



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A QUEM PERTENCE A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O QUE É MATÉRIA
CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tiago do Valle Janke

Rio de Janeiro
2019

TIAGO DO VALLE JANKE

A QUEM PERTENCE A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O QUE É MATÉRIA
CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A QUEM PERTENCE A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O QUE É MATÉRIA CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tiago do Valle Janke

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo – Deveres, direitos e garantias fundamentais estão sendo rediscutidos no panorama atual da era da informação/desinformação; e o conteúdo acessado nem sempre é confiável ou filtrado pelo usuário e assim forças políticas conservadoras disputam a voz na modificação e interpretação da ordem constitucional vigente, movidas pela polarização política no Brasil recente. Portanto, se torna primordial entender a quem cabe a última palavra acerca da modificação e interpretação da Constituição do Brasil.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário. Manifestação.

Sumário – Introdução. 1. Poder Constituinte: origem, classificação e titularidade. 2. Formas de manifestação do Poder Constituinte através dos três poderes. 3. Os anseios por uma nova constituinte. A quem cabe modificar e interpretar a ordem constitucional vigente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A era da informação trouxe seus avanços e retrocessos sociais, uma grande maioria da população desfruta de acesso imediato ao conhecimento, entretanto a desinformação também é desenfreada. Isso se dá em razão de que a qualidade do conteúdo acessado na internet é filtrada pelo próprio usuário, que nem sempre é capaz desempenhar essa tarefa, acessando e reproduzindo conteúdos de procedência duvidosa e sem qualquer embasamento técnico científico.

Dessa forma os direitos e garantias constitucionais voltam a ser rediscutidos e relativizados por forças políticas e econômicas que visam a relativização dos direitos conquistados pela carta cidadã. Esse movimento não é novo, e o cenário político é sempre movimentado por forças antagônicas que defendem espectros distintos de concepção sobre deveres, direitos e garantias a serem assegurados na Constituição. O que torna o momento histórico único desde a Constituinte de 1988 é que pela primeira vez predomina uma ideologia relativista, revisora e restritiva das proteções do texto Constitucional na sociedade e com partidários nos três poderes da República.

Haja em vista esse momento histórico tão delicado, a sociedade encontra-se dividida, assombrada pela corrupção, fantasmas imaginários de comunismo, volta da ditadura e ameaças reais como a atual crise econômica brasileira, o desemprego e projeções de uma crise econômica mundial

no horizonte próximo. Além disso, a população é bombardeada pela mídia e pelo poder público com a ideia de revisar direitos, mesmos os constitucionalmente garantidos, em favor de um dinamismo econômico em oposição a ideia da defesa e reafirmação dos valores da Constituinte de 1988.

Não obstante, o judiciário vive sua era de expansão global, fenômeno derivado da perspectiva de que as Constituições escritas exigiriam apenas um único intérprete, colocando o STF com supremacia judicial sobre a Constituição, mas, ao mesmo tempo, o tornando objeto frequente da influência política dos demais poderes no intuito de concretizarem suas investidas aos direitos fundamentais com aval da Suprema Corte, que em tese não teria condições de reagir e seria intimidada por tais investidas.

Assim, é de suma importância o fomento da discussão sobre a relativização ou reafirmação da Constituição através da análise sobre quem de fato detêm o poder Constituinte em seu mais amplo espectro, e a quem pertence a última palavra sobre o que é a Constituição, com o objetivo de conferir legitimidade ao caminho que a sociedade brasileira deseja trilhar em direção ao futuro.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando origem histórica da teoria constitucional, a visão inicial de como se dá a manifestação do poder constituinte e seus limites, bem como sua influência na materialização da ordem constitucional brasileira.

No segundo capítulo procuramos elucidar a manifestação desse poder no ordenamento nacional através dos três poderes da República, atentando para o princípio da separação dos poderes, os valores democráticos e a teoria de freios e contrapesos.

O terceiro capítulo pesquisa a relação intrínseca do poder constituinte e da Constituição com o seu povo, elemento do Estado, e até que ponto o exercício do poder constituinte reflete os anseios populares.

