da constituição sem que haja alteração em seu texto. Parte da doutrina associa a mutação constitucional ao Poder Constituinte Difuso, expressão originada na obra de Georges Bourdeau.

novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos" (STF, HC 90.450).

Contudo, cumpre a este trabalho analisar a atuação do Poder Reformador nos processos formais de alteração constitucional, quais seja, as propostas de emendas constitucionais, o processo de revisão previsto no art. 3º do Ato de Disposições Transitórias Constitucionais e o procedimento de aprovação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos conforme o art. 5º, p. 3º, CF[8].

Em que pese as três formas possíveis de alteração formal da constituição já citadas, por opção da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, não foram apenas impostos limites ao Poder de Reforma, mas também proibições à sua atuação. Nessa toada, as cláusulas pétreas foram incluídas no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal e constituem núcleo intangível pelo Poder Reformador, a dizer: não poderá sequer ser deliberada a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Além das cláusulas pétreas explícitas, há aquelas implícitas e inerentes ao ordenamento constitucional, por exemplo, não se admite a supressão de alguma das cláusulas pétreas, haja vista não ser admitida a dupla revisão. Caso fosse possível, a limitação seria fictícia e sempre alterável à discricionariedade do legislador constitucional.

Dirley da Cunha Junior (2007, p. 245-247) afirma que os titulares do Poder Constituinte Originário ou Derivado e o procedimento relativo à própria emenda não são passíveis de alteração, uma vez que a vontade do Constituinte Originário deve ser preservada.

Aliadas a essas proibições materiais ao Poder de Reforma, há também restrições de ordem circunstancial, ou seja, em tempos de anormalidade não se poderá alterar a constituição. Assim, a Constituição brasileira não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. De fato, alterações constitucionais precisam ser pensadas e debatidas com equilíbrio, não podendo ser realizadas no afã ou calor de um momento instável.

Portanto, o regramento constitucional pátrio estabeleceu dificuldades procedimentais e proibições materiais ao exercício do Poder de reforma. Tais limitações estão contidas expressamente no art. 60 da CF e implicitamente ao longo do texto maior. Desta forma, o

[8] Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, os Tratados e Convenções Internacionais que tratem de direitos humanos e sejam aprovados com procedimento equivalente ao da proposta de emenda constitucional serão equivalentes a estas, conforme dispõe o art. 5º, p. 3º da CF.

Poder Reformador brasileiro deve obediência a tais ditames e atuar sempre respeitando a normatização instituída pelo Poder Constituinte que o constituiu.

7. A atuação do Poder Reformador no contexto brasileiro

Em que pese a existência de tantos limites à sua reforma, ao longo dos seus quase trinta anos de vida, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já foi alterada mais de cem vezes[9]. Fato curioso que a primeira tentativa de alteração do seu texto (PEC 01/1988) foi proposta no dia seguinte à sua promulgação, qual seja, dia seis de outubro de 1988.

Algumas dessas alterações do texto constitucional foram basilares ao processo organizatório do Estado como, por exemplo, a Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a Reforma Administrativa (EC 19/1998), a garantia de recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (EC 29/2000).

Contudo, há também aquelas emendas constitucionais que, apesar de obedecerem os limites formais, ultrapassaram as restrições de natureza material e ofenderam a cláusula pétrea. Este é o caso de algumas emendas que foram declaradas inconstitucionais por não respeitarem as cláusulas pétreas, por exemplo, a Emenda Constitucional 10/1996 (tratava da cobrança de Contribuição Social pelo Lucro Líquido e, segundo o entendimento firmado pelo STF na ofendeu a irretroatividade e a anterioridade nonagesial); e a Emenda Constitucional que alterou o art. 100 da CF que dispõe sobre o procedimento necessário para o pagamento de precatórios (EC 62/2009 – conhecida como a “PEC do Calote”).

Há, ainda, emenda constitucional que obedeceu os limites impostos à alteração do conteúdo constitucional, porém, não atravessou todo o procedimento exigido pelo art. 60 da Constituição Federal. Diante de um vício formal, o STF deferiu a liminar para suspender a nova redação do caput do art. 39 da CF dada pela EC 19/1998 que alterava o regime único dos servidores públicos.

Entretanto, em que pese o imbróglio jurídico gerado pelas emendas constitucionais inconstitucionais, há mecanismos hábeis para o exercício do controle de constitucionalidade repressivo, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelos demais magistrados atuando de forma difusa. Ressalte-se que, a declaração de inconstitucionalidade de uma legislação (incluindo-se as emendas constitucionais) nem sempre vem ausente de conturbações de ordem prática, sendo possível, até mesmo, a modulação dos efeitos da declaração de nulidade.

[9] Incluindo-se nesse número as seis Emendas Constitucionais de Revisão.

Alerta-se, todavia, que existem, ainda, emendas constitucionais que respeitam os limites formais e circunstanciais de reforma, bem como as cláusulas pétreas, sem, contudo, o seu conteúdo estabelecer relação direta com o ato de criação de uma norma extraordinária.

