

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

GISELA MARIA BESTER

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-202-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

OS LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN BRASIL Y EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Manuel Fondevila Marón ¹

Resumo

Este trabalho representa um estudo, em modo comparativo, sobre os limites para a reforma da Constituição. Defende-se, concretamente, que existem outros limites para a reforma, além das referidas no art. 60 da Constituição, decorrentes do regime político estabelecido pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Poder constituinte, Reforma constitucional, Limites à reforma da constituição

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo representa un estudio, en clave comparada, acerca de los límites a la reforma de la Constitución. En él se sostiene, en concreto, que existen otros límites a la reforma, al margen de los previstos en el art. 60 de la Carta Fundamental, derivados del régimen político establecidos por la Constitución de 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Poder constituyente, Reforma constitucional, Límites a la reforma de la constitución

¹ Doutor em Direito e em Ciências Políticas. Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão.

I. INTRODUÇÃO.

Uma Constituição perde força normativa tanto quando não se realizam as reformas que precisar (que é o que acontece atualmente, por exemplo, na Espanha (MARON, 2016, passim)) como quando é constantemente revisada. No primeiro caso, a Constituição que não se adequa mais a realidade política e social acaba por ser ignorada. No segundo caso (o de Brasil) Constituição e realidade não terminam de se acomodar. Oitenta e quatro reformas de uma Constituição como a brasileira com apenas vinte e oito anos de vigência são demais. Parece, como sinala algum autor, que a reforma da Constituição foi empregada como modo de governar (CHAIB, 2016, passim). Evidentemente, que seja uma Constituição, como a portuguesa, muito extensa, que deixa pouco margem as leis ordinárias em algumas matérias, não ajuda.

Ao igual que acontece hoje com a Constituição mexicana (MERAZ, 2016, passim), chega um ponto em que, depois de sucessivas reformas, surge inevitavelmente o debate da necessidade de uma nova Constituição. Isso aconteceu em Brasil quando a Presidente Dilma propôs a abertura de um novo processo constituinte em 2013. Pouco depois de enunciá-la retirou a proposta, mas perguntamo-nos qual era o plano para realizá-lo.

Outras Constituições, como a venezuelana ou a boliviana, estabelecem o procedimento de elaboração de uma nova Constituição¹ o que, na nossa opinião, resulta um despropósito político e jurídico. Uma correta distinção entre poder constituinte e poder reformador implica compreender o primeiro como uma “*res facti não juris*” (GARCIA, 1985, p. 29) cujo exercício não pode estar previsto pela Constituição. Se acaso estas Constituições limitaram-se a dizer que a aprovação de uma nova Constituição tem que vir precedida da convocatória de uma Assembleia constituinte, não estariam fazendo mais que recolher um princípio do Direito Constitucional. Porém, regular as maiorias para a aprovação e a obrigação de celebrar referendun (quando não todas as Constituições – como por exemplo a alemã foram aprovadas assim) não resulta nem lógico nem efetivo na prática, pois nada impede o poder constituinte de descumprir essas condições.

¹ *Vid.*, art. 341 e seguintes da Constituição venezuelana e o art. 411 da Constituição de Bolívia.

A diferença entre poder constituinte e poder reformador entende-a melhor a doutrina, como por exemplo a brasileira ou a italiana, cuja Constituição estabelece limites explícitos à reforma (cláusulas pétreas) que a doutrina (sempre com notáveis exceções) como a espanhola ou a argentina, cuja Constituição prevê, em princípio, a sua reforma total. Entretanto, a questão não deixa de ser problemática pois não há acordo entre a doutrina sobre a existência mesma (muito menos sobre as classes) de limites implícitos.

Neste breve trabalho explanaremos a nossa posição ao respeito, defendendo a tese (que já adiantamos), de que o poder reformador está limitado, além de pelas cláusulas pétreas estabelecidas pela Constituição (as quais, como veremos, podem ser mais ou menos numerosas), àquelas matérias que são essenciais ao regime político estabelecido pela constituição.

II. PODER CONSTITUINTE E PODER DE REFORMA.

Antes de debater sobre os limites à reforma da Constituição, devemos estabelecer claramente (pois não o está entre a doutrina) a diferença entre o poder constituinte e o poder reformador: enquanto o poder constituinte é – como dissemos – uma *res facti non iuris*, indivisível e ilimitada no contido da sua vontade, o poder reformador está limitado formal e materialmente pelo poder constituinte (ALAMILLO, 2014a, pp. 33 y ss.).

