



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TARCIANA ALMEIDA GALDINO ARAÚJO

O § 3º, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO NOVA
MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

CAMPINA GRANDE
2014

TARCIANA ALMEIDA GALDINO ARAÚJO

O § 3º, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO NOVA
MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Artigo apresentado à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito na Universidade Estadual da Paraíba, sob a orientação do Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão.

CAMPINA GRANDE
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A663i Araújo, Tarciana Almeida Galdino.
O § 3º, do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, como nova manifestação do poder constituinte derivado reformador [manuscrito] / Tarciana Almeida Galdino Araújo. - 2014.
28 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.
"Orientação: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público".

1. Reforma constitucional. 2. Poder Constituinte Derivado Reformador. 3. Norma sobre reforma. I. Título.

21. ed. CDD 342

TARCIANA ALMEIDA GALDINO ARAÚJO

O § 3º, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO NOVA
MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Artigo apresentado à disciplina Trabalho de
Conclusão de Curso como requisito para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
na Universidade Estadual da Paraíba, sob a
orientação do Prof. Dr. Hugo César Araújo de
Gusmão.

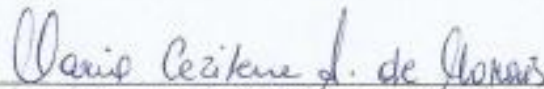
Aprovado em: 18 de 11 de 2014

Média 10,0



Nota

Prof. Dr. – Hugo César Araújo de Gusmão – UEPB
(Orientador)



Nota

Prof.ª Ma. – Maria Cezilene Araújo de Moraes – UEPB
(1ª Examinadora)



Nota

Prof. Esp. – Plínio Nunes Souza – UEPB
(2ª Examinador)

Aos meus pais, por todo o esforço na minha formação,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde, força de vontade e inspiração na elaboração deste trabalho.

A Alex, meu esposo, pelas palavras de incentivo que trazem a serenidade necessária para alcançar meus objetivos.

Ao meu pai, Tiago Galdino (*in memoriam*), pelos momentos inesquecíveis na infância.

A minha mãe, Maria Dalva de Almeida Galdino, e ao meu padrasto (ou melhor, pai afetivo), José Vanderlei Oliveira, pelo esforço na minha formação, assim como por serem o grande estímulo de todo o meu empenho.

A minha irmã, Tatiana Almeida Galdino, pelo carinho e apoio emocional incondicionais.

Aos meus professores da Universidade Estadual da Paraíba, especialmente Maria Cezilene de Araújo Morais e Plínio Nunes Souza, por terem aceitado fazer parte da Banca Examinadora deste trabalho, bem como por toda força e incentivo que me ofereceram ao longo do estudo acadêmico.

Ao professor Hugo César Araújo de Gusmão, por suas aulas incríveis, responsáveis por despertar em mim uma verdadeira admiração pelo seu trabalho e paixão pelo Direito Constitucional. Ademais, pela enorme confiança em mim depositada tanto para fazer parte de seu projeto de pesquisa correlato ao tema deste artigo, quanto pela orientação deste trabalho, sempre muito atencioso e gentil em todos os momentos que tivemos contato. Por fim, pelo grande incentivo que me oferece na vida acadêmica e profissional, assim como pelo ser humano extraordinário que representa.

“[...] Porque a través del procedimiento de reforma, la constitución formal se integra en la vida histórica de la constitución material, es por lo que, concebida de este modo, la reforma constitucional puede presentarse como aparato de mediación jurídica para dar continuidad histórica al poder constituyente, liberándolo de la momentaneidad del acto constitucional a la que, desde cualquier otra perspectiva, quedaría necesariamente reducido y condenado. Dicho con toda contundencia, lo que la reforma constitucional así entendida proporciona es la constinuidad y permanencia de la legitimidad democrática del sistema constitucional, vinculando la Constitución a la vida de los pueblos que es donde, en definitiva, se presupone que reside real e históricamente el poder constituyente” (GARCÍA, 1998, p. 49-50).

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

Exs. – Exemplos

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.....	09
3 A DICOTOMIA PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E PODER CONSTITUINTE DERIVADO	11
4 LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR.....	15
5 AVANÇOS E CONSEQUÊNCIAS DA INSERÇÃO DO § 3º AO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	18
6 UMA NORMA SOBRE REFORMA DE SEGUNDO GRAU.....	23
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
REFERÊNCIAS	26

O § 3º, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, COMO NOVA MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Tarciana Almeida Galdino Araújo¹

RESUMO

A inserção do § 3º ao art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe muitas inovações, principalmente no que tange ao processo de reforma constitucional, a qual ampliou as hipóteses de manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador. Neste sentido, o presente trabalho, materializado através de uma pesquisa bibliográfica e documental, analisará o tema sob uma perspectiva teórica, ao abordar o binômio Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado, bem como as implicações decorrentes da inclusão do citado dispositivo à Constituição e se a referida cláusula de abertura à dimensão normativa internacional é uma norma sobre reforma proveniente de outra norma sobre reforma, tema este de grande relevância nos países que adotam a supremacia e rigidez constitucionais como expressão de suas Constituições.

Palavras-Chave: Reforma constitucional. Poder Constituinte Derivado Reformador. Norma sobre reforma.

1 INTRODUÇÃO

Nos Estados cujas constituições são escritas e dotadas de rigidez constitucional, o fenômeno constituinte culmina com a elaboração de uma Constituição formal. Ao dotá-la de supremacia em face das demais leis, são criados mecanismos que dificultam sua alteração, protegendo-a da ação do legislador originário, mas que, ao mesmo tempo, possibilitam a adaptação desta às possíveis mudanças sociais.