Na busca da evolução do conhecimento é necessário estabelecer um delineamento epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, com o objetivo de garantir que a pesquisa desenvolvida traga contribuições positivas para a comunidade científica e jurídica.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa será, portanto, qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. PODER CONSTITUINTE, ORIGEM, CLASSIFICAÇÃO E TITULARIDADE

A concepção de Constituição no ordenamento jurídico brasileiro tem origem na idade moderna, fruto do Iluminismo e das revoluções sociais burguesas dos séculos XVII e XVIII, que visavam superar o Absolutismo, reformulando a teoria do contrato social de Hobbes¹, um dos grandes teóricos do absolutismo, para uma teoria que justificasse a existência do Estado em nome dos interesses dos indivíduos, não mais uma doação incondicionada do indivíduo ao soberano, mas indivíduos sujeitos de direitos que deveriam ser respeitados pelo governante, em uma concepção jus naturalista de direitos inatos do ser humano, com expoente em John Locke².

Assim, há três pilares de sustentação do constitucionalismo moderno segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento³, a contenção do poder dos governantes, pela separação dos poderes; a garantia dos direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa. No Brasil, tais pilares foram materializados através de uma Constituição, seguindo o exemplo das versões francesa e norte-americana de constitucionalismo.

A constituição por sua vez é criada pelo Poder Constituinte, chamado pela doutrina de originário. O conceito de poder constituinte originário foi formulado nos estudos de Emmanuel Sieyès⁴, que enfatiza a Constituição como produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes constituídos, sendo superior a estes, pois sua legitimidade se baseia em decisão política da nação.

Dessa forma colocava o povo (ou a nação) como soberanos para controlar seu próprio destino e o Estado como uma vontade política do povo, em oposição a ideia anterior do absolutismo de que haveria uma legitimação dinástica do poder, fundamentada na vinculação da família do monarca ao Estado.

Não obstante, o Poder Constituinte Originário cria o poder constituinte reformador, cujo objetivo é modificar o texto constitucional observando a nova realidade de fatos, poupando a atuação do poder Constituinte Originário, com o fim de obstar uma obsolência do texto

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000, p. 128.

² LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 1998, p. 14.

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

⁴ BASTOS, Aurelio Wander (org.). *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 40

constitucional por deixar de refletir os anseios e valores de uma sociedade em permanente transformação.

Doutrinariamente se classifica o poder constituinte em originário e derivado. O artigo 1º § único da Constituição Federal determina, Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos, nos termos desta Constituição. A doutrina constitucional contemporânea entende o povo como o titular do poder constituinte, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁵, Na teoria constitucional contemporânea, é praticamente unânime o entendimento de que é o povo o titular do poder Constituinte. No mesmo sentido, Gilmar Mendes⁶:

O povo, titular do poder constituinte originário, apresenta-se não apenas como o conjunto de pessoas vinculadas por sua origem étnica ou pela cultura comum, mas, além disso, como “um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal.”

O Abade Sieyès dotava o Poder Constituinte Originário com os atributos de inicial, ilimitado, incondicionado, indivisível e permanente. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁷: “Sieyès, por meio dessa concepção secularizou ideias claramente teológicas”.

Segundo Gilmar Mendes⁸: “É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico.”. Essa ideia não é cronológica. A inicialidade do Poder Constituinte Originário se deve por ser norma estruturante, fundação do novo ordenamento como a fundação de uma casa, tal como a Constituição de 1988 fundou uma nova ordem e recepcionou os diplomas legais cronologicamente anteriores desde que fossem compatíveis com a nova fundação.

O caráter ilimitado deve ser lido conforme a corrente interpretativa adotada. Na visão jusnaturalista, haveria limitação em razão do direito natural e suas normas, enquanto que, na visão positivista, seria ilimitado plenamente. Pedro Lenza⁹ entende, “Assim, para o Brasil e os positivistas, nem mesmo o direito natural (por alguns denominado direito suprapositivo)¹⁰ limitaria a atuação do poder constituinte originário.”

⁵ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 249.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 102.

⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 250.

⁸ MENDES. op. cit., p. 102.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 210 e 211.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 815*. Ministro Relator: Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 16 out. 2019.

Não obstante Gilmar Mendes¹¹ entende o poder constituinte como expressão da vontade política da nação, não podendo ser exercido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais e morais que a forma.

