

O PODER CONSTITUINTE NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO PODER DERIVADO DE REFORMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A. S. Pinto (PPG)¹

RESUMO

O trabalho trata-se de uma breve análise da doutrina do poder constituinte e no tocante ao poder derivado de reforma na constituição, abordando o fenômeno da mutação constitucional em contraposição à reforma constitucional. Trabalha as limitações impostas ao poder constituinte derivado reformador na CF/88, com o exame das cláusulas pétreas contidas no artigo 60, § 4º, e, por fim aborda a importância da instituição do poder constituinte derivado reformador na CF/88. Tendo como questões norteadoras quais são as limitações impostas ao poder constituinte de reforma bem como a importância da instituição do poder constituinte derivado reformador na CF/88, para responder a problemática têm-se os objetivos de identificar as limitações impostas pelo poder constituinte originário ao poder constituinte reformador, analisando cada um dos aspectos dessas limitações e identificar a repercussão prática das limitações impostas ao poder constituinte derivado reformador.

PALAVRAS-CHAVE

Limitações. Mutação Constitucional. Poder Constituinte.

¹ Aluno do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito (UNIVEM) - Campus Marília. **Anderson de Sousa Pinto** é bacharel em direito Pela Universidade CEUMA, especialista em Docência do Ensino Superior pela FIJ, Direito Processual Civil pela Faculdade do Vale do Itapecuru, Diversidade Cultural na Educação pelo Instituto Federal do Maranhão, Advogado atuante e Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Itapecuru – FAI, desde o ano de 2010. Email: andersonpto@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é marcada em sua história constitucional por ter constituições rígidas. A prova de tal assertiva é que apenas a Constituição de 1824 foi considerada uma Constituição semirrígida.

A rigidez constitucional tem por escopo garantir a supremacia das normas constitucionais, vislumbrando estabilidade e segurança jurídica. Em meio a essa constatação fática, há a necessidade de se estudar os aspectos intrínsecos e extrínsecos da mudança na constituição processada através das emendas constitucionais.

Em observação ao procedimento de alteração da Constituição Federal de 1988 através da produção das emendas constitucionais, delineou-se o problema: quais as limitações impostas pelo poder constituinte originário ao poder constituinte derivado reformador? Situação que encontra respostas ao longo da construção textual.

No texto propomos uma análise doutrinária do poder constituinte com ênfase no fenômeno constituinte com uma referência preliminar da alocação do direito constitucional nos ramos do Direito e análise histórica do constitucionalismo, com um breve aporte sobre as características do poder constituinte derivado.

Dedicamos ainda uma passagem ao exame da relação direito e sociedade na perspectiva da interpretação das normas constitucionais e sua correlação com o fenômeno da mutação constitucional em contraposição à reforma constitucional. Nesse diapasão, há uma análise dos limites impostos à mutação constitucional em sede doutrinária.

No trabalho podemos identificar as limitações impostas ao poder constituinte derivado de reforma, bem como analisá-las à luz da CF/88. Dentre essas limitações que podem ser de ordem circunstancial, formal, procedimental ou processual, tem-se em destaque as limitações de ordem material, denominadas de cláusulas pétreas.

Menciona-se ainda, a importância da instituição do poder constituinte derivado reformador na CF/88, destacando sua natureza e sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Numa análise com base na rigidez constitucional e os parâmetros de alterabilidade elencadas no art. 60 da CF/88, este exame flui na perspectiva da supremacia constitucional e análise da compatibilidade das leis com a Constituição.

No trabalhos utilizamos como referências basilares os teóricos Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Flávia Bahia Martins, Paulo Bonavides, Marcelo Novelino, etc. pela relação direta com a temática abordada o

procedimento metodológico utiliza-se pesquisa bibliográfica com revisão textual.

1 O FENÔMENO CONSTITUINTE

1.1 Alocação do Direito Constitucional

Antes de adentrarmos na temática do constitucionalismo com seus conceitos, origens, características e evolução histórica, insta abordar a origem do Direito Constitucional bem como sua alocação e importância em relação aos demais ramos do Direito.

A origem do Direito Constitucional está intimamente relacionada com a definição de Estado moderno. Este surge em contraposição ao Estado absolutista e é “definido como a organização de um povo, sobre um território determinado, dotado de soberania” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 1). A partir do atingimento de uma organização soberana, a Constituição nasce como uma forma necessária de organização desse Estado.

Em sede doutrinária, o Direito Constitucional está alocado entre um dos ramos do Direito público e se sobressai dos demais pela própria natureza do seu objeto bem como pelos princípios que o informam. Por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, o Direito Constitucional destaca-se, pois a força das normas constitucionais é sentida por todos os demais ramos do Direito que com elas se relacionam direta e obrigatoriamente.