O primeiro ponto que devemos aclarar é a questão terminológica, pois as palavras não significam aquilo que queremos, como afirmava o famoso personagem de *Alice no país das maravilhas*. O contrário, as palavras têm o significado que atribuí-lhes o uso generalizado (PEGORARO, 2010). Por isso é preciso dizer, com o poeta espanhol Juan Ramon Jimenez “*Inteligencia, dame el nombre exacto de las cosas*”. Nós defendemos o uso do termo “poder reformador” por estar generalizado e porque resulta muito mais claro que outros termos empregados pela doutrina como “poder constituinte derivado” “poder constituinte constituído” “poder constituinte juridificado” pois em todos esses casos se produz uma *contradictio in terminis* o adjetivar o substantivo constituinte para indicar que, nesse caso, está limitado pelo disposto na Constituição.

A confusão estendeu-se em virtude da reputação da qual goza a teoria do positivismo jurídico (paradigma dominante até os nossos dias). Para este, em coerência, por outro lado, com a sua ideia de Constituição, a única diferença entre o poder

constituente originário e o poder constituinte derivado está em que o primeiro cria uma Constituição *ex novo* por enquanto o segundo atua a partir de uma Constituição dada. Com essa exceção, ambos teriam a mesma natureza. O principal problema dessa doutrina é que resulta incapaz de dar uma explicação aceitável às mudanças políticas. Para o positivismo se, acaso, o poder derivativo infringe as normas de procedimento o único que acontece é que o poder constituinte derivado equipara-se ao poder constituinte originário. O principal problema dessa equiparação é, como sempre no pensamento positivista, de legitimidade, tendo em conta que negam que seja o povo o quem elabora a Constituição (ENCINAR, 1986, p. 354).

Porém, a origem das dificuldades encontra-se na obra de um pensador clássico como é E-J. Sieyes (ALAMILLO, 2014a, p. 50). Depois de estabelecer a correta distinção (fundamental, por outro lado, para a teoria que defendemos) entre poder constituinte e poderes constituídos, em virtude do princípio representativo (defendido em conta de J-J Rousseau) o poder (próprio de uma ditadura comissória) da Assembleia constituinte não se devolve ao povo senão o Parlamento, que tem o poder de reformar a Constituição sem nenhuma limitação.

Ao contrário do pragmatismo que aparenta a doutrina positivista, sustentamos que a mesma resulta ingênua e perigosa. Ingênua porque ainda se alguns autores chegam a falar do “mito do poder constituinte” tratando de ridiculizar as posições dos que defendemos a teoria clássica, nenhum autor responsável defende que a Constituição deva ser aprovada diretamente pelo povo numa praça pública. Ao igual que fizera J-J Rousseau nas *Considerações sobre o governo da Polônia* aceitamos (como mal menor) a atuação do povo a través de uma Assembleia Constituinte representativa. Perigosa porque a negação que faz da vontade soberana do povo impede considerar essa (num sentido crítico) como limite a atuação dos poderes constituídos (ALAMILLO, 2014b., Passim).

III. LIMITES À REFORMA DA CONSTITUIÇÃO.

Aqueles que confundem poder constituinte e poder de reforma têm um grave problema para responder à pergunta de como o poder constituinte de hoje vai condicionar

o poder constituinte de amanhã², pois compreende-se facilmente que o autor positivista que não reconhece mais legitimidade que a prevista na Constituição ou em outras normas jurídicas reconhece que o poder constituinte que aprova uma determinada Constituição está condicionando os subsequentes, ainda que somente seja, no aspecto formal. Ainda se forçados pelos feitos vêm-se na obrigação de aceitar que o poder constituinte derivado se equipara ao poder constituinte originário isso não supõe mais que uma exceção o seu sistema.

Se o poder constituinte que aprovasse a Constituição e o poder constituinte que a modifica (sem sujeição a limites materiais) fossem o mesmo sujeito a teoria da reforma do positivismo jurídico seria perfeitamente coerente. Tratar-se-ia nesse caso, simplesmente, de afirmar que o poder constituinte atuava de maneira autolimitada. Porém, quando passam muitos anos desde a aprovação da Constituição, essa abstração desafia a realidade e os autores mais consistentes são obrigados a aceitar que tratam-se de sujeitos distintos. Enunciam, então, a teoria das “gerações constituintes” e defendem que o povo é sempre o titular do poder constituinte, mas as transformações acontecidas nele repercutem na identidade do poder constituinte (RICCI, 2004, p. 248). Com essa aceitação aparece a contradição que destrói a teoria: como poder ser, então, que uma geração do poder constituinte não esteja formalmente limitada e a subsequente sim?

