

Constituição e poder reformador: elementos para um debate promissório

Constitution and constitutional amending power: elements for a committed debate

Luiz Edson Fachin*

Resumo

O atual momento social e político que se apresenta é o de centralidade da Constituição. O texto constitucional necessita de adaptações para responder às demandas sociais. Este artigo tem, em primeiro lugar, o objetivo de refletir sobre a legitimidade do poder reformador no Brasil contemporâneo. Em segundo lugar, para cumprir com esse objetivo, será feita uma investigação sobre o sentido e a ideia de Constituição, a fim de alumiar os fundamentos da construção teórica do poder reformador. A mudança constitucional, tanto formal quanto material, pode progredir, mas, ao mesmo tempo, deve respeitar o seu sentido originário, especialmente o seu caráter democrático. Assim, analisa-se a questão do poder constituinte e suas relações com os poderes constituídos. Ao final, dado o contexto presente, defende-se a legitimidade do desenho constitucional de 1988, pois a Constituição foi fruto do concerto social a fim de lançar mirada para um projeto de futuro.

Palavras-chave: Legitimidade. Poder reformador. Poder constituinte. Constituição de 1988.

Abstract

The actual social and political moment shows the centrality of the Constitution. The constitutional text must be adapted to answer social demands. In this sense, this article has, first of all, the objective to think about the legitimacy of the reforming power in contemporary Brazil. Secondly, to fulfill with this aim, it will be done an investigation over the sense and the idea of Constitution,

* Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisador convidado do Instituto Max Planck, de Hamburg (DE). Professor Visitante do King's College, Londres. Professor titular de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba - Paraná - Brasil. E-mail: fachin.le@gmail.com

in order to put under the light the foundation of theoretical construction of the reforming power. The constitutional change, as much formal as material, can go on but at the same time should respect its original sense, specially its democratic character. Thus, it is analyzed the question of constituent power and its relationship between the constituted powers. Finally, given the actual context, it is defended the legitimacy of the constitutional draw from of the Constitution of 1988, because it was a kind of social composition in order to see a project to the future.

Keywords: *Legitimacy. Reforming power. Constituent power. Constitution of 1988.*

Introdução

Por um lado, a função política do poder reformador impõe a irrestrita observância de legitimidade constitucional nos limites e à luz das possibilidades definidas previamente pelo poder constituinte originário. Por outro, a base de legitimação política e constitucional é o compromisso transformador, e sem a participação do povo não há legitimidade no exercício do poder reformador, pois se deve respeitar a soberania popular.

Entretanto, em determinado contexto histórico, político e socioeconômico, reformar a Constituição para superar a clivagem entre a crise política e o sentimento aparente de indignação nacional pode ser um atentado contra a própria legitimidade constitucional.

Impende, pois, defender a Constituição, mas sem embargo de adaptações que se impõem para atender às demandas sociais.

1 A propósito de uma síntese: um primeiro passo

Constituição, Estado e reforma se colocam como uma tríade de sentido histórico. O movimento constitucionalista moderno, na configuração que se esgotou no século XVIII por meio das revoluções burguesas, introduz novas ideias acerca da configuração do Estado,

com o objetivo básico de limitar o exercício do poder político. Lowenstein (1983, p. 150-151) afirma a propósito:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detenedores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad existente. [...] Las limitaciones impuestas al nudo poder estarían aseguradas por el acuerdo de la sociedad estatal sobre ciertas reglas fijas, reguladoras del proceso político. [...] La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal.

É nesse momento que a ideia de Constituição realmente aponta para o horizonte jurídico. A noção básica indica que a Constituição deveria conter um sistema de garantias individuais, bem como o princípio da divisão dos poderes. Em sentido material, teria como função precípua conter um conjunto de princípios e normas que limitariam o exercício do poder político. Esse modo clássico de apreensão conceitual se firmou no Direito e foi projetado para períodos mais recentes. É por essa via que Hesse (1991, p. 37) entende o conceito de Constituição:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade que determina os princípios diretivos segundo os quais se deve formar a unidade política e tarefas estatais a ser exercidas. Ela regula os conflitos no interior da coletividade, ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Em suma, é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios para configuração da ordem jurídica de uma coletividade.

Sob tais pressupostos, os objetos das constituições são, na literatura constitucional coerente com a perspectiva da Constituição brasileira de 1988, o estabelecimento da estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, os limites de sua atuação, os direitos e garantias dos indivíduos, a fixação do regime político, a disciplina dos fins socioeconômicos do Estado,

bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2012).

O processo de desenvolvimento de um texto constitucional, a rigor, está intrínseca e verdadeiramente atrelado à ideia do poder constituinte. Sua validade repousa essencialmente sobre atos e fatos para além do Direito, com justificação nas searas política e social. Representa um momento de superação do sistema vigente até então. Percebe-se, assim, um programa constitucional de natureza compromissória.