Nessa perspectiva, a tensão entre criação e modificação do Texto constitucional é que dá origem à dicotomia entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. É, pois, nessa clássica divisão, que repousa a estabilidade normativa da Constituição.

No que tange ao processo de reforma, especificamente, a única maneira de alterar formalmente a nossa Constituição, atualmente, é por meio da Emenda Constitucional, cujos contornos estão bem definidos pelo art. 60 da Carta Política de 1988, dispositivo este que congrega uma série de limitações de caráter formal, material e circunstancial para que possa

¹Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Email: tarcianagaldinoaraujo@gmail.com

haver modificações nas normas constitucionais, limitações estas tidas como indispensáveis para garantir a supremacia da Constituição.

No entanto, com a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foi inserido o § 3º ao art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual prevê uma possibilidade de abertura a uma nova manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador, o que ampliou as hipóteses de alteração formal do Texto Magno.

Desta forma, através de uma pesquisa bibliográfica e documental, o presente trabalho analisará as implicações operadas pelo acréscimo do referido dispositivo à Constituição Federal, no que concerne ao seu procedimento de reforma, bem como à natureza jurídica dele, ao se investigar se tal cláusula é uma norma sobre reforma oriunda de outra norma sobre reforma. Nesse contexto, será preliminarmente estudada a evolução histórica da Teoria do Poder Constituinte, para que se possam identificar a natureza e os limites do Poder Constituinte Derivado Reformador no sistema constitucional vigente.

2 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

A conceituação de poder, segundo Baracho (1981), constitui tema central para a Teoria do Estado, a Ciência Política ou o Direito Constitucional, sendo, também, essencial para o Direito, desde que sua própria determinação e modos de exercício possam afetar a ordem jurídica em geral. Contudo, explica o autor que a interpretação do citado vocábulo, assim como seu significado e alcance, podem gerar ambiguidades que só serão afastadas através de uma noção que permita destacar sua acepção pura, desbastada de deformações ou extensões.

Neste sentido, Baracho (1981) apresenta três formas principais de poder: poder imediato, poder individualizado e poder institucionalizado. O primeiro é aquele que é imposto a todos os homens de um grupo, sem distinção de quem o exerce. Logo, a submissão é espontânea, sem expressão, nem sanção, mas com a reprovação do grupo, tendo como exemplos os usos e costumes. O segundo poder, por sua vez, surge quando aparecem os contatos mais frequentes com outros grupos. Como a riqueza é um elemento de poder, a individualização dele se liga à evolução da propriedade. Ocorrem, de igual modo, a especialização e apropriação privada das funções econômica, militar e religiosa, sendo que todas essas circunstâncias levam à individualização progressiva do poder social. Finalmente, o poder institucionalizado, no qual se deterão as análises doravante empreendidas, consiste em

transferir o poder social do indivíduo ou dos indivíduos a uma pessoa moral, que tem sua origem no próprio grupo.

Oportuno dizer que o estudo das características do poder, através dos elementos que possam defini-lo, é importante para a conceituação do poder constituinte, na medida em que vai configurar as formas de seu exercício, as quais importam, conseqüentemente, na justificação e nos limites que lhe são inerentes. Com efeito, na contemporaneidade existe uma pluralidade de poderes constituídos e, concomitantemente, outro poder que é uno e indivisível, o qual consiste no poder de criar a Constituição, de fixar uma nova ordem jurídica, de modificá-la, de transformá-la ou até mesmo de substituí-la por outra, de modo a traçar-se todo um sistema jurídico que dá estrutura constitucional ao Estado.

É importante lembrar, como o faz Bonavides (2000), que não se deve confundir poder constituinte com sua teoria, pois aquele sempre existiu em toda sociedade politizada. A teorização do poder constituinte para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir a partir do século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade. Nas palavras do autor:

Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII. (BONAVIDES, 2000, p. 121).

De fato, desde a Antiguidade, havia uma distinção entre leis concernentes à organização do governo e as demais leis, isto é, as leis constitucionais e as leis ordinárias, mas não havia a ideia de que a organização existente havia sido estabelecida por um poder estatal, criador dos demais poderes e não criado por qualquer deles. Tal distinção somente foi valorizada no século XVIII, quando a constituição escrita surge como possibilidade de dar ao Estado uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. (FERREIRA FILHO, 1999, 2008).

Para Otto (2001), a Teoria do Poder Constituinte possui uma dupla função: em primeiro lugar, deixa claro que os poderes que a Constituição regula estão subordinados a ela, são constituídos por ela, por isso a existência do princípio da supremacia da Constituição. Em segundo lugar, a referida teoria é uma explicação acerca da origem da Carta Magna, não da sua origem fática, mas de seu fundamento no que se refere à validade normativa.

Apesar de atribuir a titularidade do poder constituinte a nação – ideia esta obsoleta, uma vez que “hoje, no final do século XX, a opinião esmagadora predominante é de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto o Poder constituinte é do povo (FERREIRA FILHO, 1999) – , Sieyès (1986), em sua obra “A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?” (Qu’ est-ce que le tiers État?), teve o êxito de apresentar, pela primeira vez, uma formulação teórica completa do poder constituinte, diferenciando este dos poderes constituídos. É o que se deflui da seguinte passagem:

[...] as *leis constitucionais* [...] se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a **Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte**. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. (SIEYÈS, 1986, p. 117, grifo nosso).