Nas palavras de Paulo; Alexandrino (2014, p. 3):

[...] o Direito Constitucional é muito mais do que apenas um ramo do direito público. Ele consubstancia a matriz de toda a ordem jurídica de um específico Estado. Figurativamente, o Direito Constitucional é representado como o tronco do qual derivam todos os demais ramos da grande árvore que é a ordem jurídica de determinado Estado (essa imagem tem o mérito de representar a unidade do Direito – por definição indivisível –, consubstanciada na árvore, e esclarecer que a alusão a “ramos” tem função puramente didática).

O objeto do Direito Constitucional é a constituição política do Estado, no que tange sua estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição, limitação e exercício do poder através da instituição de diversos direitos e garantias individuais ditas fundamentais.

1.2 Conceito e evolução histórica do constitucionalismo

No que se refere à limitação e exercício do poder estatal, pode-se denominar de constitucionalismo como o movimento que visa o estabelecimento de Constituições escritas que contenham regras de limitação ao poder autoritário do Estado e de prevalência dos direitos fundamentais.

Conforme definição de Canotilho (1971, p. 51), o constitucionalismo consiste em uma:

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Apesar de ter sua origem formal ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787 e da França, em 1791, o constitucionalismo é fenômeno antigo, de épocas mais remotas, pois desde a antiguidade clássica, a ideia de uma Constituição nos Estados, com o objetivo de estabelecer limites ao poder político de uma determinada organização estatal, é seguramente vislumbrada nas experiências constitucionais do Estado hebreu, da Grécia e da Inglaterra.

Entre os hebreus eram adotadas constituições rígidas, baseadas na religião. Os dogmas religiosos elencados na Bíblia eram vistos como limitações ao poder político uma vez que os profetas (poder religioso) eram legitimados para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos. Segundo Novelino (2014, p. 19), esse Estado teocrático teria sido o marco histórico inicial do constitucionalismo.

Analisando as cidades-estados gregas, o constitucionalismo também se faz presente na medida em que a democracia direta, particularidade grega da época, consagrava um Estado político plenamente constitucional (NOVELINO, 2014, p. 154). Os gregos acreditavam em uma forma de governo em que o poder fosse legitimado pela lei, apesar da inexistência de Constituições escritas.

É possível observar a experiência constitucional inglesa durante a Idade Média, em meio aos regimes absolutistas. Aos governantes, considerados verdadeiras encarnações do soberano ou de entidades divinas, eram outorgados poderes quase que ilimitados. Qualquer forma de participação política por parte da grande maioria da população era vedada. É nessa época que o constitucionalismo

ressurge em busca da conquista das liberdades individuais, opondo-se à atuação arbitrária e opressora do Estado.

As convenções entre os monarcas e seus súditos, reconhecendo as garantias inerentes aos direitos individuais e controle do arbítrio estatal, são exemplos de pactos firmados durante a história constitucional inglesa. Entre os pactos celebrados na Inglaterra destacam-se: Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1689), e o Act of Settlement (1701).

A Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição da França de 1791 eram rígidas, marcadas pela influência dos ideais de racionalidade do Iluminismo do século XVIII e foram determinantes para o estabelecimento de regras acerca da organização estatal, limitação e transmissão do poder do Estado, bem como cláusulas assecuratórias de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

1.3 O fenômeno constituinte

Em meados de 1788, a França era cenário de uma sociedade estratificada, segregada, composta por três estados: o primeiro, o segundo e o terceiro estado. O primeiro e segundo estados formavam o clero e a nobreza, que representavam uma pequena porcentagem da população, o terceiro estado era formado pela burguesia, proletariado e desempregados, que correspondia a grande maioria da população francesa da época.

No absolutismo francês havia um total desrespeito aos direitos e garantias fundamentais da grande maioria da população, época em que o abade Emmanuel Joseph Sieyès iniciou um manifesto, com a distribuição de um panfleto intitulado: *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ou seja, *O que é o terceiro estado?*, documento este que expressava as reivindicações da burguesia, contra os privilégios do absolutismo, pois através do clero e nobreza, as decisões políticas e fundamentais eram tomadas em nome de todo o povo francês, enquanto que o terceiro estado ficava às margens de tais decisões e submetendo-se a um rígido controle político, social, religioso e jurídico.

Baseado nas doutrinas do contrato social, mais especificamente a de Rousseau, o conteúdo do manifesto de Sieyès conclamava a sociedade francesa para uma necessidade de reestruturação, uma restauração da legitimidade da tomada de decisões políticas na França. Surge então a doutrina do poder constituinte.

