

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Público

Bárbara Brum Nery

**RIGIDEZ CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: um
debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional.**

Belo Horizonte
2015

Bárbara Brum Nery

**RIGIDEZ CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: um
debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Horta Tavares

Coorientador: Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N456r Nery, Bárbara Brum
Rigidez constitucional no estado democrático de direito: um debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional / Bárbara Brum Nery. Belo Horizonte, 2015.

201 f.

Orientador: Fernando Horta Tavares
Coorientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Reforma constitucional. 4. Mudança social. I. Tavares, Fernando Horta. II. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.4

Bárbara Brum Nery

**RIGIDEZ CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO: um
debate acerca dos limites formais e materiais à reforma constitucional.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz - PUC Minas (Coorientador)

Prof. Dra. Waleska Marcy Rosa – UFJF (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2015

*Aos meus pais, Marlene e Felipe,
os melhores do mundo.*

Agradecimentos

Escrever uma dissertação parece algo extremamente solitário, mas certamente não o é. Somente com o imprescindível apoio daqueles que de alguma forma acompanharam minha trajetória até aqui seria possível cumprir toda a jornada. A Deus fica sempre o primeiro agradecimento por ter me guiado até aqui e colocado em meu caminho pessoas tão especiais. Aos meus pais, Marlene e Felipe, pelo amor incondicional, pelo apoio emocional e financeiro, pelos sacrifícios que, com a maior alegria, sempre fizeram em prol da realização dos meus sonhos. Amo vocês! Ao meu orientador, Professor Dr. Fernando Horta Tavares, por toda dedicação, paciência e confiança, pelas valiosas oportunidades de aprendizado, que palavras não são capazes de traduzir, e por me apresentar da melhor forma o ofício que almejo seguir por toda vida: a docência. Ao meu coorientador, Professor Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, quem ainda no início da graduação me apresentou com seu característico brilhantismo a disciplina que escolheria como minha fiel companheira de jornada acadêmica, por abrir meus horizontes em busca de novas perspectivas para o Direito Constitucional. Também pela convivência sempre alegre e enriquecedora, pela motivação e por sua inteligência inspiradora. Ao Professor Dr. Marciano Seabra de Godoi, por seu exemplo de excelência, seriedade e comprometimento com a docência. Aos demais professores que tive a honra de conhecer ou reencontrar durante o Programa de Pós-Graduação, em especial, os brilhantes mestres Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior, Dra. Marinella Machado de Araújo, Dr. Antônio Cota Marçal e Dr. Flávio Couto Bernardes. Aos amigos e companheiros de jornada, cuja convivência o mestrado me oportunizou, com a certeza que os levarei para a vida, em especial: Alice, Beatriz, Bonifácio, Carol, Daniel, Flávia, Guilherme, Janaína, Jamir, Larissa, Leonardo Saraiva, Leonardo Wykrota, Marília, Roberta, Walkíria e aos demais com quem tive a honra de dividir os bancos da faculdade. Ao Lucas, pelo amor, desde sempre e para sempre. Às minhas madrinhas, Fabiana e Carmem, meu irmão Ruan, meus primos, tios e sobrinhos, pela companhia ao longo da vida, por se sentirem felizes com minhas vitórias e sempre estarem presentes para enxugar minhas lágrimas. Aos amigos de toda uma vida, os quais não cometerei o desatino de tentar nomear, que sempre me incentivaram e se orgulham do caminho que escolhi percorrer. Aos alunos para quem lecionei nesse período, por terem me dado a certeza de que fiz a

escolha certa. Aos escritórios nos quais tive a oportunidade de exercer a advocacia, em especial à Elisa e à Taís, pela enorme paciência e apoio enquanto trabalhamos juntas, imprescindíveis para que este sonho se tornasse possível. Aos funcionários das secretarias da graduação e pós-graduação da PUC, sempre solícitos e amáveis no trato das questões burocráticas. À Marie, ao José e à Maria pela alentadora companhia. E, finalmente, à PUC Minas, pelos mais de oito anos de aprendizado. Muito Obrigada, pois sem vocês eu não chegaria até aqui!

“Mude, mas comece devagar, porque a direção é mais importante que a velocidade.” (MARQUES, 2005)

RESUMO

O presente trabalho trata da interação entre a estruturação e consolidação de uma constituição rígida – e seus mecanismos formais e materiais, limitadores das alterações de normas constitucionais – e a formatação de um Estado de Direito: democrático, estável e plural. Os problemas subjacentes ao estudo realizado pretendem apresentar os questionamentos que estão sendo suscitados, em nível doutrinário, legislativo e jurisprudencial, acerca da legitimidade e extensão dos limites impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil 1988 à alteração de seu texto. Os recursos metodológicos utilizados foram a revisão bibliográfica, estudo de casos e análise da legislação, a fim de verificar qual o papel exercido pelas limitações constitucionais dentro de um estado que adote um regime democrático e quais os principais riscos e benefícios da adoção de um sistema de rigidez constitucional. Por meio de uma reconstrução histórica, pretendeu-se investigar como a tensão entre compromissos constitucionais prévios e a implementação de um regime democrático vem sendo problematizada desde o advento do constitucionalismo moderno. Com o objetivo de expor a forma como a rigidez foi interiorizada na história constitucional brasileira, buscou-se realizar uma análise dos procedimentos previstos nos textos constitucionais anteriores e de como a constituição material se amoldou (ou não) às previsões constitucionais. Por fim, foram apresentados alguns problemas contemporaneamente enfrentados pela Teoria da Constituição, na defesa ou repulsa ao modelo rígido de constituição. Conclui-se, após o estudo realizado, que, especialmente dentro do contexto constitucional brasileiro, algum nível de rigidez constitucional é desejável para aprimoramento e estabilidade das instituições, bem como para garantia de sistema de defesas de direitos das minorias.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Limites Constitucionais. Pré-compromissos. Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT

This work approaches the interaction between structuration and consolidation of a rigid Constitution – and the means of alter the constitution formal and material limits – as well as the set of a State based of Rule of Law: democratic, steady and pluralistic. Underlying issues arise from this work, demanding deeper analysis – based on jurists' opinion, judicial precedents and legal acts – about limits and legitimacy set by Brazilian Constitution to amend its text. The research methodology involved bibliographic review, case studies and screening of legislation, in order to identify the role that constitutional limits play in a Democratic State and to measure risks and benefits of adopting a rigid Constitution. Through a historical restoration, we intend to revisit how the tension between constitutional commitments and establishment of democracy has been discussed since modern constitutionalism. In order to show how The Brazilian Constitutional History grasped rigidity, it was conducted an analysis on proceedings set by former Constitutions and on how material constitution has been (or not) molded to constitutional provisions. In the end, we show how The Theory of Constitution settles some contemporary issues, defending or putting away the model of constitutional rigidity. We conclude that in The Brazilian Constitutional context, some level of rigidity is desirable in order to improve and steady the institutions as well as for ensuring minority rights.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Constitutional limits. Pre-commitments. Immutable rule clauses.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ANL – Aliança Nacional Libertadora

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Coord. – Coordenação

EC – Emenda Constitucional

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

MG – Minas Gerais

N. – Número

Org. – Organização.

PSD – Partido Social Democrático

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UDN – União Democrática Nacional

V. – Volume.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: ORIGEM E PERSPECTIVA CLÁSSICA	23
2.1	Formação da modernidade e o direito: precedentes.....	24
2.2	A Rigidez Constitucional na Constituição dos Estados Unidos	31
2.2.1	<i>Precedentes: Contexto histórico de surgimento da Constituição formal nos Estados Unidos.....</i>	<i>33</i>
2.2.2	<i>A Constituição como documento jurídico: Marbury vs Madison.....</i>	<i>36</i>
2.2.3	<i>A rigidez Constitucional e a Democracia na América: a visão de Alexis de Tocqueville, Thomas Cooley e Edward Corwin.....</i>	<i>40</i>
2.2.4	<i>Constituições Rígidas e Flexíveis: a distinção de James Bryce.....</i>	<i>45</i>
2.3	O Constitucionalismo francês e a Teorização do Poder Constituinte.....	50
2.3.1	<i>A rigidez nas primeiras Constituições Francesas.....</i>	<i>55</i>
2.3.2	<i>A Constituição Real de Ferdinand Lassale</i>	<i>57</i>
2.3.3	<i>O modelo de constituição e rigidez em Léon Duguit</i>	<i>59</i>
2.3.3.1	<i>A revisão das leis constitucionais</i>	<i>61</i>
2.3.4	<i>A rigidez e reforma constitucional dentro da teoria de Georg Jellinek... ..</i>	<i>62</i>
2.4	O Direito pós-segunda guerra mundial e os limites materiais ao poder de reforma constitucional.....	66
2.4.1	<i>Normas Constitucionais Inconstitucionais</i>	<i>67</i>
2.4.2	<i>Constituição Jurídica, rigidez e mobilidade em Konrad Hesse</i>	<i>71</i>
2.5	Até onde chegamos.....	74
3	A HISTÓRIA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	79
3.1	A semiflexibilidade da Constituição do Império de 1824	79
3.2	A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e seus limites.	86
3.2.1	<i>A contribuição e os comentários de Ruy Barbosa.....</i>	<i>92</i>
3.3	Revisão e Emenda na Constituição de 1934	95
3.4	A Reforma Constitucional no Estado Novo – Constituição de 1937.....	100
3.5	A (Re)democratização e a Reforma em 1946.	105
3.5.1	<i>A Rigidez Positivada na constituição de 1946.....</i>	<i>108</i>
3.5.2	<i>Um panorama geral da visão de Pontes de Miranda a respeito da rigidez constitucional até a Constituição de 1946.....</i>	<i>111</i>
3.5.2.1	<i>O cerne inalterável: os limites materiais de reforma.</i>	<i>114</i>
3.6	O Golpe Militar e a rigidez constitucional nas Cartas Constitucionais de 1967 e emenda no 1 de 1969.	116
3.7	A Redemocratização e a reforma constitucional na ‘Constituição Cidadã’ de 1988	122
3.7.1	<i>Revisão Constitucional – Artigo 3o do ADCT.....</i>	<i>124</i>
3.7.2	<i>Emenda Constitucional – Artigo 60 da CRFB/88</i>	<i>126</i>
4	A RIGIDEZ E OS LIMITES FORMAIS E MATERIAIS DE REFORMA NA CONTEMPORANEIDADE	131
4.1	Soberania popular para além da Rigidez Constitucional: o debate contemporâneo norte-americano acerca da (não) exclusividade do Artigo V	

como mecanismo de alteração constitucional e a questão da iniciativa popular de emenda constitucional na CRFB/1988.	132
4.1.1 <i>Government-driven x People-driven</i>	133
4.1.2 <i>Objetando as objeções</i>	140
4.1.3 <i>Soberania Popular x Folclore Constitucional</i>	142
4.1.4 <i>Reforma Constitucional e Participação Popular no Brasil. Debate a respeito da iniciativa constitucional na Constituição de 1988.</i>	146
4.2 A questão dos limites materiais: pré-compromissos, proteção de direitos e democracia.	149
4.2.1 <i>Ulisses e as Sereias: Os pré-compromissos e auto-restrição</i>	151
4.2.2 <i>A crítica de Jeremy Waldron aos pré-compromissos.</i>	156
4.2.3 <i>A Constituição como reserva de justiça e a defesa da superconstitucionalidade dos limites materiais.</i>	163
4.2.3.1 <i>Cláusulas Pétreas, Direitos Fundamentais e a Revisão Judicial no Direito Brasileiro</i>	166
4.2.3.2 <i>Cláusulas Pétreas como fundamento para o Controle Judicial Prévio de Constitucionalidade.</i>	171
4.2.3.3 <i>Limite material implícito: A questão da dupla revisão</i>	173
4.3 A última palavra na interpretação constitucional e a teoria do diálogo institucional.....	179
 5 CONCLUSÃO	 185
REFERÊNCIAS.....	189

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como aquelas que a precederam (com exceção da Constituição do Império de 1824)¹, adota um sistema de alteração de seus dispositivos normativos constitucionais classificado, quanto ao processo de reforma² pela doutrina clássica, como sistema rígido³, composto de limitações formais e materiais apresentadas como mais dificultosas (ou até mesmo impeditivas) para o exercício do poder constituinte derivado de reforma do que para as alterações na legislação ordinária⁴.

Desde o séc. XVIII com os movimentos constitucionalistas modernos, os modelos de constituições formais, com algum nível de rigidez, vem-se consolidando no panorama mundial, sendo, atualmente, numericamente preponderante sobre outras formas de organização constitucional.

A imposição de dificuldades ou mesmo restrições à reforma dos textos constitucionais traz consigo intensos debates acerca da legitimidade de estabelecimento desses limites pela manifestação originária do poder constituinte às futuras gerações (problema intergeracional).

O que se pretende discutir no presente trabalho é a interação da referida rigidez constitucional e demais mecanismos formais e materiais de limitações das alterações de normas constitucionais frente às mudanças sociais, cada vez mais céleres e diversificadas. Também será alvo de análise a forma como a doutrina clássica e contemporânea vem problematizando a questão.

A possibilidade de inserção dessas restrições ou pré-compromissos constitucionais, como trabalhado por Jon Elster (1989), ou como manifestação de superconstitucionalidade, não é vista com bons olhos na perspectiva de algumas teorias democráticas, especialmente no que se refere às teorias democráticas majoritárias. Como rememora Oscar Vilhena (1999), a pretensão de controle de decisões obtidas por deliberação dentro da democracia, salvo os requisitos mínimos

¹ A Constituição de 1824 adotou o modelo semi-rígido. A Constituição de 1937, no que tange à

² Conceituar e classificar, por si só, já é uma tarefa problemática. Nesse sentido, cumpre esclarecer, desde já, que as classificações e conceitos expostos traduzem um esforço didático e a necessidade de uma opção epistemológica acerca dos termos trabalhados, rechaçando desde logo qualquer pretensão ontologizante ou fechamento conceitual.

³ Alguns autores classificam a Constituição Brasileira como super-rígida, entendendo as cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, §4º, como pontos imutáveis. (MORAES, 2006).

⁴ A expressão 'legislação ordinária' é aqui entendida em sentido amplo, envolvendo tanto as denominadas leis ordinárias quanto as leis complementares.

para seu funcionamento, são entendidas por essas teorias como um excesso injustificável e antidemocrático.

Por outro lado, o receio de que a vontade expressa por maiorias ocasionais possa conduzir à supressão de minorias, quantitativas ou qualitativas, e de seus direitos conduz alguns juristas, receosos de um retrocesso conservador, à defesa da presença de limites a essa atuação majoritária e de mecanismos de garantia da supremacia da Constituição como a rigidez (ou superrigidez) constitucional e o controle de constitucionalidade por instâncias contramajoritárias, como a jurisdição constitucional.

Partindo de uma reconstrução histórica e doutrinária, pretende-se revisitar questões propostas e desenvolvidas acerca da tensão entre compromissos constitucionais prévios e a implementação de um regime democrático.

O primeiro capítulo busca rememorar alguns dos fatores que contribuíram para a formação da noção moderna de rigidez constitucional, seu desenvolvimento e mudanças de perspectiva ao longo dos últimos 250 anos. Com base no estudo de diversos juristas contemporâneos aos movimentos constitucionalistas do séc. XVIII e seus sucessores como Emmanuel Sieyès, Alexis de Tocqueville, Thomas Cooley, León Duguit, Edward Corwin, entre outros, pretende-se reconstruir no panorama mundial as questões centrais relativas à rigidez, reforma e estabilidade dos textos constitucionais.

A discussão que permeia o segundo capítulo pretende, com respaldo principalmente em doutrinadores historicamente situados no momento de vigência dos textos constitucionais e naqueles que os seguiram, debater como se deu a interiorização da rigidez constitucional e a compreensão dos mecanismos de reforma na história constitucional brasileira, bem como os problemas teóricos e dogmáticos enfrentados ao longo dos últimos dois séculos.

Por fim, o terceiro capítulo pretende apresentar algumas questões avançadas pela doutrina contemporânea a respeito da rigidez constitucional, problemas teóricos e dogmáticos advindos do debate a respeito da supremacia da constituição e de limites formais e materiais específicos, e mais complexos, para alteração de seu texto.

Antes de adentrarmos ao cerne do trabalho, outra observação de cunho metodológico faz-se necessária: a escolha dos autores analisados durante o presente estudo se deu com o objetivo de desmitificar ou endossar algumas das

teorias mais citadas pela doutrina brasileira a respeito da temática, ou que poderiam trazer contribuição à nossa dogmática constitucional.

O esgotamento do estado da arte sobre qualquer tema, especialmente dentro do Direito, atualmente é uma impossibilidade. Não se pretende com essa afirmação esquivar-se de um debate aprofundado a respeito do tema proposto, mas, desde já, escusar-se de algumas omissões necessárias ao fechamento de uma obra que pretende discutir, sob um olhar próprio, um tema cujo debate é antigo e amplo.

2 RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: ORIGEM E PERSPECTIVA CLÁSSICA

A história do direito guarda suas raízes nas antigas civilizações e nas formas mais remotas de organização da sociedade. Os estudiosos da história geral do direito buscam referências para o estudo da temática no direito arcaico⁵, passando pelo império babilônico, com o código de Hamurabi, pelas civilizações grega e romana, Idade Média e pelo Direito Canônico, até chegar à modernidade, com as noções mais contemporâneas da concepção de Direito. (LOPES, 2014).

Ao longo dos séculos, as transformações sociais influenciaram e foram fortemente influenciadas pelo Direito. Momentos de comoção e ruptura não se dissociam dos reflexos que geram (e sofrem), em consequência da relação com as ciências e as mais diversas áreas de conhecimento.

O Direito, entendido como uma ciência social aplicada, ou mesmo como *Juris prutendia*⁶, reflete concepções políticas, sociais, cognitivas e econômicas do período em que se insere, sendo imprescindível uma análise historicamente situada para compreensão dos institutos e instituições, objetos do presente trabalho.

A rigidez constitucional⁷ tem sua formatação atrelada à ideia moderna de constitucionalismo⁸, que possui raízes ainda no séc. XIII, com a Magna Carta

⁵ “Luhmann [...] divide em três grandes estilos o Ordenamento Jurídico ao longo da história: a) o Direito Arcaico; b) o Direito antigo; e c) o Direito moderno, próprios da gênese do movimento constitucionalista do séc. XVIII. [...] O Direito arcaico é próprio do período tribal. Os costumes familiares da humanidade tiveram lentamente ampliada sua esfera de alcance, primeiro com a criação do clã e posteriormente com a criação da tribo. Assim, a legitimidade de qualquer ato coativo, sancionatório da prática de ilícitos advinha diretamente do costume imposto pela crença dos antepassados. [...] O Direito antigo formou-se a partir da gradual criação dos centros urbanos, da escrita e da moeda metálica. [...] é desse período a conhecida codificação de Hamurabi na Babilônia.” (CRUZ, 2014, P. 30-31).

⁶ Marcelo Galuppo em seu artigo *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo* (2005), apresenta um breve histórico da ciência em sentido moderno e contemporâneo de forma comparativa às concepções teóricas do direito, concluindo, por fim, que o direito em bases contemporâneas pós-positivistas, não pode ser entendido como ciência. “Em poucas palavras, o Pós-Positivismo recusa ao Direito o estatuto de uma ciência. Nosso saber não é científico. Não precisa sê-lo. Sobretudo não pode sê-lo, se estiver a serviço da emancipação. Como indicava Viehweg, talvez devêssemos pensar como os romanos: não em um Ciência do Direito, mas em uma *Juris Prudentia*. (GALUPPO, 2005, p. 205).

⁷ O termo rigidez constitucional é aqui utilizado em uma perspectiva próxima da cunhada ainda no séc. XIX por James Bryce (1962), e reproduzida até a contemporaneidade, entendido como a existência de limites ao poder de reforma constitucional, sejam formais ou materiais, mais dificultosos do que para alteração da legislação ordinária. A Constituição, nessa perspectiva, é o parâmetro de validade das demais normas. O histórico da terminologia será melhor trabalhado no tópico 2.2.4.

⁸ Previamente à noção moderna de constituição, alguns autores trabalham com uma ideia de constitucionalismo antigo, com referência à civilização grega e à utilização do termo *politeia*, e, também com a ideia de um distinto constitucionalismo medieval, relacionado à limitação ‘de fato’ dos poderes públicos. (LACERDA, 2009) (MARTINEZ, 2009) (FIORAVANTI, 2001).

Inglesa (1215) e se estrutura mais definitivamente no final do séc. XVIII com o surgimento das primeiras constituições escritas nos Estados Unidos (1787) e na França (1791).

As Constituições formais nascem atreladas a uma ideia de permanência e estabilidade⁹, que é endossada pela doutrina clássica da qual cuida este capítulo.

2.1 Formação da modernidade e o direito: precedentes.

A modernidade¹⁰ tem como marca a defesa do domínio da razão, construído com base em ideias como as de verdade, técnica, indivíduo, método e conhecimento, defendidas nas mais diversas áreas do conhecimento por autores como Nicolau Copérnico (1473-1543), Galileu Galilei (1564-1642), René Descartes (1596-1650) e Isaac Newton (1643-1727). (SAMPAIO, 2013).

A ciência e a filosofia começam a trabalhar a partir da separação radical entre o homem e a natureza, a distinção entre o objeto cognoscível e o sujeito cognoscente. A humanidade caminha para uma 'era de certezas' pautada na revisão dos valores religiosos e na rejeição a argumentos de autoridade dissociados de racionalidade. (CRUZ, 2014).

Na religião, a Reforma Protestante, ainda no século XVI; na economia, o desenrolar do capitalismo; nas ciências, a revolução científica; na filosofia, o racionalismo filosófico são fatores que marcam a solidificação de uma nova visão de mundo e de novos rumos para a sociedade e o direito. (CRUZ, 2014).