Não se submete a qualquer forma prefixada de manifestação, daí se fala em poder incondicionado. Exemplo disso, é o caso da Assembleia Constituinte de 1988 que contava com 23 senadores eleitos em 1982, época do regime militar, em razão da EC nº 26/85. A presença de tais parlamentares foi suscitada como questão de ordem, pedindo sua exclusão. O plenário da Assembleia rejeitou a questão de ordem mantendo a participação dos Senadores. No entendimento de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹², a submissão do tema a votação mostra a possibilidade de a Assembleia decidir em contrário a EC 26/85 e essa decisão ser válida em razão da soberania da Assembleia Constituinte.

Como uma das manifestações fundamentais da soberania, o Poder Constituinte originário é indivisível. A indivisibilidade é expressa na unidade de atuação, negando outras identidades constitucionais possíveis. Também se liga a ideia de ilimitado, uma vez que não haveria como fragmentar o Poder Constituinte Originário. No caso de alguma forma se tentar fragmentar o poder constituinte, limitando sua atuação, estaria diante do Poder Constituinte de Reforma, limitado pelo Poder Constituinte Originário.

O caráter permanente advém do seu não esgotamento com a edição de uma nova Constituição. O povo é o titular, ficando em estado de latência, até que o momento histórico e social propício surja para sua manifestação, tal como foi na época da Assembleia Constituinte de 1988, uma vez que caso se rompesse a ordem jurídica a todo tempo viveríamos uma permanente insegurança jurídica.

Por sua vez o Poder Constituinte Derivado Reformador emana do Poder Constituinte Originário. José Afonso da Silva¹³ sobre o poder reformador e seu agente entendia:

No fundo, contudo, o agente, ou sujeito da reforma, é o *poder constituinte originário*, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder as modificações na Constituição, que a realidade exige.

O objeto do Poder Constituinte Reformado é evitar o engessamento do texto constitucional e assegurar a segurança jurídica, uma vez que evita a manifestação do poder constituinte originário

¹¹ MENDES. op. cit., p. 103.

¹² SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 257.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 67.

para a realização de mudanças que não representem de fato uma quebra com o ordenamento jurídico anterior. A doutrina entende como um poder constituído, caracterizado pela derivação, subordinação e o condicionamento.

2. FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE NOS TRÊS PODERES

A fundação de uma ordem jurídica pelo Poder Constituinte Originário exige a criação de mecanismos para a manutenção dessa nova ordem, o Poder Constituinte Reformador, o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, o princípio da independência e harmonia entre os três poderes. Assim são manifestações do Poder Constituinte no texto constitucional, limitando os demais poderes, e tem relação com o povo como titular do poder constituinte. Analisaremos os três poderes através de tais mecanismos e sua relação com o poder constituinte.

O Legislativo na esfera federal é exercido pelo Congresso Nacional, composto pelas casas legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Na esfera Estadual é exercido pelas respectivas Assembleias legislativas. A iniciativa de proposta de emenda constitucional pelo poder legislativo cabe aos três órgãos mencionados, dentro dos limites formais estabelecidos no art. 60, caput, incisos I e III, e seus §§ 2º e 3º.

Há, portanto, o exercício do poder constituinte indiretamente pelo povo através de seus representantes eleitos. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento¹⁴, o entendimento da doutrina majoritária é de que há um rol taxativo em relação aos legitimados a deflagrar o processo legislativo de emenda à Constituição. Contudo, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento¹⁵ afirmam se filiar a outros doutrinadores¹⁶, no sentido de interpretar sistematicamente a Constituição, partindo da ideia inserida no art. 1º, § único, que permite o exercício direto do poder, aliada ao art. 14, inciso III que dita o exercício da soberania popular através da iniciativa popular, assim ampliando a regra prevista no art. 61 §2º que prevê a iniciativa popular para proposta de lei.

Ainda, José Afonso¹⁷ comentava que tal possibilidade não seria uma inovação, uma vez que no projeto da atual Constituição se previa a iniciativa e o referendo popular em matéria de emenda, entretanto tal possibilidade foi derrubada em plenário. Mas José Afonso¹⁸ ainda entendia pela

¹⁴ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 287.

¹⁵ Ibidem. p. 287.

¹⁶ LENZA. op. cit., p. 678 e 679.

¹⁷ SILVA. op. cit., p. 65.

¹⁸ Ibidem. p. 66.

possibilidade de tais institutos em matéria de emenda à Constituição, conforme o desenvolvimento da democracia participativa, princípio fundamental constitucional, dando azo a interpretação da doutrina minoritária.

Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹⁹: “A regra mais importante para a finalidade de manter a rigidez constitucional dispõe sobre a maioria exigida para a aprovação das emendas.”. Assim as emendas à Constituição são discutidas, votadas e aprovadas somente no caso de votação favorável de 3/5 dos votos dos parlamentares, membros de cada casa (art. 60, §2º) em dois turnos.

Com a aprovação da emenda vem a promulgação desta pelas mesas da Câmara e do Senado. Não se fala aqui em veto presidencial como no processo legislativo para edição de lei, demonstrando um certo destaque ao Poder Legislativo no que concerne ao exercício do poder constituinte reformador, pois este não se submete ao veto jurídico ou político do executivo.

Não obstante os processos de emenda à Constituição, o Poder Legislativo ainda influi na confecção dos instrumentos legais, que devem observar as diretrizes constitucionais. Fica muito evidente a força do legislativo quando estamos diante de institutos que o constituinte originário determinou a regulação por lei posterior. Contudo essa força é mitigada pela submissão a sanção ou veto presidencial.

Assim há uma irradiação da vontade popular que começa no Poder Constituinte Originário, regulamentando na Constituição os meios dessa vontade se manifestar através do Poder Legislativo, dentro dos ditames da Constituição, já que o Legislativo pode realizar um controle de constitucionalidade preventivo político dos próprios atos, através da Comissão de Constituição e Justiça.

O Executivo através do Presidente da República é um dos legitimados a propor emenda constitucional nos termos do art. 60, inciso II. Tal proposta de emenda poderá ser objeto de emenda parlamentar, desde que respeitado o quórum constitucional (1/3 dos parlamentares, art. 60, inciso I) e não incida nas vedações constitucionais.

Diferente do processo legislativo ordinário no qual o Presidente tem poder de veto, no caso de proposta de emenda tal poder não foi dado ao executivo federal. Assim a emenda aprovada em plenário será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ainda que o Presidente não tenha o poder de veto, há a influência do executivo em relação a limitação circunstancial para emenda à Constituição, o art. 60, § 1º, que trata da proibição de emenda durante ocorrência de das seguintes hipóteses: intervenção federal, estado de defesa e

¹⁹ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 287.

estado de sítio. É de atribuição do Presidente da República decretar tais situações. Contudo o estado de defesa e a intervenção federal estão sujeitas a aprovação, e o estado de sítio a autorização do Congresso Nacional.

Por fim o Presidente nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal, após aprovação do Senado e tem poder de sanção e veto aos instrumentos legais aprovados pelo legislativo. A Constituição adotou a separação de poderes como princípio. Contudo essa separação se espelha mais num modelo Norte-Americano de poderes da república, no qual os poderes têm funções típicas e funções atípicas. Dessa forma o legislativo tem função típica de legislar e de fiscalizar os demais poderes, mas também exerce atipicamente as funções executiva e julgadora. Os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Essa construção de separação e harmonia entre os poderes é a base do sistema de freios e contrapesos, na qual um poder sempre fiscaliza o outro naquilo em que o outro poder exorbitar as suas funções. A possibilidade de proposta de emenda à constituição pelo executivo e a sanção e o veto presidencial em projeto de lei do legislativo, evidencia do controle de constitucionalidade preventivo do executivo, são exemplos desse instrumento em prática.

Assim, ainda que a função do executivo não interfira por excelência na Constituição e na sua interpretação, há inegável influência do chefe do executivo federal nesses processos, ainda que limitadas pela atuação do legislativo em forte demonstração do sistema de freios e contrapesos.

Dos poderes constituídos, o Judiciário é o único que não se submete diretamente ao crivo eleitoral e também é o único que não pode realizar mudanças diretas no texto da Constituição. Contudo, o judiciário tem função importantíssima na resolução de conflitos, é o poder responsável pelo controle judicial de constitucionalidade das leis, com origem histórica do instituto no caso *Marbury v. Madison* no direito Norte-Americano.

O Controle de Constitucionalidade no Brasil é eminentemente judicial, conforme salienta Luís Roberto Barroso²⁰:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67.

No Brasil há controle de constitucionalidade misto, combinando o controle por via incidental, que tem origem no caso *Marbury v. Madison*, e o controle concentrado, que tem como origem as Cortes Constitucionais europeias que julgam a validade da dos atos normativos em abstrato frente a constituição, sem um caso concreto de disputa entre partes.