O que persiste é um apenas negado medo a revolução. Toda a teoria tem como único objetivo impedir que se produza uma mudança de Constituição sem seguir o procedimento de reforma estabelecido. No momento em que escrevemos estas linhas está-se a debater (depois de 600 reformas de uma Constituição com case cem anos) a abertura de um processo constituinte no México. O Professor S. Diaz Ricci não duvida, na introdução da obra citada, em afirmar que não se precisa, ainda seja para fazer uma reforma total. Alguns notáveis publicistas espanhóis como os Professores J. Pérez Royo e M. Aragón são da mesma opinião. Entretanto, o respeitado Professor brasileiro Paulo Bonavides sustenta que a reforma total é uma das possibilidades sempre vedadas ao poder reformador (BONAVIDES, 2013, P. 210). Na nossa opinião precisa-se distinguir entre reforma (ainda seja total, da estrutura do texto do articulado) e destruição da Constituição.

² Proibição expressamente recolhida no art. 1 do Tít. VII da Constituição de 1791, no art. 30 da Declaração de Direitos de Homem de 1793 e no art. 28 da Declaração contida na Constituição de esse mesmo ano.

Para compreender a diferença, devemos fazer referência aos limites materiais implícitos à reforma da Constituição. Porém, esta problemática remete à concepção de cada autor sobre a Norma Fundamental. Aqueles que defendem um conceito material de Constituição aceitam que existem limites implícitos à reforma da Constituição, enquanto os que defendem um conceito normativo de Constituição negam essa possibilidade (PEGORARO, 2008. P. 897).

Concordamos com a primeira postura, que é a majoritária no Brasil (a diferença de outros países, como a Espanha³). Entretanto, como já advertimos, não existe acordo sobre quais devam ser esses limites.

Nós distinguimos entre:

A) Limites: a) implícitos; b) explícitos: 1) autônomos: i) formais; ii) materiais; 2) heterônomos.

B) Limites: a) absolutos; b) relativos: 1) temporais; 2) circunstanciais.

Quanto à primeira classificação, a categoria de limites implícitos é a mais problemática e por isso vamos dar mais atenção nas páginas seguintes. Limites autônomos explícitos estão estabelecidos na própria Constituição, enquanto os heterônomos provem do Direito Internacional. Na nossa humilde opinião, estes últimos não derivam tanto (como tem defendido alguns autores) do disposto nos artigos 27 e 46 da Convenção de Viena como do fato de que desde o início do século assistiu-se a um processo recíproco de "constitucionalização" do Direito internacional e "internacionalização" do Direito Constitucional (MIRKINE-GUETZÉVITCH, 2008, p. 471) segundo o qual, enquanto que o Direito Internacional é cada vez mais sensível às "tradições constitucionais comuns" dos Estados, o Direito Constitucional tem cada vez mais uma vocação internacionalista (exemplo paradigmático do art. 11 da Constituição italiana). Obviamente, o princípio da supremacia constitucional implica que se for realizada uma reforma constitucional que, eventualmente, viole as disposições de um Tratado Internacional específico, as autoridades desse Estado devem proceder à sua denúncia (se disponível) ou suportar as sanções contra o Estado; mas acreditamos que uma reforma constitucional que pretendesse isolar completamente um Estado da

³ Paradoxalmente, Espanha não era positivista quando toda Europa era, e o é agora que o positivismo está num processo de revisão crítica (*Vid.*, a entrevista o Professor J. Varela (<https://canal.uned.es/mmobj/index/id/16920/hash/8065d07da4a77621450aa84fee5656d9>) acesso o dia 23/03/2016)).

Comunidade Internacional seria ilegal e, portanto, nula. Limites explícitos autônomos formais são regras que preveem um procedimento para a reforma mais rígido do que é necessário para a aprovação das leis ordinárias e materiais as cláusulas pétreas como as contidas em muitas Constituições como, por exemplo, o art. 60 da Constituição brasileira, o 139 da Constituição italiana, e o 79,3 da Constituição alemã).