A consolidação dos movimentos constitucionalistas modernos, no séc. XVIII, é influenciada pelo desenrolar desses eventos e, especialmente, por três ideias

⁹ Importante anotar, desde já, que estabilidade e rigidez constitucional, apesar de se relacionarem, têm significados distintos e, em alguns casos, distantes. Nem sempre uma constituição com mecanismos extremamente difíceis de modificação é estável, ou seja, durável e, na prática, menos sujeita a reforma. A estabilidade depende de uma conjugação de fatores, sendo a rigidez constitucional uma dessas variáveis. Nesse sentido: (BRYCE, 1967) e (DUARTE NETO, 2009) "Hordiernamente, Constituição Rígida é um conceito jurídico-formal neutro: consiste naquela que dispõe de um procedimento solene de transformação, quando comparado com o rito das normas infraconstitucionais. A Rigidez do procedimento confia-lhe supremacia formal, que por sua vez é garantida pelo Controle de Constitucionalidade. De outro lado, Estabilidade é um conceito obtido da Ciência Política. Trata-se da capacidade de uma Constituição ou organização constitucional de persistir no tempo, transformando-se conforme as exigências sociais e políticas, sem perder suas características essenciais. Há uma Estabilidade de ordem formal e material. Esses dois conceitos – Rigidez e Estabilidade – devem ser utilizados na solução de problemas distintos no âmbito do direito." (DUARTE NETO, 2009, p. 13).

¹⁰ Não existe univocidade de datas, mas são consideradas marcos do fim da Idade Média e início da Idade Moderna a chegada dos espanhóis à América e a Reforma Protestante. (ACCA; QUEIROZ; LOPES, 2009).

fundamentais decorrentes desses acontecimentos: (i) individualismo, (ii) contratualismo e (iii) a progressiva juridificação da política. (SAMPAIO, 2013).¹¹

(i) Era característica da Antiguidade e da Idade Média uma visão holística da sociedade. Apesar da existência empírica do indivíduo, moralmente esse indivíduo não possuía autonomia.¹² As pessoas eram vistas como integrantes de um todo, de uma família, grupo ou classe.

A modernidade, por sua vez, é marcada pela valorização do indivíduo moral, do sujeito, para além do grupo no qual está inserido¹³. A concepção moderna do homem e de sua relação com Deus e com a propriedade de bens consagra o individualismo moderno.

A Reforma Protestante, especialmente baseada nas teses defendidas por Martinho Lutero e nos elementos fornecidos por Calvino, contribui para essa nova percepção do indivíduo.¹⁴ (DUMONT, 2000).

A partir das críticas dos reformistas à posição da Igreja cristã, que se posicionava como única intermediária no contato entre o homem e Deus, e de uma nova percepção de igualdade entre os cristãos, caminha-se para uma visão antropocêntrica da sociedade.

Em resumo, a doutrina de Martinho Lutero, se opunha à

[...] diferença entre os homens “espirituais” e “temporais”, todos os crentes possuem uma autoridade igual em matéria espiritual; uma dignidade semelhante está investida em todo o homem, seja sacerdote ou camponês; a doutrina hierárquica da Igreja nada mais é do que um instrumento do poder papal; a dualidade da alma e do corpo é um problema para todo cristão, mas pode servir para a organização da Igreja e da comunidade (clara indicação da recusa em pensar nas instituições como estruturas); [...]

¹¹ A formação do constitucionalismo, assim como a história e o conhecimento, não se desenvolve de forma linear e homogênea, o objetivo do presente subcapítulo é apresentar alguns parâmetros gerais, correndo-se o risco da simplificação, para compreensão dos fundamentos de estruturação de um sistema de rigidez constitucional.

¹² “(...) quando falamos de “indivíduo”, designamos duas coisas ao mesmo tempo: um objeto fora de nós e um valor. A comparação obriga-nos a distinguir analiticamente esses dois aspectos: de um lado, o sujeito *empírico*, que fala, pensa e quer, ou seja, a amostra individual da espécie humana, tal como encontramos em todas as sociedades; do outro, o ser *moral* independente, autônomo e, por conseguinte, essencialmente não-social, portador dos nossos valores supremos, e que se encontra em primeiro lugar em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade” (DUMONT, 2000, p.37)

¹³ O individualismo, apesar de ser uma marca da modernidade, tem com um de seus precursores ainda no séc. XIV, Guilherme de Ockham (1285-1347). Ockham antecipou alguns debates relativos a questões filosóficas e religiosas que abriram caminho, junto com outros fatores, para que nos séculos seguintes eclodissem movimentos como a revoluções copernicanas e a reforma protestante. (CRUZ, 2011, p. 177-178)

¹⁴ “Lutero e Calvino atacam a igreja católica sobretudo como instituição da salvação. Em nome da auto-suficiência do indivíduo-em-relação-a-Deus, eles põem fim à divisão do trabalho instituída pela Igreja.” (DUMONT, 2000, p.70)

sua qualidade de cristão faz de todos os homens iguais e coloca, por assim dizer, a essência do homem, por inteiro em cada um deles. (DUMONT, 2000, p.93)

O pensamento organicista da sociedade sofre grande golpe. Agora, o indivíduo passa a se comunicar diretamente com Deus, sem ter a Igreja como intermediária. (SAMPAIO, 2013).

No plano econômico, o desenvolvimento do sistema capitalista em contraposição à estruturação feudal da sociedade consolidou a nova perspectiva do individualismo moderno.

Ainda no período feudal, a fragmentação da sociedade em feudos com sistemas de organização distintos, impedia a expansão do comércio e o fortalecimento do mercado. Cada feudo possuía seu próprio sistema jurídico, descentralizado, mas com pretensões universalistas. (SARMENTO; SOUZA NETTO, 2014).

A partir do fim das epidemias e das Cruzadas e, posteriormente, com a chegada dos europeus à América e uma maior centralização do poder político, esgarçam-se as relações entre senhor e servo, próprias do feudalismo, e consolida-se um novo sistema econômico. Nesse período, o indivíduo passa a posicionar-se socialmente em razão de capital e trabalho, ou seja, do valor que seu trabalho lhe proporciona. Surge a burguesia e o proletário e multiplicam-se os projetos de vida, dissociando da concepção una da comunidade cristã. (CRUZ, 2014, p.59).

Nas ciências, a Revolução Científica faz nascer questionamentos à visão de mundo imposta pela Igreja e pelo Estado, que se apoiavam, um ao outro, como forma de estruturar o poder. Os questionamentos suscitados por Nicolau Copérnico em 1543 e, posteriormente, corroborados em meio à inquisição por Giordano Bruno (1548-1600) e Galileu Galilei (1564-1642) a respeito da insubsistência de uma visão geocêntrica de mundo, assim como o *Discurso do Método* de René Descartes¹⁵ (1596-1642) abriram precedentes para ampliação do debate científico e filosófico.

A despeito da virulência da reação da Igreja [...], as ideias da nova ciência não cessaram de propagar-se. A concepção pela qual a racionalidade poderia livrar o conhecimento de qualquer fundamento arbitrário ou

¹⁵ “[...] o *Discurso do Método* foi uma obra tão revolucionária quanto a teoria heliocêntrica. Descartes [...] centrou suas preocupações na metodologia científica, julgando ser capaz de demonstrar qualquer hipótese racionalmente, inclusive a da existência de Deus. Ele não aceitava mais nenhuma verdade imposta apenas pela fé.[...] afastando a lógica aristotélica, descreveu método que seria comum às ciências naturais e sociais.” (CRUZ, 2014, P.62-62).

subjetivista tinha por contendor a irracionalidade das fogueiras da inquisição. (CRUZ, 2014, p. 61).

O racionalismo cartesiano¹⁶ influenciou fortemente a concepção de uma 'nova' filosofia, centrada não na ciência sensorial e no objeto cognoscível (filosofia do ser), mas no sujeito, como sujeito *cognoscente* (filosofia da consciência). A nova filosofia inaugurada por Descartes privilegia o ser do homem e sua consciência. (CRUZ, 2011, p. 42).

(ii) A partir do avanço do individualismo, a legitimação do poder, que antes era lastreada em Deus, o que caracterizava uma escolha fora do domínio dos homens, passou a ser legitimada na manifestação de vontade dos próprios indivíduos membros da sociedade.

Retornando um pouco na narrativa histórica, com o fim do feudalismo e o surgimento do Estado nacional, o poder passou a se organizar, na grande maioria dos Estados da Europa ocidental, de forma centralizada, por meio das monarquias absolutistas. O Rei tudo podia.

Nesse período, marcado por perseguições religiosas orquestradas principalmente por reis católicos, começam a ganhar força, em contraposição às teses da legitimação divina do poder, as teorias sobre contrato social¹⁷. (SAMPAIO, 2015).

Essa corrente teórica se estrutura com o desenvolvimento do voluntarismo jurídico, doutrina que extrai o fundamento de validade do direito dos atos de vontade e tem como forma de expressão última a concepção de contrato social. Entre os anos de 1650 e 1800, o contratualismo¹⁸ moderno teve seu período de maior afirmação, graças à obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes (1588-1678), e autores como John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). (RIBEIRO, 2006, p.81).

¹⁶ “A nova Ciência repudiava a interferência de valores humanos ou religiosos. Repudiava, com isso, tudo que não fosse estritamente racional. Libertava a razão das amarras escolásticas da fé.” (CRUZ, 2011).

¹⁷ As teorias sobre contrato social encontram suas primeiras referências ainda com os estoicos e foram retomadas posteriormente por alguns pensadores medievais. (SAMPAIO, 2013, p.11).

¹⁸ “[...] entendemos que o núcleo da teoria do contrato social reside na ideia de que o governo legítimo é o produto artificial de um “acordo voluntário” entre agentes livres e de que a autoridade política “natural” não existe. Ao contrário das teorias até então vigentes, sob a ótica contratualista, a autoridade política seria algo artificial, repousando sobre a vontade. Vale dizer, o poder político se legitima por atos de vontade, produtos da liberdade e responsabilidade de cada um.” (RIBEIRO, 2006, p. 82).

Hobbes é considerado expositor da vertente absolutista das teorias contratualistas modernas. Sua obra serve ainda como justificativa ao poder dos reis e ao Estado Absoluto, nomeado Leviatã. (RIBEIRO, 2006, p. 83). A teoria hobsiana parte da descrição do chamado estado de natureza do homem.

É dado que a condição do homem [...] é uma condição de **guerra de todos contra todos**, sendo neste caso cada um governado pela sua própria razão, e não havendo nada de que possa lançar mão que não lhe possa servir de ajuda para a preservação da sua vida contra os seus inimigos. Segue-se daqui que numa tal condição todo o homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos uns dos outros. Portanto, enquanto perdurar esse direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite ao homem viver. (HOBBS, 1999, p. 115-116. grifo nosso).

Assim, em busca de segurança e por conveniência, os homens celebram pactos limitadores de suas liberdades, próprias do estado de natureza. O Estado (Leviatã), à maneira de Hobbes, surge então como forma de garantir a longevidade do pacto frente às debilidades humanas.¹⁹

O contrato social em Hobbes deve ser garantido por um estado forte, absoluto, que se sobreponha à desordem e à luta do estado de natureza, garantindo a segurança dos homens. A forma de concepção do Leviatã se opõe à derivação divina do poder, mas justifica a concentração e ilimitação do poder do Estado, personificado nos reis.

Hobbes, apesar de cunhar uma teoria do Estado em contradição com as exigências democráticas, apresenta grande contribuição ao aceitar e definir a expressão 'lei fundamental' como aquela lei que, caso suprimida, faria o estado cair na anarquia. (JELLINEK, 2005).

A lei fundamental se identifica, portanto, com o contrato sobre o qual se funda o Estado, assim como com as consequências que se desprendem imediatamente dele. Este contrato, que se leva a cabo com assentimento unânime, é, por consequência, inalterável enquanto o Estado tenha que subsistir como tal. (JELLINEK, 2005, p. 634, tradução nossa).²⁰

¹⁹ “[...] a longo prazo, sobre o cumprimento dos pactos, o homem não raro busca satisfazer seus interesses mais imediatos, tornando-se sempre possível a ruptura do pacto [...] Daí a necessidade de que os homens instituam um Estado que os obrigue a respeitar o pacto, ainda que eles próprios não mais o queiram. Hobbes ressalta a fragilidade humana ao enfatizar que, conquanto perceba o mal futuro a que pode se submeter por suas ações, inúmeras vezes o homem sucumbe à tentação do agir para satisfação de seu desejo imediato.” (RIBEIRO, 2006, p. 84).

²⁰ “La ley fundamental se identifica, portanto, con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Este contrato, que se

O contratualismo ‘avança’ mais um passo em sentido aos movimentos de limitação do poder monárquico e aos movimentos constitucionalistas com o liberalismo político de John Locke. Assim como Hobbes, Locke parte de uma noção de estado de natureza, onde os homens são iguais e livres²¹. Contudo, considera a existência, prévia ao Estado, de uma ordenação decorrente da lei da natureza, que assim formula:

[...] mesmo em se tratando de um estado de liberdade, não implica em licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado liberdade incoercível para dispor da própria pessoa e posses, não a tem para destruir a si mesmo ou a qualquer criatura de sua posse, a não ser quando o fim, mais nobre do que a mera conservação o exija. O estado natural tem uma lei de natureza²⁹ para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. (LOCKE, 2011, p. 16).

A existência de uma lei da natureza, como a disposta por Locke, não é congruente com o poder absoluto sustentado por Hobbes. O governo lockiano é limitado pelo seu próprio objetivo, que é o bem dos homens, o que não coaduna com a entrega do povo à vontade desenfreada da tirania.²²

Da concepção lockeana de estado de natureza e de sua passagem para a sociedade política derivam algumas instituições políticas que não poderiam se estabelecer no estado de natureza, tais quais um legislativo²³ e uma lei capaz de

lleva a cabo con asentimiento unánime es, por consiguiente, inalterable en tanto que el Estado haya que subsistir como tal.” (JELLINEK, 2005, p. 634).

²¹ “Para compreendermos corretamente o poder político e ligá-lo à sua origem, devemos levar em conta o estado natural em que os homens se encontram, sendo este um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhe as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, **dentro dos limites da lei da natureza**, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (LOCKE, 2011, p. 15. grifo nosso).

²² “O objetivo do governo é o bem dos homens. E o que é melhor para eles? Ficar entregues à vontade desenfreada da tirania, ou os governantes por vezes sofrerem a oposição quando exorbitem no uso do poder e o empreguem para a rapinagem, e não para preservação da propriedade do povo? [...] Merece a aprovação do bom, sendo que se possa resistir pela força a quem quer que atente contra a propriedade do povo.” (LOCKE, 2011, p. 145-146)

²³ “[Em Locke] o legislador não nasce para gerar os direitos, mas simplesmente para aperfeiçoar sua tutela pressupondo sua essencial pré-existência. Assim, o poder legislativo não poderá dispor de maneira arbitrária sobre a vida e sobre os bens dos indivíduos, nem remover de um homem parte de sua propriedade sem seu consentimento, nem governar com decretos improvisados, e estará pelo contrário obrigado atuar mediante leis promulgadas e certas e juízes autorizados e reconhecidos” (FIORAVANTE, 2001, p. 92, tradução nossa). “[Em Locke] el legislador no nace para generar los derechos, sino simplemente para perfeccionar su tutela presuponiendo su esencial preexistencia. Así, el poder legislativo no podrá disponer de manera arbitrária sobre las vidas y sobre los bienes de los individuos, ni quitar a un hombre una parte de su propiedad sin su consentimiento, ni gobernar con

representar a medida comum nas controvérsias entre indivíduos; um juiz imparcial com quem se possa contar para aplicação da lei e um poder executivo que tenha a força para aplicar as sentenças. (FIORAVANTE, 2001, p. 91-92).

Outro teórico contratualista cuja obra foi de crucial importância para inspiração do movimento constitucionalistas, principalmente aos teóricos ligados à revolução francesa, foi o suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Rousseau vê a sociedade como um produto do homem, que por vontade e racionalidade, é estruturada. O indivíduo não é um ser naturalmente político, mas quando toma parte do contrato social, cede suas propriedades e direitos à comunidade. Assim, após o pacto, cada indivíduo terá os direitos e deveres que a vontade geral²⁴ lhe conceda. (RIBEIRO, 2006).

Em Rousseau, o povo é o soberano. Os membros detentores do poder executivo devem estar submetidos à vontade geral, podendo ser nomeados ou destituídos quando convier ao povo. (ABBAGNANO, 2000, p. 61).

A célebre obra *Do Contrato Social* (2003), ressalta o caráter inalienável e indivisível da soberania, que não é transferida pela simples promessa de obediência do povo a um soberano, caso em que o corpo político se destruiria.

Nessa passagem, Rousseau traz importante observação, que na contemporaneidade, foi utilizada por J.J Canotilho (2003, p. 73) como um dos pontos de partida para estudo do paradoxo entre constitucionalismo e democracia, especialmente no que tange à vinculação do futuro pelo direito constitucional, ao ressaltar que “é absurdo querer a vontade, prender-se com futuras cadeias, e de nenhuma vontade pende consentir no que é oposto ao bem que ela quer.” (ROUSSEAU, 2003, p. 39).

Além de inspirar os ideais da revolução francesa, as obras dos contratualistas, especialmente as de Rousseau, serviram de subsídio ao constitucionalismo norte-americano, que será mais bem estudado no próximo subcapítulo.

Partindo das ideias de Hobbes, Locke e Rousseau, principalmente deste último, chegamos à conclusão de que é necessário um “Contrato”, para que

decretos improvisados, y estará por el contrario obligado a actuar mediante leyes promulgadas y ciertas, y jueces autorizados y reconocidos.” (FIORAVANTE, 2001, p. 92).

²⁴ “A vontade própria do corpo social ou soberano é a *vontade geral* que não é a soma das vontades particulares, mas a vontade que tende sempre ao bem geral e que por isso não se pode enganar”. (ABBAGNANO, 2000, p. 61).

seres humanos, dotados de soberania individual e inalienável, possam viver em conjunto em um pacto social, sem se transformarem em meros súditos de um soberano todo poderoso. A expressão “Contrato” serviu para os norte-americanos, que muito práticos, entenderam que, se é necessário um contrato, este deve ser escrito, formalizado, orgânico, com cláusulas a obrigarem as partes envolvidas no Estado que se quer formar. E assim elaboram e promulgam sua Constituição [...]. (FIUZA, 1993, p. 178).

A inspiração contratualista moderna presente nos movimentos constitucionalistas do séc. XVIII e, por consequência, nos textos das primeiras constituições, é evidenciada pela previsão de mecanismos estritos e rígidos de reforma constitucional, que, já naquele momento, fundamentam-se na ideia de que o poder legislativo e/ou o constituinte derivado somente podem alterar o contrato nos limites estabelecidos pelo próprio povo soberano.

(iii) Até a difusão das ideias contratualistas e consolidação dos textos constitucionais, que significaram o “triunfo” (SAMPAIO, 2013, p. 12) do governo das leis, prevalecia a ideia de ilimitação do domínio dos monarcas, que tinham o poder de criar as leis, mas não se submetiam a qualquer regulação. A partir das mudanças na visão de mundo da sociedade, a Constituição passou a estabelecer regras de investidura, modos de exercício e de controle da autoridade.

A Constituição nasce para limitar o poder e, por isso, não poderia ser fluida, sujeita a acasos políticos, o que reflete nos primeiros textos formalmente constitucionais, que não se dissociam da ideia de supremacia da constituição, estabilidade e permanência e, por consequência, estabelecem mecanismos de rigidez constitucional.

2.2 A Rigidez Constitucional na Constituição dos Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos de 1787, primeira constituição formal, escrita e marco do constitucionalismo liberal, foi também a primeira responsável pela estruturação de um sistema de rigidez e de um procedimento próprio, previamente delineado, de alteração da Constituição.

A ideia de reforma do instrumento orgânico de um Estado é caracteristicamente americana. Ainda que muitas de nossas instituições políticas e legais tenham sua origem em concepções inglesas e ocasionalmente continentais, este não é o caso na questão fundamental de reforma da Constituição. [...] A doutrina da soberania popular teve um apelo especialmente forte para os habitantes do século dezoito. O povo era soberano: isso significa que eles podem fazer a constituição. Corolário

disso, claro, ele pode revisar e emendar o documento que eles adotaram. (ORFIELD, 1941, p. 1).²⁵

O Artigo V, tracejado pelo constituinte originário, descreve o procedimento de alteração do texto constitucional pautado na atuação do Congresso estadunidense com posterior ratificação pelos Estados da federação.²⁶

O Congresso sempre que dois terços de ambas as Câmaras o julgarem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou a pedido das legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará, uma convenção para propor emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os objetivos e propósitos, como parte desta Constituição, se ratificadas pelas legislaturas de três-quartos de todos os Estados, ou por convenções em três quartos destes, podendo o Congresso propor um ou outro modo de ratificação. Nenhuma emenda feita antes do ano mil oitocentos e oito poderá atingir de qualquer maneira a primeira e a quarta cláusula da nona seção do Artigo Primeiro; e nenhum Estado, sem seu consentimento, poderá ser privado de igualdade de sufrágio no Senado. (ESTADOS UNIDOS *apud* CORWIN, 1986, p. 212).

O Artigo V é, a princípio, bastante pragmático e objetivo²⁷ (HORTA, 2010) ao desenhar o esquema de reforma do texto constitucional.²⁸ O dispositivo prevê em sua literalidade a necessidade de aprovação de emenda constitucional por 2/3 (dois terços) dos membros do Congresso Nacional ou das legislaturas dos Estados e ratificação por 3/4 (três quartos) dos estados da federação. Além disso, trouxe também limites temporais à alteração da 1ª e da 4ª Cláusula da Nona Seção do Artigo I, que não poderiam ser modificados até 1808, assim como a intangibilidade permanente da regra que assegura igualdade no Senado da representação dos Estados, ressalvado o consentimento destes.

²⁵ "The idea of amending the organic instrument of a state is peculiarly American. Although many of our political and legal institutions take their origin from English and occasionally Continental conceptions, such is not the case in the fundamental matter of altering the constitution [...] The doctrine of popular sovereignty had an especially strong appeal to the inhabitants of the eighteenth century. The people were sovereign; it followed that they could make a constitution. Corollary to this, of course, they could revise and amend the document which they had adopted (ORFIELD, 1941, p. 1)

²⁶ The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate. (ESTADOS UNIDOS, 1787)

²⁷ No Capítulo 4 será debatida questão crítica a respeito da suposta objetividade do Artigo V da Constituição do Estados Unidos.

²⁸ Sobre uma exposição detalhada dos debates que circundaram a elaboração da redação do artigo V: (ORFIELD, 1941).

Em geral, a doutrina, inclusive contemporânea dá eco à posição adotada, já no século XVIII pelo Juiz Marshall²⁹, que caracterizou o mecanismo destinado à emenda da Constituição como “impraticável e complicado” (MARSHALL *apud* CORWIN, 1986, p. 212).³⁰ Contudo, esse posicionamento, está longe de ser unânime. Thomas Cooley, em sua obra *Princípios Gerais do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América*, chega ao extremo oposto ao definir o método previsto no Artigo V como “simples, fácil e pacífico [...] a fim de que as reformas propostas possam ser aceitas sem perspectivas violentas de alteração”. (COOLEY, 1982, p. 212).

