

(RE)FORMA - A CONSTITUIÇÃO HERACLITIANA

Sérgio Souza Botelho¹

RESUMO: O poder constituinte, ao longo dos tempos, continua sendo matéria discutida no Direito Constitucional. Especialmente, o poder constituinte derivado reformador suscita dúvidas e desafia estudos. No presente, a partir de uma pesquisa exploratória e de uma técnica qualitativa, com viés bibliográfico, buscou-se analisar os elementos que residem no tema da reforma constitucional, por meio de uma comparação entre constituições diversas. Para tanto, Raul Gustavo Ferreyra, Karl Loewenstein, Konrad Hesse e Peter Häberle foram os principais autores utilizados, dentre outros, como respaldo teórico. Conclui-se pela maior necessidade de participação popular e efetiva no debate de reforma e interpretação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Reforma. Democracia.

(RE)FORMA - LA CONSTITUCIÓN HERACLITIANA

RESUMÉN: El poder constituyente a lo largo del tiempo sigue siendo un tema que se discute en el Derecho Constitucional. En particular, el poder constituyente derivado de la reforma suscita dudas y cuestiona los estudios. En la actualidad, a partir de una investigación exploratoria y una técnica cualitativa, con sesgo bibliográfico, se buscó analizar los elementos que residen en el tema de la reforma constitucional, mediante una comparación entre distintas constituciones. Para ello, Raúl Gustavo Ferreyra, Karl Loewenstein, Konrad Hesse y Peter Häberle fueron los principales autores utilizados, entre otros, como soporte teórico, se concluye por la mayor necesidad de participación popular y efectiva en el debate sobre la reforma y la interpretación constitucional.

PALABRAS CLAVE: Constitución. Reforma. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

Desde o advento do Estado de Direito, em meados do séc. XVIII, uma questão que se coloca invariavelmente em voga é a do *pouvoir constituant*. Ali, sem se olvidar de outras e anteriores experiências constitucionais, como a dos gregos e dos hebreus, tomando-se por base, sobretudo, os Estados Unidos da América, e posteriormente a França, é que, preambular e constitucionalmente, celebrizaram-se as expressões “*we the people*” ou “*le peuple*” como sintomáticas e baluartes democráticos da nova era. O poder constituinte reside no povo e é exercido por ele ou por seus plenipotenciários.

¹Aluno regularmente inscrito no programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos; em Direito Processual Civil; e em Direito Constitucional Aplicado. Analista do Governo do Estado de Mato Grosso. Professor.

A partir do princípio democrático, por conseguinte, sob uma ficção jurídica leviatã e *lockeana*, faziam-se enunciar e garantir os direitos individuais, preconizavam-se a separação dos poderes e a submissão de todos ao império da lei, que era capitaneada pelo mais relevante instrumento normativo para o convívio em cada comunidade: a constituição.² Como emanção do povo, já que, segundo Sieyès, “só podemos ser livres com o povo e por ele” (2021, p. 21), estavam firmados os elementos do Estado de Direito, plasmados na Lei Máxima.

Nesse ponto, convém que se revigore a natureza democrática que essencialmente fortalece o poder legislativo, eis que exerce, em regra, o poder popular e, assim, o poder constituinte, mediante representação dos cidadãos. Isso porque o objetivo do ser humano é poder desfrutar de paz e segurança, sendo as leis e o poder legislativo o instrumento primário de tais escopos (LOCKE, 2005, p. 98).

Assim, o movimento constitucionalista, que culminou na consagração desse diploma normativo e do Estado tal como conhecemos, surgiu forjado por uma resistência ao abuso do poder e pregava a necessidade de um instrumento normativo superior, como tal, que fundasse as bases da vida em civilização, sobretudo, regendo as relações de processo do poder e o seu exercício perante e sobre os cidadãos. Logo, para além da luta de classes, a constituição era, em tese, um macro acordo de convivência, e para isso regulava toda uma maneira de ser estatal.

Foi nesse sentido que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 16, estabeleceu que “toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

De tal modo, a constituição, que se iniciou como um grito de liberdade, racionalizava uma sociedade e buscava exorcizar, doravante, alguns séculos de fardo social indevido em um desejável diálogo social. Era de ser. Em verdade, não se olvide que a história demonstra que a facticidade constitucional em muito além de romântica, deturpa-se quando o oprimido se transmuta em opressor e se arroga de privilégios até então combatidos. O discurso constitucional precisaria ser vivido.