O Controle difuso, também chamado incidental, é feito por qualquer tribunal, podendo a demanda chegar até o STF, por via recursal extraordinária. Já o controle concentrado é dirigido diretamente ao STF que atua com status de corte constitucional. O controle de constitucionalidade é mais um exemplo de aplicação do sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma o STF é o grande guardião da Constituição, pois, independente da forma de controle, seja incidental ou concentrado, caberá ao STF em última análise, apontar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional ou lei.

Contudo, o Poder Judiciário deve ser provocado para que ocorra sua atuação, ao menos que haja uma demanda, não há a possibilidade do Judiciário se mover sozinho e declarar a inconstitucionalidade de ofício.

Tal situação é ainda mais evidente em controle concentrado, uma vez que há um rol constitucional de legitimados a propor as ações constitucionais. Mais uma vez o sistema de freios e contrapesos se faz presente, uma vez que os legitimados para a propositura de ADI e ADC são os elencados nos incisos do art. 103 da CRFB, dos quais destaca-se o Presidente da República, as mesas da Câmara e do Senado e partido político com representação no Congresso Nacional.

Ainda, não se deve olvidar que os próprios membros do STF, ainda que não eleitos diretamente pelo povo, são nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado.

Assim, há a voz da soberania popular na escolha dos ministros do STF, ainda que indiretamente, através dos demais poderes da república que são de representação popular. Contudo a questão é a influência dessa voz no poder judiciário, uma vez que não é direta, o Judiciário acaba por se distanciar do povo detentor do poder constituinte. Não obstante seu caráter como guardião supremo da constituição o colocaria acima dos demais poderes da república, criando assim uma supremacia judicial.

3. OS ANSEIOS POR UMA NOVA CONSTITUINTE. A QUEM CABE MODIFICAR E INTERPRETAR A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Hoje há uma polarização social, fruto das últimas eleições e de falhas na condução da democracia pelos nossos representantes eleitos. Assim, surgem propostas de realização de uma nova

constituente, ou a proposta de reformas mais profundas no atual ordenamento, desidratar a constituição, que em tese garante muitos direitos e exige poucos deveres do cidadão.

No entanto, deve-se também analisar criticamente tal proposta, pensar no papel da carta constitucional, ainda que necessite de reformas, é necessário verificar a conjuntura histórica brasileira e elucidar em que estágio de avanço de instituições democráticas está que possam corroborar ou excluir uma reforma.

O povo é o titular supremo do poder constituinte, se manifesta na ordem estabelecida pelos poderes eleitos e influi indiretamente sobre o judiciário, que a princípio exerce uma supremacia judicial em relação a interpretação constitucional. Contudo, ainda que o judiciário tenha exercido o destaque na interpretação da Constituição, não se pode esquecer os demais poderes e sua força na modificação do texto constitucional, que hoje conta com 101 emendas, algumas propostas pelo executivo. Assim ainda fica a pergunta se há uma supremacia do judiciário, do legislativo ou se há alguém mais legitimado a interpretar a Constituição.

Assim se analisa primeiro a proposta de uma nova constituinte sob o prisma histórico de instituições democráticas brasileiras, para depois se verificar a possibilidade e necessidade de reformas na atual Carta política e ajudar a elucidar a quem competiria a última palavra sobre a Constituição. O resultado das últimas eleições confirma a polarização da sociedade. Jair Bolsonaro foi eleito com 57.797.847²¹ de votos, Fernando Haddad 47.040.906, sendo o total do leitorado de 147.306.294. Assim verificamos que o executivo atual foi eleito com um pouco mais de um terço dos votos válidos. No total, somando abstenções, votos nulos e brancos, 42.466.402 brasileiros rejeitaram ambos os candidatos. Assim se desmancha a ideia de bipolarização da sociedade entre pretensos defensores do liberalismo econômico e do socialismo/comunismo.

Se no campo político a sociedade brasileira não possui unanimidade, o mesmo se reflete na questão de uma nova constituinte. A adesão a tal proposta é pequena considerando o universo da população. Ainda há argumentos históricos que esvaziam tal proposta em momento no qual as instituições democráticas, ainda que desafiadas, se mostram sólidas.