A história mostrou, ao longo dos mais de duzentos anos da Constituição dos Estados Unidos, que o sistema de rigidez adotado para revisão e atualização do texto constitucional, considerando a atuação legislativa, executiva e principalmente judicial, foi hábil em conjugar estabilidade com a flexibilidade necessária à revisão democrática do texto, que permanece ainda vigente.

2.2.1 Precedentes: Contexto histórico de surgimento da Constituição formal nos Estados Unidos

A organização de um sistema político norte-americano próprio começou a se delinear a partir da luta dos colonos contra os colonizadores ingleses, que culminaria em 1776 na Declaração de Independência. É a chamada revolução Americana.

Após longo período de omissão em relação às colônias, especialmente a partir da Revolução Gloriosa (1688-1689), que acabaria por abrir espaço para o surgimento de um sentimento de ‘orgulho inglês’ entre os colonos e para o restabelecimento de maior espaço aos autogovernos locais, por meio das assembleias coloniais, a luta pela independência foi fortemente motivada por uma

²⁹ John Marshall (1755-1835), amigo íntimo de George Washington e bem relacionado com os federalistas, como Alexander Hamilton e James Madison, quando jovem, participou de batalhas militares e graduou-se em Direito. Dividido entre o direito e a política, no período de agitação entre os Estados da antiga colônia britânica, defendeu a formação de uma União forte, ao lado de Madison, em oposição à fragilidade da confederação. Foi representante do Estado da Virgínia na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos, Secretário de Estado do Governo do Presidente John Adams e o 4º Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde permaneceu por mais de 34 (trinta e quatro) anos até sua morte. (DUCKINCK, 1862)

³⁰ Nesse sentido também se manifesta Gerg Jellinek: “Tão difícil é a modificação da Constituição americana, que no curso do séc. XIX só foram feitas quatro adições à Constituição. Durante mais de trinta anos nenhuma das emendas apresentadas chegou a ser lei.” (JELLINEK, 2005, p. 659-660, tradução nossa). “*Tan difícil es la modificación de la Constitución americana, que en el curso del siglo XIX sólo se han hecho cuatro adiciones a La Constitución. Desde hace más de treinta años ninguna de las enmiendas presentada ha llegado a ser ley.*” (JELLINEK, 2005, p. 659-660)

significativa alteração das relações entre colônia e metrópole.³¹ (BIGLIAZZE; PAIXÃO 2011).

O desrespeito à autonomia das colônias advindos das novas diretrizes impostas pelo governo central nos anos que se seguiram à 1963, especialmente com a instituição de diversas leis provenientes do parlamento inglês, que impunham intensas restrições, principalmente no âmbito comercial e na seara tributária, como a Lei do Selo (1765), Lei do Chá (1773) e a Lei de Coação (1774), motivou a união organizada³² das colônias a fim de fazer frente à metrópole. (CERQUEIRA, 1993).

Ao longo dos dois anos seguintes, a relação entre o governo central Britânico, que passou a rechaçar qualquer possibilidade de negociação com as colônias, foi-se esgarçando, o que desaguou em conflitos militares no território das colônias. (CERQUEIRA, 1993).

A luta dos norte-americanos foi direcionada contra a Europa, de uma forma geral, e, especificamente, contra a coroa e o parlamento britânico. Vitoriosas, as ex-colônias inglesas na América do Norte estabeleceram um governo republicano, orientado por novos anseios, proclamando princípios de liberdade, igualdade, procura da felicidade e soberania do povo. (CERQUEIRA, 1993). Tais ideais ficaram consagrados no texto final da Declaração de Independência assinada pelos países ‘fundadores’ em 1776.

Consideramos estas verdades como evidentes em si mesmas, **que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.** Que a fim de assegurar esses direitos, **governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados;** que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, **cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo,** baseando-o em tais princípios e

³¹ “Qual seria a motivação para a mudança de atitude na postura em relação às colônias na América do Norte? [...] **Crescimento das colônias.**[...] houve uma nova onda de imigração, ampliou-se a produção agrícola e o volume do comércio praticado a partir das colônias. **Rivalidade entre potências europeias.** [...] O império Britânico percebeu o crescente perigo de derrota militar em território norte-americano, que poderia conduzir à perda das colônias. **Relação entre metrópole e colônia.** O regime de “negligência” conduziu a um enfraquecimento do poder da metrópole sobre os assuntos políticos das colônias. [...] **Enfraquecimento dos governadores.** Como uma consequência da formação de líderes políticos locais, os governadores viram seu poder reduzir-se sensivelmente, e queixavam-se, reiteradas vezes, em memorandos dirigidos a Londres, da falta de instrumentos para implementação das diretrizes do governo central.” (BIGLIAZZE; PAIXÃO, 2011, p. 103-104.).

³² “Em 1774, reuniu-se na Filadélfia, o primeiro Congresso Continental. Até aquele momento não estava definida a intensidade da reação colonial a medidas impostas pela metrópole. O caminho da independência era visto como uma alternativa radical, distante do pensamento dominante à época. [...] Por outra parte, o primeiro Congresso considerou inteiramente inaceitável a legislação referente aos *Coercitive acts* (Lei de Coação). (BIGLIAZZE; PAIXÃO, 2011, p. 113).

organizando os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar a segurança e a felicidade. Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; [...]. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiães para sua futura segurança. (ESTADOS UNIDOS, 1776).³³

Após a declaração de independência os conflitos seguiram até o início da década de 1780, quando as agora ex-colônias careceriam de decidir novas e diversas questões relevantes para a estruturação política da região. (BIGLIAZZE; PAIXÃO, 2011).

Em 1777, o Congresso Continental, responsável por orquestrar a independência norte-americana, havia reunido novamente os Estados e editado um dos mais importantes documentos daquele período, nomeado Artigos da Confederação³⁴, responsável por sedimentar a organização das ex-colônias agora em uma forma de estado composto.³⁵ Em razão de divergências entre os estados e a ratificação do documento, que exigia unanimidade, somente foi finalizada em 1781.

Passados 10 (dez) anos desde a formulação dos Artigos da Confederação, que pela demora em sua ratificação já estavam desgastados, em 1787 foi convocada uma convenção, que ficou conhecida como Convenção da Filadélfia, exclusivamente para a revisão de alguns artigos do documento para sua adequação à nova realidade dos norte-americanos.

A Convenção, originalmente convocada para revisão dos Artigos da Confederação, acabou por decidir pela criação do texto daquela que seria a primeira

³³ *"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. [...]. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security"* (ESTADOS UNIDOS, 1776).

³⁴ "Como a Revolução objetivava garantir as liberdades e abolir os controles dos cidadãos por um governo central, a Confederação recebeu poderes limitados: 1) conduzir os acordos externos, negociar tratados, travar a guerra e fazer a paz; 2) administrar os assuntos dos índios; 3) estabelecer padrões de cunhagem, pesos e medidas; 4) Solucionar divergências entre os Estados, e 5) encarregar-se do serviços postal." (CERQUEIRA, 1993, p. 43).

³⁵ "A confederação dos Estados trata-se de uma vinculação entre Estados, criada por pacto internacional, com intenção de perpetuidade e de assegurar a defesa comum." (SOARES, 2011, P. 284).

constituição formal moderna. Em 16 de setembro de 1787, o documento final foi aprovado pelos delegados presentes no evento e remetido para ratificação³⁶ pelos Estados.

2.2.2 A Constituição como documento jurídico: *Marbury vs Madison*

A ideia de supremacia da Constituição frente à ilimitação do poder dos governantes é característica comum aos movimentos constitucionalistas do final do século XVIII. Contudo, a Constituição nasce na maioria dos Estados como um documento estritamente político, ou seja, um instrumento de limitação do poder, que deveria ser interpretado e aplicado pelos titulares dos poderes executivos e legislativos daqueles Estados, no exercício de suas funções de governo.

Os Estados Unidos são o primeiro Estado a atribuir uma conotação também jurídica à obrigatoriedade de observância do texto constitucional no exercício das demais funções estatais, principalmente a partir do célebre caso *Marbury vs Madison* de 1803. (MARSHALL, 1997).³⁷

John Adams, segundo presidente dos Estados Unidos pelo partido federalista e sucessor de George Washington, em sua campanha pela reeleição, perde a presidência para Thomas Jefferson, agora membro do partido democrata-republicano. Como forma de perpetuar no poder anseios do partido federalista, Adams edita o *Circuit Court Act*, de 13 de fevereiro de 1801, criando 19 (dezenove)

³⁶ Especificamente no contexto de ratificação da Constituição, existiram diversos debates a respeito de reformas constitucionais e da possibilidade de convocação de convenções, mesmo que não expressamente previstas no texto, para tal finalidade. No *Federalista* n° 49 Madison e Hamilton enumeram diversas objeções à previsão de reforma por convenções convocadas nos moldes dispostos dentro do próprio texto constitucional, em oposição à ideia de Jefferson de convocação de convenções periódicas, dentre essas, “a maior objeção de todas [...] é que a decisão que provavelmente resultaria dessas consultas ao povo não atenderia a necessidade de manter o equilíbrio constitucional do governo. A repetição desses apelos privaria a instituição daquele respeito que o tempo confere e sem o qual nem mesmo o melhor e mais livre dos governos manteria a necessária estabilidade” (MADISON; HAMILTON, 2005, p. 315).

³⁷ Na atualidade, alguns dos doutrinadores norte-americanos do chamado **constitucionalismo popular**, como o autor americano Larry Kramer (2004), em oposição à doutrina majoritária, defendem que o caso *Marbury* não pode ser citado como reflexo de uma concepção de supremacia judicial, muito pelo contrário, a decisão de Marshall não se oporia, mas sim confirmaria a visão de Jefferson a respeito da função dos poderes na interpretação constitucional. Em seu artigo *Understanding Marbury v. Madison* (2004) Kramer defende que, em seu voto, ao trazer uma fraca afirmação da possibilidade do *judicial review*, Marshall teria expressado por meio de argumentos republicanos a visão segundo a qual “os tribunais, bem como outros departamentos, poderiam se envolver na interpretação Constitucional” (KRAMER, 2004, p. 26, tradução nossa) e não que caberia ao judiciário sempre a última palavra nesse debate (supremacia judicial). “*that courts, as well as other departments could engage in constitutional interpretation.*” (KRAMER, 2004, p. 26).

novos cargos de juizes, o que ficou conhecido como *midnight judges* (juizes da meia-noite). Dias depois, em 27 de fevereiro do mesmo ano, Adams editou ainda o *Organic Act of the District of Columbia*, que organiza o novo Distrito de Columbia e, entre os dispositivos, cria 42 (quarenta e dois) novos cargos de *justice of the peace*.³⁸ (KLAUTAU FILHO, 2003).

Entre os nomeados para o cargo de juiz de paz, estava Willian Marbury, que não consegue tomar posse antes da troca de governo, já que o então Secretário de Estado de John Adams, John Marshall, não teve tempo hábil para entregar-lhe o ato de nomeação.

Após a posse de Thomas Jefferson, o novo Secretário de Estado James Madison se recusa a dar a posse a Marbury, pois considera sua nomeação nula. (KLAUTAU FILHO, 2003). Nesse contexto, Marbury recorre à Suprema Corte por meio de um *writ of mandamus*, pleiteando sua posse contra o ato de James Madison. (MARSHALL, 1997). Em 1803, a demanda chega para julgamento na Suprema Corte, sob a Presidência justamente de John Marshall, nomeado para o cargo também pelo ex-presidente Adams nos últimos dias de seu governo.

Em seu voto, Marshall coloca três questões sucessivas, cujo exame foi realizado pelo Tribunal no caso: (i) se existe o direito à posse de Marbury; (ii) se as leis de seu país facultam recurso; (iii) se o recurso adequado é o *mandamus* emanado da Suprema Corte. (MARSHALL, 1997, p. 3).

A análise da questão parte do mérito do pedido e, posteriormente, tange a questões preliminares de cabimento do recurso.³⁹

Em resposta ao primeiro questionamento (i) Marshall entende que o ato de nomeação em caráter irrevogável foi realizado pelo Presidente, com ciência e consentimento do Senado, conforme previsto na Seção II do Artigo II da Constituição. Ademais, o ato de nomeação foi devidamente selado pelo Secretário

³⁸ A expressão normalmente é traduzida pela doutrina pátria como 'juiz de paz', em sentido contrário: "Seria enganoso traduzir-se *justice of the peace* por "juiz de paz". As funções não são totalmente coincidentes com a dos nossos juizes de paz. Nos Estados Unidos, a competência desse magistrate varia de Estado-membro para Estado-membro. Em alguns, o cargo foi extinto, com a transferência de suas funções para juizados municipais."(FERREIRA, 2006, p.43).

³⁹ "A fim de determinar se ele tem as atribuições do cargo, torna-se necessário perquirir se ele já foi nomeado. Caso tenha sido nomeado, a lei prevê sua permanência no cargo por cinco anos, e a ele fica designada a posse quanto às atribuições do cargo, as quais, uma vez assumidas, tornam-se sua propriedade." (ESTADO UNIDOS, 1803, tradução nossa). "In order to determine whether he is entitled to this commission, it becomes necessary to inquire whether he has been appointed to the office. For if he has been appointed, the law continues him in office for five years, and he is entitled to the possession of those evidences of office, which, being completed, became his property." (UNITED STATES, 1803).

de Estado, tornando-o perfeito e acabado, o que garante à Marbury, por consequência, o direito a ser empossado. (MARSHALL, 1803).

Diante da resposta conferida à questão, Marshall conduz a decisão ao segundo questionamento: “*Se ele possui o direito, e o direito foi violado, as leis do seu país lhe asseguram algum recurso?*”. (MARSHALL, 1803, tradução nossa).⁴⁰

Citando o jurista inglês Blackstone (1723–1780), o *justice* conclui que o governo dos Estados Unidos se chama governo das leis e não dos homens e que, certamente, a não previsão de recurso contra a violação legítima de direitos adquiridos o tornaria indigno dessa altíssima nomeação (ii). Marshall passa, então, a perquirir a existência ou não de direito adquirido no caso de Marbury. Novamente a resposta é afirmativa. Marbury faria jus ao ofício e, por consequência, à posse. (MARSHALL, 1803).

A recusa do Secretário de Estado a entregar-lhe o termo de nomeação, que lhe daria a posse, constituiria flagrante desagravo às leis dos Estados Unidos, sendo previsto para sanar a questão o manejo de recurso.

Por fim, (iii) o debate prossegue quanto à competência da Suprema Corte para expedição da ordem mandamental em questão e, nesse momento, a exposição de Marshall faz história dentro do direito constitucional, ao deixar de aplicar a legislação que atribui competência à Suprema Corte por entendê-la inconstitucional.

De acordo com a fundamentação da decisão, apesar do *Judiciary Act* de 1789 atribuir à Suprema Corte competências para expedição de ordens mandamentais em desfavor de oficiais públicos, essa lei não estaria em conformidade com o texto da Constituição. Isso porque, ao distribuir as competências relativas ao poder judiciário no artigo III, na Seção II, 2, a Constituição não enumerou entre as situações de competência originária casos como o dos autos.⁴¹

Em todos os **casos concernentes a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naqueles em que um Estado for parte, a Corte Suprema terá jurisdição originária**. Nos demais casos supracitados, a Corte terá **jurisdição em grau de recurso**, podendo rever tanto as questões de direito como as de fato, com as exceções e de acordo com as regras estabelecidas

⁴⁰ “*If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy*” (MARSHALL, 1803).

⁴¹ “A jurisdição é originária ou em grau de recurso. Em *Marbury v. Madison*, caso em que, pela primeira vez, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, afirmou-se que o Congresso não podia estender a jurisdição originária da Corte Suprema a outros casos além dos especificados na primeira sentença deste parágrafo.” (CORWIN, 1986, p. 191).

pelo Congresso. (ESTADOS UNIDOS *apud* CORWIN, 1986, p. 190-191, grifo nosso).

Assim, pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos declara a nulidade de uma lei, em razão de sua inconstitucionalidade, e, apesar de alguns fundamentos do Controle de Constitucionalidade terem suas raízes em momentos bem anteriores à *Marbury v. Madison*⁴², a decisão se torna um dos marcos do desenvolvimento da ideia de supremacia da constituição e atribui feições nitidamente jurídicas ao documento.

A motivação subjacente à decisão⁴³, objeto de estudo por vários juristas até a contemporaneidade, não se limita à confirmação de um ponto de vista unívoco dentro da política e do direito estadunidense naquele momento, muito pelo contrário.

A aparência de tecnicidade trazida por Marshall no corpo da decisão encobre, no mínimo, uma disputa política e teórica entre o *justice* e o agora presidente Jefferson. Como observa Bercovici (2013), enquanto Marshall defendia a durabilidade da constituição e a jurisdição constitucional como forma de assegurar a juridicidade do texto, Jefferson advogava em defesa do governo dos vivos, afirmando que uma geração não poderia vincular a outra, pautava sua visão pela necessidade de mudança periódica do texto a cada 19 anos. Nesse contexto, *Marbury vs Madison* “também é uma disputa sobre quem representa o povo: o

⁴² A doutrina aponta como antecedentes específicos ao moderno controle de constitucionalidade, entre outras, a obra e atuação de Edward Coke, ligado à tradição do Direito Inglês ainda no séc. XVII; Emmanuel Sieyès, na França; além do próprio norte-americano, como Alexander Hamilton no n° 78 do Federalista. Quanto à origem do controle de constitucionalidade: (CRUZ, 2014) (CORWIN, 1986), (SAMPAIO, 2013).

⁴³ O uso da expressão em destaque objetiva apresentar o panorama político, em alguma medida, encoberto por uma análise isolada da decisão, mas não se contrapõe à noção de que outras decisões possam simplesmente serem esgotadas na justificação descrita pelo julgador, muito pelo contrário. Apesar de fugir ao objeto principal do presente estudo, a fim de evitar uma perigosa ingenuidade, cumpre endossar as noções acerca da temática expostas por Álvaro Ricardo Souza Cruz e Ana Carolina Caram (2015). Os autores, caminhando para além da ontologia a partir da obra de Emmanuel Levinas e objetivando agregar complexidade ao debate teórico do direito, apresentam uma distinção entre justificação descritiva e narrativa no âmbito da fundamentação das decisões judiciais. Nessa perspectiva, o julgador, ao fundamentar sua escolha, diante da impossibilidade de tão-somente descrever a decisão previamente tomada, como se perfizesse em um ato de razão pura, sempre realiza uma construção narrativa. Ou seja, o próprio sujeito desconhece a totalidade dos fatores que o conduziram àquela decisão, logo mostra-se insuficiente às complexidades sociais formulações que, com raízes ainda no paradigma filosófico da consciência, pretendem supor como possível a transcrição racional dos fundamentos que conduziram à determinada decisão. “Decidimos com e a partir de emoções e valores. Justificamos nossas decisões com e a partir de emoções e valores. E, finalmente, criticamos tais justificativas a partir de nossas emoções e valores. Mais ainda: nosso consciente jamais poderá reconstruir “perfeitamente” a decisão, pois parte dela foi tomada por nosso inconsciente, elemento incógnito que domina grandemente qualquer de nossas ações.” (CARAM; CRUZ, 2015, p.132).

direito permanente da constituição ou a representação política temporária e mutável.” (BERCOVICI, 2013, p. 179, grifo nosso).

2.2.3 A rigidez Constitucional e a Democracia na América: a visão de Alexis de Tocqueville, Thomas Cooley e Edward Corwin.

Entre os clássicos indispensáveis ao estudo do direito constitucional, está Alexis de Tocqueville (1805-1859)⁴⁴. O autor francês escreve, ainda na primeira metade do século XIX, em dois volumes, a obra *A Democracia na América*⁴⁵, no qual trabalha, dentre outros aspectos relativos à estruturação da democracia norte-americana, sua visão sobre a reforma constitucional estabelecida pela Constituição e a feição atribuída pela atuação do poder judiciário ao documento.

Tocqueville (2010) destaca o que chama de racionalidade das teorias políticas na América, onde é reconhecido o direito dos juízes de fundar suas decisões primeiramente na Constituição, em vez de diretamente nas leis. Na visão do autor francês, a possibilidade de controle de constitucionalidade, ganha **sentido** e força a partir da previsão, no próprio texto da Constituição, de regras próprias que possibilitam sua alteração.

O estudo da reforma constitucional na obra *A Democracia na América* é desenvolvido por Tocqueville (2010) tendo como ponto de partida a contraposição entre a Constituição americana e os sistemas francês e inglês. A Constituição Francesa daquele período, em sua perspectiva, é considerada imutável⁴⁶, e, por

⁴⁴ “Alexis de Tocqueville, aristocrata, jurista e filósofo do século XIX, empreendeu viagem em 1831 à América, com a intenção primeiramente de estudar o sistema penitenciário, bem como outras instituições correlacionadas. Contudo, lá se depara com a constituição de um regime democrático pautado da igualdade de condições entre os indivíduos, no comprometimento e participação dos cidadãos na conformação de suas instituições políticas e, na legitimidade de suas leis e ordenamentos sociais. A sociedade norte-americana lhe apresentou regras, modelos, hábitos, que o levaram a considerar a democracia americana como um sistema político singular.” (DELUCA; BAZZANELLA, 2012)

⁴⁵ No presente subcapítulo o termo “América”, por fidelidade à obra de Tocqueville, será utilizado com referência aos Estados Unidos da América.

⁴⁶ Naquele momento era vigente na França a Constituição de 1830. “Essa imutabilidade da Constituição, na França, é uma consequência necessária das nossas leis. [...] As leis de 1830, tanto quanto as de 1814, não indica meio algum de mudar a constituição. Ora, é evidente que os meios ordinários da legislação não seriam suficientes para isso. De quem recebe o rei os seus poderes? Da Constituição? De quem os recebe os pares? Da constituição. De quem os deputados? Da Constituição. Como, pois, o rei, os pares e os deputados, ao se reunir, poderia, mudar qualquer coisa numa lei em virtude da qual apenas é que governam? Fora da Constituição, eles nada são: em que terreno se colocariam, então, para mudar a Constituição? De duas uma: ou os seus esforços são impotentes contra a Carta, que continua a existir a despeito deles, e então continuam a reinar em seu

isso, nenhum poder seria capaz de alterá-la. Já no sistema inglês, a Constituição, em verdade, sequer existiria, pois o parlamento, que ao mesmo tempo é um corpo legislativo e um corpo constituinte, poderia fundá-la incessantemente.