É que não se trata apenas de constatar uma realidade social, como “a soma dos fatores reais do poder que regem um país” (LASSALE, 2005, p. 20), mas sim de reconhecer uma força normativa constitucional que condiciona reciprocamente o estado de coisas real, reforçada por uma vontade de constituição, idealisticamente a reger de maneira otimizada a vida em comunidade, com esteio na dignidade da pessoa humana. Aqui é que, coordenadamente, busca-

²Utiliza-se, aqui, o termo em inicial minúscula por não se referir a alguma constituição específica.

se o equilíbrio entre a constituição real (“o ser”) e a constituição jurídica (“dever-ser”) (HESSE, 1991, p. 15).

E assim, ao longo dos anos, a constituição, como um sistema *luhmanniano*, viveu, e vive, sujeita à ação humana e do tempo. É que, não bastasse cada constituição ser única, eis que documenta um Estado em um contexto, ela própria está sujeita ao devir e para além de uma constituição imutável, ou uma relíquia histórica, como regente de uma sociedade-Estado, ela deve se manter síncrona à evolução e à realidade do mesmo.

Para tanto, há que se conceber a possibilidade de alteração da constituição para que ela esteja e seja adequada a uma realidade essencialmente cambiante, principalmente nos tempos líquidos e *baumanianos* de hoje, sob pena de se erodir e, de fato, passar a uma mera folha de papel, apta a propiciar, inclusive, a ascensão de regimes autoritários.

No entanto, é cediço que uma reforma ilimitada e assaz frequente da Constituição tende a enfraquecer sua própria juridicidade e coatividade.

Logo, quem e como se poderá proceder a esta conformação contemporânea da constituição?

2. O DEVIR CONSTITUCIONAL - (RE)FORMAR É PRECISO (?)

Consideremos que, tal qual Heráclito pontuava, ainda no séc. VI a.C., nada neste mundo é permanente, salvo a mudança e a transformação. Por conseguinte, a constituição precisa acompanhar as necessidades sociopolíticas, econômicas, culturais etc. do tempo que rege.

No ponto, é arguta a lição de Raul Gustavo Ferreyra (2013):

La reformabilidad es un parte elemental de nuestra Constitución federal. La reforma constitucional no es respuesta a una situación patológica del sistema jurídico. Es todo lo contrario. Se trata de un hecho fisiológico que demuestra la buena salud del propio sistema. (...) Consecuentemente, la reformabilidad es una singularidad, una peculiaridad que afirma la propia supremacía de la Constitución, en lugar de desvirtuarla. (...). (FERREYRA, 2013).

Demais disso, a par desse conflito intergeracional, no qual um povo vive sob a constituição editada por outro, cabe reconhecer aspectos do jusnaturalismo que garantem uma possível intangibilidade de certos direitos humanos, dada sua conquista como um processo coletivo de afirmação histórica, cujo retrocesso operaria em negativa à própria natureza e dignidade humanas. Fora isso, não se descarta a ocorrência da observância dos momentos

constitucionais, a ensejar a revisão ou reforma constitucionais, tais quais previstos por Ferreyra (2011).

Portanto, é possível antever que a constituição pode conter uma norma que não mais está adequada à realidade em que inserida, a qual precisa ser excluída ou alterada pelo constituinte. Pode ocorrer, no entanto, de a constituição sequer trazer previsão para um fato cujo tratamento hoje se faça premente. Daí que Alchourrón e Bulygin preconizam que a reforma constitucional pode consistir em contração, revisão e expansão (*Apud FERREYRA, 2013*).

Mas, voltando à questão do *pouvoir constituant*: a quem competirá proceder à reforma da Constituição? A resposta natural seria o povo, eis que, até mesmo pela teoria dos poderes implícitos ou pelo paralelismo de formas. Porém, em um ambiente de democracia representativa, é de se reconhecer, como bem pontua Loewenstein (1979, p. 172), que todos os detentores legítimos do poder, como o governo, o parlamento e o povo, como eleitorado, estão habilitados a participar da reforma constitucional.