Já a possibilidade de reforma do texto constitucional em vigência, embora despida dessa alta carga transformadora, alça-se como poder reformador. Ao contrário do poder constituinte, o poder reformador tem suas origens e limites fixados dentro do sistema jurídico, portanto, não pode transgredir as lindes constitucionais (portanto, legais) estabelecidas¹.

O denominado “poder constituinte derivado”, por guardar determinadas semelhanças com o poder constituinte originário, revela um paradoxo, pois, conforme será exposto adiante, uma das notas distintivas do poder constituinte, com base nas teorizações de Antônio Negri, é sua originalidade. Cumpre, então, focalizar mais detidamente as ideias e os fundamentos que permeiam a construção teórica do poder reformador.

2 Subsídios em cena: o segundo passo

Ao Direito assomam desafios. Diante da complexidade contemporânea do real, desvelou-se a incapacidade da dogmática positiva em responder às demandas sociais.

O sistema jurídico, sob a tradição do positivismo jurídico, foi reduzido à gramática do seu significado sintático e semântico, articulado no enunciado de suas normas, as quais, nessa perspectiva, significavam todo o Direito e pretendiam dar conta de todo o real. Todavia, os fatos

¹ Expressão cunhada por Ivo Dantas (1989).

se impuseram perante o Direito, revelando a incompletude deste e impondo-lhe a necessidade de alterações e adaptações ao contexto social cambiante.

Pode haver a necessidade de adaptação do texto constitucional quando há um imperativo de mudança, tendo em vista que os preceitos constitucionais se encontram defasados em relação às demandas sociais. Isso abre espaço para a participação do povo. Anote-se, como fez Comparato (1996, p. 39), que as origens do poder reformador no Direito Constitucional brasileiro não visavam atender às demandas populares, consoante aduz:

Seja como for, é evidente que o sistema de emendas constitucionais afinal adotado, e que permanece substancialmente em vigor até hoje, através de mais cinco Constituições, serviu admiravelmente como garantia adicional à prática do regime oligárquico, que sempre existiu entre nós. A participação do povo, titular proclamado da soberania, é sistematicamente afastada de todo processo constituinte, sem que ninguém se dê ao trabalho de justificar essa incoerência, que deve, afinal, fazer parte do 'lamentável mal-entendido', já hoje tacitamente admitido por todos.

Mudança constitucional e reforma não são sinônimos². Não obstante o debate que daí emerge, o legislador brasileiro fixou as seguintes balizas:

² “As Constituições brasileiras usaram os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação* constitucional. A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre *mudança constitucional* e *reforma constitucional*. A primeira 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.³⁶ A segunda 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. A doutrina brasileira ainda vacila no emprego dos termos *reforma*, *emenda* e *revisão* constitucional. Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo *reforma* como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das constituições, que se revelam especialmente mediante o *procedimento de emenda* e o *procedimento de revisão*, a maioria dos autores, contudo, em face de constituições anteriores, empregou indiferentemente os três termos.” (SILVA, 2012, p. 62)

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.

À luz desses matizes, é razoável haurir como criticável a atribuição do poder formal de revisão constitucional ao órgão legislativo ordinário, ao menos em democracias substanciais.

Não há, entretanto, pacificidade nessa ordem de ideias. É coerente, contudo, asseverar que a alteração constitucional, formal ou interpretativa, deve sempre respeitar o sentido da Constituição que se revela em seus princípios estruturantes, com especial destaque para o

princípio da dignidade da pessoa humana, materialmente apreendido³. As limitações dessa possibilidade de reforma constitucional são bem conhecidas e devem seguir o procedimento constitucional.

Isso, porém, não é suficiente, afinal, “o caráter democrático de uma reforma constitucional só se afirma quando o povo participa, decisivamente, do processo. Essa participação popular pode dar-se alternativamente, quer pelo referendo, quer pela eleição de uma assembleia revisora” (COMPARATO, 1996).

Não é objetivo deste trabalho se ater às minúcias e vicissitudes técnicas do processo de reforma constitucional, pois outros, com maior propriedade, já se debruçaram sobre o tema e estão indicados nas referências básicas.

Importa, contudo, pensar a conexão desse tema com a ideia de poder constituinte, haja vista a relevância da temática no quadro conjuntural hodierno. O sujeito da reforma constitucional é, por excelência, o poder constituinte originário, que passa a atuar sob competência do órgão constituído para modificar o texto constitucional, de modo simétrico ao poder e às demandas sociais.