Historicamente, o Brasil passou por períodos conturbados, onde um dos poderes atuou em desequilíbrio frente aos demais. O executivo tradicionalmente tem a força das armas, o legislativo a chave do cofre, enquanto que o judiciário cabia apenas a aplicação da lei. Antes de 1988 não se

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação do resultado das eleições 18.10.0*. Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>> Acesso em: 16 out. 2019.

poderia nem cogitar uma supremacia do judiciário, conforme Rodrigo Brandão²² conclui em sua análise dos períodos anteriores a 1988:

Em síntese, pode-se afirmar que, embora a partir da proclamação da República as Constituições brasileiras tenham, formalmente, se fundado na soberania popular, e o Judiciário seja considerado um poder autônomo e competente para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, não se pode falar no Brasil em supremacia judicial antes de 1988.

Houve no Brasil períodos de exceção (1930 a 1945 e 1964 a 1988), onde não havia divisão de poderes e o executivo atuava indiscriminadamente, que tornavam o judiciário subserviente, tendo inclusive suas decisões desrespeitadas. Mesmo nos períodos democráticos (1891 a 1930 e 1946 a 1964) o judiciário, que deveria defender as instituições democráticas, o estado de direito e atuar de forma contramajoritária, faltou na tutela das liberdades dos inimigos de ocasião da República (operários, anarquistas, integralistas, socialistas e comunistas).

A redemocratização do país com marco na Constituição de 1988, após período severo de ditadura militar, foi símbolo da transição de autoritarismo para a democracia. A ampla participação popular na constituinte, a noção da supremacia do texto constitucional perante o ordenamento como norma autoaplicável e imperativa consolidou o Estado Democrático de Direito e as suas instituições, em especial o judiciário que vive momento de expansão.

Uma nova constituinte hoje poderia não ser bem-sucedida em conservar tais valores, frente aos desafios que as instituições democráticas enfrentam na era da informação, como as *fakenews* e os crimes virtuais, e a insatisfação popular verificada nas urnas com o sistema político, uma vez que na última eleição um terço do eleitorado não se sentiu representado por nenhum candidato, frente ao número de abstenções.

Dessa forma em momento de crise não seria aconselhável rever a base do ordenamento e suas instituições que, embora enfrentem uma época de crise, ainda são a nossa melhor opção para garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito formado na constituinte de 88.

Ainda que uma nova constituinte seja descartada, isso não significa que alcançamos o melhor estágio possível de evolução do ordenamento jurídico e da manifestação da soberania popular. Estamos em época de crise, valores e direitos constitucionais estão sendo rediscutidos. A qualidade dessa discussão é um problema em si frente ao avanço de forças antidemocráticas através da tecnologia, disseminando informações falaciosas com intuito de dividir para conquistar.

²² BRANDÃO, Rodrigo: *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 115.

O ideal é apostar no fortalecimento das instituições democráticas. A ideia de uma supremacia judicial é aparente e não subsiste quando observamos a força das instituições e dos poderes constituídos. Há uma expansão do judiciário, mas essa não significa sua supremacia. O Executivo e o Legislativo continuam exercendo suas funções típicas e atípicas.

Não se deve cair na armadilha de que a democracia se vincula a uma ideia de maioria, que poderia se converter em uma tirania. A sociedade brasileira é plural e reconhece o outro como indivíduo livre que deve ter sua dignidade respeitada, e não como um objeto de normas do Estado. O Estado deve ser imparcial, rejeitando-se a possibilidade de um grupo político mais bem articulado impor aos cidadãos sua moral e visão de mundo.

Uma democracia deliberativa, forma de governo na qual os cidadãos se reconhecem como iguais, apesar das diferentes visões de mundo, tomando decisões motivadas vinculando a sociedade no presente, porém sem excluir um possível debate futuro pode harmonizar o desacordo entre as diferentes visões de mundo em uma sociedade plural, com o objetivo de alcançar uma maior estabilidade social.

Sobre a democracia deliberativa, ensina Rodrigo Brandão²³:

Note-se que a democracia deliberativa não tem a pretensão de transformar o desacordo em acordo, mas tem a vantagem de, ao menos, buscar que os participantes considerem seriamente a perspectiva do outro, reconhecendo os seus eventuais méritos e desconsiderando desacordos sobre aspectos não essenciais à resolução de questão controversa. A consideração da perspectiva do outro, ademais, tende a encorajar que os cidadãos expressem suas visões sobre questões públicas de forma menos egoística, na medida em que buscam pontos em comum entre visões divergentes.