Aqui, convém mencionar que Loewenstein acompanha Sieyès, quanto ao caráter político do poder de reformar a constituição. Nesse sentido, também é a lição de Ferreyra (2013) de que “el poder de reformar la Constitución, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque crea Derecho Constitucional”.

De forma geral, contudo, a doutrina trata do poder constituinte originário (ou primário) como um poder de fato, político-social, sendo inicial, soberano, latente, incondicional, instantâneo, inalienável e especial. Em relação ao poder constituinte derivado (ou secundário, ou de segundo grau, ou instituído), diz-se que é um poder jurídico, secundário, subordinado, condicionado e contínuo (BULOS, 2015, p. 409).

Bonavides aduz que o poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é, por sua natureza jurídica mesma, um poder limitado, contido em um quadro de limitações explícitas e implícitas que decorrem da constituição (2006, p. 198).

Assim, tomando-se o Brasil como exemplo, poder-se-ia falar em poder constituinte originário (o que cria a Constituição); poder constituinte derivado (o que altera a Constituição por meio de reforma - art. 60, CRFB, ou de revisão - art. 3º, ADCT); além do poder constituinte decorrente (compete aos estados-membros elaborarem suas constituições - art. 25, CRFB), e ao Distrito Federal sua lei orgânica - art. 32, CRFB).

Sobre a reforma constitucional, especialmente, foco do presente, ainda é de se frisar que ocorre mesmo nas constituições caracterizadas com rigidez constitucional, e que ao contrário de enfraquecê-la, ao flexibilizá-la, ao menos em teoria, o que se busca é exatamente

reforçá-la, já que a atualidade é necessária ao vigor de sua força normativa e da vontade de constituição de todos que a ela se submetem.

Ocorre, evidentemente, que o poder constituinte não é de todo ilimitado.

3. LIMITES AO PODER CONSTITUINTE

Nota-se que mesmo o poder constituinte originário encontra limites, pois não se trata de uma entidade deífica. É que, para além da formalidade, no campo material, observam-se limites extrajurídicos ao poder constituinte, como as próprias estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais dominantes na sociedade. Há, assim, limites ideológicos, institucionais e substanciais ao poder constituinte originário, que ocorrem fora do campo jurídico (BULOS, 2015, p. 406).

Noutro giro, acerca da reforma constitucional, tem-se comumente a existência de limitações explícitas (expressas) e implícitas (tácitas).

Dentre as primeiras, são ordinárias aquelas relativas à forma adotada para o processo reformador; a certas circunstâncias nas quais são proibidas; a dado caráter temporal (prazos de espera) e a algumas matérias consideradas intangíveis pelo constituinte reformador, ao menos em certo aspecto.

Sobre as limitações implícitas, Loewenstein (1979, p. 193) as trata como imanentes, sendo afeitas ao jusnaturalismo, portanto, anteriores ao positivismo e já presentes desde a Constituição norte-americana. Trata-se, em verdade, do reconhecimento de direitos como ínsitos aos humanos pelas Cartas Constitucionais.

A seguir, ao tempo em que elencamos alguns dispositivos constitucionais mundo afora, exemplifiquemos algumas dessas limitações.

4. REFORMAS NAS CONSTITUIÇÕES

A reforma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB possui limites materiais, formais, circunstanciais (art. 60) e apresentou limite temporal apenas para o exercício do poder constituinte derivado revisor (art. 3º, do ADCT).

Formalmente, deve-se observar que a proposta de emenda à Constituição - PEC apenas poderá ser apresentada por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembleias

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

Não há possibilidade de iniciativa popular para a PEC na CRFB, sendo que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

A CRFB prevê que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, de modo que, se aprovada, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Em caso de rejeição, ou PEC havida por prejudicada, ela não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, que vai de 02 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro de cada ano.

Materialmente, a CRFB proíbe a deliberação de PECs que tendam a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Como limite circunstancial, a CRFB prevê que ela não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

A Constituição da Nação Argentina, alterada em Assembleia Constituinte de 1994, foi tímida em relação ao tema da reforma constitucional, tendo apenas estabelecido, em seu art. 30, que a constituição poderá ser alterada integral ou parcialmente, sendo que a necessidade de reforma deve ser declarada pelo Congresso com o voto de pelo menos dois terços de seus membros, mas dependerá de uma convenção convocada para esse fim.