O abade Sieyès entende que todo Estado tem uma Constituição. Como fruto do pacto essa Constituição é obra do poder constituinte, que por sua vez, é anterior à Constituição. O poder constituinte estabelece a Constituição; esta uma vez estabelecida, são criados poderes com o fim de reger os interesses da população. Esses poderes são constituídos por um poder constituinte. O titular desse poder constituinte, segundo Sieyès, é a nação.

Na verdade, a existência de um poder distinto do poder constituído, hierarquicamente superior, anterior a este e que se manifesta como suporte lógico da ideia de Constituição, remete a entender que toda e qualquer manifestação dos poderes constituídos só é válida desde que se sujeite à Constituição.

2.2 Poder constituinte derivado

No tocante à análise do poder constituinte derivado (reformador, decorrente e revisor), este manifesta-se de forma diferente da do seu criador, sua natureza é de segundo grau, pois o mesmo é criado, subordinado, tem sua competência legalmente regulada e, conseqüentemente, limitada. O poder constituinte derivado, como o próprio nome sugere, é um poder derivado. Segundo as palavras de Ferreira Filho (2014, p. 102):

A subordinação do poder constituinte instituído significa, assim, que ele está obrigado a respeitar certas limitações de fundo, a respeitar certos limites expressos ou explícitos, como os que estão enunciados no art. 60 da Constituição de 1988.

Permite-se afirmar que o poder constituinte derivado é um poder de direito. Sob essa ótica, este é suscetível de ser analisado juridicamente, pois tem natureza jurídica, diferentemente do originário, que é um poder de fato, um poder político, ou, segundo, alguns, uma força ou energia social.

Nas mais variadas formas de manifestação, o poder constituinte derivado comporta divisões que são: reformador e decorrente. O primeiro consiste no poder de modificar a Constituição Federal de 1988 em obediência às regras e limitações impostas pelo originário no artigo 60 da CF/88, como também na capacidade de elaborar emendas revisionais, conforme art. 3º do ADCT. O segundo trata-se do poder que a CF/88 confere aos estados-membros de elaborarem suas próprias Constituições com fins de auto-organização.

2.5 Características do poder constituinte derivado

Com isto sobressaem algumas características do poder constituinte derivado, conseqüências de sua natureza, pois lhe são próprias, peculiares. É um poder jurídico, derivado, subordinado e condicionado.

Primeiramente, trata-se de um poder jurídico por estar regulado no texto da CF/88, bem como porque integra o direito. Assim, na CF/88 a regulamentação do poder de emenda está contida em seu no art. 60.

Por ser um poder instituído, de segundo grau, este, como o próprio nome sugere, é derivado e sua função é modificar e completar a obra do poder constituinte originário.

No que tange à subordinação, pondera a doutrina que este denota uma relação hierárquica de “inferioridade” em relação ao originário, como também defende que o poder constituinte derivado é limitado pelas regras impostas pelo poder constituinte originário. Essas regras podem ter um conteúdo explícito, como também podem ser implícitos.

Já o condicionamento traz consigo uma peculiaridade que consiste em agir somente em sintonia com aquilo que o constituinte originário previamente estabeleceu. Assim como na subordinação, há uma “sujeição” imposta pelo originário. Entretanto, diferentemente da subordinação, as regras impostas dizem respeito ao modo pelo qual se fará a modificação constitucional. Conforme entendimento de Paulo; Alexandrino (2014, p.86):

É condicionado porque sua atuação deve observar fielmente as regras predeterminadas pelo texto constitucional. Na aprovação de uma emenda à Constituição Federal, por exemplo deverá ser estritamente observado o procedimento estabelecido no art. 60 da Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade.

Do exposto resulta que o poder constituinte derivado somente pode atuar estritamente de acordo com as imposições contidas na Constituição que o estabelece.

Essa manifestação e obra estão sujeitas ao crivo da constitucionalidade vigente. Portanto, a violação do parâmetro constitucional relativa a esse poder importa na inconstitucionalidade do ato que a editar. Em consequência tal ato será nulo, sem efeito ou validade como o deve declarar o órgão para tal obra competente.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMA CONSTITUCIONAL

No século XVII, quando o abade francês Sieyès atuou de forma definitiva no estabelecimento das instituições que iriam permitir a organização da Revolução Francesa, se idealizou o estabelecimento das primeiras Constituições escritas. Achava-se que era possível estabelecer uma organização constitucional que perdurasse por período indefinido sem qualquer tipo de alteração.