Enquanto na França, onde a ausência de previsão de mudança no próprio texto da Constituição a tornaria imutável (isso porque os governantes, como possuem seus poderes emanados pelo próprio texto Constitucional, não teriam legitimidade para alterá-la), atribuir ao judiciário a possibilidade de desobedecer às leis inconstitucionais seria colocar exclusivamente em suas mãos o poder constituinte, na América, onde a Constituição é uma força predominante, que, apesar de obrigar os legisladores e cidadãos, pode ser mudada pela vontade do povo, conforme os processos estabelecidos e nos casos previstos no próprio texto, inclusive com possibilidade de redução dos “magistrados à obediência, semelhante perigo não precisa ser temido.”(2010, p. 98).

Para Tocqueville (2010), a estruturação de um sistema constitucional que possibilita alteração do texto da Constituição é condição para existência e estruturação de um sistema legítimo de controle de constitucionalidade, que não usurpa o poder constituinte do povo, como ocorre na ‘América’. A declaração de inconstitucionalidade não encerra a questão, mas abre duas possibilidades, “ou o povo muda sua Constituição ou a legislatura revoga sua lei”. (2010, p. 97).

Uma situação diversa se delinearia no caso de uma constituição como a do modelo inglês⁴⁷, já que não faria sentido denominar uma lei de inconstitucional, onde o parlamento que faz a lei faz também, e pelo mesmo procedimento, a Constituição, ou no caso de uma constituição imutável, na qual, pela própria lógica, ninguém mais poderia alterar o texto constitucional, e atribuir ao judiciário tal possibilidade seria colocar somente em suas mãos o próprio poder constituinte.

Tocqueville claramente endossa a existência de mecanismos específicos e rígidos de controle de constitucionalidade, que põem a Constituição americana em

nome; ou conseguem modificar a carta, e então a lei pela qual existiram já não existindo, nada mais são eles próprios. Destruindo a Carta eles destroem a si mesmo.” (TOCQUEVILLE, 2010, p. 495).

⁴⁷ Na contemporaneidade, principalmente com os arranjos políticos e jurídicos advindos da atual configuração da União Europeia, o modelo constitucional inglês vem sofrendo algumas alterações. A partir do *Human Rights Act* de 1998, por meio do qual a Inglaterra ratifica a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) de 1950 e que também prevê a possibilidade de declaração de incompatibilidade da legislação interna com a CEDH pelas cortes do país, bem como do *Constitutional Act* de 2005, que cria a Suprema Corte inglesa, instalada em 2009, o país passa a adotar um modelo específico de controle de **convencionalidade** que dá nova formatação ao seu tradicional modelo de supremacia do parlamento. (QUEIROZ, 2013).

uma posição confortável, entre a imutabilidade e a ausência de constituição, e possibilita a estruturação da democracia americana naquele período.

Thomas Cooley (1824 – 1898), outro constitucionalista americano de renome, muito difundido no Brasil por sua distinção a respeito da eficácia das normas constitucionais, também explorou a ideia de estabilidade e mudança constitucional. O autor faz uma conexão direta entre a valoração atribuída a uma Constituição e sua capacidade de adaptação e permanência.

O valor de uma Constituição está na razão direta de sua adaptação às circunstâncias, desejos e aspirações do povo, e tanto mais quanto contiver em si elementos de estabilidade, permanência e segurança contra a desordem e a revolução. (COOLEY, 2002, p. 33).

Cooley prossegue sua análise a respeito da temática, dissertando sobre a distinção entre constituições escritas e constituições não escritas. Em sua perspectiva, as constituições não escritas são aquelas nas quais os princípios mais importantes do Estado podem ser declarados por leis ou atos legais (infraconstitucionais), o que as torna objeto de críticas pelo autor.

O fato de a constituição não escrita poder ser objeto de mudanças perpétuas pelo legislativo a torna vulnerável, uma vez que a única garantia contra mutações à vontade do legislativo é o espírito conservador e a responsabilidade perante o povo do próprio Parlamento, que pode inclusive pautar sua conduta, tão-somente, no temor de resistência por meio da força. (COOLEY, 2002, p. 33).

As constituições escritas, por sua vez, como o modelo americano, partiram do princípio de que a soberania reside no povo e, por isso, preceituam limites e métodos do exercício dos poderes soberanos do Estado e, em alguns casos, proíbem que determinados poderes sejam exercidos.

Por outro lado, Cooley considera as cláusulas pétreas um problema, defeito, das Constituições escritas, uma vez que, ao se tornarem inconvenientes, são de difícil alteração e, algumas vezes, são projetadas sobre princípios técnicos criticáveis ou tendem a invadir aquilo que seria domínio da legislação ordinária em vez de ater-se a regras fundamentais.

Em que pese os prós e contras da constituição escrita, inclusive no que tange às cláusulas pétreas, Cooley defende ser esta uma necessidade na América e, por isso, “os perigos são insignificantes em comparação aos seus inestimáveis benefícios”. (COOLEY, 2002, p. 34).

Cooley (2002) prossegue sua análise a respeito da estruturação das constituições, especialmente acerca de sua supremacia, tratando da nulidade das leis consideradas inconstitucionais. Segundo o autor, é inconstitucional a lei que está em antagonismo aos princípios ou regras da Constituição, dependendo sua nulidade da atribuição a algum tribunal (ou funcionário) de competência para julgamento das violações ao texto constitucional, bem como da manutenção do Poder Legislativo dentro dos limites da autoridade delegada pela Constituição, possibilitando a anulação dos atos nos quais exceder.

Citando Tocqueville, Cooley, exemplificativamente, observa que a Constituição inglesa não escrita adota a supremacia do Parlamento, e, por consequência, os atos do legislativo que vão contra a Constituição não são nulos em verdade, mas valem como modificações ou emendas à própria Constituição. Assim, na Inglaterra, o “remédio contra os atos inconstitucionais é, portanto, político ou revolucionário” (COOLEY, 2002, p. 35). Em oposição a essa forma de estruturação, na América, a própria legislatura é limitada pela Constituição, que também atribui força ao judiciário para declarar a legitimidade de uma lei por processos ordinários.

Importante observar que o autor americano ressalta a possibilidade de alguns casos de controle de constitucionalidade ultrapassarem a competência judicial, uma vez que envolvem questões exclusivamente políticas, como o caso das emendas de reconstrução (pensamento retomado por Bruce Ackerman, com uma nova feição, décadas depois, conforme será demonstrado no capítulo 4 deste trabalho), bem como as tentativas de anulação da Carta Constitucional de Rhode Island. (COOLEY, 2002, p. 35).

Outro autor que classificaremos como clássico dentro da visão doutrinária estadunidense a respeito da rigidez constitucional é Edward S. Corwin (1878-1963). Em sua obra *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual* (1986), uma espécie de constituição comentada, originalmente publicada em 1920, ressalta o Artigo V como uma parte do texto constitucional cuja interpretação fugiria à possibilidade de análise judicial. Para o autor, a Suprema Corte deu às questões relativas ao dispositivo que trata da revisão constitucional conotação de questão política, exclusivamente dirigida ao Congresso.

Assim é, seja porque, no passado todas essas questões foram efetivamente decididas pela ação do Congresso, seja porque a Corte carece dos meios adequados de informar-se sobre as mesmas (sic), seja porque o “poder

judicial” estabelecido pela Constituição não se estende a esta parte da mesma (sic). (CORWIN, 1986, p. 212)

A dificuldade de alteração do texto constitucional, na visão de Corwin (1986) influenciou diretamente na formatação das instituições americanas, favorecendo, especialmente, a confiança nos tribunais para manter a Constituição adaptada às mais diversas condições.

O mecanismo disposto no Artigo V é, ao menos em princípio, altamente antidemocrático na visão de Corwin, em razão do número de cidadãos necessários para sua aprovação. Exemplificativamente, o autor ressalta que, no âmbito da ratificação, uma emenda constitucional pode ser acrescentada ao texto da Constituição caso seja anuída por menos da metade da população do país, ou derrotada por menos da um vigésimo desta população, em razão da distribuição populacional nos estados membros, o que não compatibilizaria com sua visão de democracia.

Ademais, quanto ao limite material imposto na parte final do dispositivo, o qual impede a privação de igualdade de representação dos Estados no Senado, sem seu consentimento, Corwin afirma que essa não é a única limitação à alteração da Constituição. Apesar de não apresentar *a priori* outros limites, o autor aduz que

A emenda, como quaisquer outros poderes organizados na Constituição, existe sob a forma de um poder delegado e, portanto, limitado, embora isso não implique, necessariamente, em investir a Corte Suprema da autoridade de determinar seus limites. O único poder conhecido pela Constituição e não claramente limitado por ela é o que ordena [...] o poder original e inalienável do povo dos Estados Unidos de determinar suas próprias instituições políticas. (CORWIN, 1986, p. 214-215).

Em síntese, Corwin, aparentemente anui com a existência de diferença entre a ilimitação da soberania popular e a limitação própria do poder de emenda, que se caracteriza como um poder delegado. Contudo, considera o mecanismo adotado pela Constituição americana para exercício da revisão constitucional como complicado e antidemocrático, especialmente pela possibilidade de rejeição de uma emenda por um número muito inferior à metade da população em razão da forma de ratificação.

Assim como Tocqueville (2010), Corwin (1986) afirma que a existência de um mecanismo de rigidez constitucional, ou seja, um procedimento próprio de alteração da Constituição, mais dificultoso do que de alteração da legislação ordinária,

favorece o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade, mas defende também que o poder da Corte diante dessa possibilidade não é ilimitado. A limitação da atuação da Suprema Corte está delineada pelas próprias competências constitucionalmente atribuídas em razão da separação de poderes.

Enquanto Tocqueville (2010) ressalta a possibilidade de alteração do texto constitucional como forma de possibilitar a edição de leis que anteriormente poderiam ser consideradas inconstitucionais, Corwin destaca a possibilidade do próprio Congresso controlar externamente esse poder de declaração de inconstitucionalidade.

O Poder Legislativo tem competência legislativa para alterar o número de juízes da Suprema Corte, assim como para controlar sua jurisdição recursal e a jurisdição total dos tribunais inferiores, o que acaba possibilitando o exercício de um controle político, mesmo que indireto, do controle de constitucionalidade.⁴⁸ (CORWIN, 1986, p. 178-179).

2.2.4 Constituições Rígidas e Flexíveis: a distinção de James Bryce

A difusão da terminologia ‘Rigidez Constitucional’ e sua conceituação são atribuídas a James Bryce (1838-1922). O autor, de origem britânica, foi o primeiro a delinear a questão em sua célebre obra *A Comunidade América* (1959), tendo desenvolvido mais detidamente a temática em *Constituciones Flexíveis y Constituciones Rígidas* (1967), cuja primeira edição foi publicada ainda na primeira década do Séc. XX.

O autor parte da classificação – chamada por ele de clássica – que distingue as constituições⁴⁹ em (i) constituições **escritas**, aquelas consignadas

⁴⁸ “Assim, em 1869, ele [o Congresso] impediu a Corte de manifestar-se a propósito da constitucionalidade das leis de Reconstrução, retirando de sua jurisdição um caso já debatido oralmente e pronto para a decisão, e na Segunda Guerra Mundial restringiu o direito de arguir a invalidade de disposições da Lei de Emergência de Controle de Preços e dos decretos do OPA nela baseados perante um único Tribunal de Apelação de Emergência e em grau de recurso, perante a Corte Suprema..”(CORWIN, 1986, p. 179).

⁴⁹ O conceito geral de Constituição para James Bryce pode ser assim definido: “Falando com propriedade, se chama Constituição a estrutura de uma sociedade política organizada por meio de leis.”(BRYCE, 1967, p. 35, tradução nossa). “*Hablando con propiedad, se llama Constitución a la estructura de una sociedad política organizada a través de y por la ley.*”(BRYCE, 1967, p. 35). Importante anotar que as referências ao termo Constituição na obra de Bryce não designam somente a formatação moderna da instituição, pelo contrário. A origem das constituições flexíveis para o autor é contemporânea às primeiras formas de organização da sociedade. Por outro lado, o termo

expressamente em um único documento ou documentos solenes, e as (ii) constituições **não escritas**, aquelas cuja origem não está em um acordo ou em uma estipulação formal, e, sim, no uso que ‘vive’ na memória dos homens. Bryce destaca que, ainda que essa classificação seja verdadeira, não é muito apropriada. (BRYCE, 1967).

A divisão entre essas classes de constituição, não constitui uma linha bem definida, porque em qualquer constituição escrita existem elementos costumeiros expressos por escrito. Por outro lado, nas chamadas Constituições não escritas existe uma forte tendência a considerar compilações de costumes ou precedentes como obrigatórias. Embora se originem de costumes, sempre contêm alguns estatutos escritos. (BRYCE, 1967, p.16).

Demonstrada a insuficiência dessa classificação, Bryce elabora e sugere uma nova distinção, a qual considera mais adequada, pautada “na relação de cada Constituição com as leis ordinárias e com a autoridade ordinária que as dita.” (BRYCE, 1967, p. 19, tradução nossa).⁵⁰.

O autor divide as constituições em dois grandes grupos, algumas pertencentes a um grupo mais velho do *Common Law*, que estão no mesmo nível das leis ordinárias e, por isso, são promulgadas e abolidas por um procedimento único, e outras pertencentes a um grupo mais moderno, que estão acima das outras leis do país. Nesse último caso, o instrumento no qual estão contidas as constituições não é concretizado da mesma fonte das outras leis, já que sua promulgação se dá por procedimento distinto, com ainda mais força que os demais atos normativos. Essas características, em parte políticas e em parte legais, são as que melhor distinguiram dois tipos de constituições: as **constituições rígidas** e as **constituições flexíveis**. (BRYCE, 1967).

A atribuição da nomenclatura (‘rígidas’ ou ‘flexíveis’) é conferida por Bryce, tendo como ponto de partida uma passagem metafórica. Constituições flexíveis “possuem elasticidade e se adaptam e alteram suas formas sem perder suas características principais.” (BRYCE, 1967, p. 26). Por outro lado, a terminologia “rígida” decorre da ausência dessa flexibilidade, que torna as constituições desse tipo duras e fixas.

‘Constituição rígida’ denota em seu trabalho, quanto à origem, um tipo ‘mais moderno’ (p. 94), que marca uma etapa mais avançada de desenvolvimento político.

⁵⁰ “en la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que as dicta”(BRYCE, 1967, p. 19).

Nos estados que adotam o modelo flexível de Constituição todas as leis⁵¹ são pertencentes à mesma categoria e têm igual força. Nesse modelo de estruturação, só existe uma autoridade legislativa responsável pela edição de leis independentemente da matéria abordada. Todavia, de outra forma se organizariam os estados que adotam o modelo de constituição rígida, nos quais as leis e a Constituição são hierarquicamente situadas em patamares distintos, contando com duas autoridades legislativas diversas, sendo uma delas superior e competente para legislar a respeito de qualquer matéria (BRYCE, 1967).

A forma como a superioridade e o procedimento de votação vão ser definidos – se pelo povo diretamente, se por uma assembleia diferenciada ou mesmo pela legislatura ordinária em uma sessão especial – é entendida como um ‘detalhe’⁵² não essencial.

O ponto essencial é este: em Estados que possuem constituições do tipo mais moderno [rígidas], as leis principais e fundamentais denominadas Constituição possuem uma hierarquia superior às leis ordinárias e não são modificadas pela autoridade legislativa ordinária. (BRYCE, 1967, p. 23, tradução nossa).⁵³

Ao longo dos séculos, as Constituições flexíveis foram perdendo espaço para o modelo rígido⁵⁴, o que já era, por sinal, relatado e professado por Bryce (1967)⁵⁵

⁵¹ Bryce considera a existência de exceções, mencionando, exemplificativamente, o caso de leis municipais ou leis acessórias. (BRYCE, 1967).

⁵² Apesar de classificar como detalhe, Bryce tece alguns comentários sobre o que chama de ‘métodos de emenda’ das constituições rígidas, defendendo como método mais preciso e categórico, por ser um reconhecimento da soberania popular, aquele que cria uma assembleia especial para trabalhar na revisão. Nesse caso, o autor argumenta que a Constituição parecerá obra do conjunto da nação, sem distinção

⁵³ “El punto esencial es éste: en Estados que tienen constituciones del tipo más moderno, las leyes principales e fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.” (BRYCE, 1967, p. 23).

⁵⁴ James Bryce apresenta quatro principais fatores que, em conjunto ou separadamente, são responsáveis por produzir as constituições rígidas: (i) o desejo dos cidadãos de assegurar seus próprios direitos políticos quando estão ameaçados e de limitar a ação do governo; (ii) o desejo dos cidadãos, ou do governante que quer agradar seus cidadãos, de promulgar, em termos positivos e definidos, a forma de governo preexistente e evitar, com isso, posteriores controvérsias; (iii) o desejo daqueles que estão fundando uma nova comunidade política de dar corpo ao projeto de governo em um instrumento que o assegure e o torne popularmente compreensível; (iv) ao desejo de comunidade separadas ou de grupos distintos de uma comunidade grande de estabelecer e promulgar em termos seus direitos, interesses respectivos e assuntos comuns que vão ser resguardados e assegurados por meio de um governo. (BRYCE, 1996, p. 100 – 101).

⁵⁵ “Mas, no mundo moderno esse tipo de constituição [flexível] quase desapareceu”. (Bryce, 1967, p. 27, tradução nossa). “Pero en el mundo moderno este tipo de constituciones [flexível] casi há desaparecido”(Bryce, 1967, p. 27.). E essa seria a tendência para a qual caminhavam as futuras constituições. “Portanto, em geral, parece que o futuro faz parte das constituições rígidas mais do que as de tipo flexível”. (BRYCE, 1967, p. 179, tradução nossa). “Por lo tanto, en general, parece que el futuro está de parte de las constituciones rígidas más que de las del tipo flexible.” (BRYCE, 1967, p. 179).

em sua obra a respeito do tema, na qual demonstra sua predileção pela forma moderna do instituto.⁵⁶

Importante anotar que, apesar de utilizar a metáfora da plasticidade e fixação para nomear a classificação das constituições, em momento posterior em sua obra, o autor observa que a dificuldade de modificar uma constituição por meios formais nem sempre está atrelada à sua estabilidade. Citando o fato de a Constituição da Inglaterra, que se enquadra em sua definição de flexível, adotar as mesmas características de governo deste de 1689, o autor conclui:

O aparente paradoxo que tudo isto apresenta tem um explicação evidente, ainda que não se repare nela algumas vezes. A estabilidade de qualquer Constituição depende não tanto de sua forma como das forças sociais e econômicas que a apoiam e sustentam. [...] **Seria portanto um erro considerar instáveis as constituições flexíveis. Sua marca verdadeira, seu mérito distintivo, é a elasticidade.** (BRYCE, 1967, p. 45 – 47, grifo nosso)⁵⁷

Assim, aquilo que muitos ainda hoje ignoram e outros tentam tratar como uma enorme novidade já era explicitamente problematizado pelo autor da distinção. A forma de modificação de uma Constituição pode, sim, influenciar em sua estabilidade e no número de reformas, mas não é, nem de longe, o único ou mesmo o mais importante fator.

A distinção entre constituição rígida e flexível é reproduzida nos mesmos termos até a contemporaneidade e difundida de forma acrítica pelos manuais de Direito Constitucional, que, em alguns momentos, em que pese a fundamentada diferenciação já levantada por Bryce (1967) entre rigidez e estabilidade constitucional, insistem em nomear o critério cunhado pelo autor como classificação quanto 'à estabilidade'.⁵⁸

⁵⁶ Bryce (1967) destaca em sua obra alguns pontos positivos das Constituições flexíveis, como sua capacidade adaptação sem ruptura e de retornar dos efeitos de "sacudidas" (p.50) sem dano algum. Contudo, enxerga dificuldades no manejo das constituições flexíveis em estados democráticos de maior porte, por isso ressalta que essas possuem afinidade natural com os regimes aristocráticos. Nesse contexto, fica evidenciada sua predileção pelas constituições rígidas nos estados democráticos modernos.

⁵⁷ "La aparente paradoja que todo esto presenta tiene una explicación evidente, aunque no se repare en ella algunas veces. La estabilidad de cualquier Constitución depende no tanto de su forma como de las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen.[...] Sería, por lo tanto, un error considerar inestables las constituciones flexibles. Su marca verdadera, su mérito distintivo, es la elasticidad." (BRYCE, 1967, p. 45 – 47)⁵⁷

⁵⁸ Nesse sentido: (FERNANDES, 2013, p. 39), (SILVA, 2014, p. 42-45), (BRANCO; MENDES, 2012, p.70) (MORAES, 2006, p. 5)

Especificamente a respeito do tema, Bryce defende ser a estabilidade uma qualidade muito desejável das Constituições, uma vez que atribui à consciência dos cidadãos uma sensação de segurança, gerando benefícios para a economia e a indústria e também possibilitando que se acumulem experiências capazes de possibilitar o aprimoramento da Constituição. (BRYCE, 1967).

As instituições políticas são difíceis de manejar em todas as circunstâncias. Portanto, sua mudança frequente faz com que a nação não aprenda a manejá-la convenientemente. Os experimentos são a alma do progresso e necessitam de um certo tempo. (BRYCE, 1967, p. 132).

Assim, o autor argumenta que os processos mais difíceis previstos para as emendas às constituições rígidas são benéficos. Isso porque, mediante freios e formalidades retardam a realização de uma mudança possibilitando que o povo avalie melhor as implicações daquele projeto e, se for o caso, desista de sua efetivação.

Por outro lado, se as condições de equilíbrio de poder de um país se alteram, assim como as condições sociais e materiais do povo, surge um defeito na constituição cujo remédio é a emenda. Nesse caso, existe o risco, caso a maioria necessária para alteração não seja alcançada, que as previsões que pretendiam dar segurança se tornem um perigo para o desenvolvimento em curso. “Cada segurança implica uma desvantagem.” (BRYCE, 1967, p. 142).

Por fim, outro ponto abordado por Bryce, de crucial importância para a temática do presente trabalho, que pretende justamente discutir a rigidez constitucional frente a diversidade e pluralidade cada vez mais evidente na sociedade, é a relação entre rigidez constitucional e democracia.