Posto isto, depreende-se que “qualquer comunidade política supõe uma ordenação fundamental que a constitui e lhe dá sentido, garantindo sua sobrevivência, além de indicar os titulares dos órgãos do poder, assegurando-lhes melhor vinculação” (DINIZ, 1998, p. 16). Em outras palavras, o Estado necessita de uma Constituição, fruto do Poder Constituinte Originário, que estabeleça os poderes constituídos, também denominados de Poder Constituinte Derivado, como forma de garantir sua supremacia em face das demais leis e de seus destinatários, a saber, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

3 A DICOTOMIA PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Cumprido observar, preliminarmente, que não se pode falar em poder constituinte num regime antidemocrático, pois a “a noção de poder constituinte está relacionada à de democracia”(NEGRI, 2002, p. 07) e a titularidade do mesmo pertence, portanto, ao povo. Aliás, não existe uma tautologia no *caput* do art. 1º, da Carta Magna de 1988, quando prescreve que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, isto porque, embora Estado de Direito e Democracia sejam categorias que tenham caminhado quase sempre juntas no mundo ocidental, elas são distintas. Por conseguinte,

[...] nem todo Estado de Direito é obrigatoriamente uma democracia, pelo menos não o foi historicamente. E nem toda democracia é obrigatoriamente um Estado de

Direito (basta ver o caso da democracia grega clássica). (CONCEIÇÃO, 2007, p. 169).

Nessa perspectiva, a democracia, na lição de Silva (2002), não é mero conceito político e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que ele vai conquistando no decorrer da história. Logo, é por meio do regime democrático que o povo retoma seu direito fundamental de manifestar-se sobre o modo de existência política da nação, pelo exercício do poder constituinte originário e de uma assembleia constituinte. Por seu turno, García (1998) é categórico em afirmar que na atmosfera ideológica e política do Estado social, não passariam de extravagâncias anacrônicas por em dúvida o princípio democrático como único critério inspirador do poder constituinte, ou negar a distinção entre poder constituinte e poder constituído como ponto de partida inexorável para poder falar, com uma mínima coerência lógica, da Constituição como norma suprema.

Apesar das discussões que envolvem a temática do poder constituinte, pode-se afirmar que ele se bifurca em duas categorias antagônicas, mas complementares, a saber: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. O primeiro é o poder de fato, pré-jurídico, capaz de organizar politicamente o Estado, constituindo-o, fundando-o, atuando tanto no surgimento de uma primeira constituição quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior. É, pois, caracterizado por ser inicial, essencialmente político, extrajurídico, autônomo, incondicionado, também chamado pela doutrina de Poder Constituinte de Primeiro Grau.

Outra característica importante do referido poder está no fato de ser ilimitado, pelo menos juridicamente, visto que apresenta, na lição de Bulos (2009), limitações metajurídicas de cunho ideológico, institucional e substancial. Os limites ideológicos, segundo o mesmo autor, exteriorizam-se por meio das crenças, da experiência dos valores, da influência dos grupos de pressão, das exigências do bem comum, da opinião pública e constituem a tradução das principais ideias e pensamentos que devem nortear o exercício do Poder Constituinte Originário. Já os limites institucionais “fornecem ao poder constituinte ideias [sic] reguladoras de situações sociais, como a família, a propriedade, a educação etc., sempre buscando os fins supremos, responsáveis pelo bem-estar dos membros da comunidade” (BULOS, 2009, p. 312). Por fim, os limites substanciais condicionam a matéria a ser incluída nas constituições pelo poder fundacional do Estado, e podem ser de três tipos: a) *transcendentes*, porquanto provêm de imperativos superiores vinculados a uma determinada consciência coletiva, objetivando impedir a decretação de normas constitucionais que

estabeleçam o arbítrio em detrimento dos direitos fundamentais, intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana; b) *imanes*, os quais provêm do poder constituinte material, conforme a ideia de direito, presente na sociedade num dado momento histórico, capaz de designar o teor dos assuntos que devem consubstanciar a identidade do Estado; c) *heterônomos*, pois condicionam o exercício do poder constituinte às normas de Direito Internacional, derivadas dos pactos, das responsabilidades e dos deveres assumidos entre Estados ou destes com a comunidade internacional em seu conjunto. (BULOS, 2009).

O Poder Constituinte Originário se situa, assim, como um fenômeno que se produz em uma fase preestatal e que expressa o surgimento do poder político em sua forma mais primitiva e desencarnada, ou seja, na forma não regulamentada pelo direito, não submetida a normas jurídicas, de maneira a impulsionar o surgimento de um Estado através de um ato pré-jurídico (NADALES, 1981)². Entretanto, é importante destacar que uma nova ordem constitucional, para assim ser chamada, não pode consistir na alteração consentida das normas constitucionais vigentes da ordem jurídica até então em vigor. Em consequência, na medida em que sejam respeitadas as referidas normas, se dará a sobrevivência da velha ordem constitucional, ainda que modificada, e não a instauração de uma nova ordem. (PACE, 1997).

Enquanto o supramencionado poder se exurge na crista das Revoluções e Golpes de Estado, exercitando-se quase sempre sobre as ruínas de uma ordem jurídica esmagada, o Poder Constituinte Derivado, contudo, se manifesta em ocasiões de relativa normalidade e paz, sempre abraçado aos preceitos jurídicos vigentes (BONAVIDES, 2000). Este último deriva da necessidade que a Constituição escrita tem de se perpetuar no tempo e no espaço, sem ignorar a necessidade de assimilar mudanças que ampliem e fortaleçam a vontade constituinte que a gerou.

Assim, o Poder Constituinte Derivado é um poder de direito, um fato jurídico, responsável pela reforma ou modificação formal da Constituição, o qual obedece a certos limites impostos pela ordem jurídica constitucional vigente. Por essa razão, é subordinado, limitado juridicamente, condicionado quanto à forma, também chamado pela doutrina de Poder Constituinte de Segundo Grau. Além disso, na doutrina e na jurisprudência, pode-se encontrar uma subdivisão deste em: Decorrente; Revisor e Reformador.