Dessa forma, a adoção de uma democracia deliberativa, se mostra como um importante instrumento de reafirmação dos valores democráticos, contribuindo para a elucidação de a quem cabe a palavra final sobre a modificação e interpretação da Constituição.

O fortalecimento do sistema de freios e contrapesos e a reafirmação das demais instituições democráticas, como o Ministério Público e a Sociedade Civil podem ser a saída para a superação da crise atual e determinar o sentido da Constituição de maneira democrática, plural, sem um poder inteiramente legitimado.

Deve-se construir um ponto de equilíbrio institucional, com os poderes dialogando, por exemplo, através do controle de constitucionalidade do STF sobre emenda constitucional, o Congresso Nacional com a prerrogativa de aprovar emendas constitucionais que superem o

²³ BRANDÃO. op. cit., p. 214.

entendimento jurisprudencial do STF, e o Executivo com a possibilidade de postular as ações de controle de constitucionalidade e modificar a composição da suprema corte.

Contudo a adoção de tais mecanismos por si só de nada adiantará se o povo, titular máximo do poder constituinte, não participar efetivamente da vida política e comunitária. Deve-se levar as questões mais importantes a um amplo debate público, fomentando uma democracia deliberativa, de forma que as interpretações constitucionais possam ser criticadas e propostas interpretações melhores, ou reconhecidas como verdades, se tornando dogmas.

A opinião pública, de forma idônea e extraída de um debate justo e técnico, excluindo falácias e valores antidemocráticos, seria assim o fator decisivo sobre quais poderes devem prestar deferência aos outros poderes na interpretação da Constituição, coroando a soberania popular como grande agente de reforma e interpretação da Constituição em seu mais amplo espectro.

CONCLUSÃO

O choque de forças antagônicas disputando a modificação e interpretação do ordenamento constitucional vigente não é novidade em um Estado Democrático de Direito, pelo contrário faz parte de uma democracia saudável quando tal oposição fortalece o debate e as instituições. Entretanto, atualmente não há estímulo ao debate e a reflexão, dessa forma, buscou-se, no presente artigo o entendimento acerca da natureza do Poder Constituinte e a quem legitimamente cabe a última palavra para a modificação e interpretação da Constituição, no intuito de demonstrar quem deve decidir de fato os rumos da nação.

Através da origem, conceito e características do Poder Constituinte, buscou-se evidenciar o grande titular de poder na ordem vigente, o povo, com a Constituição coroando em seu texto a soberania popular como fundamento da ordem jurídica vigente. Alguns autores inclusive defendem a legitimidade da população para proposta de emenda constitucional, ainda que não se encontre expressamente no texto constitucional tal legitimação.

Em razão da soberania popular ser fundamento da democracia brasileira, comprovou-se que esta se irradia e permeia os poderes constituídos da república, demonstrando a manifestação da população na interpretação e modificação do texto constitucional através de seus representantes eleitos no executivo e legislativo, ou através da indicação da Corte Constitucional pelo poder executivo, com chancela do legislativo. O povo manifesta sua vontade ainda através dos instrumentos de democracia participativa, ou diretamente, visto que a proposta de lei popular é uma

forma de interpretar e regulamentar institutos constitucionais que não foram esgotados pelo Poder Constituinte originário.

A criação de uma nova ordem constitucional, não materializará uma solução aos problemas das instituições democráticas, pelo contrário, não há unanimidade popular para tal proposta e a presença de uma apatia popular, manifestada pela forte abstenção na última eleição, poderá colocar em risco os valores e a democracia conquistada com a carta de 1988, que deve, na verdade, ser reforçada através de instrumentos participativos deliberativos.

Provou-se que não há no Brasil uma supremacia, seja judicial ou legislativa, do entendimento constitucional, visto que os poderes são independentes e harmônicos entre si e exercitam regularmente o sistema de freios e contrapesos. O povo é o grande centro emanante do Poder Constitucional, irradiando aos demais poderes, não criando apenas um legitimado, mas sim, um grande legitimado a ter a última palavra sobre a ordem constitucional, conservando a supremacia popular e um direito que cabe a toda sociedade humana, o de evoluir.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Aurelio Wander (org.). *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 815*. Ministro Relator: Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação do resultado das eleições 18.10.0*. Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000,

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.