Apesar de rechaçar uma generalização, tendo como ponto de partida as Constituições vigentes ainda no início do séc. XIX, Bryce arrisca afirmar que esses instrumentos tendem a fomentar o temperamento conservador e menos propenso à inovação, já que a nação experimenta uma sensação de segurança quando apoiada em uma forma de governo firme e permanente.

A Constituição rígida nasceu com pretensões de assegurar direitos contra o poder e construir uma estrutura de governo na qual as vozes do povo se impuseram. Contudo, com o passar do tempo, verificou-se uma alteração de opinião a respeito dessa situação. Bryce destaca que nas novas democracias, como os Estados

Unidos, o povo já não temia abusos de poder por parte de seus governantes. Pelo contrário, consideravam o governante como parte do povo.

O autor exemplifica a situação relatando que, naquele momento – final do séc. XIX e início do séc. XX – nos Estados Unidos as restrições ao poder legislativo contidas na Constituição causavam irritação nos partidos reformadores e ocasionaram uma luta entre o poder judiciário, defensor de doutrinas antiquadas contidas nas constituições rígida, e o Legislativo, que atua por mandado de um amplo setor da sociedade. (BRYCE, 1962).

Nesse contexto de mudança, a Constituição rígida, que um século antes era a aposta dos revolucionários, passou em muitos casos a ser defendida por aqueles com menos disposição a confiar em uma democracia. Em que pese o exposto, conforme supramencionado, o autor aposta na prevalência e sobrevivência do modelo rígido de constituição.

2.3 O Constitucionalismo Francês e a Teorização do Poder Constituinte

Os norte-americanos foram os precursores na elaboração de uma constituição formal e escrita em 1787, contudo foram os franceses quem primeiro teorizaram⁵⁹ a respeito da ideia de poder constituinte, como o poder de elaborar a constituição de um estado e sua titularidade.⁶⁰

O estudo da ideia de poder constituinte e, especialmente, da distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado – este último, em verdade, um poder constituído – mostra-se imprescindível para compreensão da noção contemporânea da rigidez constitucional e dos chamados ‘limites’ ao poder de reforma, já que este, ainda na contemporaneidade, se situaria estritamente entre os limites atribuídos pelo constituinte originário.

⁵⁹ “Cumpre, todavia, não confundir o poder constituinte com a sua teoria. Poder Constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder, porém, para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção mecanicista de sociedade. (BARACHO, 2004, p. 79).

⁶⁰ Canotilho busca a ideia predecessora de poder constituinte em John Locke e seu direito de resistência. “Embora a expressão ‘poder constituinte’ não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova ‘forma de governo’, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregado de prover à feitura e à aplicação das leis.” (CANOTILHO, 2003, p. 72).

Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), membro do clero, também conhecido como Abade Sieyès, escreveu em 1789 a obra *Qu'est-ce que le tiers État?*, na qual, às vésperas da Revolução Francesa, influenciou fortemente o ideal revolucionário do Terceiro Estado⁶¹, especialmente da burguesia, que, farta de arcar com as despesas do clero (Primeiro Estado) e da nobreza (Segundo Estado) sem qualquer expressão ou correspondência nas decisões políticas estatais, organizou-se contra a monarquia absolutista e cunhou um novo contorno para o exercício do governo que não mais se sustentaria nos antigos moldes de legitimação do poder estatal.⁶²

Os abusos cometidos pela administração francesa não eram novos: o que era novo era a reação que provocavam. Os vícios do sistema financeiro foram até muito mais gritantes em tempos anteriores, mas aconteceram desde então, no governo e na sociedade, mudanças que criaram uma sensibilidade infinitamente maior em relação a estes abusos. (TOCQUEVILLE, 1982, p. 166).

Nesse contexto, de insatisfação da burguesia com a posição política e social que lhe era reservada, Sieyès estruturou uma distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos do Estado, de fundamental importância para a ideia liberal de constituição e, também, para a caracterização da reforma constitucional.

Em sua obra revolucionária, o autor francês parte da exposição de três principais questionamentos e suas propostas sintéticas de solução acerca da posição do Terceiro Estado dentro da sociedade francesa naquele período, que servem como base para a formulação de críticas ao *status quo* e ao exercício ilimitado e autoritário do poder.

- 1a) O que é o Terceiro Estado? – Tudo.
- 2a) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada.
- 3a) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa. (SIEYÈS, 2001,p.li).

As respostas formuladas, referentes à importância do Terceiro Estado e sua inexpressão no cenário político, são estudadas e confirmadas por Sieyès (2001) ao longo da obra, que passa então a expor como deveria ser estruturado o governo e o poder na França naquele período.

⁶¹ A revolução francesa tem seu início atribuído à própria aristocracia, que diante de desacordos com o Rei, acabaram forçando a convocação dos Estados Gerais e ao que Léfèbvre denomina 'Revolução dos Aristocratas' que seguiu-se à revolução burguesa e à revolução popular. (LÉFÈBVRE, 1966)

⁶² "A monarquia ainda dominava a estrutura legal do país, mas o poder econômico e as promessas do futuro já eram da burguesia." (CERQUEIRA, 1993 p. 59).

Uma das principais contribuições de Sieyès é, seguindo a inspiração dos autores contratualistas, atribuir a titularidade do poder constituinte à nação⁶³, conceituada naquele momento como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura.” (SIEYÈS, 2001, p. 4).

A delimitação da ideia de nação formulada por Sieyès convém aos anseios revolucionários, uma vez que inclui politicamente a burguesia, como titular de poder político e, por consequência, conduz a questionamentos a respeito da perpetuação de privilégios da onerosa e improfícua nobreza daquele período.

A crítica é forte e rebate quaisquer formas de manutenção de privilégios. A nação é vista como a origem do poder, e o respeito a uma Constituição elaborada por esse poder originário constitui uma solução para acabar com as diferenças. (SIEYÈS, 2001).

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. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. (SIEYÈS, 2001, p.49)

O estabelecimento dessa distinção entre o poder constituinte, como lei fundamental, que funda as bases de organização do estado, e os poderes constituídos, delegados, que não podem fugir às condições da delegação, acaba por dominar, de maneira geral, a ideia de reforma constitucional até os dias atuais.

Sieyès (2001) distingue os momentos de formação da sociedade em três ‘épocas’ distintas, que serão importantes para definir a estruturação de sua ideia de poder constituinte e de mudança da Constituição.

No primeiro momento, caracterizado por um jogo de vontades individuais, os indivíduos, isolados, desejam se unir. Nesse momento, já formam uma nação e contam com todos os direitos de uma nação. A sociedade passa então para a segunda época, na qual os associados objetivam dar consistência à união. Para tanto, em razão de serem os associados dispersos e numerosos, delegam o poder a alguns entre eles. “Essa é a origem de um governo exercido por procuração” (SIEYÈS, 2001, p.47), o momento no qual se encaixa a elaboração da Constituição.

⁶³ “[Nação]: Conjunto dos indivíduos que habitam o mesmo território, ligados pela origem, mesmas tradições, hábitos, valores, língua, religião, têm os mesmos costumes e obedecem à mesma lei, geralmente do mesmo grupo étnico, num dado momento histórico. (TAVARES, 2012, p. 262/263).

A comunidade não aliena sua vontade e ao corpo de delegados confia somente a porção necessária do poder para a manutenção da boa ordem.

Sieyès apresenta aqui importante referência à sua visão ainda embrionária de reforma constitucional, quando afirma que não é próprio ao corpo delegado a possibilidade de mudar os limites do poder que lhe foi confiado. Seria contraditória a atribuição dessa faculdade. (SIEYÈS, 2001, p.47).

Segue então, a terceira época, na qual a vontade comum geral dá lugar à vontade comum representativa, esta parcial e limitada, na qual os delegados exercem não direitos próprios, mas direitos dos outros. Aos delegados caberá o exercício do poder legislativo, a elaboração das leis, chamadas por Sieyès (2001) de leis propriamente ditas em contraposição às leis fundamentais (Constituição).

A Constituição, na obra de Sieyès, ganha contornos claramente políticos, como um documento dirigido ao Governo, ao qual o poder legislativo está submetido, mas não a própria nação que o originou. Os cidadãos, por sua vez, após a aprovação da Constituição deverão se organizar pelas leis, originárias do corpo legislativo.

É possível conceber-se facilmente [...] como as leis propriamente ditas, as que protegem os cidadãos e decidem do interesse comum, são obra do corpo legislativo formado e que se move de acordo com as condições constitutivas. Mesmo quando só apresentamos estas últimas leis em segunda linha, elas são as mais importantes, são o fim do que as leis constitucionais são apenas o meio. [...] É claro que ela [a Constituição] só é relativa ao Governo. Seria ridículo supor a nação ligada pelas formalidades ou pela Constituição a que ela sujeitou seus mandatários. Se para tornar-se uma nação, a sua vontade tivesse que esperar uma maneira de ser positiva, nunca o teria sido. (SIEYÈS, 2001, p. 49).

Apesar das Constituições serem, em geral, caracterizadas como documentos que carregam consigo pretensão de estabilidade e muitas vezes, como já visto no tópico 2.2.3 desse trabalho, dentro da própria tradição francesa como um documento imutável, o próprio Sieyès (2001) percebe que a mudança é algo natural e nem mesmo a nação pode abrir mão de seu direito de mudar.

Seria possível dizer que uma nação pode, por um primeiro ato de sua vontade, não querer no futuro comprometer-se, senão de uma maneira pre-determinada? Primeiramente, uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir. Em segundo lugar: com quem se teria comprometido esta nação? Eu entendo que ela pode obrigar seus membros, seus mandatários, e tudo o que lhe

pertence; mas será que ela pode impor deveres a si mesma? O que é um contrato consigo mesma? Sendo as duas partes a mesma vontade, ela pode sempre desobriga-se de tal compromisso. (SIEYÈS, 2001, p. 50).

Sieyès trabalha, então, a ideia de permanente existência do poder constituinte, que estará sempre latente. A nação, como poder constituinte, independe de qualquer formalização positiva, bastando que “sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo.” (SIEYÈS, 2001, p.51).

A representação da nação é dividida então em duas: (i) a representação ordinária, encarregada de exercer, na forma constitucional, a vontade comum nos limites necessários à manutenção de uma boa administração e cujo poder se restringe aos ‘assuntos de governo’, (ii) e a representação extraordinária, que, em casos raros, substitui a nação, independente das formas constitucionais, para regular a constituição.

Importante mencionar que a obra *O que é o Terceiro Estado?* é um escrito precursor, que veio inspirar os movimentos revolucionários e a própria Constituição Francesa e que não se tratam de comentários a uma Constituição específica, como o as obras de alguns autores já estudados nesse trabalho, nem mesmo de uma proposta de texto constitucional.

Nesse momento, Sieyès debate questões teóricas e fáticas sem necessariamente se referir a uma Constituição positivada, nos moldes americanos. Contudo, já aqui, apesar de definir⁶⁴ claramente a distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos – estes delegados e limitados pela forma que foi dada pela Constituição – de forma rígida, percebe o dinamismo social (certamente dentro das perspectivas de pluralismo limitadas da época) e, até mesmo, a possibilidade de se atribuir aos próprios representantes ordinários uma representação extraordinária para alterar o texto constitucional⁶⁵, embora fique evidente em sua obra sua preferência para que os poderes extraordinários e ordinários não sejam exercidos pelo mesmo corpo.

⁶⁴ Esta definição certamente uma das grandes contribuições de sua obra para aquele período.

⁶⁵ “Não quero dizer que uma nação não possa dar a seus representantes ordinários a nova comissão de que se trata aqui. As mesmas pessoas podem, sem dúvida, concorrer para formar diferentes corpos. Mas é verdade que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas. A outra não está submetida a nenhuma forma em especial: se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo.” (SIEYÈS, 2001, p.53).

Ademais, Sieyès percebe também que a alteração da Constituição não necessariamente deve ser realizada integralmente se essa não for a vontade comum. A representação ordinária pode somente ‘tocar’ a Constituição em vez de dar um novo documento à nação.⁶⁶

A proposta de Sieyès é passível de fortes críticas em nível teórico na contemporaneidade. O caráter quase divino atribuído à ilimitação da representação extraordinária, hoje difundida como o exercício do poder constituinte originário, e sua formulação restrita da titularidade do poder constituinte através da ideia de nação, são objeto das mais ‘justas’ críticas.⁶⁷ Contudo, o paradoxo que se propõe entre os movimentos Constitucionalistas e a democracia já em Sieyès é superdimensionado. O autor, apesar de não trabalhar claramente em defesa de um sistema de rigidez constitucional toca em ideias como mudança e reforma constitucional.

A nação pode sempre reformar sua Constituição. Sobretudo, ela não pode abster-se de reformulá-la, quando é contestada. Todo o mundo concorda com isso atualmente. (SIEYÈS, 2001, p. 54)

A percepção de mudança, dentro dos limites sociais e políticos da época, fez-se presente entre os precursores do constitucionalismo moderno, mesmo diante de Constituições pretensamente imutáveis.

2.3.1 A rigidez nas primeiras Constituições Francesas.

A convocação dos Estados Gerais, por pressão da nobreza, acabou por deflagrar a revolução burguesa. Em 17 de junho de 1789, o Terceiro Estado se proclama a Assembleia Nacional, que, em 7 de julho, torna-se a Assembleia Constituinte. (LÉFÈBVRE, 1966).

Enquanto se desenvolvia a revolução popular, prosseguiram os debates na Assembleia Constituinte a respeito da conveniência em se publicar uma declaração de direitos, antes da conclusão da Constituição. Em 26 de agosto de 1789 é

⁶⁶ “ Concluamos que existe um acordo perfeito entre todos os princípios para decidir: 1º) que só uma representação extraordinária pode tocar na Constituição, ou dar-nos uma etc.; 2º) que esta representação constituinte deve se formar sem se considerar a distinção das ordens.” (SIEYÈS, 2001, p.57).

⁶⁷ Ao recorte proposto no presente trabalho fogem debates acerca do quão ilimitado, incondicionado é o poder constituinte originário ou a quem deve ser atribuída a titularidade desse poder, se à nação, ao povo (e quem é o povo?) ou à multidão. Para uma debate mais específico acerca da temática (CRUZ, 2008), (SARMENTO, SOUZA NETO, 2014) (FREITAS, 2010) (NEGRI, 2002).

finalizado o texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que nas palavras de LÉFÈBVRE constituem o “atestado de óbito do Antigo Regime” (1966, p. 133).

O rei Luís XVI se recusa a sancionar o texto da declaração e também outro decreto aprovado pela Assembleia Constituinte. Mas, pouco importa, a Assembleia considerava esses documentos constitucionais⁶⁸, e como o poder constituinte era soberano, anterior à monarquia, não era necessária a sanção, a tese de Sieyès a suprimia. (LÉFÈBVRE, 1966).

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com pretensões universais, precursora da Constituição francesa de 1791, entre outras disposições, “proclamando a liberdade, igualdade e a soberania nacional” (LÉFÈBVRE, 1966, p. 133), expõe em seu art. 16 uma definição do que, para aquele movimento revolucionário, eram os conteúdos essenciais de uma Constituição: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (FRANÇA, 1789).

Prosseguem os debates a respeito da nova Constituição que, em setembro de 1791, é aprovada pela Assembleia e aceita pelo Rei Luís XVI, que presta juramento ao seu texto no dia 14 no mesmo mês. (CERQUEIRA, 1993). Era o período da monarquia constitucional.

A primeira Constituição francesa trazia em seu texto pretensões de permanência e imutabilidade temporária. (FERREIRA FILHO, 2010). A possibilidade de revisão somente seria admitida caso três legislaturas consecutivas expressassem o desejo de alteração do texto constitucional, na forma do Título VII daquele documento. (FRANÇA, 1791). O caminho proposto para a Assembleia Constituinte seria longo.⁶⁹

⁶⁸ A questão do valor jurídico deste documento dividiu a doutrina francesa nas décadas que lhe seguiram. “Alguns, como Adhémar Esmein e Raymond Carré de Malberg negariam qualquer valor jurídico à Declaração de direitos de 1789. Para esses defensores do positivismo jurídico, a Declaração de Direitos, separada de um texto constitucional, não pode ser senão uma declaração de princípios, uma enunciação de verdades filosóficas que não pode ser reconhecidas como prescrições jurídicas como eficácia de regras de direito positivo. [...] Autores como Léon Duguit e Maurice Haurion defendem, por outro lado o valor jurídico da Declaração de Direitos de 1789 e o seu caráter supremo, tanto em relação à lei quanto à Constituição. Nessa perspectiva profundamente jusnaturalista, a Declaração não é senão o reconhecimento dos direitos individuais preexistentes e, ao proclamá-los, outorga-lhes um valor supraconstitucional.”(LAQUIÈZE, 2006).

⁶⁹ “El pouvoir constituant no se atribuye a la Asamblea popular, sino exclusivamente al Parlamento; pero se busca la estabilidad de la Constitución y la reunión del Pueblo en la estabilidad de la Constitución y la reunión del Pueblo en la revisión constitucional, prohibiendo que durante las dos próximas legislaturas se modifique la Constitución; y se exige para después que tres legislaturas

Os anseios revolucionários não prestam reverência às previsões de reforma constitucional e, em 1793, a França⁷⁰ edita uma nova Constituição, seguida por outra Constituição de 1795.

[...] a concepção da revisão agravada de 1791 ressurgiu na Constituição de 1795, que requintou as formas dilatórias, prevendo a instalação da Assembleia de Revisão, nove anos após a aprovação da proposta. A reunião do órgão em local afastado da sede do Poder Legislativo, a especialização da Assembleia de Revisão, como em 1791, a proibição de participação em qualquer cerimônia pública, dirigida aos membros da Assembleia, (HORTA, 2012, p. 68).

A história das revoluções francesas prosseguiu e com ela vieram outras Constituições e outras formas de rigidez ou de imutabilidade constitucional. A doutrina francesa continuou a também abordar a temática, como veremos à seguir, assim como outros autores de origens diversas.

2.3.2 A Constituição Real de Ferdinand Lassale

Em 1863, chamado a proferir uma conferência na antiga Prússia, Ferdinand Lassale (1825-1864) traçou sua célebre distinção entre **Constituição real** e **Constituição escrita**, desenvolvendo um ‘conceito’ próprio de constituição ligado aos fatos sociais, conhecida pela doutrina contemporânea como perspectiva sociológica.

As questões que, em geral, circundam as obras de Lassale dizem respeito às delimitações e ao conteúdo essencial das constituições. O autor já deixa claro, *a priori*, que a apresentação da matéria concretamente constante no texto das constituições não é suficiente para formulação de um conceito geral.

Em sua obra, *Que é uma Constituição?* (2005), constituição real é entendida como a soma dos “fatores reais do poder que regem uma determinada

consecutivas propongan por unanimidad la modificación; y en este caso se elegirá una Cámara revisionista con un número de miembros superior al de las otras legislaturas, no concediéndose al rey el derecho de sanción respecto de sus acuerdos.” (JELLINEK, 2005, p. 646).

⁷⁰ O artigo 26 que compunha a declaração de direitos parte integrante da Constituição de 1793 assim dispunha: “Artigo 28 – Uma gente tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis às gerações futuras.” (FRANÇA, 1793, tradução nossa). “Article 28. - Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.” (FRANÇA, 1793).

sociedade.”(LASSALE, 2005, p.19)⁷¹. Esses fatores são a força ativa e eficaz que determina como devem ser todas as leis e instituições jurídicas da sociedade.

Quando os fatores reais de poder são reunidos e escritos em uma folha de papel, passam a ser verdadeiro direito e são denominados de constituição escrita ou jurídica. Contudo, caso essas deixem de exprimir fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social, não passam de meras folhas de papel “não têm valor, nem são duráveis.” (LASSALE, 2005, p. 79)

Para Lassale (2005) a constituição real sempre existe e não é uma prerrogativa moderna⁷², ao contrário das constituições escritas, essas, sim, uma construção dos tempos modernos.

A Constituição escrita será boa quando corresponder à real, caso contrário “irrompe, inevitavelmente um conflito que é impossível de evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” (LASSALE, 2005, p. 64).

Ainda, quanto à rigidez e estabilidade das Constituições Lassale argumenta que, em comparação a uma lei comum, uma Constituição, no espírito do povo, deve ser mais firme, imóvel e sagrada, isso reflete na existência, naquele período de: Constituições ‘imutáveis’; Constituições que para reforma exigem mais do que o desejo da maioria; ou algumas que declaram ser a competência para sua alteração não do legislativo, nem do executivo, mas de uma Assembleia Legislativa *ad hoc*, criada expressa e exclusivamente para este fim. (LASSALE, 2005, p. 14).

A preocupação de Lassale centra-se mais claramente nas condições que de fato regem a sociedade e menos na reforma constitucional. Apesar de reconhecer o anseio de permanência do povo de um texto constitucional, o autor acredita que de nada adianta a permanência ou mudança se aquele texto não corresponder aos fatores reais de poder.

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta é uma figueira.” Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E

⁷¹ Lassale (2005) exemplifica, não exaustivamente, como componentes dos fatores reais de poder de determinada sociedade o monarca, a quem obedece o exército, a nobreza influente, os grandes industriais, a consciência coletiva, a cultura geral da nação e o povo.

⁷² A questão é exemplificada pelo que Lassale (2005) denomina de “Constituição Feudal”, além de exemplos das Constituições nos estados absolutistas, anteriores às modernas constituições burguesas.

embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão solidariamente, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era. [...] Igual acontece com as Constituições. (LASSALE, 2005, p. 72).

Em Lassale, assim como em Sieyès, apesar de por pressupostos e em contextos distintos, a formatação da Constituição e sua reforma são vistas como questões exclusivamente políticas⁷³ e não jurídicas.

2.3.3 O modelo de constituição e rigidez em Léon Duguit

Sob influência teórica da concepção sociológica de Emile Durkheim, o jurista francês Léon Duguit (1859-1928) desenvolve uma teoria própria do direito, especialmente do direito constitucional⁷⁴, para além de sua forte influência na concepção teórica dos fundamentos do direito privado. (DUGUIT, 2005a, p. 7-8).

Em sua obra *Manual de Droit Constitucional*, cuja parte introdutória foi publicada no Brasil sob o título de *Fundamentos do Direito*, Duguit define as teorias contratualistas de Hobbes e Rousseau, assim como as demais doutrinas que atribuem à vontade coletiva da sociedade a origem do poder político como “doutrinas democráticas.” (2005a, p. 35).