O Poder Constituinte Derivado Decorrente ou Institucionalizador dos Estados, é aquele responsável pela criação e reforma das Constituições dos Estados-membros (nos

² Ao elaborar uma Constituição, o Poder Constituinte originário “[...] não só estrutura e organiza o Estado, como também o limita expressamente, inserindo-o como agente na dinâmica social, passível de exercer o Direito a seu favor, assim como obrigado a respeitar a ordem jurídica por ele instituída”. (GUSMÃO, 2005, p. 12).

Estados federativos), e tem como fundamento o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da CRFB/88. As normas editadas pela Assembleia Legislativa de cada Estado-membro da federação devem ser compatíveis com a Constituição Federal, no que tange aos seus princípios extensíveis (arts. 1º ao 5º), sensíveis (art. 34, VII) e estabelecidos ou organizatórios (exs.: arts. 21 e seguintes), sob pena de se tornarem inconstitucionais.

O Poder Constituinte Derivado Revisor, por sua vez, teve como fundamento o art. 3º do ADCT, o qual determinou que a revisão constitucional fosse realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, num procedimento simplificado quando comparado ao *quorum* para aprovação das propostas de Emendas Constitucionais. A referida revisão culminou na elaboração de seis Emendas Constitucionais de Revisão, “[...] não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado revisor em razão da *eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada* da aludida regra” (LENZA, 2013, p. 210, grifo do autor).

Finalmente, o Poder Constituinte Derivado Reformador se manifesta através das Emendas Constitucionais, cujos contornos estão bem delineados no bojo do art. 60, da CRFB/88, dispositivo este que prevê uma série de limitações de caráter formal, material e circunstancial, conforme se verá, com mais detalhes, a seguir.

Não se pode olvidar da existência, outrossim, de outras duas manifestações do Poder Constituinte, a saber: Poder Constituinte Difuso e Poder Constituinte Supranacional. A primeira, mais conhecida como Mutação Constitucional, embasa um processo de alteração informal da Constituição, isto é, sem modificação de texto, a partir de novas interpretações advindas, sobretudo, da jurisprudência dos tribunais. A segunda,

[...] é o poder de instituir, mediante tratados ou convenções internacionais, uma Constituição de âmbito supranacional, assim entendida como a norma fundamental de regência da ordem jurídica de vários países, a partir do conceito de cidadania universal. (BARRETO, 2013, p. 124).

Com efeito:

Na comunidade globalizada, a existência de ideais e valores compartilhados por diversos Estados pode ensejar o advento de um texto constitucional que consolide essas aspirações comuns, refletindo um importante mecanismo de formação de blocos regionais de integração. Esse era o projeto da constituição da União Europeia, cuja proposta final se deu por meio de tratado publicado em 2003, mas que não fora acolhida por não ter sido ratificada por todos os países integrantes do bloco internacional. (BARRETO, 2013, p. 124).

Sobre o processo de integração europeu, aduz Gusmão (2010) que há certos obstáculos à manifestação de um poder constituinte originário, devido, por exemplo, à falta de um povo europeu e a deficitária representação política num âmbito supranacional, importando-nos o reconhecimento da existência de um “poder constituinte derivado comunitário”. Ou seja, o reconhecimento de que, na esfera comunitária, emergem normas jurídicas que, ao incidir sobre a Constituição, provocam sua alteração. Este poder teria como fundamento a Constituição estatal, mas através dele se abriria um espaço, nesta, para acomodar a reforma oriunda de normas supranacionais, com outro fundamento de validade.

Destarte, embora haja todas essas expressões do poder constituinte, pode-se afirmar, nas lições de Martín (2003), que o poder constituinte originário e o poder de reforma é o mesmo poder que atua em momentos diferentes. No entanto, a análise será, agora, centrada no estudo do Poder Constituinte Derivado Reformador, particularmente na identificação de seus limites impostos pela ordem constitucional vigente.

4 LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

A pretensão à imutabilidade do Texto Constitucional já foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam que a lei fosse como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações, ao ponto de se cogitar a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição (BONAVIDES, 2000). No entanto, esse pensamento não logrou êxito e hoje sabe-se que a reforma constitucional é fundamental nas Constituições escritas e rígidas (nas quais o procedimento de alteração é mais específico e solene do que aquele utilizado para a modificação das demais normas do ordenamento jurídico), porquanto funciona como um filtro depurador da mudança histórica e, às vezes, como válvula de segurança de todo o sistema, de forma a garantir a harmonia das normas constitucionais com a realidade social cambiante e com os valores nela arraigados, sob pena de se petrificarem e estarem fadadas ao fracasso.

Nesse diapasão, Bulos (1997) aponta duas exigências aparentemente contraditórias, mas perfeitamente conciliáveis e imprescindíveis à vida constitucional dos Estados: a estabilidade e a mudança. Exatamente por ser a Constituição a lei fundamental, que estabelece e delinea a organização política e jurídica do Estado, nela se presume encontrar certa estabilidade, de modo que é absurda a aceitação de uma ordem constitucional instável, precária, insegura, comprometedora das instituições, dos direitos e das garantias individuais e

coletivas. Entretanto, assevera o mesmo autor que tal característica não pode significar imodificabilidade, algo impossível diante das transformações do fato social. Em suma, “seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, em constante evolução, com exigências, necessidades e situações sempre novas”. (BULOS, 1997, p. 2).

Vimos, anteriormente, que não sendo mais possível haver uma nova manifestação do poder constituinte derivado revisor no nosso ordenamento jurídico, a única maneira de alterar, formalmente, a Constituição Federal de 1988 é através das Emendas Constitucionais, expressão máxima do Poder Constituinte Derivado Reformador. Todavia, as eventuais alterações perpetradas em face da Constituição devem obedecer a certos limites formais, circunstanciais e materiais previstos no seu próprio texto, afim de preservar a supremacia ou superioridade jurídica das suas normas em relação às outras espécies normativas.