3.1 Direito e sociedade

Entretanto, as mudanças na estrutura constitucional como também nas

próprias normas constitucionais eram tão úteis quanto necessárias. Como a sociedade é dinâmica, e com o passar do tempo constrói e refaz seus entendimentos acerca da realidade, suas instituições, seus modos de viver, etc. existe um forte equívoco em se imaginar a Constituição como um ente imutável. Segundo Bonavides (1984, p. 217):

O direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua. Não é a forma social apenas o que importa, mas em primeiro lugar a forma política, pois esta configura as bases da organização sobre as quais se levantam as estruturas do poder.

A interação do direito com a sociedade reflete que eventuais alterações de sentido na norma constitucional traduzem uma relação de tensão existente entre o direito e a realidade constitucional. O ordenamento jurídico deve continuar cumprindo a sua finalidade de expressar os desejos da sociedade.

A sociedade é dinâmica, está em constante transformação, muda seus entendimentos e construções, elabora novos modelos. Faz-se necessário que o ordenamento constitucional acompanhe essas transformações. Como bem cuida o professor Bonavides (1984, p. 218):

Trata-se, ao mesmo passo, de estruturas e bases inarredavelmente tributárias de uma certa tábua de valores, que definem a ideologia, o direito e a concepção de justiça vigentes em cada período da História.

Portanto a Constituição, seja rígida ou flexível, deve ser passível de mudança, sob pena de se tornar norma natimorta, fadada à inutilidade, totalmente ultrapassada e sem qualquer adequação à realidade circundante. Para tanto, há os meios de alteração do conteúdo constitucional, sejam eles formais ou informais.

3.2 Mutação constitucional

Dentre os meios informais de alteração do texto constitucional tem-se a mutação constitucional. Esta constitui um fenômeno que se manifesta através de um meio informal de alteração do conteúdo do texto constitucional. Trata-se de uma espécie de reforma constitucional sem supressão de texto.

Diferentemente da emenda constitucional que é o meio formal e solene pelo qual a Constituição é alterada por meio da atuação do poder constituinte derivado

reformador através das emendas constitucionais, a mutação é uma mudança de significado, ou seja, o sentido da norma constitucional passa a ter uma outra carga valorativa, diversa da anterior, sem que haja modificação das palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional ou pela via interpretativa.

Em atenção à diferenciação entre mutação constitucional e reforma constitucional, destaca Silva (2014, p. 63-64):

A primeira (mutação constitucional) consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado. A segunda (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.

O Supremo Tribunal Federal já se deparou com o fenômeno da mutação constitucional, tendo que reconhecer a sua existência em nosso ordenamento jurídico. Conforme o julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 450504/MG (Julgamento: 21/11/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma), o Relator Ministro Carlos Britto teve que lançar mão do fenômeno da mutação constitucional.

À guisa de exemplo, opta-se por citar outras manifestações do fenômeno da mutação constitucional, de acordo com a jurisprudência do STF:

- a) O novo entendimento sobre a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII), conforme conteúdo da sumula vinculante 25;
- b) A criação da sumula vinculante 13 que veda o nepotismo, preconizando uma releitura dos princípios da administração pública (art. 37, caput, CRFB/88);
- c) A decisão da corte no MS 26.603-1, reconhecendo a fidelidade partidária no país, dando uma nova interpretação aos arts. 14, § 3º e 55 da CRFB/88.

Fato curioso reside na relação das Constituições rígidas com o fenômeno da mutação constitucional, pois quanto mais dificultosas as exigências para a reforma constitucional, maior será a atuação dos meios difusos para alteração de seu texto. Essa rigidez das normas constitucionais implica que os agentes encarregados de interpretar a Constituição (Poder Judiciário, Legislativo e Executivo) merecem

maior destaque nessa obra de alteração silenciosa da Lei Maior.

3.3 Os limites à mutação constitucional

Apesar da natureza informal do fenômeno da mutação constitucional, há de se entender que a sua manifestação não é ilimitada, pois existem limites. Apesar destes não estarem expressos de forma clara e precisa no texto da Constituição, as mutações constitucionais não podem violar o texto e o espírito da norma constitucional.

É necessário que haja uma verdadeira compatibilização com a essência da Constituição, pois, pelo contrário, as mutações constitucionais que não obedecerem aos parâmetros constitucionais podem padecer do vício da inconstitucionalidade, tornando-se, em essência, ato nulo, sem efeito.

Outra questão interessante no tocante aos “limites da mutação constitucional”, diz respeito às cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 60.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

As referidas limitações expressas não podem ser contrariadas, mesmo que seja através do fenômeno da mutação constitucional, pois o significado real e verdadeiro da proibição visa impedir uma verdadeira “quebra da constituição” (MARTINS, 2013, p. 83).

Apesar do caráter aberto de grande parte das normas constitucionais, os agentes de interpretação e concretização dessas normas não podem desvirtuar o sentido do texto da Constituição, mas, no ato deste trabalho, conferir-lhe significado condizente com espírito da CF/88.