Como visto, a legislação política na França moderna, especialmente no período da revolução francesa, encontra seu fundamento na doutrina democrática, com base nas noções de que a soberania reside de forma essencial na nação, sendo una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ademais, autoridade política não pode ser exercida senão decorrente expressamente dessa soberania.

Duguit retoma esses argumentos por meio de uma breve exposição histórica, para, rechaçando a veneração à qualquer dogma, apresentar fortes críticas à intangibilidade da soberania nacional. A ideia que em muitas escolas políticas é apresentada como um dogma intangível, em Duguit é classificada como uma “hipótese gratuita e, mais do que isso, postulado inútil” (DUGUIT, 2005a, p. 37), despidido de qualquer valor.

⁷³ Konrad Hesse (1991) formulou em 1959 forte crítica à concepção estritamente política de constituições de Lassale, que será exposta mais à frente.

⁷⁴ O próprio Duguit prefere a denominação ‘direito público interno’ à expressão ‘direito constitucional’ para uma denominação mais ampla das regras que regulam as relações dos governantes entre si e com seus agentes. “[A] primeira parte do direito público interno chama-se, muitas vezes, direito constitucional (tomando a palavra constitucional num sentido muito amplo, e não no sentido estrito e que se emprega quando se pretendem designar as leis constitucionais rígidas.” (DUGUIT, 2005a, p. 62).

O autor acusa de indemonstrável o fundamento das teorias contratualistas de que a soberania implica a existência de uma vontade coletiva distinta da vontade dos indivíduos. A estruturação da ideia de contrato social formado pela superioridade da vontade coletiva para explicar a organização da sociedade é, em Duguit, caracterizada como um círculo vicioso e uma afirmação de ordem metafísica, neste último aspecto incidindo no mesmo problema da antiga fundamentação divina do poder dos reis.

É um círculo vicioso explicar a sociedade pelo contrato; porque a ideia de contrato só pôde nascer no espírito do homem desde o dia em que viveu em sociedade. Por outro lado, ainda quando houvesse um contrato tácito entre todos os membros do corpo social, nem por isso nasceria dele uma vontade geral e comum e um *eu comum*. Pelo contrato social, os membros de certa comunidade querem a mesma coisa; mas nada prova que desse concurso de vontades nasça uma vontade distinta. Ainda quando esta vontade comum existisse, nem assim ficaria demonstrado que ela possa legitimamente impor-se aos indivíduos. (DUGUIT, 2005a, p. 38).

O autor caracteriza ainda o princípio da soberania nacional como inútil, já que sequer serve como fundamentação lógica para a ideia de sufrágio. A crítica decorre da noção de que nas teorias contratualistas, como a de Rousseau, fundamento dos movimentos constitucionalistas modernos, a pessoa coletiva é quem possui a soberania, enquanto os cidadãos, individualmente considerados, não possuem direito a participar de seu exercício. (DUGUIT, 2005a, p. 39).

Assim, apesar dessas teorias terem servido ao propósito revolucionário de proteger o indivíduo contra o absolutismo monárquico, Duguit alerta para os cuidados que devem ser tomados contra o despotismo das assembleias populares, uma vez que “uma coisa injusta permanece injusta, mesmo quando seja ordenada pelo povo ou por seus representantes, tão injusta como quando tivesse sido ordenada pelo príncipe.” (DUGUIT, 2005a, p. 40).

Antes de adentrarmos especificamente na temática acerca da reforma constitucional, importante explicar a visão de Duguit a respeito das Declarações de direito, que, conforme anotado anos depois por Pontes de Miranda (1945), trouxeram uma visão embrionária daquilo que o autor brasileiro chamou de “cerne inalterável” da Constituição.

Um dos que melhor aludiram à formação de cerne foi Léon Duguit, no seu *Traité*, pondo a Declaração de Direitos acima da Constituição. Vale dizer, limitando o poder estatal, o poder constituinte. [...] a própria opinião de Duguit peca pelo simplismo. Nem tudo nas Declarações de Direitos do seu

tempo podia ser acima do poder constituinte, nem estava nelas tudo que devia ser posto acima desse poder. (MIRANDA, 1945, p. 151).

Na visão de Duguit, a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão (1789), em que pese não expressamente referida na normatização da Constituição de 1875, teria ainda “força legal positiva”, ⁷⁵ (DUGUIT, p. 2005b, p. 194, tradução nossa), e, por consequência, seria uma lei constitucional.

Assim, autores como Pontes de Miranda (1945), consideraram a visão de Duguit a respeito do documento, uma visão, no mínimo, incipiente acerca da teoria do cerne constitucional ou, mais usualmente na atualidade (o termo), cláusulas pétreas.

2.3.3.1 *A revisão das leis constitucionais*

Tratando nomeadamente da Constituição francesa de 1875, Duguit elucida que o país em questão, assim como os Estados Unidos, estaria sob o regime de uma constituição rígida, a qual define como aquela que distingue duas categorias de leis, as leis ordinárias, elaboradoras de forma ordinária e que não podem alterar o texto da constituição, e as leis constitucionais,⁷⁶ feitas em condições e com um arranjo específico, que somente podem ser modificadas ou alteradas por meio de formas especiais determinadas pela própria Constituição. (DUGUIT, 2005b, p. 491).

A distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias é rotulada por Duguit como meramente formal, em razão da rigidez, e não se confunde com a denominação material/formal das constituições, uma vez que normas materialmente constitucionais que tratem da organização do estado podem estar fora da constituição formal, assim como normas que nada se relacionam com a organização dos poderes podem estar inseridas no texto constitucional, citando como exemplo dessa última situação normas constitucionais que tratavam de questões meramente administrativas. (DUGUIT, 2005b, p. 492).

Duguit (2005b), em contraposição a Esmein, defende ainda dentro do modelo francês de 1875, que a assembleia de revisão tenha poderes de uma assembleia

⁷⁵ “fuerza legal positiva”.

⁷⁶ Duguit anota, fazendo referência à doutrina inglesa, outro sentido de ‘leis constitucionais, próximo ao conceito de constituição material, segundo o qual a expressão designa também “ciertas leyes que tienen por objeto regular la organización política de un país independientemente de la forma en que se hacen, estas leyes.”(DUGUIT, 2005b, 491).

constitucional, ilimitados, podendo realizar reformas totais ou parciais, inclusive quanto à forma de governo. Contudo, atribui à Declaração de Direitos um caráter supraconstitucional e, por isso, limitador das reformas constitucionais, em razão da crença em direitos inerentes ao ser humano e que, por isso, para sua observância, independem de previsão expressa.

2.3.4 A rigidez e reforma constitucional dentro da teoria de Georg Jellinek

O conceito prevalente de Constituição, ao menos dentro da tradição ocidental, durante a segunda metade do séc. XIX é atribuído à Georg Jellinek (BERCOVICI, 2004). O autor alemão é referência em diversos ramos do direito e, inclusive, desenvolveu uma teoria própria acerca da supremacia da Constituição.

Jellinek (2005) afirma que todo Estado necessita de uma Constituição, caso contrário seria uma anarquia. Assim, a simples existência de um poder de fato que mantenha a unidade já representa um mínimo de Constituição. Por outro lado, os povos civilizados organizam o ordenamento jurídico reconhecido em princípios de Direito e, por isso, adotam uma definição própria de Constituição.

As Constituições dos Estados abarcam, por conseguinte, os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, fixam o círculo de sua atuação, e, por último, a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. (JELLINEK, , 2005, p. 626, tradução nossa).⁷⁷

No contexto de elaboração das Constituições ao longo dos anos, foram se inserindo na prática constitucional os mais diversos conteúdos. Algumas cartas constitucionais se tornaram extremamente extensas e outras sequer abarcam toda substância concebida como materialmente constitucional.⁷⁸ Nesse cenário, tornou-se difícil a tarefa de se distinguir leis constitucionais das ‘leis simples’ em razão puramente do conteúdo, o que gerou alguns efeitos os quais o autor nomeia de ‘singulares’. (JELLINEK, 2005, p. 658).

⁷⁷ “La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado. (JELLINEK, 2005, p. 626,).”

⁷⁸ O autor classifica como materialmente constitucional os princípios de organização do Estado e de sua competência, assim como o reconhecimento de direitos dos súditos.

Por desconfiança no Parlamento e nas maiorias dominantes, alguns Estados e estados membros passaram a incluir nos textos constitucionais questões que em outros locais sequer são matéria de lei – mas sim de decreto – o que, por consequência, acabou esvaziando em alguma medida a função legislativa. Ademais, Jellinek faz relevante consideração com base na análise em questão ao expor outra implicação que deve ser levada em consideração no contexto de estudo da extensão das matérias abarcadas pelo texto constitucional, qual seja, a (im)possibilidade de declaração de nulidade das leis frente à constituição.

Também desempenha um grande papel neste processo das Constituições a consideração de que o juiz pode declarar nulas as leis simples, mas não as leis constitucionais, a menos que firam a Constituição federal.⁷⁹ (JELLINEK, 2005, p. 658).

Especificamente quanto à reforma constitucional, Jellinek (2005, p. 656), em obra publicada originalmente no ano de 1905, observa que a maior parte das constituições daquele período impõe formalidades que dificultam sua modificação, entre as quais ressalta, exemplificativamente, a exigência de maiores superiores às ordinariamente exigidas, além de uma infinidade de combinações de outros requisitos.⁸⁰

Prosseguindo em seu estudo a respeito da temática, Jellinek, assim como diversos autores que o seguiram, cita James Bryce, endossando sua classificação das Constituições em ‘rígidas e ‘flexíveis’⁸¹ e perquirindo qual seria o melhor modelo constitucional.

Em defesa do primeiro sistema [...] pode alegar-se que favorece a permanência das Constituições e protege as minorias de uma dominação imprudente de maiorias absolutas. São de grande importância prática estas formalidades que opõem obstáculo, especialmente onde faltam elementos para retardar a atividade legislativa ou, apesar de existirem, carecerem de força. [...] Por outro lado, o sistema inglês das Constituições flexíveis também tem suas vantagens, já que em todo tempo e sem dificuldade pode adaptar a legislação às necessidades e relações existentes, e sobretudo, porque esse sistema pode abrir caminho para que se reconheçam os obstáculos que se opõem à legislação e podem levar a cabo as

⁷⁹ Neste último caso o autor fala especificamente acerca das constituições de estados-membros.

⁸⁰ Jellinek (2005, p. 656) cita, por outro lado, exemplos de Estados que possuem constituições escritas, mas não exigem formalidade que dificultem sua modificação, como os textos italiano e espanhol e alguns pequenos estados alemães.

⁸¹ Esclarece sua visão a respeito do termo rigidez constitucional: “[A] rigidez aumenta à medida que existe mais dificuldade de colocar em movimento o aparato modificador da Constituição” (2005, p. 658).

modificações necessárias, tendo em vista as relações de poder entre os órgãos superiores do estado. (JELLINEK, 2005, p. 661).

O autor observa que, independentemente do modelo adotado para a Constituição, seja rígida ou flexível, nenhum deles possui o condão de evitar o desenvolvimento de um Direito constitucional não escrito. Mesmo no caso das Constituições escritas e rígidas, ao lado dos princípios puramente formais, nascem outros princípios materiais referentes ao direito constitucional. (JELLINEK, 2005).

Ademais, Jellinek (2005, p. 664) observa ainda que nos Estados nos quais não é atribuído ao Juiz o direito de verificar a compatibilidade entre as leis e a Constituição não há qualquer garantia de rigidez constitucional. Nesse caso, como não existe meio jurídico de se atribuir validade às prescrições constitucionais, a Constituição acaba sendo modificada por leis ou outros atos legislativos sem respeitar o procedimento rígido/formal previsto em razão da ausência de 'sanção'. (JELLINEK, 2005).

Em que pese na prática a existência de mecanismos 'espúrios', como o anteriormente descrito, dentro da própria legitimidade constitucional, existem os meios de alteração ou emenda do texto constitucional, aos quais Jellinek (1991) distingue entre **Reforma e Mutação Constitucional**.

A distinção entre as duas terminologias parte, principalmente, do aspecto intencional das medidas atribuído pelo autor. Enquanto a reforma é entendida como a modificação do texto constitucional de forma voluntária e intencional, a mutação é uma mudança que deixa o texto incólume, produzidos por meios não necessariamente acompanhados pela intenção ou consciência. (JELLINEK, 1991).

Apesar da predileção pelo estudo da mutação constitucional⁸², por entendê-la mais interessante, o autor tece alguns comentários a respeito da reforma constitucional no contexto da Constituição alemã de 1871 (vigente em 1906), os quais são relevantes ao estudo proposto no presente trabalho.

A reforma das leis constitucionais pelo legislativo apresenta problemas comuns à reforma das leis em geral e pode se dar de três maneiras: (i) pela revogação total, (ii) pela substituição por novo texto, ou (iii) pela adição de leis

⁸² "É necessário notar que a doutrina das mutações é muito mais interessante do que a das reformas constitucionais. No entanto, também estas, as quais dedicaremos em seguida algumas linhas, nos oferecem manifestações notáveis." (JELLINEK, 1991, p. 7, tradução nossa). "*No es menester advertir que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales. Sin embargo, también éstas, a las que dedicaremos, seguidamente unas pocas líneas, nos ofrecen algunas manifestaciones notables.*" (JELLINEK, 1991, p. 7).

posteriores. Este último caso, rememora o autor, é o único adotado pela Constituição dos Estados Unidos, que apesar de várias emendas, no total quinze até aquele período (1906), nenhuma letra do documento original de 1787 foi modificada, apesar de algumas das emendas alterarem o conteúdo de determinados preceitos constitucionais. (JELLINEK, 1991, p. 11).

Do ponto de vista da segurança, especificamente tratando do tema da mudança constitucional frente a lacunas existentes no texto positivo, Jellineck (1991) expressa que elas podem motivar a produção de uma mutação constitucional se a situação de fato induzir ao reconhecimento e atribuição de significado 'norma' ao direito consuetudinário. Por outro lado, o autor defende que, em regra geral, a comprovação de lacunas é atribuição do legislador, isso porque, em sua visão, a reforma constitucional, e não a mutação, é o caminho mais seguro para preenchimento por completo das lacunas.

A democratização progressiva da sociedade fez que, em alguns estados, determinadas instituições que incluem a participação direta do povo acabam limitando o poder do parlamento e influenciando mais diretamente na reforma constitucional. Jellinek cita como exemplo o sufrágio universal, a questão do *referendum*, que impede medidas legislativas impopulares (mas, por outro lado podem atrasar o processo legislativo e atuar de forma conservadora na manutenção da ordem existente) e a possibilidade de iniciativa popular. (JELLINECK, 1991, p. 88-89).

Jellineck conclui que não é possível encontrar formas definitivas capazes de operar as relações estatais. Sendo assim, a história, "ímpetuosa y progressiva", ensina quanto aos Parlamentos que, por cima das criações estatais artificiais dos tempos modernos, surgem os dois únicos poderes, adjetivados de 'naturais', onde subjaz a mudança constitucional da história naquele momento: o governo e o povo. "Aonde levará, somente algum dia nossos netos saberão." ⁸³(1991, P. 91, tradução nossa).

⁸³ "A donde llevará sólo lo sabrán algún día nuestros nietos." (JELLINEK, 1991, p. 91).

2.4 O Direito pós-segunda guerra mundial e os limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Os horrores do nazismo e dos regimes totalitários do séc. XX causaram intensa comoção social e política e demonstraram a insuficiência da teoria do direito para lidar com questões relativas à proteção de direitos humanos e de minorias.⁸⁴

Como bem observa Rodrigo Brandão (2009), a classificação entre constituições rígidas e flexíveis cunhada por James Bryce, dotada de força dicotômica desde os primeiros movimentos constitucionalistas, agora se esvaziam de sentido com a esmagadora expansão das constituições rígidas no pós-guerra, que deixou as constituições flexíveis como “reminiscências históricas” (p. 255), presentes em poucos países como Inglaterra, Nova Zelândia e Israel.⁸⁵

Nesse contexto, a supremacia da constituição, o respeito e a proteção a direitos fundamentais foi ganhando mais relevância, e os textos constitucionais passaram, em geral, a incorporar mais garantias de perenidade e efetividade às declarações de direito, que agora, mais do que nunca, não poderiam ser reduzidas a meros documentos políticos, mas sim elevadas a verdadeiras garantias jurídicas de efetividade, não sujeitas a maiorias ocasionais.

Além dos limites formais, já presentes desde as primeiras constituições modernas, nos Estados Unidos (1787) e na França (1791), os textos constitucionais passaram⁸⁶ a dar uma maior relevância a limites materiais ao poder constituinte de reforma, retirando ou restringido a tangibilidade de determinados conteúdos.

Surgem então debates acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade das próprias emendas constitucionais, por meio das quais o poder judiciário passa a influir em um âmbito até então estritamente político, por meio de uma atuação contramajoritária formulada principalmente em defesa de minorias.

⁸⁴ “[...] ninguém é suficientemente ingênuo para argumentar que a ascensão do nazismo poderia ter sido bloqueada caso a Constituição de Weimar dispusesse de cláusulas super constitucionais. Por outro lado, não se pode deixar de argumentar que a Constituição de Weimar, assim como era majoritariamente interpretada naquele momento, favoreceu – ou, pelo menos, não criou os obstáculos que uma Constituição poderia ter criado – a tomada do poder por Hitler por caminhos legais.” (VIEIRA, 113, 1999).

⁸⁵ Importante notar que, conforme exposto, o próprio James Bryce anotou em sua obra essa tendência.

⁸⁶ Nelson Sampaio já observa essa tendência na primeira década pós-guerra; “Em outras constituições, cujo número tem crescido depois da Segunda Guerra Mundial, vêm mencionando os pontos inalteráveis pelo reformador [...]” (1954, p. 86).

2.4.1 Normas Constitucionais Inconstitucionais

No ano de 1951, ainda no contexto do pós-guerra, Otto Bachof (2008) proferiu em Heidelberg uma conferência que acabou fomentando um intenso debate jurídico⁸⁷ a respeito da possibilidade de vinculação, também do legislador constituinte, a limites materiais e também suprapositivos no contexto de reforma constitucional.

De forma genérica, Otto Bachof (2008) começa sua conferência abordando o que é condição para permanência de uma Constituição, que, segundo o autor, depende, principalmente, do quão adequada é aquela Constituição à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui. A perenidade da Constituição não pode ser garantida judicialmente se ela falhar nessa primeira missão.

Em síntese, a questão proposta para desenvolvimento, da qual se fará uma análise pormenorizada no momento, é assim formulada:

Restringimos assim a questão da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas) e da competência dos tribunais constitucionais para saber se as normas constitucionais de uma determinada unidade política (*Gemeinwesen*) – em concreto: da Federação ou de um Estado federado – podem estar em contradição com a Constituição precisamente *dessa* unidade política; **se**, portanto, dentro de *uma só e mesma* unidade política, e tomando como referência apenas a *sua* ordem jurídica, **uma norma da Constituição pode ser inconstitucional, e se os tribunais constitucionais competentes são chamados a decidir sobre uma tal contradição.** (BACHOF, 2008, p. 17, grifo nosso).

Adentrando ao aspecto positivo do direito alemão, Bachof (2008) observa que o legislador constitucional, ao elaborar os dispositivos⁸⁸ acerca do controle de constitucionalidade, pensou, especificamente no controle de normas jurídicas

⁸⁷ No Brasil, a obra originária da conferência proferida por Otto Bachof, ao longo da vigência da Constituição de 1988, é citada em diversos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, entre eles (ADI 981 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1993, DJ 05-08-1994); (ADI 486, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1997, DJ 10-11-2006); (MS 24642, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2004, DJ 18-06-2004); (ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005) (MS 24875, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2006, DJ 06-10-2006) e (ADI 2356 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18-05-2011).

⁸⁸ Art. 93, n° I, alínea 2; Art. 100 da Constituição Alemã.

ordinárias ou relativas às constituições e leis dos Estados federados frente à Lei Fundamental. Observa, contudo, que essa previsão não afasta a possibilidade de conceber-se inconstitucional uma norma constitucional (ou seja, normas em um mesmo plano). Assim, em sua visão, as normas elaboradas pelo legislador constituinte não podem, pura e simplesmente, serem excetuadas do controle judicial.

O fundamento dessa possibilidade de declaração de inconstitucionalidade está justamente na previsão contida no Art. 79, nº 3 da lei fundamental que declara inalteráveis alguns preceitos.

Art. 79 – Alteração à Lei Fundamental [...] 3. Emendas à Lei Fundamental afetando a organização da Federação em estados membros, ou o princípio de participação dos estados membros na formação das leis, ou os princípios declarados nos Artigos 1 a 20, serão vetadas. (ALEMANHA *apud* FAGGI, 2003, p. 86).

Por consequência, se aprovada uma alteração inobservando o disposto no citado artigo, a norma modificadora frente à norma da Constituição inalterável seria inconstitucional. (BACHOF, 2008).

Assim, a princípio, sendo uma das principais funções do Tribunal Constitucional Federal Alemão a guarda da Constituição e não existindo oposição expressa no texto constitucional acerca da temática, o autor defende a possibilidade de se reivindicar ao judiciário essa inconstitucionalidade. (BACHOF, 2008).

Bachof (2008) se posiciona ainda a favor da possibilidade de julgamento da inconstitucionalidade de normas constitucionais tendo como parâmetro, além dos próprios limites expressos, normas suprapositivas. Uma espécie de direito natural.

Contudo, no âmbito da análise da jurisprudência constitucional alemã⁸⁹ e da doutrina⁹⁰, ambas as questões eram, naquele momento, bastante controversas⁹¹, o que impõe ao autor a necessidade de melhor fundamentar a posição adotada.

Panoramicamente, Bachof (2008, p.37) define três circunstâncias, ou podemos dizer ‘pontos de discordância’, que condicionam as dificuldades enfrentadas: (i) os diversos sentidos de **Constituição**, e, por consequência, de

⁸⁹ Vide (BACHOF, 2008, p. 19 – 25).

⁹⁰ Vide (BACHOF, 2008, p. 25 – 36).

⁹¹ Exemplo de posição contrária à defendida por Bachof é a adotada por Apelt, que defende que [n]ão pode ser missão da jurisdição chamar para si o direito de legislação constitucional, isto é, o direito supremo conferido ao poder legislativo e ao povo no seu conjunto na república democrática; responsável pelo sistema de valores sobre o qual se ergue uma Constituição, e pelo qual tem de aferir-se a sua bondade e a sua valia, é o povo todo e não um tribunal de nove homens. (APELT *apud* BACHOF, p. 26-27, p. 2008). Apelt, assim como Spanner e Arndt, recusa também, além da interferência da jurisdição sobre as normas constitucionais, o recurso a critérios extrapositivos para avaliação de normas. (BACHOF, 2008).

inconstitucionalidade; (ii) as diferentes crenças a respeito da existência de um **direito supralegal** vinculando o legislador constituinte; (iii) distinção insuficiente entre o âmbito de validade de uma norma jurídica (questão jurídico-material) e do correspondente direito de controle pelo judiciário (questão processual).