No tocante às limitações de cunho formal ou procedimental, os incisos I, II e III, do art. 60, da CRFB/88, estabelecem um rol taxativo de legitimados à apresentação de Proposta de Emenda Constitucional, são eles: a) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) o Presidente da República; c) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, as quais devem manifestar-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Logo, não há iniciativa popular para apresentação de PEC, pois o povo, neste caso, atua por intermédio de seus representantes, na forma do dispositivo constitucional em análise.

Ademais, a PEC será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º, da CRFB/88). A Emenda à Constituição será, ainda, promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (art. 60, § 3º, da CRFB/88), e a matéria constante de PEC rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º, da CRFB/88).

As limitações de caráter circunstancial, por seu lado, são vedações que impedem a reforma da constituição em momentos de instabilidade institucional, isto é, em circunstâncias anormais ou excepcionais não favoráveis à alteração formal daquela. Por conseguinte, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 60, § 1º, proíbe que ela seja emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Convém ressaltar que elas não se confundem com as chamadas limitações temporais, pois elas estabelecem a reforma de seus dispositivos por um prazo determinado, como ocorreu com a Constituição imperial de

1824, única Constituição brasileira a proibir, em seu art. 174, qualquer reforma no prazo de quatro anos após a outorga do texto.

As limitações de caráter material consistem, por sua vez, “[...] em proibições de emenda sobre certos conteúdos que envolvam questões de fundo e nunca formais” (CANTARELLI, 1986, p. 93), mediante a imposição de cláusulas pétreas, as quais

[...] só poderão ser retiradas da Constituição se houver uma nova Assembleia Nacional Constituinte, que, como se sabe, não encontra limites, salvo a vedação do retrocesso previsto em tratados internacionais sobre direitos humanos. (OLIVEIRA, 2013, p. 29).

No Texto Constitucional de 1988, os núcleos constitucionais intangíveis estão previstos no âmbito do art. 60, § 4º, incisos I a IV, ao estabelecerem que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e, os direitos e garantias individuais.

Conforme assevera Barroso (2009), consoante os limites materiais expressem a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por essa razão, a presença de cláusulas de intangibilidade no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos.

Desta forma, o autor apresenta quatro categorias de normas que a doutrina, classicamente, situa fora do alcance do poder de reforma, independentemente de previsão expressa, são as relativas: 1) aos direitos fundamentais, embora nossa Constituição já os tenha protegido mediante disposição expressa (art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88); 2) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, inderrogável; 3) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar a sua competência nem, menos ainda, delegá-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos, a exemplo da Lei alemã de 1933, concessiva de plenos poderes a Hitler, através de seu art. 2º, o qual determinava que as leis do *Reich* decretadas pelo governo poderiam revogar as prescrições da própria Constituição; 4) ao procedimento disciplinador do poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo poder constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.

Sobre esta última limitação material implícita, Otto (2001) esclarece que tal impossibilidade é resultante da aplicação do princípio geral, segundo o qual uma norma não

pode ser aplicada a si mesma, porquanto se uma norma é reformável é porque outra logicamente distinta dela estabelece e regula essa possibilidade. Apesar disso, há quem defenda a tese da “dupla revisão”, sob o argumento de que as matérias protegidas por cláusulas pétreas somente poderão ser abolidas por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, e a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto visado (FERREIRA FILHO, 1999). Em todo caso, não se revela razoável com a teoria do poder constituinte, nem com os princípios democráticos consagrados pelo legislador originário, a supressão das cláusulas de imodificabilidade, as quais visam a proteger unicamente as alterações contrárias à substância da Constituição. Como bem denotam Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 294):

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto constituinte originário garantidos por ela.

Em síntese, a ação do Poder Constituinte Derivado Reformador é vital como mecanismo para perpetuar a ação do Poder Constituinte Originário sobre a Carta Política, não mais através de golpes de estado ou revoluções, mas por meio da abertura desta as possíveis mudanças sociais. A Constituição escrita manifesta estabilidade, segurança jurídica, de modo que, para preservar-lhe a força normativa, é necessário, na lição de Hesse (1992), evitar o máximo possível modificá-la, e os limites à reforma constitucional servem justamente como baliza desse processo, ao preservar a essência da Constituição.

5 AVANÇOS E CONSEQUÊNCIAS DA INSERÇÃO DO § 3º AO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Em linhas gerais, a promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi um marco relevante para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país. Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada nova ordem estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo se desenvolveu simultaneamente a cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam

vários novos direitos e garantias àqueles constantes do ordenamento jurídico interno. (MAZZUOLI, 2011).

Nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 provocou grandes e importantes alterações no sistema constitucional brasileiro. Porém, uma das mais importantes foi a inclusão do § 3º ao art. 5º, da CRFB/88, com a seguinte redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sua introdução atende a uma antiga reivindicação doutrinária no sentido de responder à polêmica concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos internalizados pela legislação brasileira, por ocasião do disposto no art. 5º, § 2º, que assim preceitua: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Depreende-se do texto normativo que o Constituinte teve a intenção de afirmar o caráter exemplificativo e não exaustivo dos direitos e garantias expressos na Constituição, de modo que a simples existência do § 2º torna os tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, materialmente constitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, rejeitou durante muito tempo, e de forma veemente, esse *status* atribuído às normas oriundas de tais pactos, ao demonstrar sempre um conservadorismo acerca da matéria.