3 Poderes, sociedade e crise⁴: o terceiro passo

Há tensões permanentes entre a sociedade e os poderes do Estado. Emmanuel Joseph Siéyès foi um dos primeiros doutrinadores

³ A ideia de dignidade da pessoa humana possui valor palpável, recepcionado pelo ordenamento jurídico, não é um conceito por demais abstrato. Recusando essa visão afastada de uma práxis transformadora, a Filosofia do Direito traz, atualmente, um argumento definitivo para fundamentar esse caráter concreto e autoaplicável. Trata-se do paradigma, recentemente difundido, da vida concreta de cada sujeito. Nessa perspectiva, a vida deixa de ser o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial para outros direitos. Desenvolve-se, então, a concepção da supremacia da vida humana, que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna. Essa visão impõe pensar a existência sob um aspecto material, não a reduzindo a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto físico e biológico. (MATURANA; VARELA, 2001)

⁴ De acordo com Kuhn (1998, p. 107), “as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias”. Assim sendo, a crise é o prenúncio da consolidação de um conjunto de novas ideias que até então vigorava sobre determinada seara do conhecimento.

a posicionar a questão do poder constituinte e suas relações com os poderes constituídos – incluindo o poder reformador. Suas ideias tiveram influência e atravessaram as formulações teóricas e práticas.

A problemática acerca do poder constituinte há muito ocupa o campo das reflexões jurídicas como problema fundamental e primordial do Direito Constitucional. Direito, política e poder tomaram assento nas discussões jurídicas, sociológicas e de economia política. Na contemporaneidade, Negri (2002) ateu-se ao poder constituinte e suas alternativas. Para o autor, vivemos em um cenário de crise – no entanto, poder constituinte é conceito de uma crise.

Segundo Negri (2002), a subsistência da ideia do poder constituinte seria necessária para a *vitalidade do sistema*. Todavia, atualmente, poder constituinte e ordenamento jurídico são duas esferas antinômicas, ou seja, que não guardam harmonia entre si.

Por isso, Siéyés distingue o poder constituinte do(s) *poder(es) constituído(s)* – nos quais se insere o poder reformador. Aquele seria o poder originário; este(s), o(s) poder(es) derivado(s) – e subordinado(s) àquele –, com a função de adaptação do texto constitucional à realidade social.

Esses poderes derivados são também denominados de impróprios, uma vez que não gozam das mesmas características do poder constituinte, quais sejam: inicialidade, autonomia, incondicionalidade e onipotência.

É nessa via que Negri (2002) focaliza a ligação intrínseca do poder constituinte com a democracia. Leciona Bonavides (2013, p. 146): “é portanto o poder constituinte da nação soberana, seu exercício único e exclusivo pelo povo, ou por suas constituintes, aquele que cabe na legítima tradição constitucional do País”.

Nessa concepção, entretanto, o conceito de poder constituinte não orna com os matizes da clássica e vetusta segurança jurídica. O poder

constituente⁵ é ligado à democracia, à vontade do povo, à originalidade, à potência; por outro lado, o ordenamento é conectado à hierarquização e à procedimentalização – tais traços revelam a incompatibilidade desses conceitos.

Eis a aporia: a única maneira de se ter o poder constituinte nesses termos é em condições não constitucionais. Por isso, as doutrinas nacional e estrangeira se debruçam sobre as possibilidades de conciliação entre a ideia do poder constituinte e dos poderes constituídos⁶.

Em que pese o conceito moderno de segurança jurídica não se coadunar com essa ideia de poder constituinte, é preciso buscar uma mediação. Momentos de crise são extremamente salutares para o desenvolvimento da ciência a partir de uma (re)construção dialética de novos paradigmas.

⁵ Numa apertada síntese, são características do poder constituinte, de acordo com os ensinamentos de Negri: 1) Onipotência; 2) Ausência de limites – ou seja, tem o poder de fixar as bases da sociedade, assim, no momento em que a democracia vislumbrasse a necessidade de mudança, ele seria usado. Entretanto, essa característica foi mitigada pelo ordenamento quando este fixa, por exemplo, prazo para a ANC; 3) Íntima relação com a revolução/vontade do povo; 4) Expansividade – ou seja, o povo não possui lugar nem tempo fixo para se reunir. Essa última característica foi altamente deturpada, pois, hodiernamente, não é mais às demandas sociais, nem por elas, que, infelizmente, muitas vezes, o ordenamento responde.