Quanto à segunda classificação, são limites absolutos os que, como as mencionadas cláusulas pétreas impedem completamente a reforma, e relativos aqueles que impedem-na por um determinado período de tempo (p. Ex. Art. V da Constituição dos Estados Unidos) ou em circunstâncias específicas (p. ex. art. 169 da Constituição espanhola).

Por quanto aos limites implícitos, acreditamos que acontece com a Constituição o mesmo que com uma casa: se tiramos a parede de determinado quarto para ganhar espaço ou modificamos a distribuição do salão, fazemos uma reforma, mas se demolimos a casa inteira (incluídas as bases) e construímos uma casa nova ninguém fala, nesse caso, de reforma.

Os fundamentos da Constituição são, então, os limites implícitos à reforma da mesma. Um acordo sobre esta tese aproximara aos acadêmicos a um acordo sobre os limites implícitos à reforma constitucional. Não adianta que cada Professor faça uma classificação com quais seriam, na sua opinião, resultado, na maioria das vezes, da sua intuição jurídica (por mais brilhante que seja). Entretanto, acreditamos poder obter um consenso, com todos aqueles que não professem um normativismo puro, em que os fundamentos da Constituição são as características do regime político.

A doutrina brasileira segue maioritariamente a classificação do Professor N. de Souza Sampaio, que enumera, como limites implícitos: 1) Os Direitos Fundamentais; 2) A titularidade do poder constituinte; 3) A titularidade do poder reformador; 4) o processo de reforma (emenda e revisão) (SAMPAIO, 1961). Já vimos que o Professor P. Bonavides adiciona, ademais, à reforma total. O Professor A. Pedra (PEDRA, 2006) faz, até onde nós sabemos, a classificação mais analítica: 1) Fundamentos do Estado Democrático e de Direito (art. 1, I a V, CF), 2) O povo como fonte do poder (art. 1, parágrafo único, CF), 3) Os objetivos fundamentais da República federativa (art. 3, I a IV, CF), 4) Os princípios das relações internacionais (art. 4, I a X, parágrafo único, CF), 5) Os direitos sociais (art. 6, CF), 6) A definição da nacionalidade brasileira (art. 12, I, a,

b, c, II, a e b, CF), 7) A autonomia dos estados federados (art. 25, CF), 8) A autonomia dos municípios (art. 29, 30, I, II, III, CF), 9) A organização bicameral do poder legislativo (art. 44, CF), 10) A inviolabilidade dos deputados e senadores (art. 53, CF), 14) As garantias dos juízes (art. 95, I, II, III, CF), 15) A permanência institucional do Ministério Público (Art. 127, CF) e as suas garantias (art. 128, §5, I, a, b e c, CF), 16) As limitações ao poder de tributar (art. 150, I, II y III, a, b, e c, IV, V y VI, a-d, art. 151, CF) 17) e os princípios da ordem económica (art. 170, I a IX, parágrafo único, CF).

Trata-se, como dizemos, de intuições que, no melhor dos casos, respondem a uma interpretação dos limites expressos na Constituição: Assim, a doutrina italiana derivou da cláusula expressa referente a forma republicana aquelas instituições que asseguram a Democracia (PEGORARO, 2008, 911). Por via interpretativa, sempre segundo o grande comparatista italiano, poderia individualizar-se na Constituição dos Estados Unidos de América a forma republicana de governo, derivando-a da obrigação imposta aos estados quanto ao respeito dessa forma de governo. Isso é interessante porque na Constituição do Brasil não se considera um limite à reforma e, ademais, se prevê entre as suas Disposições transitórias uma possível volta à monarquia.

A técnica interpretativa não esgota, na nossa opinião, no problema dos limites materiais implícitos ao poder reformador que, em realidade, não é se não o problema da supremacia da vontade do poder constituinte. Por um lado, como diz o autor italiano essa técnica permite todo tipo de “acrobacias interpretativas” e não é possível realiza-la – adicionamos nós - quando não existem cláusulas pétreas (*in claris, non fit interpretatio*). Por outro lado, e isto é o importante, existem limites materiais ao poder reformador independentemente da existência de cláusulas pétreas e, em consequência, das possíveis interpretações decorrentes dessas.