De fato, nem mesmo o Poder Constituinte Originário seguiu um planejamento adequado para a delimitação do conteúdo material da constituição, basta analisar o quão longa e abrangente é a Lei Maior brasileira, a exemplo o seu célebre artigo 242 que preserva na órbita federal um colégio localizado na cidade do Rio de Janeiro (Colégio Pedro II). Desta maneira, não ficou estabelecido divisão entre as matérias cabíveis à órbita constitucional ou à legislação ordinária.

Pode-se ainda identificar emenda constitucional de natureza simbólica atuando como legislação-álibi, que, no conceito de Marcelo Neves (1994, p. 37) é uma reação política atuando como resposta à pressão popular. Por exemplo, a Emenda Constitucional 90 de 2015 que incluiu o transporte no rol de direitos sociais elencados no art. 6º da CF.

Decerto, a elevação do direito ao transporte a nível constitucional não trouxe qualquer conformação da realidade social ao texto, servindo como mera resposta às manifestações populares ocorridas em 2013 na defesa de um “passe livre”.

Marcelo Neves (1994, p. 131) traz o exemplo da constitucionalização simbólica como forma de sobreposição do poder político sobre o jurídico na Constituição. Muitas vezes, a legislação, mesmo sem ter efeitos jurídicos, alcançam o efeito político desejado e isso não ocorreu diferente com o texto constitucional.

No caso da EC 90/2015, a classe política dominante não foi arrebatada por uma súbita boa vontade, apenas escreveu uma palavra (“transporte”) na Constituição sem implementar qualquer política pública voltada para a garantia desse novo direito inserido no art. 6º. Esse é o retrato de um descaso com a Constituição brasileira pelos exercentes do Poder Reformador, uma vez que se utilizam de instrumentos jurídicos (que deveriam ser extraordinários) para atuar de forma claramente política e demagoga.

Um caso comum no processo de reforma constitucional brasileiro é transformar leis que foram declaradas nulas por afronta à Constituição em normas constitucionais. Dessa forma, a classe política dominante está burlando o próprio controle de constitucionalidade através da alteração da constituição. Em outras palavras, o Poder de Reforma se utiliza de mecanismos concedidos pela Assembleia Constituinte para ofender os ditames dispostos originariamente por ela.

Exemplo de lei inconstitucional alçada a nível Constitucional é a Lei 9.783/99 (declarada inconstitucional pela ADI 2.010) transformada na Emenda Constitucional n.

41/2003 que tratavam da taxação dos inativos da previdência social. Saliente-se que, mesmo sendo considerada constitucional a parte que tratava da taxação dos inativos, alguns trechos foram declarados inconstitucionais no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 3105-8 e 3128-7 por ofensa a cláusulas pétreas.

Da mesma forma, após a declaração de algumas leis municipais instituidora de Contribuição para o custeio de Serviço de Iluminação Pública, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 39/2002 garantiu a constitucionalidade da instituição da COSIP (Contribuição para o custeio do Serviço de Iluminação Pública).

Como se não bastasse, há também as emendas constitucionais promulgadas com o intuito de burlar um vício de iniciativa que existiria em caso de legislação ordinária.Essa é a situação da EC 73/2013 que instituiu a criação de novos Tribunais Regionais Federais, contudo o art. 96, II, c da Constituição Federal preconiza que Compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal e aos demais Tribunais a criação e extinção dos Tribunais Inferiores. A Emenda Constitucional 73/2013 é questionada na ADI 5017 e esta ainda não teve julgamento definitivo, mas, ainda persiste liminar concedida suspendendo seus efeitos.

Diante do exposto, verifica-se que, apesar de haver diversos limites ao Poder Reformador, muitas vezes o seu exercente trata com descaso à sua razão de existir, atuando com fins políticos ou no intuito de burlar eventuais declarações de inconstitucionalidade de legislação ordinária. Em alguns casos, pode-se falar, inclusive, em abuso do poder de reforma constitucional.

8. Conclusões

1. A Constituição é o pilar orgânico-estrutural do Estado e reúne as escolhas políticas do povo na seara jurídica. Contudo, o direito constitucional deve ocupar-se apenas com a matéria política essencial, deixando margem para os governantes agirem pautados na discricionariedade das políticas públicas.

2. A área de abrangência do conteúdo político na Constituição será proporcional à necessidade de alterá-la com assiduidade. Afinal, as escolhas políticas não são eternas, bem como, a vontade popular é modificável.

3. De fato, o retrato político de um Estado não é estático. Desta forma, não se deve falar em imutabilidade de uma Constituição. Ao contrário, o texto constitucional necessita de mecanismos que assegurem a sua capacidade de readequar-se aos mais diversos dilemas sociais. A dinâmica constitucional é essa tentativa de adaptar o texto político aos novos

valores e contextos da sociedade, evitando o hiato constitucional que daria margem à ruptura jurídica e/ou revolução.