⁶ Para tanto, Negri (2002) propõe caminhos, que aqui vão ser sumariados: 1) Apreender o poder constituinte como externo ao Direito. Nessa visão, o poder constituinte é um fato transcendente, que surge para relançar as bases da sociedade. Ele é, neste caso, a lógica do ser (retrato histórico-cultural daquele dado momento) e a partir daí surge a lógica do dever-ser (apreende o real e tenta coordenar o legal). É externo e refunda o Direito até a hora em que ele acaba, interrompe. 2) Conceber o poder constituinte como interno ao Direito. Nessa visão, o poder constituinte é um conceito jurídico por excelência e por essa razão é vinculado, e não mais originário e limitado. Esse é o modelo brasileiro. Dentro dessa visão, surgem algumas possibilidades de consolidação doutrinária, senão vejamos: a primeira delas encontra base nas ideias de John Rawls, segundo o qual o poder constituinte é vinculado ao Estado, limitado pelo Direito e não tem a potência de refundar a sociedade. Assim, vincula-se aos princípios da Justiça – esta, sim, precisa mudar. Dessa maneira, o poder constituinte não seria nada mais que um poder reformador. Para Lassale, o poder constituinte se vincula à realidade e não é originário. Já para Karl Schmitt, ele aparece a partir de determinadas situações de fato – a Constituição é situação normativa de fato. Assim, o poder constituinte termina quando as circunstâncias que propiciaram seu surgimento somem ou são solucionadas. 3) Vislumbrar o poder constituinte como paralelo/coextensivo ao Direito. Nessa visão, o poder constituinte não surge; ele existe sempre paralelo ao ordenamento, sofrendo limitações deste. A dinâmica social faz com que a Constituição esteja sempre mudando, e o Poder Constituinte seria um processo de constante normatização da sociedade, conforme suas características históricas.

Em meio a essas tensões e paradoxos, uma ideia é certa: tanto o poder reformador constituído deve guardar coerência com a vontade política da maioria quanto o poder constituinte apenas deve ser compreendido em sincronia com esta. Como escreveu Martín (2003), a mudança de uma Constituição democrática só acontecer através do respeito à democracia.

Assim, é imperiosa a defesa da soberania do povo, ampliando-se os espaços de participação popular e garantindo o funcionamento legítimo das instituições democráticas do Estado de Direito, a fim de superar as desigualdades materiais estruturais da sociedade brasileira.

Conclusão

Registram-se, no Brasil, constantes agressões diretas e indiretas ao texto constitucional, como: a) a desfiguração do programa constitucional de 1988; b) a prodigalidade de emendas constitucionais; c) a hermenêutica constitucional (quer concentrada quer difusa) que se traduz em um apequenamento da principiologia axiológica; entre outros aspectos. Mais ainda, almeja-se eclipsar as garantias constitucionais sociais e, a fim de apresentar respostas prontas para problemas ainda não completamente dissecados, intenta-se encapsular recidivas do pretérito não longínquo. Reformar a Constituição não deve ser o apanágio de todos os males, nem pode ser o primeiro remédio das crises sociais ou econômicas.

O Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, tem no Brasil um marco histórico inquestionável com o advento da Constituição da República Federativa em 1988. É fundamental imunizar, em toda sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo por meio de seus representantes, para que seja possível, com respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, construir uma sociedade justa e solidária.

Após completar mais de 20 anos de vigência, o dever primeiro é reafirmar o compromisso com a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

Nesse âmbito, a Constituição Federal erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, de modo que todo o sistema jurídico se direcione para a proteção desta. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico.

Operou-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana. Por isso, faz-se imprescindível blindar esse texto constitucional e isso não significa imutabilidade, por certo.

Não se pode esquecer, todavia, que a Constituição de 1988 impôs ao Direito o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção que privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa. A Constituição inspirou a edição de leis esparsas que regulamentaram seu conteúdo, bem como adequaram aos seus princípios disposições legais pré-existentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois ela reside no centro do ordenamento social e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional –, mas regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional.

Daí a importância de se preservar a Constituição, colocando-a a serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, e da prevalência dos direitos humanos, em uma sociedade que busca tornar-se fraterna e sem preconceitos, pronta para selar sua identidade na diversidade e na emancipação socioeconômica do povo brasileiro. Em suma, eis o repto e o sentido do presente texto. Trata-se de uma singela reflexão sobre as aspirações da sociedade e os deveres prestacionais do Estado.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vital Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CANOTILHO, G. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, F. K. **Legitimidade do poder de reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DANTAS, Ivo. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DERRIDA, J. Force of law. **Cardoso Law Review**, v. 11. jul./ago. 1990.
- HESSE, C. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- KUHN, T.S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LOWESTEIN, K. **Teoría de la constitución**. Tradução espanhola de Alfredo Galleno Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.
- MALBERG, C. **Contribution à la theorie générale de l'État**. Paris, 1922.
- MARTIN, Carlos de Cabo. **La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho**. Madrid: Alianza, 2003.
- MATURANA, H.; VARELA, F. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- NEGRI, A. **O poder constituinte: ensaio sobre alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- SCHMITT, C. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

Luiz Edson Fachi

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Recebido em: 28/09/13

Aprovado em: 20/11/13