Em definitivo, a interpretação resulta sempre problemática. Por exemplo: se voltamos a lista de limites implícitos do Professor A. Pedra, a maioria são fáceis de aceitar, entretanto alguns como a organização bicameral do legislativo (muito embora a definição da nacionalidade brasileira - porque não ia o poder de reforma a poder trocar o *ius solii* pelo *ius sanguini*? – ou as limitações ao poder de tributar – sobretudo quando algumas foram introduzidas por emenda à Constituição -) foram rejeitados como limite, por um autorizado autor espanhol com sólidos argumentos (ALAMILLO, 2014c e 2015).

Nós propomos, que o que seja imodificável na Constituição sejam as características do regime político. Seguindo ao Professor P. Lucas Verdú (VERDÚ, 1974. P. 367 e seguintes) acreditamos que essas são: A) O teto ideológico, que compreende os Direitos Fundamentais, a forma de governo, o Estado de Direito, a separação de poderes e o princípio democrático. B) A forma de Estado (unitário, federativo)⁴.

Esses elementos devem ser interpretados restritivamente, a fim de evitar a petrificação do texto constitucional.

Além disso, são necessárias algumas ponderações: Em primeiro lugar, é claro que o poder reformador sempre pode adicionar direitos que não estiveram reconhecidos na Norma Fundamental, mas não reduzi-los ou limitados. Em segundo lugar, que por forma de governo não se deve entender a alternativa entre monarquia ou república se não entre Presidencialismo ou Parlamentarismo. A razão e/é fácil de compreender: a única forma de monarquia compatível com o princípio democrático é a monarquia parlamentar. Essa é a explicação para que haja maior identidade entre uma monarquia e/é uma república parlamentares, que entre duas repúblicas, parlamentar e presidencialista respectivamente.

A segunda ponderação obriga-nos a fazer um *excursus* sobre uma questão de atualidade no Brasil.

IV. PARA UM MODELO PARLAMENTAR?

Trata-se de uma constante na política e no Direito Constitucional brasileiro o debate entre presidencialismo e parlamentarismo. A questão não ocuparia espaço nestas páginas a não ser que esteja intimamente ligada com o problema da reforma, sobretudo se, como acabamos de indicar, a forma de governo precisa ser entendida como um limite implícito ao poder de reforma.

Neste caso também devemos começar com uma aclaração terminológica. O que o Brasil está a debater é a reforma para um modelo parlamentar ou um modelo semipresidencial? A questão nominal é importante se ajuda a compreender a essência do

⁴ Na obra citada, o Professor P. Lucas adicionava também a estrutura social, indicando que regia somente para as constituições socialistas, pelo que acreditamos carece de importância atualmente.

sistema. Afigurasse-nos que o regime semipresidencial, ponto intermédio entre o parlamentarismo e o presidencialismo, aproxima-se mais o segundo que o primeiro, por isso entendemos preferível essa denominação à de “parlamentarismo dual” empregada por Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2013, p. 220).

Porque, de modo que não é possível, segundo a tese que estamos a defender, trocar uma monarquia parlamentar por uma monarquia constitucional (mais sim uma monarquia parlamentar por uma república/república parlamentar), entendemos que é legítimo passar de um regime presidencial a um semipresidencial (parlamentarismo dual, sempre que entenda-se bem esta expressão), mas não a um regime parlamentar (monista).

Caracteriza-se o regime semipresidencialismo (parlamentarismo dual) por ter um Presidente que governa (a diferença do que acontece no regime parlamentar (monista) onde o Presidente -ou Rei- preside –reina- mais não governa), ainda que não o possa fazer só. Dá-se então, um executivo bicéfalo (um Presidente eleito popularmente, e um Primeiro Ministro, escolhido por ele, mas que depende da confiança constante do Parlamento) cuja primazia corresponde ao Presidente quando a maioria presidencial e parlamentar coincidem e ao Primeiro ministro quando existem maiorias divididas (SARTORI, 2011, p. 113 e seguintes).

Porém, existem sérias dúvidas de que um regime parlamentar resulte conveniente ao Brasil. No referendun de 1993 a opção parlamentar saiu derrotada, mas políticos e académicos seguem a defender que essa forma de governo resulta a mais conveniente. Na nossa humilde opinião o que acontece na atualidade é que existe a nível mundial uma grande crise de representatividade (pense-se no movimento 15 M na Espanha, *Occupy Wall Street*, ou as manifestações em Brasil no 2013) e a população acredita que a solução os seus problemas passa por mudar a forma de governo. Também renomados académicos são dessa opinião (p. ex. Paulo Bonavides). Entretanto faz mister advertir sobre o perigo de adotar modelos estranhos sem ter em conta as características político-sociais de um país. Quem provavelmente seja o máximo especialista internacional em sistemas eleitorais e de partidos rejeita expressamente esta possibilidade para o Brasil. Diz o Professor G. Sartori, que o sistema parlamentar somente funciona naqueles Estados onde existe uma considerável disciplina partidária, ao contrário do que acontece no Brasil. Tendo em conta que os políticos brasileiros – diz o autor italiano – têm uma relação de aluguel com o seu partido (que trocam com facilidade), o sistema parlamentar não poderia funcionar (SARTORI, 2011, P. 91).