4. Em que pese a mutabilidade ser necessária, ela não pode ser descriteriosa, pois, do contrário, a essência da Constituição poderia ser substituída sem a existência de uma transição constitucional legitimada pela mobilização popular. Da mesma forma, essas modificações imprudentes podem afetar, inclusive, a própria supremacia das normas constitucionais, vez que a falta de parâmetros razoáveis para sua alteração ataca a sua rigidez. E, se há facilidade em alterá-la, haverá também facilidade em não obedecê-la.

Assim, conclui-se que a Constituição não pode pretender ser eterna, devendo ser amoldada às alterações sociais. Contudo, deve-se tentar preservar o seu núcleo essencial para manter a sua estabilidade e sua supremacia.

5. Neste diapasão, o Poder Constituinte cria o Poder de Reforma como mecanismo para atualizar e aperfeiçoar o texto constitucional quando necessário, estabelecendo critérios mais rígidos para a modificação da Constituição que da legislação ordinária.

Sendo assim, o Poder Constituinte possui natureza inaugural, incondicionada, ilimitada juridicamente e é motivado pela mobilização popular. Já o Poder Constituinte Derivado nasce com natureza jurídica, limitada pelos ditames constitucionais para agir em momentos de calmaria política. Sob esse ponto de vista, a expressão Poder Constituinte Originário seria redundante, ao mesmo tempo que a expressão Poder Constituinte Derivado seria contraditória.

6. Com a imposição de limites ao Poder de Reforma, as gerações posteriores têm a sua vontade política restringida. Todavia, tal limitação não implica violação à democracia, vez que o momento vivenciado pelo constituinte é diferente daquele em que o reformador atua. De fato, o ambiente do Poder Constituinte é caracterizado por uma avidez política, enquanto o Poder Reformador atua, normalmente, em tempos de ânimos apaziguados, quando a população não está impulsionada a fiscalizar todos os atos legiferantes.

7. Caso o povo deseje alterar o núcleo da constituição, precisa atuar com coragem e romper com a ordem jurídica vigente, implementando os novos termos constitucionais que reflitam a sua nova vontade política. Desta forma, os limites impostos pelo Poder Constituinte ao Poder de Reforma tem o escopo evitar alterações sorrateiras e rupturas jurídicas desconectadas do momento político vivido pela sociedade.

8. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preocupou-se em limitar o Poder Reformador, estabeleceu um procedimento formal especial e impôs proibições materiais do conteúdo a ser alterado – as chamadas cláusulas pétreas – e

proibições circustanciais relativas ao momento de turbulência política vivido – estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal.

De fato, o Poder de Reforma constitucional no Brasil não pode agir de forma ilimitada e deve obedecer aos ditames do artigo 60 da Constituição Federal e as limitações implícitas extraídas da sua interpretação, sob o risco de ser formal ou materialmente inconstitucionais.

9. São inúmeras as emendas constitucionais à Constituição Federal de 1988, algumas essenciais como a Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a Reforma Administrativa (EC 19/1998), a garantia de recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (EC 29/2000). Contudo, há aquelas emendas que, mesmo obedecendo os limites jurídicos impostos ao Poder de Reforma, não constituem atuação extraordinária nem pela relevância do assunto, nem pela vontade popular efetiva. E há, ainda, aquelas que obedeceram apenas os limites formais e, por isso, são materialmente nulas, as chamadas: emendas constitucionais inconstitucionais.

No entanto, mesmo obedecendo aos vários limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, o Poder Reformador no Brasil produz Emendas Constitucionais contrárias aos princípios jurídicos orientadores do Poder Constituinte Derivado, atuando com fins políticos ou no intuito de constitucionalizar legislações inconstitucionais. Não havendo no ordenamento jurídico, ainda, mecanismo capaz de frear o desrespeito ao espírito reformador da constituição. Podendo-se falar, inclusive, em abuso do poder de reforma constitucional.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015,

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n. 1/1988. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169205 Acesso em 05.jun.2017.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DANTAS Cavalcanti, Francisco Ivo. *Teoria do Estado (Direito Constitucional I)*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989.

GOMES CANOTILHO, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

GUIMARÃES, Ulyses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no *DANC* de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf/>. Acesso em 09 de dezembro 2016.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: Temas fundamentais do direito constitucional/ Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. — São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ª edição. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001

LOCKE, J. Two Treatises of Governement. a*pud* CANOTILHO, JJ. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 73.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. Editora Acadêmica: São Paulo, 1994.

_____, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma Relação difícil. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habermas. Martins Fontes: São Paulo, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). A Reforma da Previdência Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. Caps. I a II. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, André Ramos. Curso de direito constitucional. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. A Constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional. São Paulo: Saraiva, 1986.

VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. 1891. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1981;2000396780>. Acesso em: 05 junho. 2017.