Partindo dos conceitos de Carl Schmitt, Rodolf Smend e Georg Jellinek, o autor define **constituição escrita ou formal** como uma lei formal qualificada essencialmente por características formais - entendendo como essas características as particularidades dos momentos de formação do texto constitucional e uma maior dificuldade de alteração-, e **constituição material** como um conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Defende ainda que pode haver direito constitucional fora do documento constitucional, assim como, ao contrário, nem todas as normas formalmente constitucionais são parte da constituição material. (BACHOF, 2008, p. 39-40).

Assim, por conseguinte, podem as normas jurídicas, inclusive as leis de alteração da Constituição, ser inconstitucionais tanto por violação à constituição formal, quanto por infringência à constituição material.

Nomeadamente, quanto às leis de alteração da constituição ou normas constitucionais elaboradas pelo poder de reforma constitucional, que mais especificamente interessam ao presente trabalho, Bachof ressalta que elas podem infringir a Constituição formal tanto em aspectos processuais (formais), quanto material, “ocorre o *último*, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da *imodificabilidade* destas inserta no texto constitucional”. (BACHOF, 2008, p. 52). Assim, em um ou outro caso a lei de alteração seria inconstitucional.

Contudo, a legitimidade de uma Constituição não está atrelada à sua observância aos preceitos da Constituição anterior, e, nesse mesmo sentido, as regras sobre revisão de uma Constituição poderiam obrigar o poder por ela constituído, mas não o poder constituinte. (BACHOF, 2008).

Ora, se uma alteração da Constituição, apesar de sua inconstitucionalidade (formal ou material), se impõe, se o direito assim produzido adquire, portanto, positividade, e se também à sua obrigatoriedade se não levanta dúvidas, provenientes da infração de direito suprapositivo, então o novo direito ter-se-á tornado ele próprio, daí em diante, direito constitucional vigente. Já se não trata nesse caso de uma *revisão*, mas de uma *remoção*

(eventualmente só parcial) da Constituição que até aí existia; [se trata] de um acto (sic) originário do *pouvoir constituant*, ainda que porventura praticado externamente sob a forma de uma revisão constitucional regulamentada. (BACHOF, 2008, p. 53).

Em síntese, por um lado o autor defende a possibilidade de considerar-se inconstitucional norma de alteração do próprio texto constitucional, mas, por outro, afirma que uma norma constitucional de revisão, originalmente inconstitucional em razão de sua comparação com o texto da Constituição formal relativa ao seu processo de elaboração e limites de ‘imodificabilidade’ do texto, pode mediante aprovação de uma *volonté générale*, tornar-se um ato constituinte e eficaz. (BACHOF, 2008).⁹²

Após dissertar⁹³ a respeito de diversas modalidades de inconstitucionalidade de normas e concluir pela possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, o autor submerge no debate acerca da possibilidade de exercício do controle judicial dessa questão⁹⁴.

não posso imaginar que a judicatura, que recebe sua dignidade e autoridade unicamente da ideia de justiça, possa renunciar em princípio a um controle cujo padrão seja esta ideia, sem com isso perder ao mesmo tempo essa dignidade e autoridade. (BACHOF, 2008, p. 77).

O autor defende o exercício de controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, como uma forma de trazer equilíbrio ao poder.

Não sou de maneira nenhuma defensor de um <<*gouvernement des juges*>>, mas antes acho justificada, especialmente em face da

⁹² Em relação à inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias por violação à constituição formal, Otto Bachof (2008, p. 55 e ss), apresenta a questão como, à primeira vista, paradoxal, em razão de uma lei constitucional não poder violar a si mesma, e conclui pela impossibilidade de tratar normas constitucionais, expressão da livre decisão de vontade do poder constituinte, como inconstitucionais por violar uma norma de grau superior. Não se trata, no caso, de avaliar graus de importância da norma em virtude de um pretensão conteúdo de princípio ou, por outro lado, de uma decisão do legislador constituinte contrária a esse conteúdo, mas sim de uma “regra e exceção.” (BACHOF, 2008, p. 57). Prossegue, contudo, o autor, afirmando que “É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais exceções infringir, simultaneamente, uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fixar, a norma excepcional será sem dúvida não vinculativa – não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do caráter arbitrário da exceção.”(BACHOF, 2008, p. 57). Em síntese, se a norma infringir norma que esteja positivando direito suprapositivo, poderá, fugindo à regra geral, ser considerada inconstitucional.

⁹³ Em razão do recorte epistemológico atribuído ao presente trabalho, citamos no corpo do texto, somente aquelas situações a qual Otto Bachof (2008), trata, mais especificamente, da reforma constitucional.

⁹⁴ Bachof (2008, p.74) observa que o controle judicial é reconhecido pela jurisprudência alemã desde a decisão fundamental do Supremo Tribunal Federal de 4/11/1925.

discrecionariedade *política* do legislativo e do executivo, a mais firma contenção do juiz. Aqui, porém, não se trata da oposição entre direito e *política*, mas entre direito e *não-direito*! (BACHOF, 2008, p. 84).

Assim, Otto Bachof conclui que compete aos tribunais constitucionais o controle de constitucionalidade, em amplo sentido, das normas constitucionais à luz de todo direito incorporado na Constituição (Lei Fundamental ou Constituição de um Estado federado), “de maneira que os tribunais constitucionais podem não apenas recusar o efeito a uma norma constitucional inválida, pela via do controle incidental, como também declarar sua invalidade.” (2008, p. 86).

2.4.2 Constituição Jurídica, rigidez e mobilidade em Konrad Hesse

Em contraposição à teoria defendida por Ferdinand Lassale ainda no séc. XIX, Konrad Hesse (1919-2005) defende a existência de uma força normativa determinante do Direito constitucional, ao lado dos fatores reais de poder, que determinam as relações fáticas.

A teoria da força normativa da Constituição delineada por Hesse objetiva justamente, em oposição a uma ideia estritamente política de constituição, defender uma definição normativa de Direito Constitucional e a ideia de Constituição Jurídica.

Hesse (1991, p. 14) bem observa a insuficiência de uma visão unilateral do ordenamento jurídico e da separação no plano do direito constitucional, entre realidade e norma, que pode acabar levando a uma pura e simples confirmação da tese de que atribui força determinante unicamente às relações fáticas, como a doutrina defendida por Lassale.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. [...] “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas se condicionam mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente, uma da outra. (HESSE, 1991, p. 15).

A Constituição jurídica, para ter força normativa, como pretende Hesse, não deve pautar a construção do Estado de forma abstrata e teórica, pelo contrário a Constituição não deve perder de vista a concretude e a incorporação da prática.

Nesse contexto, o autor observa alguns fatores relativos ao conteúdo e à *práxis* constitucional que contribuem para o desenvolvimento dessa força normativa: (i) O

conteúdo da Constituição deve corresponder ao máximo à natureza singular do presente, incorporando, inclusive, o estado espiritual de seu tempo. (ii) A Constituição deve apresentar condições de adaptação a eventuais mudanças; (iii) Não deve o conteúdo da Constituição assentar-se “numa estrutura unilateral.”(p.21); (iv) os participantes da vida constitucional devem partilhar a concepção de ‘vontade de Constituição’⁹⁵; (v) deve-se assegurar a estabilidade da constituição; (vi) e, por fim, a interpretação constitucional deve ser realizada de forma a conseguir concretizar com excelência o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Assim, é possível constatar que a estrutura de Constituição defendida por Hesse atribui grande importância à formulação de um sistema que possibilite a atualização e mobilidade do texto constitucional, sem que se perca a necessária estabilidade a fim de evitar a desvalorização da força normativa de uma constituição sujeita a constantes revisões.

Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se mais valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. [...] A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. (HESSE, 1991, p. 23).

Em razão de acreditar que as constantes revisões constitucionais são, conforme exposto, prejudiciais ao desenvolvimento da força normativa, Hesse (1991) defende uma constituição mais sucinta, nos moldes da Constituição americana.

Verificados alguns pressupostos de compressão do Direito Constitucional, o autor reserva ainda um tópico específico em sua obra *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (1998) para tratar da questão da estabilidade constitucional

Os elementos relativos à rigidez e mobilidade da Constituição, seguindo o entendimento já exposto, devem ser tratados não de forma alternativa (ou rigidez, ou

⁹⁵ “[A] vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém vigência através de atos de vontade.” (HESSE, 1991, p. 19-20).

mobilidade), mas como uma questão de “coordenação exata” entre esses elementos. (HESSE, 1998, p. 45).

Precede à questão da modificação constitucional⁹⁶ a definição acerca da abertura e amplitude do conteúdo do texto originário da Constituição. Ou seja, o autor alemão observa que somente quando a amplitude e abertura da Constituição não mais dão conta de satisfazer “uma situação problemática” (HESSE, 1998, 46). adentra-se à questão dos limites da revisão constitucional. Assim, até onde é possível a concretização do texto por meio da interpretação, inclusive com mutação constitucional (quando ocorrem alterações de pressupostos, que acabam conduzindo a um resultado diferente), não será necessária uma modificação constitucional.

A Constituição jurídica deve conciliar, primeiro, em sua amplitude e abertura, o ‘persistente’ e o ‘movente’.

O persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível. (HESSE, 1991, p. 45).

Após serem expostas as questões acerca da amplitude e abertura do texto, que maximizam ou reduzem a possibilidade de mutação constitucional, são apresentadas as questões acerca da mobilidade ou rigidez, com base na definição de quórum, forma e legitimidade para votação, bem como sobre intangibilidade de certos dispositivos.

Por isso, o objetivo da Constituição é produzir um texto cujos limites possibilitem a ‘mutação constitucional’ e favoreçam a atualização do texto, e, ao mesmo tempo, contenha regras que tornam a modificação constitucional possível, mas difícil. “Uma tal resolução produz ao mesmo tempo aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa, que são importantes por causa da função apropriada da Constituição”. (HESSE, 1998, p. 47).

Em síntese, o estudo e a estruturação de um sistema de rigidez constitucional apto a manter o texto atualizado ao presente, mas também capaz de evitar corrosão

⁹⁶ O termo ‘modificação constitucional’ é utilizado com referência a uma situação de alteração do texto da constituição e não se confunde com ‘rompimento constitucional’ (desvio das constituições em casos particulares), ou de mutação constitucional (supra explicado).

da vontade Constitucional pelas constantes revisões, são de fundamental importância na teoria desenvolvida por Hesse.

O autor não expõe, *a priori* um modelo ideal de limites às reformas constitucionais – até porque tal consideração o colocaria em contradição com sua própria teoria, que rejeita a separação entre a realidade e a ordem normativa –, , mas tece elogios à estruturação do texto da Constituição americana, que lhe conferiu o que Hesse denominou incomparável vitalidade. (HESSE, 1991).

2.5 Até onde chegamos.

Os autores até aqui analisados, apesar dos mais de 200 anos que os separam, compõem uma doutrina que chamaremos de **clássica** dentro do estudo da rigidez e estabilidade constitucional. De Sieyès (2001), no século XVIII, até Bachof (2008) e Hesse (1991) no avançar do Século XX, a sociedade e as inquietações atinentes ao Direito foram em grande medidas alteradas.

As preocupações com a estabilidade das instituições políticas frente às mudanças sociais e a necessidade de atualização da normatização positivada, como visto desde Sieyès e os debates atinentes aos ‘pais fundadores’ nos Estados Unidos, sempre circundaram o Direito Constitucional moderno, assim como os consequentes debates acerca da rigidez constitucional e do *judicial review*. Com a sucessão dos anos o que se alteraram foram as perspectivas e o contexto social e político que a Teoria da Constituição se prestou a justificar ou criticar.

Tomando como parâmetro os Estados que adotaram Constituições rígidas desde o séc. XIX, verifica-se que a história constitucional americana desenhou um caminho próprio e bem diferente do modelo continental europeu, especialmente aquele cunhado na França no séc. XVIII. A estruturação de um modelo de supremacia da constituição operacionalizado por um sistema específico de alteração constitucional mais complexo do que aquele utilizado para alteração da legislação ordinária com respaldo na jurisdição constitucional, sedimentada desde de 1803, como *Marbury v. Madison*, conseguiu fazer do texto constitucional americano o de mais longa vigência na atualidade.

O Artigo V e a reforma constitucional sempre foram objeto de debate dentro da doutrina americana. A tensão entre *supremacia da constituição* e o *poder do ‘The People’* permearam os debates desde a Convenção da Filadélfia e, principalmente,

no período de ratificação do texto constitucional. De um lado, James Madison (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005), que, apesar de concordar com a gênese constitucional pautada no poder popular, nos artigos de *O Federalista*, mostra desconfiança na natureza da soberania popular em defesa da estabilidade constitucional. De outro lado, Thomas Jefferson defende a convocação periódica do povo para renovação do texto constitucional.

O francês Tocqueville (2010), ainda na primeira metade do Sec. XIX, se mostrou um árduo defensor do modelo de democracia americano e, apesar de ainda não adotar a nomenclatura 'rigidez constitucional', que somente viria a ser sedimentada por Bryce (1959) anos depois, vê a necessidade de um sistema próprio para alteração constitucional como forma de aprimoramento do regime democrático até mesmo como meio de justificar a possibilidade de controle de constitucionalidade. Outros autores que se dedicaram ao Constitucionalismo americano, como Thomas Cooley (2002) e Edward Corwin (1986), apesar de vislumbrarem pontos críticos no modelo de rigidez americano, advogam a importância da diferenciação entre os procedimentos legislativos ordinário e constitucional.

Na tradição francesa, com forte inspiração contratualista, Sieyès (2001) é o primeiro a teorizar a ideia de poder constituinte e sua distinção em relação aos poderes constituídos, com o objetivo claramente político de fornecer elementos para a revolução burguesa em prol da limitação do poder governamental. Apesar do constitucionalismo francês seguir uma tradição de rupturas, com mais de uma dezena de Constituições, a concepção política cunhada por Sieyès embasou o primeiro texto constitucional do país e fez escola nos anos que se seguiram, sem, contudo, deixar de ser objeto de crítica e reformulações pelos juristas que o seguiram.

Um dos críticos das ideias sobre intangibilidade da soberania nacional à qual se filia Sieyès é Leon Duguit (2005a). O também francês tece argumentos, alertando os defensores das teorias democráticas clássicas que assembleias populares, assim como o governo de uma só pessoa, também podem produzir injustiças.

Não obstante a crítica formulada ao possível despotismo das assembleias, no que tange à modificação e perenidade das Constituições, Duguit (2005b) advoga que, dentro do modelo francês estruturado na Constituição de 1875, em razão da

normatização constitucional, a assembleia de revisão tenha os mesmos poderes do poder constituinte originário, podendo realizar, inclusive, alterações totais.

Outra questão trazida por Duguit (2005b), que representou forte influência no âmbito constitucional, foi o caráter conferido às Declarações de Direitos, às quais atribui enorme força vinculante, independentemente de estarem ou não expressamente referenciadas nos textos constitucionais posteriores a sua elaboração, fazendo com que Pontes de Miranda⁹⁷ (1945) enxergasse aí, o embrião do que hoje conhecemos como cláusulas pétreas.

Se, por um lado, o autor francês defendia que não seria necessária a observância de limites pelo poder constituinte derivado para reforma constitucional⁹⁸ no que diz respeito à Constituição francesa de 1875, por outro, ligado a uma tradição de direitos 'suprapositivos' inerentes à natureza humana, defende que certas questões, em que pese não expressamente positivadas, permanecem com uma força positiva inseparável. Em síntese, apesar de ser adequado que as mais amplas questões constitucionais possam ser alteradas por uma assembleia de revisão naquele contexto, determinados tópicos, relativos aos direitos inerentes ao homem, estariam em outro patamar de debate e acima das deliberações da assembleia constituinte de revisão.

Lassale (2005), apesar de adotar uma concepção ainda meramente política de Constituição⁹⁹, trilha um caminho distinto de Sieyès. Com sua visão sociológica de constituição, o autor busca uma conceituação com base em **fatores reais de poder** que regem determinada sociedade. Lassale (2005) nomeia o **texto** constitucional, ao qual atribui relevância limitada, de mera 'folha de papel', sem qualquer valor, caso esteja em desacordo com a verdadeira constituição **real**.

A posição de Lassale de desprezar força ao texto constitucional, que chega a nomear de inútil, caso em desacordo com a perspectiva material de constituição, é fortemente criticada por Konrad Hesse (1991), que, no século seguinte, já pautado em uma noção de que a Constituição escrita é também um documento jurídico, defende a ideia de força normativa aos dispositivos previstos no texto. O papel da Constituição em Hesse não é somente espelhar a realidade, o ser, como propõe

⁹⁷ A posição de Pontes de Miranda será objeto de um debate específico no tópico 3.5.2.

⁹⁸ O que inclusive o faz ser classificado como defensor da inexistência de limites implícitos à reforma constitucional. Vide tópico 4.2.3.3.

⁹⁹ Em contraposição a um modelo de Constituição que atribui ao documento, além de um caráter político de organização e limitação dos poderes, uma feição jurídica, com força de norma constitucional.

Lassale, mas tem igualmente um caráter de dever ser, de também condicionar e alterar a realidade, sendo, em sua visão, impossível uma separação entre realidade e norma, como pretende a classificação que distingue a Constituição Escrita da Constituição Real de Lassale.

James Bryce (1959) (1962) se propôs a sistematizar a questão e, em contraposição à classificação prevalente no final do séc. XIX e início do séc. XX das constituições em escritas e não escritas, apresenta uma distinção que se deslocou, quase que intocada até a contemporaneidade, entre constituições rígidas e flexíveis, pautando-se no procedimento previsto para alteração do texto constitucional.

Apesar de sua origem britânica o autor foi um dos principais juristas a comentar a constituição americana e com base em seus estudos, a conceituação de rigidez constitucional se difundiu para além dos limites da América e do Reino Unido. O alemão Georg Jellineck é um dos juristas que endossa a classificação de Bryce (1959). Apesar de contemporâneo de Duguit, Jellineck 'avança' no sentido de perceber a Constituição como um documento também de caráter jurídico por meio do exercício da jurisdição Constitucional. Enquanto Duguit (2005b) se insere na tradição francesa de que até pouco tempo vislumbrava o controle de constitucionalidade somente como competência prévia (antes da promulgação da legislação) atribuída a algum órgão de natureza política, Jellinek (2005), de acordo com a tradição germânica, formulava uma defesa da possibilidade de análise de compatibilidade entre a Constituição e a legislação ordinária como forma de preservação da rigidez constitucional.

Em que pese diversos países, entre os quais a Alemanha, adotarem no curso do Séc. XIX modelos de jurisdição constitucional, a Constituição continuava a ser vista como um documento sem força normativa direta, mas apenas mediata, por meio do controle da legislação infraconstitucional. A insuficiência dos modelos de sistematização da supremacia da constituição, por meio do controle de constitucionalidade e da rigidez constitucional, ficou mais evidente em meados do Séc. XX com os regimes totalitários e seus horrores, especialmente o nazismo.

As teorias constitucionais surgidas desse contexto passaram a buscar maneiras de introduzir o Direito e, mais especificamente as Constituições, ao menos como um empecilho à ascensão desses regimes genocidas e ditatoriais.

Os textos constitucionais passam a prever mais limites materiais como forma de preservar direitos e garantias tidas como fundamentais frente a maiorias ocasionais.

Entre essas teorias do pós-guerra, estão os estudos desenvolvidos por Konrad Hesse, que advoga a aplicação constitucional por meio da citada ideia de força normativa, ou seja, a Constituição não é mero sinalizador político, mas pode, sim, ser invocada também diretamente perante as demandas propostas ao judiciário, bem como a ideia de normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof, que defende uma ampla judicialização da rigidez constitucional, principalmente pelo controle de normas constitucionais frente aos limites materiais impostos ao texto.

No próximo capítulo, delinearemos como a doutrina e as Constituições brasileiras incorporaram, ao longo da história, os debates que circundam a rigidez constitucional e as previsões, daí decorrentes, de limites formais e materiais à reforma constitucional.

3 A HISTÓRIA DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Todas as Constituições brasileiras adotaram, ao menos em sentido positivo, pressupostos que consagravam a supremacia da Constituição e algum nível de rigidez constitucional, com um sistema próprio para alteração de seu texto.

O presente capítulo pretende discutir, com respaldo em doutrinadores historicamente situados no momento de vigência dos textos constitucionais e naqueles que os seguiram, como foi a interiorização da rigidez constitucional e a compreensão dos mecanismos de reforma na história constitucional brasileira, bem como os problemas teóricos e dogmáticos enfrentados.

A compreensão histórica da rigidez constitucional no âmbito nacional, para os fins dispostos no presente estudo, visa verificar quais as principais teorias que conduziram a questão ao atual patamar de debate, especialmente quanto aos limites anteriormente adotados e suas consequências sociais, jurídicas e políticas até a contemporaneidade.

3.1 A semiflexibilidade da Constituição do Império de 1824

Em 1822 é proclamada a Independência do Brasil e, a partir do rompimento com a metrópole portuguesa, o país passa a se organizar como estado unitário sob o governo do, agora imperador, D. Pedro I.

“Durante o processo de ruptura, em um dos atos de resistência, em 3 de junho de 1822 foi convocada uma Assembleia Constituinte para o Reino do Brasil.” (NETO, 2009, p. 171). As eleições somente foram se realizar após a proclamação da Independência e, em maio de 1823, sob a presidência do Bispo D. José Caetano da Silva Coutinho, começa, no Rio de Janeiro o funcionamento da Constituinte. Os membros eleitos para a assembleia, em tradição que se repetiu em diversos outros momentos da história constitucional brasileira, cumulavam também a função legislativa. (NETO, 2009).

Na cerimônia de abertura dos trabalhos da Assembleia, D. Pedro I profere discurso no qual indicava como se delinearía seu papel de Imperador.