V.O CONTROLE REALIZADO PELA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A consequência prática de tudo o que foi afirmado até agora é a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional e nula uma emenda à constituição, por motivos formais ou materiais. Isso é o habitual no Direito Constitucional Comparado, onde, como diz o Professor L. Pegoraro, os Tribunais Constitucionais consideram-se normalmente facultados para fazer o controle da reforma convertendo, no caso dos limites implícitos, tais limites em expressos (PEGORARO, 2008, p. 914).

No Brasil, a jurisprudência do STF entende que a atuação do poder reformador é controlável através tanto da ação direta de inconstitucionalidade como do mandado de segurança⁵. Faz mister lembrar que o controle é sempre *a posteriori*, pois o Supremo entende que o controle a priori é uma matéria *interna corporis* que corresponde à Comissão de Constituição, Justiça e Redação e ao Presidente, a traves do poder de veto (AGRA, 2000, p. 214).

No Direito comparado existem diferentes modos de exercer o controle de constitucionalidade da reforma. É inviável recolher aqui todas, mais sim resumir, com o Professor L. Pegoraro (PEGORARO, 2008, p. 919), as diferentes opções: a) numerosas Constituições (p. ex. Chile, Bolívia⁶ ou Moldávia, entre outras) determinam a competência dos Tribunais com competências constitucionais para exercer o controle, em alguns casos (Colômbia), limitado a aspectos formais; b) Quando a Constituição nada diz/diz, os Tribunais Supremos ou Constitucionais exercem normalmente esse controle (também, em alguns casos, autolimitando-se a aspectos formais, como em Espanha); c) algumas Constituições (Equador, Panamá, entre outras), atribuem os Tribunais Constitucionais competências no próprio procedimento de reforma (p. ex. em na iniciativa).

⁵ *Vid.*, Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 9625-DF e nº 829-3-DF e Mandato de Segurança nº 23087-5 SP.

⁶ O caso da Bolívia merece uma menção especial: o seu código processual constitucional (único, a nível nacional, no continente latino-americano, junto ao peruano) desenvolve o procedimento a seguir ante o Tribunal Constitucional plurinacional para instar a declaração de inconstitucionalidade de uma reforma parcial, indicando, ademais, que a reforma declarada inconstitucional não pode ser submetida a referendun. Entretanto, a reforma total (consequentemente com a confusão indicada na introdução) não pode ser revisada.

Vejamos alguns casos interessantes:

a) Em um magnífico trabalho de Direito trabalho de Direito Comparado a Professora S. Ragone enumera dois casos interessantes do primeiro tipo: 1) A *Corte Costituzionale* italiana individualizou alguns limites materiais à reforma que não estavam previstos na Constituição. Em concreto, estabeleceu, na sua Sentença nº 1146/1988 os valores superiores do ordenamento constitucional e os Direitos Fundamentais, ao menos, no seu núcleo essencial. 2) Igualmente a Suprema Corte indiana entendeu que há uma “estrutura básica” irreformável da Constituição⁷.