Como regra, as convenções internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no direito brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, em nível de lei ordinária, nos termos do art. 102, III, *b*, da CRFB/88, segundo o qual compete ao STF a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

No caso desses tratados, um eventual conflito entre ambas as legislações deverá ser resolvido pela aplicação do critério cronológico ou do critério da especialidade, embora haja autores, como Piovesan (2010), que defendem a hierarquia supralegal deles, tendo em vista o princípio da boa-fé, vigente no direito internacional (*o pacta sunt servanda*), com reflexo no art. 27 da Convenção de Viena, por meio do qual não cabe ao Estado invocar disposições de

seu Direito interno como justificativa para o descumprimento do tratado. Neste sentido, preleciona a autora:

[...] uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo portanto aplicável o princípio “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”. Essa concepção não apenas compromete o princípio da boa-fé, mas constitui afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. (PIOVESAN, 2010, p. 60).

Relativamente à problemática dos tratados de direitos humanos, o legislador, através do Poder Constituinte Derivado Reformador, incluiu o aludido § 3º com o intuito de, apenas, formalizar a natureza constitucional através de um processo tão dificultoso quanto o utilizado para a reforma da nossa Constituição. Ocorre que a inclusão do referido dispositivo constitucional solucionou somente a questão dos tratados que passaram pelo trâmite lá previsto. Quanto aos demais, a polêmica permaneceu até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, de 3 de dezembro de 2008, em que o Min. Gilmar Mendes, seguido pela quase unanimidade dos ministros, a exceção do Min. Celso de Mello, sustentou a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Antes disso, ainda em 1947 e 1951, com as apelações cíveis nº 7.782 e 9.587, respectivamente, prevalecia a tese de que os tratados internacionais, que ingressavam na ordem jurídica nacional, possuíam prevalência em relação ao direito interno. Inclusive o Min. Relator desta última decisão, Lafayette de Andrada, asseverou que a norma internacional tem sua própria forma de revogação, a denúncia, de modo que só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional.

Desde 1977, na lição de Piovesan ([2008?], p. 7), o Supremo Tribunal Federal acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do RE nº 80.004, do mesmo ano, a Corte fixou o entendimento de que

[...] os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por conseqüência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

Posteriormente, em 1995, no julgamento do Habeas Corpus nº 72.131, o STF, em votação não unânime, sustentou a tese da paridade normativa entre o tratado internacional e a lei, ocasião em que foi discutida, pela primeira vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O Min. Marco Aurélio, assim como o Min.

Francisco Rezek, defenderam a tese de que as convenções internacionais, uma vez ratificadas e aprovadas, passariam a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da lei ordinária. Assim, o Decreto nº 678, de 6 de dezembro de 1992, por meio do qual o Brasil promulgou a referida Convenção, implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/1969, que admitia a prisão civil na hipótese de alienação fiduciária.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 206.482, em 27 de dezembro de 1998, os ministros voltaram a conferir hierarquia legal aos tratados internacionais ratificados e aprovados pelo Brasil. Aliás, o Min. Maurício Corrêa (Relator) foi categórico ao afirmar que:

[...] os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte não minimizam o conceito de soberania do Estado na elaboração da sua Constituição. Por esta razão, o art. 7, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5, LXVII da Carta Federal. (BRASIL, 1998, p. 669).

Em 2000, sucedeu o julgamento do Recurso ordinário em habeas corpus nº 79.785-7, no qual ficou estruturada a tese de que os tratados internacionais, que fazem parte do ordenamento jurídico nacional, mesmo os que abordam direitos humanos, não podem se sobrepor à superioridade normativa da Constituição Federal. A tese da legalidade ordinária dos tratados foi, então, reafirmada em diversos outros julgados, a exemplo dos seguintes: RE nº 206.482-3; HC nº 81.319-4; HC nº 77.053-1; HC nº 79.870-5; RE nº 282.644-8, mantendo-se firme durante vários anos. A Corte finalmente mudou de posicionamento em 2008, no julgamento histórico do RE nº 466.343, como visto anteriormente, em que a quase totalidade dos ministros sustentou a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Em termos práticos, a supralegalidade quer dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004, e que não foram aprovados de acordo com o *quorum* estabelecido pelo §3º, do art. 5º, da CRFB/88, estão acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da Constituição. O Supremo manteve, portanto, a supremacia das normas constitucionais em relação aos atos e tratados internacionais devidamente incorporados no ordenamento jurídico nacional, regra esta também observada “[...] no direito comparado, mesmo em algumas constituições que adotaram novas regras objetivando a maior efetividade dos direitos fundamentais”. (MORAES, 2011, p. 361).

Isto posto, cumpre assinalar, entretanto, que o STF procurou inovar de uma forma conservadora, ao criar um novo *status* para as normas oriundas de tratados de direitos humanos incorporados pelo direito brasileiro, na forma do referido § 2º, ao contradizer boa parte da doutrina defensora da hierarquia constitucional de tais normas independentemente de

passarem por esse processo dificultoso, idêntico ao da aprovação das Emendas Constitucionais. Por conseguinte, não obstante o entendimento adotado pela Corte, Piovesan (2010) e Mazzuoli (2001) apregoam que, com o advento do § 3º, do art. 5º, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais, por força do § 2º, do referido mandamento constitucional; e b) os material e formalmente constitucionais, na forma do aludido § 3º. Com relação a estes últimos, Varella (2009) explica que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo mesmo procedimento utilizado para aprovação da emenda constitucional, prevalecem sobre outras normas internas, mesmo posteriores, e somente poderão ser modificados por outras emendas constitucionais ou outros tratados da mesma natureza, desde que ratificados de acordo com o mesmo procedimento.