Assim, esse núcleo superrígido da constituição, que está fora do poder de reforma (implícito ou explícito), denota uma característica fundamental da CF/88 que é a de uma constituição rígida.

4 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR NA CF/88

Quando a Constituição institui norma de caráter proibitivo de alteração de seu texto por um determinado período de tempo, estamos diante de uma limitação de ordem temporal. Esse não é o caso da CF/88, pois esta não institui tais dispositivos, fato que se observa na leitura de seu art. 60.

Conforme transcrição do art. 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º 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.

§ 3º A emenda à constituição será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A única Constituição brasileira que instituiu limitações de ordem temporal ao poder constituinte derivado reformador, foi a do Império, de 1824, que em seu art. 174 determinava que somente após quatro anos do início de sua vigência a Constituição poderia ser modificada.

Apesar de alguns autores defenderem que a CF/88 apresentava uma limitação de natureza temporal, em virtude do art. 3º do ADCT que assim está disposto: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da

promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”, em sede de doutrina majoritária há uma oposição a tal interpretação, pois o conceito de limitação temporal diz respeito a um período de tempo durante o qual a Constituição não pode ser modificada.

É claro e evidente que nunca existiu na CF/88 proibição à realização de alterações em seu texto por um determinado período de tempo como era nos moldes da Constituição de 1824, pois desde que obedecidas o procedimento de alteração constitucional descrito no art. 60, o constituinte derivado brasileiro estava apto, desde a promulgação da Lei Maior a alterar seu conteúdo.

Enfim, o que o art. 3º do ADCT previa era uma época determinada para uma revisão constitucional, ocasião em que a modificação do texto constitucional poderia ser realizada por um procedimento mais simples, como o próprio texto do art. 3º do ADCT dispõe: “[...] pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

O art. 60, adentra-se em seu § 1º, que estabelece que a Carta Magna não poderá ser alterada durante a vigência de estado de defesa e estado de sítio (artigos 136 a 141) e intervenção federal (artigos 34 e 35), pois tratam-se de situações anormais e excepcionais em que o Poder constituinte originário está protegendo o Estado de eventuais golpes, bem como protegendo a Constituição de reformas constitucionais insensatas e descabidas.

Analisando o dispositivo acima citado, verifica-se que a CF/88 estabelece um processo legislativo mais árduo, mais solene quando comparado com o processo de alteração das normas não constitucionais. Por exemplo, no que consta os incisos I, II e III do art. 60, a iniciativa de emenda à constituição é conferida à um publico restrito: I - 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - ao Presidente da República e III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Em comparação à iniciativa estabelecida para as leis complementares e ordinárias esta é geral, conforme o art. 61 da Constituição.

Quanto ao § 2º do artigo 60 da CF/88, o poder constituinte originário age em defesa de uma Constituição rígida, pois estabeleceu um processo mais árduo para votação das propostas de emenda no Congresso Nacional. Diferentemente das demais espécies normativas, as emendas constitucionais tem um quorum específico de aprovação (três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional), onde o artigo 64 da CF/88 estabelece que a Câmara dos Deputados, via de regra, é a casa iniciadora deste processo legislativo em especial e nela deverão ocorrer os dois primeiros turnos de votação, para, então, ser a PEC encaminhada para mais dois

turnos de aprovação no Senado Federal, conforme exposto na tabela a seguir:

Importante observar que, no que tange às emendas constitucionais, o texto aprovado por uma casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa Iniciadora, o que consolida, ainda mais, o ideal da construção de uma constituição rígida, objetivado pelo poder constituinte originário.

Analisando ainda o art. 60 e seus incisos, temos outra imposição formal, contida no § 3º do respectivo artigo que diz respeito à promulgação das emendas constitucionais.

Continuando com as limitações impostas ao poder constituinte derivado reformador, passamos a analisar as limitações de ordem material que compõem o art. 60, § 4º da CF/88, que em sede doutrinária recebem o nome de cláusulas pétreas ou núcleo intangível.

Quando se fala em núcleo intangível, não significa que estamos falando de dispositivos indiferentes a qualquer tipo de reforma. Ao contrário, o texto constitucional é bem claro quando aduz:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

O constituinte originário ao elaborar as cláusulas pétreas deixa bem claro sua intenção quando declara que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. Nesta senda, percebe-se a total impossibilidade de aprovação de proposta que afronte cláusula pétrea, pois o dispositivo em análise estabelece que não deve, em hipótese alguma, ser objeto de deliberação no Congresso Nacional a apreciação de tal proposta.

Dada à gravidade de tal conduta, deve-se levar em consideração que a mesma trata-se de um ato atentatório à supremacia da Constituição.