b) Talvez, a ninguém estranhe muito que em dois Estados cujas Constituições estabelecem cláusulas pétreas os Tribunais Constitucionais defendam a sua competência para fazer o controle da reforma e, muito embora, que via interpretativa derivem desses limites expressos outros. Mais interessante é, por isso, o caso da Suprema Corte argentina (cuja Constituição não estabelece cláusulas pétreas), que, em Sentença de 19 de Agosto de 1999, no pleito “Fayt, Carlos Santiago vs. Estado Nacional”, veio simplificando, a dizer que o princípio de imobilidade dos juízes é um limite à reforma constitucional. Isso produziu, de efeito, a insatisfação de alguns académicos como o Professor S. Díaz Ricci, quem escreve: “La resolución de la Corte declarando inconstitucional un artículo de la reforma constitucional constituye un acto “revolucionario” que rompe la secuencia lógica intrínseca a una reforma constitucional, por cuanto que un órgano constituido ataca el título del cual proviene su propia existencia. No sólo lo amañado de las argumentaciones sino el hecho de que la decisión beneficiaba al propio órgano convierte a este Fallo en un grave precedente de extralimitación de funciones del órgano de control de constitucionalidad al inventar límites implícitos donde no los hay” (RICCI, 2004, p. 769). A sua argumentação convencerá, sem dúvida, aqueles que compartilham da metodologia positivista. Entretanto, nós pensamos que a sua lógica leva a converter aos Tribunais Constitucionais, por empregar a expressão de Montesquieu, na “boca da lei”, incapazes de reagir em caso de uma deriva autoritária. A teoria positivista – diz o Professor P. Bonavides – “uma vez aceita, apagaria da consciência do jurista o sentido dos valores e na sentença do magistrado os escrúpulos normais de equidade, do mesmo modo que favoreceria o despotismo das ditaduras totalitárias, por emprestar base jurídica a todos os

⁷ Sentencias (todas elas citadas por S. Ragone) *Golaknath v. State of Punjab* y *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. State of Kerala and another*.

atos do poder, até mesmo os mais inconcebíveis contra a vida e a moral dos povos” (BONAVIDES, 2015, p. 44).

c) Muito lamentável é o caso da Espanha. O Tribunal Constitucional desse país, não tem expressamente encomendada uma função de supervisão das reformas constitucionais e, em realidade, nunca até hoje uma reforma da Constituição foi objeto de um *recurso de inconstitucionalidad*. Entretanto o Tribunal desenvolveu uma jurisprudência (como consequência da resolução de outros conflitos) que nos parece muito criticável. No ATC 9/2012 o Tribunal, rejeita a possibilidade de que uma reforma da Constituição seja operada pelo procedimento ordinário (art. 167 CE) pudessem afetar a preceitos da Constituição que requereriam uma reforma pelo procedimento extraordinário do art. 168 CE. Segundo o Tribunal, o constituinte estabeleceu com precisão que artigos da Constituição podem ser reformados pelo procedimento mais singelo os quais requerem a reforma pelo procedimento agravado. Muito embora, afirma que deixar a decisão sobre o procedimento a seguir ao *Congreso de los Diputados* seria arbitrariedade. Num *voto particular* que nós consideramos acertado, o magistrado Ignacio Ortega afirma que: “hubiese sido más acorde con la función de control y tutela de la Constitución que este Tribunal tiene encomendada el haber establecido expresamente una reserva de conocimiento y examen del contenido de las reformas constitucionales realizadas, para evitar que, presentada la reforma de una parte de la Constitución a la que formalmente correspondería el procedimiento del artículo 167 CE, materialmente se estuviese produciendo también una variación sustancial de las partes de la Constitución cuya reforma exige adoptar el procedimiento del artículo 168 CE”. Em outras Sentenças, referidas, sobretudo, a problemas relacionados com a integração territorial, o Tribunal afirma (o que supõe uma exceção no Direito Comparado) que não existe nenhum limite material à reforma da Constituição sempre que seja feita pelos procedimentos estabelecidos ao efeito na Constituição⁸, ignorando assim que a atuação do poder de reforma é, como vimos, uma operação sempre limitada.

VI. CONCLUSÕES.

⁸ *Vid.*, SSTC 259/2015, 31/2010 (Fdto. Jco. 69º), 103/2008 (Fdto. Jco 4º), 48/2003 (Fdto Jco 7º), y 11/1981 (Fdto. Jco. 11º).

1) O poder constituinte que aprova originariamente uma Constituição pertence ao povo soberano, absoluto e ilimitado no contido da sua vontade.

2) É preferível o termo “poder reformador” a outros como poder constituinte constituído ou derivado que levam a confusão.

3) O poder de reformar a Constituição é sempre um poder limitado formal e materialmente, ainda que a Constituição não estabeleça cláusulas pétreas.

4) O limite formal constitui o procedimento (mais rígido que para a aprovação das leis ordinárias) estabelecido para realizar a reforma.