Em última análise, Gusmão (2005) aponta que o § 3º, do art. 5º, da Carta Política de 1988, caberia como uma luva no art. 60, porque altera o procedimento de reforma da Constituição, acrescentando uma nova possibilidade, criando-se dois problemas: o primeiro, de caráter político, o segundo, doutrinário. O problema de caráter político se relaciona com o tema do déficit democrático muito presente no processo de integração europeu. O procedimento de elaboração de um tratado está sujeito a uma coordenação que efetivamente foge ao controle da população, pois o tratado não decorre unicamente do liame povo-Presidente da República.

O segundo problema, de caráter doutrinário, refere-se à permissão, através de uma Emenda constitucional, de se inserir tratados internacionais relativos a direitos humanos no mesmo nível hierárquico de normas constitucionais, ao concluir a formalização de uma abertura proporcionada pelo art. 5º, § 2º, com vistas a institucionalizar o que parece ser uma verdadeira competência reformadora advinda de fora.

A despeito de seu caráter inovador, a introdução do mencionado dispositivo teve graves consequências quanto à integridade do vínculo entre a normatividade da Magna Carta de 1988 e seu mecanismo de reforma constitucional, uma vez que a previsão contida no art. 5º, § 3º, embora avançada, veio desacompanhada de quaisquer cláusulas de controle aptas a estabelecer um filtro normativo – que não o político – para a inserção de tais normas no plano interno, além de concentrar, exclusivamente nos Poderes Executivo e Legislativo, as prerrogativas de controle de constitucionalidade de uma norma para cuja elaboração contribuíram vontades políticas estrangeiras.

Logo, face à impropriedade do atual mecanismo de internacionalização de tratados pelo sistema brasileiro e tendo-se em vista o direito comparado, faz-se necessária a

implementação de um controle jurisdicional prévio de constitucionalidade anterior à ratificação dos tratados sobre direitos humanos, que posteriormente possam ser submetidos ao procedimento estabelecido pelo citado § 3º. (GUSMÃO et al, 2012).

6 UMA NORMA SOBRE REFORMA DE SEGUNDO GRAU

Em primeiro plano, convém salientar, como o faz Zagrebelsky (1992), que o conceito de soberania, externalizado no século XX e precedentes, como força material dedicada a construir e garantir sua supremacia e unidade na esfera política, já apresentava evidentes indícios de um conceito fechado e pouco propenso à integração no plano externo, de modo que, frente ao Estado, não podiam existir mais que relações de sujeição, fato que consiste numa fortaleza fechada.

O advento da globalização provocou mudanças não apenas no âmbito econômico, como também foi responsável por um rompimento de certas premissas de organização dos Estados, com a conseqüente relativização da soberania, o que fez surgir a noção de Estado Constitucional Cooperativo, proposta por Häberle (2001), segundo a qual os Estados não existem mais isoladamente, pois fazem parte de um modelo de cooperação econômica, social e humanitária, capaz de permitir, ao mesmo tempo, o intercâmbio internacional e a preservação de características nacionais.

A cláusula de abertura à dimensão normativa internacional instituída pelo art. 5º, § 3º, da CRFB/88, alicerça o desejo do Brasil de intensificar um processo de integração com outros países da América Latina, a semelhança do que acontece na União Europeia, por força do disposto no art. 4º, parágrafo único, do mesmo diploma constitucional, o qual prescreve que: “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

As cláusulas de abertura, em sentido amplo, são aquelas disposições constitucionais que, como consequência de uma textura aberta, precisam de uma integração valorativa e/ou definidora, respondendo ao arranjo, nem sempre de modo temporário, da rigidez que a Constituição demanda e de uma dinâmica social que, sem prejuízo da tradição, evolui à medida que se produzem avanços científicos e se aprofundam os efeitos econômicos e sociais derivados da globalização. Em sentido mais restrito, são normas que pretendem servir como fundamento constitucional, mais ou menos explícito, de modulações ao exercício de poderes, funções e competências formalmente atribuídos aos órgãos constitucionais e instituições, da

imediate ascensão de jurisdições e normas internacionais de justiça e tutela de direitos fundamentais. (CASTILLO, [2007?]).

Essas disposições constitucionais de textura aberta também podem ser visualizadas em outras Constituições, a exemplo do art. 93 da Constituição espanhola, dos arts. 7.5, 7,6, 8º da Constituição Portuguesa, dos arts. 23 e 25 da Constituição alemã, dos arts. 54, 88, 88-1, 88-2 da Constituição francesa, dos arts. 29.4.3- 29.4.6 da Constituição da Irlanda e art. 75.24 da Constituição argentina. No entanto, a abertura proporcionada pelo art. 4º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, e institucionalizada pelo § 3º, do art. 5º, teve o êxito de consagrar a intenção do país de participar de blocos regionais, sem ao menos vivenciar um contexto de integração tão intenso quanto aquele observado na União Europeia.

Assinale-se, ainda, que o supramencionado § 3º inova na ordem jurídica ao representar uma nova possibilidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador, ampliando as hipóteses de reforma da Constituição. Neste passo, Jellinek (1991) faz uma distinção entre reforma e mutação constitucionais, entendendo ser a primeira a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas, ao passo que a segunda é entendida como a modificação que não altera o texto formalmente produzida por fatos nem sempre acompanhados de intenção ou consciência da modificação.