Desse modo, podemos concluir que nem sempre a aprovação de uma emenda acerca das matérias contidas no art. 60, § 4º entrará em choque com as cláusulas pétreas, pois somente haverá desrespeito quando a emenda tender a abolir, suprimir, anular, uma das matérias ali arroladas. Conforme aponta Paulo; Alexandrino (2014, p. 628):

O simples fato de uma daquelas matérias ser objeto de emenda não constitui, necessariamente, ofensa a cláusula pétrea

(expressões, muitas vezes utilizadas pela doutrina e pelos tribunais, tais como ‘cláusulas de imutabilidade’, ‘núcleo imodificável’, ‘cláusula de imodificabilidade’, ‘intangibilidade absoluta’, devem ser compreendidas como verdadeiras hipérboles, cunhadas com o escopo de enfatizar a importância das matérias que receberam do constituinte originário a especial proteção ora em estudo).

O texto constitucional quando institui no seu dispositivo do art. 60, § 4º a expressão “tendente a abolir”, define claramente que o que não se permite é a alteração que vise restringir ou abolir os direitos protegidos por esses dispositivos, pois a finalidade das cláusulas pétreas é manter os princípios e estrutura essenciais da Constituição e consolidar uma rigidez constitucional objetivada desde a sua promulgação.

5 A IMPORTÂNCIA DA INSTITUIÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR NA CF/88

A CF/88 é uma constituição rígida, conforme preleciona Moraes (2012, p. 692): “rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas”. Pois uma emenda à Constituição exige um quórum qualificado, de aprovação de pelo menos três quintos dos membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art. 60, § 2º da CF/88).

A rigidez constitucional tem por objetivo garantir a supremacia das normas constitucionais, vislumbrando estabilidade e segurança jurídica. Tal assertiva é corroborada pela professora Diniz (1992, p.141):

O fato do preceito constitucional submeter-se a determinadas formalidades de produção e alteração é importante para a fixação de sua eficácia, pois se pudesse ser modificada sem que houvesse processo especial, comprometida ficaria a produção concreta de seus efeitos jurídicos.

Com exceção à Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as constituições brasileiras foram rígidas. Na CF/88, a alterabilidade constitucional está consolidada no art. 60, que prevê um procedimento mais árduo e solene, uma série de regras especiais, para elaboração das emendas constitucionais.

A CF/88 estabelece em seu corpo normativo elementos de estabilização constitucional, pois no que tange às emendas constitucionais, enquanto propostas,

constituem-se ato infraconstitucional sem qualquer força normativa, mas só a partir do ingresso no ordenamento jurídico, após aprovação, as emendas constitucionais passarão a ser normas da mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.

Dessa forma, as emendas constitucionais, quando obedecem ao processo que está estabelecido pelo poder constituinte originário no art. 60 da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico como normas constitucionais hierarquicamente iguais às demais normas originárias.

Entretanto, quando as limitações impostas ao poder constituinte derivado de reforma são desrespeitadas, estaremos diante de uma inconstitucionalidade capaz de impedir o ingresso de tal norma no ordenamento jurídico. Pois, em sede constitucional, há uma verdadeira relação hierárquica, conforme bem aponta o professor Temer (1998, p. 144):

A lei se submete à Constituição, o regulamento se submete à lei, a instrução do ministro se submete ao decreto, a resolução do secretário de Estado se submete ao decreto do Governador, a portaria do chefe de seção se submete à resolução secretarial.

Assim, no exercício do poder constituinte derivado reformador, o Congresso Nacional, órgão titular do poder constituinte derivado de reforma, submete-se às limitações constitucionais impostas pelo poder constituinte originário.

A limitação imposta ao poder constituinte derivado de reforma, nasce da ideia da supremacia da Constituição, norma instituída pelo poder constituinte originário juntamente com todos os outros poderes. As normas produzidas pelo constituinte originário localizam-se em posição de superioridade em relação as demais espécies normativas.

Por isso, quando se aborda a análise da doutrina do poder constituinte, tem-se de imediato a ideia de constituinte originário, ou seja, o poder que estabelece a Constituição. Pois este se trata do poder que inaugura toda a ordem constitucional, bem como institui outros poderes que são derivados, limitando competências e estabelecendo funções de forma prévia.

No que tange os poderes derivados, normalmente segue-se o modelo de tripartição clássica de Montesquieu, que institui o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Entretanto, o constituinte originário não estabelece apenas esses poderes. Há um outro poder que a doutrina denomina poder constituinte derivado ou poder constituinte instituído.