5) Os limites materiais podem ser, em síntese, de três tipos: a) as cláusulas pétreas estabelecidas pela Constituição; b) limites implícitos, individualizados pela jurisprudência constitucional, consequência de uma interpretação das cláusulas pétreas e outros preceitos da Constituição; c) As matérias que, em todo Estado conformam o regime político e que são: os Direitos Fundamentais, a forma de governo, o Estado de Direito, a separação de poderes, o princípio democrático e a forma de Estado.

6) Ainda que a Constituição do Brasil tenha retirado a forma republicana de governo das cláusulas pétreas, nem por isso, poderia ser chamada de monarquia absoluta ou constitucional. Unicamente uma monarquia parlamentar. Igualmente, entendemos que seria um limite material implícito passar a um regime parlamentar/ monista.

7) O controle da reforma da Constituição é realizado normalmente pelos Tribunais com competências constitucionais dos Estados. Nas Constituições estabelecem-se diferentes tipos de controle (com mais ou menos amplitude, segundo o caso). Quando a Constituição nada diz, os Tribunais exercem de efeito essa competência.

REFERENCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição. Um atentado ao poder reformador.** Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2000.

ALAMILLO, Javier Ruiperez. ¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de reforma constitucional? (una primera aproximación al problema práctico desde las Ciencias Constitucionales) (I). **Teoría y Realidad Constitucional.** nº 34. 2014c.

ALAMILLO, Javier Ruiperez. ¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de reforma constitucional? (y II). **Teoría y Realidad Constitucional.** nº 36. 2015.

ALAMILLO, Javier Ruipérez. Prolegómenos al estudio de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea. Em MARÓN, Manuel Fondevila. **La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea.** Madrid. Reus. 2015.

ALAMILLO, Javier Ruipérez. **Reforma vs Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional.** México. Porrúa. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 22ª ed. Sao Paulo. Malheiros. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28ª edição atualizada. Sao Paulo. Malheiros. 2013.

CASTRO, David Almagro. La problemática de la reforma constitucional en Brasil: cláusulas pétreas, control jurisdiccional de enmiendas constitucionales y principio democrático. **Revista de Derecho Político.** N° 94. 2015.

CHAIB, Andre Nunes. La reforma constitucional en Brasil entre Derecho y Política. Em BASTOS, Carolina Leon, CARRERO, Juan Luis Sosa, MERAZ, Victor Alejandro Wong. **La problemática de la reforma constitucional. Análisis de los procesos de reforma en América y Europa.** Tomo I. México. Tirant lo Blanch. 2016.

ENCINAR, Juan José González. La Constitución y su reforma. **Revista Española de Derecho Constitucional.** n° 17. 1986.

GARCÍA, Pedro de Vega. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.** Madrid. Tecnos. 1985.

MARÓN, Manuel Fondevila. La reforma constitucional en España. Em BASTOS, Carolina Leon, CARRERO, Juan Luis Sosa, MERAZ, Victor Alejandro Wong. **La problemática de la reforma constitucional. Análisis de los procesos de reforma en América y Europa.** Tomo II. México. Tirant lo Blanch. 2016.

MERAZ, Victor Alejandro Wong. La reforma de la Constitución como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de Democracia y Libertad en México. Em BASTOS, Carolina Leon, CARRERO, Juan Luis Sosa, MERAZ, Victor Alejandro Wong. **La problemática de la reforma constitucional. Análisis de los procesos de reforma en América y Europa.** Tomo II. México. Tirant lo Blanch. 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva. Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas.** Belo Horizonte. Mandamentos. 2005.

PEGORARO, Lucio. Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas. **Revista Vasca de Administración Pública.** N° 86. 2010.

PEGORARO, Lucio. Revisión Constitucional. El caso italiano en el contexto de la doctrina general y del Derecho Comparado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** Numero conmemorativo sexagésimo aniversario. 2008.

RAGONE, Sabrina. El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada. **Teoría y Realidad Constitucional**. nº 31. 2013.

ROYO, Javier Pérez. **Reforma de la Constitución**. Madrid. Congreso de los Diputados. 1987.

REYES, Manuel Aragón. Reforma Constitucional. Em **Enciclopedia jurídica civitas**. Madrid. 1995.

RICCI, Sergio Díaz. **Teoría de la Reforma Constitucional**. Buenos Aires. UNAM-U. Complutense. 2004.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. 2ª ed. Atualizada. Bahia. Edição da Imprensa Oficial. 1961.

SARTORI, Giovanni. **Ingeniería Constitucional Comparada**. México. FCE. 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid. Tecnos. 1974.