Desse modo, impende ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 só admite alterações formais em seu texto mediante Emendas Constitucionais, sendo que uma delas, a EC nº 45/2004, foi vanguardista em inserir uma nova possibilidade de reforma constitucional, sinalizada pelo § 3º, do art. 5º, da CRFB/88. Por tudo isso, pode-se dizer que a referida cláusula é uma norma sobre reforma oriunda de outra norma sobre reforma ou, mais precisamente, uma norma sobre reforma de segundo grau.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O impacto da abertura constitucional à dimensão internacional, oriunda da inserção do § 3º ao art. 5º, da Constituição brasileira de 1988, vem sendo exaustivamente estudado desde o seu surgimento, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Por conseguinte, a maior parte das análises tem dedicado atenção, como seria lógico esperar, à maneira como se concebe a internalização de tratados e convênios internacionais que versam sobre direitos humanos e o consequente *status* jurídico que eles receberão no ordenamento brasileiro, uma vez incorporados de acordo com o procedimento previsto pelo referido mandamento constitucional.

No entanto, é importante ressaltar que o acréscimo proporcionado pela supracitada emenda afeta menos o alcance dos direitos fundamentais do que o procedimento de reforma da Constituição, já que traz uma nova possibilidade de alteração formal dela, fato que representa, assim, uma outra hipótese de manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador não implementada pela ação do Poder Constituinte Originário.

No geral, a reforma constitucional se configura como mecanismo imprescindível para garantir a harmonia das normas constitucionais com a realidade social cambiante e com os valores nela arraigados, ao unir a Constituição formal à Constituição material, ao passo que realça a segurança e a superioridade jurídicas de tais normas. Logo, para que esse objetivo seja concretizado, sem que haja a violação da essência do projeto resultante da ação do Poder Constituinte Originário, limites são impostos, sejam eles formais, materiais ou circunstanciais, a exemplo daqueles previstos no art. 60, da CRFB/88, como forma de balizar a manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Do exposto, pode-se concluir que a inclusão do § 3º ao art. 5º, pela EC nº 45/2004, revela a natureza jurídica desta cláusula de abertura à dimensão normativa internacional como norma sobre reforma oriunda de outra norma sobre reforma, isto é, uma norma sobre reforma de segundo grau, o que demonstra a importância da presente problemática na averiguação das implicações que a citada norma promove ao processo de reforma da Carta Política de 1988, tema esse de grande relevância para países como o Brasil, que adotam uma Constituição escrita e rígida, alicerce do princípio da supremacia constitucional.

ABSTRACT

The insertion of § 3º to the art. 5º, the Brazilian Constitution of 1988, by Constitutional Amendment No. 45/2004, brought many innovations, especially in regard to the constitutional reform process, increasing the chances of manifestation of Constituent Power Derivatives Reform. Therefore, this study, through a documentary and bibliographical research, will examine the issue from a theoretical perspective, addressing the binomial Constituent Power and Constitutional Power Derived Originating as well as the implications caused by the inclusion of that device to the Constitution and whether such openness to international normative dimension clause is standard on retirement from another norm on reform, a topic of great relevance in countries that adopt the supremacy and constitutional rigidity as an expression of their constitutions.

Keywords: Constitutional Reform. Derived Constituent Power Reform. Standard on reform.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 52, 1981, p. 7-58.
- BARRETO, Alex Muniz. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: CI Edijur – Leme, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Rev, atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 7.782**. Relator: Min. Orosimbo Nonato. Piauí, 16 de setembro de 1947. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 9.587**. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Distrito Federal, 21 de agosto de 1951. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131-1**. Relator: Min. Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 1995. D.J. 01.08.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1**. Relator: Min. Cezar Peluso. São Paulo, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 206.482-3**. Relator: Min. Maurício Corrêa. São Paulo, 27 de maio de 1998. D.J. 05.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7**. Relator: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro, 29 de março de 2000. D.J. 22.11.2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- BULOS, Uadi Lâmmego. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANTARELLI, João Lustosa. O poder de reforma constitucional. São Paulo: **Justitia**, 48 (134):85-101, abr./jun. 1986.
- CASTILLO, Antônio López. **La incorporación de la cláusula europea a la constitución nacional**. In: La unión europea en perspectiva constitucional. Ana M. Carmona Contreras (Editora). Thomson Aranzadi, [2007?]. (Colección Manuales Aranzadi).
- CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direito constitucional**. Campina Grande: Eduepb, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. **Revista de Estudios Políticos**, 100. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. et al. A difícil construção de uma cláusula de abertura normativamente equilibrada na constituição de 1988: dos problemas advindos da hierarquia de tratados internacionais que atendam às exigências formais de seu art. 5º, § 3º e de sua possível solução. **Prima Facie**, João Pessoa, V. 11, n. 21, Ano 11, Jul-Dez, 2012, p. 183-200.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Direito moderno: uma crítica histórico-política**. Campina Grande: EDUEP, 2005.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 06. Jul./dez., 2005. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional: o caso europeu. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 15, nº 01, 2010, p. 129-142. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª edição. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 17ª ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

MAZZUOLI, Valério. O. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADALES, Antonio Porras. Notas sobre la teoria del poder constituyente y la experiencia española. **Revista Estudios Políticos** (Nueva Época), nº 24, nov./dec., 1981.

NEGRI, Antônio. **O Poder Constituinte**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática constitucional**. Coordenação de Marco Antônio Araújo Júnior e Darlan Barroso. 5 ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, (Coleção prática forense; v. 1).

OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional**. Barcelona: Ariel, 2001.

PACE, Alessandro. La instauracion de una nueva constitucion: perfiles de teoría constitucional. **Revista Estudios Políticos**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, julio/setembro, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. [2008?]. Disponível em: <<http://iedc.org.br/REID/?CONT=00000034>> Acesso em: 08 set. 2008.

SILVA, José Afonso. **Poder Constituinte e Poder Popular**: Estudos sobre a Constituição. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o terceiro estado? Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

VADE Mecum, constitucional e humanos. Flávia Bahia Martins. 2ª ed. rev. e atual. Recife: Armador, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.