Na análise do poder constituinte derivado, em suas mais variadas manifestações, há aquele que se destina a estabelecer normas com a mesma força

das normas constitucionais. Este, especificamente, denomina-se poder constituinte derivado reformador e tem sua forma de atuação previamente estabelecida pelo constituinte originário. Conforme aponta Paulo; Alexandrino (2014, p. 86):

Esse poder é criado pelo poder constituinte originário, está previsto e regulado no texto da própria Constituição, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e, por isso, é passível de controle de constitucionalidade.

O Poder Constituinte Derivado Reformador é, sem dúvida, um dos poderes constituídos do Estado. A instituição desse poder de reforma revela que, desde as primeiras constituições, a ideia de se ter um órgão que se incumbiria de rever ou modificar a Constituição era de fundamental importância para a sobrevivência do ordenamento jurídico estabelecido.

De natureza jurídica de segundo grau, o poder constituinte derivado reformador se sujeita ao direito positivo para a mudança da Constituição, pois a prudência do constituinte originário o levou ao estabelecimento de limites (implícitos e explícitos) para a atuação do constituinte derivado.

Conforme aponta Silva (2001, p. 17):

Se um poder é outorgado por alguém, parece lógico que os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante, nunca pelo próprio outorgado. Em outros termos, em um ordenamento jurídico hierarquizado como o nosso, nenhuma fonte pode dispor de seu próprio regime jurídico, pois esse é um poder que ela não tem e isso não precisa ser expresso.

Entretanto, há que se pôr em relevo pontos fundamentais da doutrina do poder constituinte, especificamente no tocante à instituição do poder constituinte derivado reformador.

Inicialmente é preciso destacar que desde a elaboração das primeiras Constituições tem-se observado que não era possível uma Constituição em caráter definitivo, que perdurasse por toda a eternidade, ou que não precisasse ser modificada. A ideia de um órgão capaz de produzir normas hierarquicamente iguais às normas constitucionais originárias surge da necessidade de perpetuidade da ordem constitucional estabelecida.

Ferreira Filho (2014, p. 96) aponta a necessidade da instituição do poder constituinte derivado desde as primeiras Constituições:

Mas desde as primeiras Constituições a prudência já levou à previsão do modo pelo qual e do órgão que se incumbiria de rever ou modificar a Constituição estabelecida pelo Poder Constituinte originário. O estabelecimento desse poder de revisão se destina, portanto, antes de mais nada, a sujeitar ao direito positivo a própria mudança da Constituição.

O estabelecimento desse poder derivado, capaz de modificar a Constituição, precisava estar de acordo com o que preconiza o poder constituinte originário. Nesse sentido, destaca Ferreira Filho (1974, p. 155): “é aquele poder, inerente à Constituição rígida, que se destina a modificar essa Constituição segundo o que a mesma estabelece”.

Com base em tal assertiva, a doutrina destaca três características fundamentais do poder constituinte derivado que são: derivação, subordinação e condicionamento.

Partindo da premissa de que o poder constituinte derivado retira sua força do poder constituinte originário, e não de si próprio, é permitido afirmarmos que o poder constituinte derivado (como o próprio nome o define) é derivado, pois se fundamenta no poder constituinte originário para sua existência e forma de atuação.

Continuando com as características do poder constituinte derivado passa-se a analisar a segunda delas que é a subordinação. Ou seja, trata-se de um poder em essência subordinado, que é limitado pelas regras estabelecidas pelo poder constituinte originário. Essas regras podem ser limites explícitos ou implícitos estabelecidos.

Por fim, o terceiro traço inerente ao poder constituinte derivado reformador é o seu condicionamento. É um poder condicionado, ou seja, ele está sujeito às formas de procedimento estabelecidas pelo poder constituinte originário para fazer alterações na Constituição.

A titularidade do poder constituinte derivado reformador a Constituição conferiu ao Congresso Nacional. O poder para emendar a Constituição foi outorgada à um órgão instituído, de segundo grau, constituído.

A princípio, o poder de emenda constitucional pertence ao constituinte originário. Mas a Constituição estabelece um órgão do poder de reforma, tendo em vista que seria inviável ter que convocar o Constituinte originário todas as vezes que fosse necessário emendar a Constituição. Conforme destaca novamente Ferreira Filho (1974, p. 156):

Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em ultima análise, permitir a mudança da Constituição, adaptação da Constituição a

novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte originário.

Nota-se que o professor acima citado, na sua terminologia, denomina o poder constituinte derivado de reforma de poder constituinte de revisão sem, contudo, esvair de sentido o órgão responsável pela alteração do corpo normativo da Constituição.