Assim, Ferreyra (2011) recomenda uma alteração deste artigo para que conste o seguinte:

La Constitución puede reformarse en el todo o en cual quiera de sus partes. La necesidadde reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará si no por una Convención convocada al efecto.Podrá peticionarse el control de la regularidad de las etapas del proceso de reforma, por la vía de la acción y en el caso previsto en el artículo 117. Están legitimados para interponerla: a) El Presidente de la Nación; b) una cuarta parte de los Diputados; c) una cuarta parte de los Senadores; d) una cuarta parte de los Convencionales Constituyentes; e) el Defensor del Pueblo de la Nación; f) el Procurador General de la Nación y/o el Defensor General de la Nación. Si la Corte Suprema de Justicia pronunciala declaración de inconstitucionalidad deberá comunicar la decisión al Congreso, órgano que deberá dar expreso tratamiento a la cuestión dentro del término de tres meses y, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, convocará a consulta popular

vinculante, la que deberá realizarse junto con la primer elección legislativa posterior a la declaración del Congreso. Quedará anulada si cuen ta con el apoyo de la mayoría absoluta de los vo tos válidamente emitidos. (FERREYRA, 2011).

Observa-se a preocupação do maestro argentino com o caráter democrático e dialógico que deve permear todo o processo de reforma constitucional, inclusive a *mutação constitucional*, também chamada de processo informal de alteração da constituição ou poder constitucional difuso, quando se altera a semântica do texto constitucional sem que este seja alterado. Comunica-se, assim, com Häberle (2002, p. 15), para quem não há norma, senão norma interpretada e em uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, todo aquele que vive em seu contexto é indireta, ou até mesmo diretamente, intérprete da norma.

Gargarella (2021) igualmente entende que o povo é e deve continuar a ser o “soberano” e que disputas sobre a lei devem ser decididas coletivamente, já que ninguém tem as capacidades intelectuais ou epistêmicas que colocá-lo em uma posição privilegiada ao interpretar a lei. Assim, as disputas interpretativas precisam ser resolvidas pelo diálogo democrático, ou de uma forma que honre e reproduza nosso compromisso com o diálogo democrático.

Por amostragem e a título comparativo, citemos algumas outras experiências constitucionais.

A Constituição da Bolívia, de 2009, prevê a possibilidade de reforma total ou parcial da Constituição por meio de uma Assembleia Constituinte, que se autorregulará e aprovará o texto constitucional por 2/3 dos membros nela presentes, acionada por vontade popular mediante referendo, cuja convocatória se fará por iniciativa popular com pelo menos 20% do eleitorado, ou por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa ou pelo Presidente/Presidenta. Já a reforma parcial da Constituição pode ser iniciada por iniciativa popular, com a assinatura de pelo menos vinte por cento do eleitorado, ou pela Assembleia Legislativa Plurinacional, por meio de uma lei de reforma, sendo que qualquer reforma parcial exigirá um referendo constitucional de aprovação.

Por seu turno, a Constituição Política do Peru, de 1993, em seu art. 206, prevê que toda reforma constitucional deve ser aprovada pelo Congresso, por maioria absoluta de seus membros, e ratificada por referendo, que pode ser omitido quando o acordo do Congresso é obtido em duas legislaturas ordinárias sucessivas com voto favorável, em cada caso, maior que dois terços do número legal de parlamentares.

A Constituição Política da Colômbia prevê iniciativa de reforma para o povo, ao Governo, ao congresso, aos conselheiros e aos deputados. Prevê, ainda, nos arts. 376ss., que por lei aprovada pela maioria dos membros de ambas as Câmaras, o Congresso pode dispor que o povo, por voto popular, decida se convoca uma Assembleia Constituinte com a competência, prazo e composição que a mesma lei determinar. Demais disso, estabelece que as reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso, referentes a determinadas matérias sensíveis, devem ser submetidas a referendo, que poderá ter caráter vinculante.

Por sua vez, a Constituição da República de Angola prevê a iniciativa de revisão da Constituição ao Presidente da República ou a um terço dos Deputados à Assembleia Nacional em efetividade de funções. Previu, ainda, quórum qualificado de aprovação, limites materiais e temporais, além de circunstanciais, como a vedação de reforma durante a vigência do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência.