Toda alteração na Constituição deve obedecer ao procedimento especial previamente estabelecido, bem como ter em sua essência identidade íntima com o órgão que a gera. Se esta regra não for rigorosamente obedecida, tal norma estará seriamente comprometida, eivada de inconstitucionalidade (formal ou material), sujeita à controle por parte do judiciário.

Na análise dessa temática, aponta Ferreira Filho (2014, p. 100):

[...] o Poder Constituinte instituído somente pode atuar estritamente de acordo com a Constituição que o estabelece. Sua obra, portanto, está sujeita, para ser válida, à condição de constitucionalidade. Assim, a violação de norma constitucional relativa a esse Poder importa na inconstitucionalidade do ato que a editar.

Porestar hierarquicamente acima de todas as outras normas do ordenamento, a Constituição se utiliza de mecanismos que garantem a compatibilidade das leis e assegura a sua supremacia. Esses mecanismos de análise da compatibilidade do ato normativo com o que preconiza o texto constitucional, denominamos de controle de constitucionalidade. Ou seja, de forma geral, todo e qualquer ato normativo deve estar estritamente submetido à Constituição.

Fato curioso reside na relação entre limitações impostas ao Poder derivado reformador de caráter implícito e o controle de constitucionalidade. Pois as emendas que desrespeitam tais limitações não estão sujeitas à controle.

Consequência de tal constatação está no fato de haver uma tendência evidenciada de se aumentar continuamente as matérias protegidas à nível de cláusulas pétreas. Fato presente de nossa Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas jurídicas em geral sofrem a interação com os acontecimentos sociais, que determinam sua extinção ou sua necessidade de atualização para fins de

adequação com a realidade social existente. Neste sentido à época da instauração do poder constituinte originário que positivou a Constituição de 1988, o Brasil vivia um período turbulento, pois estava acabando de sair do período da ditadura militar, e isso refletiu diretamente no modo como o texto constitucional viria a ser elaborado.

Desta forma, no momento da instauração da Assembleia Constituinte de 1988, cada cidadão brasileiro doando a sua parcela de soberania faz com o que seja criado o poder constituinte originário, pois embora houvesse uma carta magna em vigência ela já não atendia os anseios sociais da população do país, assim abriu-se a necessidade da elaboração de uma nova Constituição que conseguisse angariar os mais diversos interesses.

Dentro dessa ótica, o poder constituinte originário que elaborou a carta política de 1988 colocou em seu bojo normas de reafirmação da democracia, dos direitos e garantias fundamentais, da estabilidade do Estado, recriando o modelo atual do Estado democrático de direito, tudo isto fruto das aspirações sociais que vigoravam a época. No entanto o constituinte originário sabia que a novíssima carta de 1988 não poderia prever todas as formas de evolução social e jurídica que viriam com o passar do tempo.

Assim, nesse diapasão, fatalmente o texto constitucional iria se desatualizar correndo o risco de ter que ser substituído por outra norma fundamental. Para evitar esta hipótese instituiu-se o poder constituinte derivado de forma responsável pela atualização da Constituição Federal, afinal toda norma maior de um Estado é produzida para durar por tempo indeterminado, necessitando de periódicas revisões para se adequar a situação social e jurídica existente.

Todavia via essa revisão operada pelo poder constituinte derivado de reforma, embora tenha a função de renovação do texto maior, encontra certos limites estabelecidos pelo poder constituinte originário, como as cláusulas pétreas, tais limites têm por função fazer com o que o poder de reforma não tenha plena liberdade de alteração da norma fundamental vigente, não podendo tocar em pontos que o legislador originário considera fundamentais para a harmonia do Estado brasileiro, tais como os direitos e garantias fundamentais, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico e a separação dos poderes.

Dado essas notas, ressalte-se ainda que a forma federativa particular adotada pelo Brasil fez com que o poder constituinte originário instituisse o poder derivado decorrente para que os Estados da federação procedessem à elaboração de suas próprias cartas constitucionais e a consequente atualização, respeitados obviamente os limites estabelecidos pelo poder federal, sendo que tal atribuição outorgada pelo constituinte originário tem por escopo acalentar os Estados federados

que abriram mão de sua soberania em nome da União Federal.

Portanto, o poder constituinte além de ser responsável pela instauração do texto constitucional faz o importante trabalho de atualização da norma maior para que esta continue atendendo as necessidades dos cidadãos e não caia no desuso, respeitando sempre os limites determinados pelo constituinte originário para que se possa manter o equilíbrio do sistema jurídico-constitucional do Estado democrático de direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Agravo regimental no Recurso extraordinário 450.504/MG**. Relator: Ministro Carlos Britto, DJ, 02 fev. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado: I – O poder constituinte**. São Paulo: José Bushatsky, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O poder constituinte**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Flavia Bahia. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, 2001, p. 11-32.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.