Ao cabo, mencione-se que a Constituição Federal da Confederação da Suíça tem como princípio expresso, em seu art. 192, que a Constituição Federal poder ser revisada sempre, parcial ou totalmente. Ela devota, ainda, um forte apreço pela soberania popular, pois, nos termos de seus arts. 193 e 194, tanto sua revisão total quanto parcial podem ser propostas pelo povo ou pelos Conselhos, de modo que se a iniciativa partir do povo ou se os dois Conselhos discordarem entre si, cabe ao povo a decisão sobre a realização da revisão total. Demais disso, a revisão parcial deve preservar o conjunto da matéria e não deve violar as disposições imperativas do Direito Internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, convém que se assente que a democracia, além da expressão da soberania popular, não nos esqueçamos, pressupõe um diálogo constante, um acordo de convivência entre maioria e minoria em prol do todo, sendo imprescindível o respeito entre elas, o que qualifica o próprio exercício da cidadania para uma condição de pessoas intérpretes e destinatárias das normas constitucionais em um processo público, em que todas as vozes tenham eco.

Nestes termos, a constituição deve ser compromissória e compromissada com a comunidade, e não se tornar mera refém de poderosos grupos que se privilegiam de espécies de *subconstituições*, quando buscam ter apenas os seus interesses intacta e corporativamente salvaguardados pelo Texto Basilar, em uma odiosa manutenção de um *status quo*, em detrimento de uma sociedade que, prioritariamente, olha para a frente.

Não é à toa que as constituições democráticas que, na prática, expressaram uma ditadura de uma parcela da sociedade ruíram em breve tempo, como ocorreu na França no final do séc. XVIII.

Todavia, na lição *håberleana*, ainda que a constituição deva ser um espelho que acompanha a realidade, ela possui uma luz que a conforma igualmente e aponta um caminho. Em tal sentido, é imprescindível que a reforma constitucional ocorra quando o contexto fático seguramente assim o apontar, não obstante, encontra limites explícitos e implícitos.

Parte desses últimos, igualmente, aplica-se às mutações constitucionais, a exemplo dos direitos humanos. Ademais, os sistemas constitucionais, além de necessitarem de previsão apta à reforma de seus próprios textos, por meios equilibrados e razoáveis, também necessitarão que ela ocorra de modo efetivamente democrático, que privilegie a participação direta do povo por meio de referendo, quiçá sob a revolução tecnológica dos tempos atuais, e que exista maior diálogo na jurisdição constitucional, utilizando-se de rodadas interpretativas, à luz da teoria *håberleana*.

6. REFERÊNCIAS

ANGOLA. **Constituição da República de Angola**. Disponível em: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2021.

ARGENTINA. **Constitución de La Nación Argentina**. Disponível em: <<https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/897/constitucion-nacion-argentina>>. Acesso em: 05 out. 2021.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 105/2019, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, Decreto Legislativo nº 261/2015 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>.

FERREYRA, Raul Gustavo. **Discurso sobre reforma constitucional. Análisis de la necesidad de un nuevo momento constituyente para el Estado argentino.** Revista de Derecho Público, n° 3, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013, pp. 155-180 (ISSN 2250-7566).

_____. **Control de La Reforma Constitucional.** Análisis y Perspectivas en el Sistema de La Argentina. Revista El Control del Poder. Homenaje a Diego Valadés, t. II , 2011, pp. 433-457 (ISSN 978-607-02-1991-7).

GARGARELLA, Roberto. **La Interpretación e el Diálogo Democrático.** Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/84169/CONICET_Digital_Nro.10551279-0861-4eaa-a1fa-fee6c890804c_B.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 05 out. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição.** Campinas: Minelli, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución.** 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

PERU. **Constitución Política de Peru.** Disponível em: <<https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/520/constitucion-politica-peru>>. Acesso em: 05 out. 2021.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Disponível em: <<http://www.olibat.com.br/documentos/O%20QUE%20E%20O%20TERCEIRO%20ESTAD O%20Sieyes.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2021.

SUIÇA. **Federal Constitution of the Swiss Confederation.** Disponível em: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>>. Acesso em: 05 out. 2021.