A soberania popular não está entregue à Assembléia Constituinte. (...) Dom

Pedro proclama a doutrina, na própria fala de abertura da Constituinte, ao prometer guardar a Constituição, *se fosse digna do Brasil e dele*, expressão literalmente copiada do preâmbulo da Carta de 4 de junho de 1814, por meio da qual Luís XVIII pretende reatar a convulsionada tradição monárquica. Palavras só na aparência ambíguas — a Constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico, condenada, se rebelde ou extraviada, à dissolução já fixada nos conselhos do trono. (FAORO, 1975, p. 284).

Insatisfeito com os rumos da Assembleia Constituinte, em novembro de 1823, Dom Pedro I, em busca de restaurar sua forte autoridade, dissolve o funcionamento dos trabalhos constituintes e nomeia um Conselho de Estado para elaboração de novo projeto de Constituição.

À parte as desordens que [...] perturbaram [a Assembleia Constituinte] numa curta existência setemesinha, até 12 de novembro, quando foi dissolvida por haver perjurado na defesa da pátria e da dinastia, previa-se que, ainda quando transcorressem calmos, os seus trabalhos provocariam agitações profundas. (CUNHA, 1999, p. 153).

Em 25 de março de 1824 o texto final, que inicialmente deveria passar pela aprovação das câmaras municipais e ser submetido a uma Constituinte já convocada, é diretamente outorgado por Dom Pedro I, sob justificativa “que o povo insistia na constitucionalização imediata do país” (NETO, 2009, p. 173), assegurando a manutenção de seu poder como “Imperador Constitucional” (BRASIL, 1824).

Euclides da Cunha caracteriza a Constituição de 1824 como “um marco” (p. 156, 1999) cravado no futuro. A esse respeito, assim sintetiza seu pensamento:

[...] reuniram as melhores conquistas liberais, joeirando-as dos exageros democráticos, e ressaíram, por fim, inatingíveis, sobre a cultura do país, [...] Tinham cravado um marco, ao longe no futuro. A nossa história daí por diante recorda um fatigante esforço para alcançar. (CUNHA, 199, p. 156).

A visão positiva de Cunha, a respeito do texto constitucional, está, contudo, longe de ser unânime. O historiador Marco Antônio Villa (2011) considera o documento extremamente autoritário e antidemocrático, sem enxergar o marco de conquistas liberais vislumbrado por Cunha (1999).

Em síntese, o texto constitucional de 1824 tem como ideologia subjacente “uma fórmula correspondente de compromisso entre o liberalismo conservador e o semiabsolutismo” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014), e apresenta como fortes

marcas o catolicismo como religião oficial, a presença do Poder Moderador¹⁰⁰, a previsão de eleições indiretas, o bicameralismo e a garantia formal de alguns direitos individuais.

Na ‘prática’, a situação se delineou de outra forma. Sob o discurso do Imperador que se proclamava ‘defensor das liberdades’ em um país onde ainda prevalecia a escravidão e as perseguições políticas, imperou o que Villa nomeia de “a esquizofrenia de um discurso liberal e uma prática repressiva.” (VILLA, 2011, p. 20). Começou nesse momento – e viria a ser repetir por longos períodos na história constitucional brasileira – uma constituição semântica, que prevê direitos individuais os quais não garante; traceja uma organização política antidemocrática, por um poder que “nunca se reconheceu como arbitrário” (VILLA, 2011 p. 20). D. Pedro I, ao contrário, chegou a escrever “que era indigno um governante ‘que não ama a liberdade de seu país e que não dá aos povos aquela justa liberdade” (VILLA, 2011 p. 20).

Em relação ao seu procedimento de revisão/reforma e do sistema de rigidez constitucional adotado, a Constituição do Império trouxe, a respeito da temática, alguns artigos com limites específicos e regramento único na história constitucional brasileira, que é classificado como semirrígido.

Considerada como um direito político pela doutrina contemporânea à sua vigência, a possibilidade de reforma constitucional seria necessária, na visão de autores como José Antônio Pimenta Bueno (1803-1878)¹⁰¹, justamente por ser a

¹⁰⁰ Muito se debate acerca da influência do Poder Moderador na estabilidade política e constitucional do Império. “Sendo a peça chave [na] engenharia política, a pergunta que se faz é se a atribuição Moderadora teve alguma influência na manutenção da estabilidade da organização política do Império. A resposta é controvertida, não é pacífica, a despeito do que sustentam alguns autores. Dada a clareza das observações, impende transcrever a íntegra os dizeres de Cezar Saldanha Souza Júnior : [...] ‘hoje consenso entre nossos melhores historiadores: foi a tetrapartição de poderes, mormente a transcendência de uma chefia de Estado suprapartidária e supra-regional, que, de um lado, fez a unidade nacional e, de outro, viabilizou o funcionamento, nunca interrompido no Império, de instituições políticas representativas, das mais modernas [...]’ Muito embora haja a menção que o assunto seja pacífico quanto a historiadores, o mesmo não é compartilhado entre os juristas. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, com fulcro em Afonso Arinos, lembram que o Poder Moderador longe estava de consistir em uma força de equilíbrio entre os poderes políticos. Era na verdade a chave que permitia ao Imperador ingressar no Partido Liberal e Conservador, demitir Ministros e dissolver a Assembléia, entre outras atribuições constitucionais.” (NETO, 2009, p. 174).

¹⁰¹ José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, nasceu em Santos no Estado de São Paulo em 1803. Durante sua expressiva carreira, consolidada durante a vigência da Constituição do Império, atuou como jurista, magistrado, político e diplomata. Formou-se em Direito em 1832 pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tendo concluído seu doutorado na mesma área em 1843. Em razão dos apadrinhamentos políticos e da forte simpatia do Imperador Dom Pedro II, alçou no governo cargos de enorme relevância, foi presidente de província, Conselheiro de Estado, Senador e Chefe de Gabinete. Com pensamento de viés liberal (apesar de ter também transitado no

Constituição obra do homem e, assim como ele, sujeita a imperfeições e mudanças. (BUENO, 1958).

Embora sejam as mais apropriadas às circunstâncias da sociedade, ao tempo em que são decretadas, essas circunstâncias mudam; a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém importantes nas ideias, costumes e necessidades sociais, revoluções, a que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais. (BUENO, 1958, p. 476).

Apesar de apegado à crença de imutabilidade de determinados princípios constitucionais, Bueno (1958) já reconhece a importância de mudanças e os problemas que decorreriam, ao menos formalmente, caso a reforma não fosse possível.

A ausência de previsão implicaria um sacrifício à sociedade, quando da necessidade de rupturas violentas, que, em vez de melhorarem, abatem e destroem a Constituição. Assim, à sociedade deve ser atribuído o direito de, com enorme prudência, melhorar sua Constituição de forma não violenta ou catastróficas, sendo assim necessário que a própria constituição se encarregue de prever os mecanismos e os meios legais para a alteração. (BUENO, 1958).

Nossa sábia lei fundamental previu bem a possibilidade dessa necessidade e estabeleceu, como vamos observar nos parágrafos seguintes, os termos pacíficos e cheios de circunspeção que devem presidir tão importante assunto. [...] **É preciso combinar a estabilidade com o progresso.** (BUENO, 1958, p. 476, grifo nosso).

O art. 178 (1824) consagra a citada semirrigidez (ou semiflexibilidade) daquele texto constitucional ao diferenciar duas modalidades de alteração da constituição: (i) uma dotada de procedimento próprio e rígido, mais dificultoso do que aquele previsto para as legislações ordinárias, e (ii) outra flexível, adotando as mesmas formalidades necessárias para modificação do restante da legislação.

Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as

Partido Conservador), teve grande influência na produção legislativa do Império, inclusive na elaboração da Lei do Ventre Livre de 1871, cujo texto final ficou a cargo de Nabuco de Araújo. Seu livro *Direito Público Brasileiro e a Constituição do Império*, segundo alguns biógrafos, tornou-se o livro de cabeceira do Imperador e da Princesa Izabel (KUGELMAS, 2002).

formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias. (BRASIL, 1824)

Assim, o conteúdo considerado materialmente constitucional, notadamente, aquele que se refere aos limites e às atribuições dos poderes políticos, bem como os direitos individuais e políticos, devem obedecer ao procedimento previsto nos art. 174 e seguintes, cujo conteúdo não deve se confundir com o dos demais dispositivos, que estarão sujeitos ao procedimento ordinário regulado no Capítulo IV.

O procedimento próprio de alteração das normas materialmente constitucionais prevê alguns limites e formas específicas. O primeiro deles é o limite temporal, segundo o qual, aquela Constituição somente poderia ser alterada após quatro anos de sua vigência.¹⁰²

A proposição de alteração, que deve originar-se na Câmara dos Deputados, somente terá iniciativa se apoiada por 1/3 (um terço) dos membros daquela casa.¹⁰³

Antes da deliberação, a proposta deveria ser lida três vezes, com intervalo de seis dias entre as leituras. (BRASIL, 1824). O objetivo dessas leituras espaçadas seria justamente a promoção da excitação da atenção pública e do próprio legislativo. (BUENO, 1958).

Admitida a discussão e vencida a necessidade de reforma do artigo, o primeiro procedimento de votação seria realizado nos mesmos termos necessários à formação de uma lei ordinária (com trâmite na Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado)¹⁰⁴. A votação em questão daria origem a uma lei específica, cuja sanção e promulgação caberia ao Imperador.¹⁰⁵

Essa lei, chamada de autorizadora, deveria prever que, nas eleições para as

¹⁰² Bueno observa que esse limite de quatro anos, apto a evitar não só a mobilidade imprudente da Constituição, como uma disposição transitória, mas também as alterações posteriormente consumadas. “Entendemos que o ato adicional, por exemplo, não poderia ter sido reformado senão depois de passados quatro anos da data do seu juramento.” (BUENO, 1824, p. 477).

¹⁰³ Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles. (BRASIL, 1824)

¹⁰⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 126) afirma que, mesmo nessa fase, a votação não passaria pelo Senado, o que acreditamos, todavia, tratar-se de um equívoco, já que a Constituição remete a aprovação da lei autorizadora ao procedimento das leis ordinárias, que exigem aprovação da proposta em ambas as casas. Destacamos aqui a posição exposta por Bueno da Pimenta (1958 p. 477): “Admitida a discussão seguem-se os trâmites constitucionais; é o projeto de lei que autoriza a reforma quando **aprovado pela câmara dos deputados, remetido ao Senado, e quando aprovado por este levado à sanção**. Sendo sancionado, ou convertido em lei, é promulgado em forma ordinária, **como foi a lei de 12 de outubro de 1832**”. Nesse sentido também: Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto (2014).

¹⁰⁵ Art. 175. A proposição será lida por três vezes, com intervalos de seis dias de uma a outra leitura; e, depois da terceira, deliberará a Camara dos Deputados, se poderá ser admittida á discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei. . (BRASIL, 1824)

legislaturas seguintes, os eleitores dos deputados confiassem também em suas ‘procurações’ a faculdade necessária para a pretendida reforma. A incorporação da reforma ao texto da constituição careceria ainda de uma nova deliberação.¹⁰⁶

Na primeira sessão da legislatura¹⁰⁷ seguinte, a matéria deveria ser novamente discutida e, se aprovada, incorporada à lei fundamental e promulgada junto à Constituição.¹⁰⁸

A Constituição trazia somente limites de ordem formal (*Lato sensu*), sendo omissa quanto à existência de barreiras materiais explícitas à reforma de seu texto. (BRASIL, 1824).

Na prática, a Constituição de 1824 sofreu somente uma reforma formal, por meio do procedimento supradescrito. A lei autorizadora, aprovada na forma de lei ordinária, foi sancionada pela Regência (Imperador Dom Pedro II), e publicada em 12 de outubro de 1832.

Quanto ao conteúdo, o *caput* de seu ‘artigo único’, nos termos do art. 176 da Constituição, assim deliberava: “Os Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura lhes conferirão nas procurações especial faculdade para reformarem os artigos da Constituição, que se seguem [...]” (BRASIL, 1832)

A Lei nº 16 de 12 de agosto de 1832, denominada ‘Ato Adicional’, cumprindo o disposto no art. 177 da Constituição, publicou as alterações aprovadas pela legislatura seguinte àquela na qual foram propostas as reformas e publicada a lei autorizadora, consolidando a alteração constitucional.¹⁰⁹

Pimenta Bueno (1958) observa que o ato adicional não foi sancionado pelo Imperador, consolidando-se, assim, o princípio de que a reforma constitucional independe de sanção, bem como a prevalência da decisão conforme deliberado (art.

¹⁰⁶ Art. 176. Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sancionada, e promulgada pelo Imperador em fôrma ordinária; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procurações lhes confirmem especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma. (BRASIL, 1824).

¹⁰⁷ A legislatura, assim como na contemporaneidade, tinha previsão de duração de 4 (quatro) anos, conforme disposto no art. 16 (BRASIL, 1824).

¹⁰⁸ Art. 177. Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão, será a matéria proposta e discutida, e o que se vence, prevalecerá para a mudança, ou addição à Lei fundamental; e juntando-se á Constituição será solenemente promulgada. (BRASIL, 1824)

¹⁰⁹ “A principal conquista do Ato Adicional, além da extinção do Conselho de Estado, foi a descentralização política, mediante a criação do Poder Legislativo provincial, até então inexistente.” (FRANCO, 1957, p.251). “Essa liberalização e descentralização do sistema político seriam logo restringidas após a ‘rearticulação do Partido Conservador’, **por força da Lei 105, de 12.5.1840, que dá interpretação restritiva às reformas liberais dos anos 30, e da Lei 234, de 23.11.1841, que estabelece o Conselho de Estado, sob a presidência do Imperador.**” (VIEIRA, 1999, p.118, grifo nosso).

177), “porque, quando a nação trata de dar a si mesma a organização por que quer ser governada, nenhum outro poder senão aquela a quem ela incumbe a discussão pode opor-se à sua vontade.” (BUENO, 1958, p. 478).

Por outro lado, o autor tece críticas à exclusão do Senado da votação derradeira, também no caso do ato adicional em questão, aduzindo inexistir qualquer disposição constitucional que limite a importante decisão final à câmara dos deputados.

Objeta-se que só a câmara dos deputados, e não o senado recebe poderes especiais para o efeito; este argumento, embora valioso, acha todavia resposta na natureza especial do senado e na missão conservadora; o que dele pode concluir-se é que o ato que tem que verificar a reforma deve também ser iniciado na câmara dos deputados, ou por ventura discutido em assembleia geral. (BUENO, 1958, p. 478-479).

Verifica-se, assim, que o procedimento para reforma dos dispositivos materialmente constitucionais no texto de 1824 era bastante custoso do ponto de vista formal. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o “Império não tinha pressa em reformar a Constituição.” (2005, p. 126). O que certamente contribuiu para a existência de uma única emenda, durante o período de vigência da mais duradoura Constituição brasileira.

Em resumo, a Constituição Política do Império foi uma das mais estáveis de nossa história constitucional, não somente pela persistência das decisões políticas fundamentais, sua vitalidade em atravessar as décadas com instituições aptas para superar as demandas sociais e políticas, como também porque foi um texto intocado, dado os limites colocados à sua reforma. (NETO, 2009, p. 180).

O governo imperial e a centralização do Poder, certamente contribuíram para a duradoura vigência da Constituição, sendo inclusive a segunda de mais longa vigência no século XIX, perdendo apenas para a constituição estadunidense. Villa (2011) observa ainda que, não fosse a ruptura com o regime do império, no fim da vigência da Constituição, “[t]udo indicava que passaria por modificações com o reinado de Isabel, sucessora do trono. A abolição e as transformações oriundas do grande desenvolvimento da economia cafeeira estavam levando ao nascimento de uma sociedade mais plural.” (p. 23).

3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e seus limites.

A monarquia cai, quase sem resistência, em razão do esgarçamento do regime, e, em novembro de 1889, foi proclamada a República. O Imperador e a família real são exilados e seguem para a Europa. O Brasil passa a ser administrado por um Governo Provisório chefiado por Marechal Deodoro da Fonseca e composto de outros militares (Benjamim Constant, Botelho de Magalhães e Eduardo Wanderkolk), bem como por civis (Rui Barbosa, Quintino Bocaiúva e Aristides da Silveira Lobo). (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014). O mérito e a força do ato de independência foram atribuídos aos militares.

Nesse contexto, com o advento de uma nova forma de governo, agora republicano, o texto constitucional descolado da realidade, não mais corresponde aos parâmetros materiais da Constituição do estado. Delineado esse quadro, o Governo Provisório não tardou em se manifestar.

Em dezembro do mesmo ano é editado o Decreto nº 29, cujo teor era a nomeação de juristas para integrarem uma comissão com o objetivo de elaborar anteprojeto de Constituição para a República. Foram escolhidos Joaquim Saldanha Marinho (Presidente), Américo Brasiliense de Almeida Mello (vice-presidente), Antônio Luiz dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e José Antônio Pedreira de Magalhães de Castro. (MAXIMILIANO, 1929, p. 88). A revisão ficou por conta de Rui Barbosa¹¹⁰, que delineou sua forma definitiva, a qual funcionou como Constituição Provisória a partir do decreto nº 510, até o fim dos trabalhos da Assembleia Constituinte, eleita em 15 de setembro de 1890 e instalada um mês depois.

¹¹⁰ Os debates a respeito da dimensão da contribuição de Rui Barbosa ao projeto da nova constituição são extremamente polêmicos. Apesar de receber os méritos em relação à elaboração do anteprojeto de Constituição por suas alterações em sede de revisão (nesse sentido SARMENTO; SOUZA NETO, 2014; CALMON, 1946;), Rui Barbosa teria somente fornecido poucos retoques ao trabalho da comissão “Manteve-se a responsabilidade nominal da Comissão dos cinco pelo que o Governo ofereceu ao Congresso; porém, no Brasil, em geral, se acreditou, sem fundamento aliás, que o admirável projecto definitivo de Constituição era trabalho exclusivo de quem se limitará a retocar a obra alheia, do Ministro Ruy Barbosa, em summa. (MAXIMILIANO, 1929, p. 89). Nesse sentido também Felisberto Freire nomeou Rui Barbosa, que em muitos momentos declarou-se autor da Constituição, de “Impertinente”, alegando que a “Lei Magna não podia ter sido plano e sabedoria dum homem apenas.” (Freire *apud* Calmon, 1946, p. XII). Sobre a polêmica vide, também, manifestação de Tobias Monteiro, em defesa de Rui Barbosa, no Jornal d’A Notícia, de 16 de outubro de 1894, reproduzida no Apêndice IV, do Vol. XX, Tomo I das Obras Completas de Rui Barbosa (BARBOSA, 1946).

Em 24 de fevereiro de 1891 é promulgado o texto definitivo da nova Constituição, sob forte influência do executivo, marcada pela forma de governo republicana, pela instituição de um estado federal, pelo sistema presidencialista, pela ampliação dos direitos individuais e pela liberdade religiosa. (BRASIL, 1891).¹¹¹

Na prática, novamente, a Constituição, assim como recorrentemente acontecia no Império, não tardou em ser desrespeitada, nove meses após a promulgação do documento. Deodoro da Fonseca, eleito presidente no dia seguinte ao início da vigência do documento (25 de fevereiro de 1891), em novembro do mesmo ano, fechou o Congresso, sendo, dias depois, obrigado a renunciar. Assume seu vice Marechal Floriano Peixoto.

A Constituição tinha previsão expressa tratando da vacância da Presidência: “seria necessário convocar nova eleição. Floriano [...] interpretou que não, que o disposto não seria aplicável à primeira eleição, só aos seus sucessores. Os desgostosos ainda recorreram ao Supremo Tribunal, mas de nada adiantou”. (VILLA, 2011, p. 37).

O governo de Floriano Peixoto foi marcado pelo choque entre as visões do Governante, que pretendia estruturar um governo centralizado, e das forças econômicas dominantes, a chamada “República dos Fazendeiros”, que via com suspeitas o exército e defendia um governo liberal e descentralizado. Ocorreu contudo, um acordo tácito entre as partes, a elite paulista via em Floriano “a possibilidade mais segura de garantir a sobrevivência da República, a partir do Poder Central.” (FAUSTO, 2008). Floriano, por sua vez, não conseguiria governar sem o apoio dos paulistas.

A ascensão de Floriano Peixoto ao governo, fruto da revolta da Armada e da primeira pressão pela legitimidade do poder, consagraria, se prevalecessem os cálculos da facção paulista, ansiosa da hegemonia do seu Estado, o predomínio bandeirante. [...] O temor do retorno de Deodoro, ou de sua política, com o qual o Estado bandeirante se incompatibilizara fundamente, leva os paulistas, ainda no começo de 1892, a cerrar fileiras ao lado de seu aliado relutante e de duvidosa lealdade. (FAORO, 1975, p.553).

A economia durante toda Primeira República foi essencialmente agroexportadora e dependia de forma fundamental do café. As variações do preço

¹¹¹ Na prática a realidade brasileira durante a Constituição de 1891 foi marcada pelo Coronelismo, pelas fraudes eleitorais, autoritarismo e pela política do ‘café com leite’ onde se alternavam na presidência da república mineiros e paulistas. (SILVA, 2005).

do produto alteravam toda estabilidade econômica do país. Além do mercado cafeeiro, o grande regulador da economia, o país produzia outros produtos, como a borracha, que se destinavam também ao mercado externo, e o algodão e o fumo, que foram ganhando cada vez mais importância no mercado interno. Os estados com a economia mais forte eram também aqueles que lideravam o pacto oligárquico que gerenciava o país durante a Primeira República. (GOMES, 2002).

Raymundo Faoro resume assim as relações de poder na Primeira República, onde São Paulo representa o café, Minas Gerais, o leite, e o sul nomeia o Rio Grande do Sul.

São Paulo, economicamente próspero, estava em condições superiores à própria União para se armar, unido na defesa de seu café, base da riqueza nacional. Sairia da encruzilhada o federalismo hegemônico, estruturado sobre o café, café puro se possível, café com leite se necessário, mal aceito pela área do sul, já sonhando com a categoria de terceiro Estado, mas ainda incapaz de reagir, ameaçado pelas dissensões armadas e a divisão da sociedade. (FAORO, 1975, p. 554)

Ao Governo de Floriano Peixoto se seguiram, os paulistas Prudente de Moraes (1894-1898), Campos Sales (1898 – 1902) e Rodrigues Alves (1902-1906). A existência do acordo entre as oligarquias de Minas Gerais e São Paulo, firmado no Governo de Campos Sales, a chamada política do café-com-leite, (FAUSTO 2008), possibilitou a eleição do mineiro Afonso Pena (1906-1909), cujo mandato, em razão de seu falecimento, foi encerrado por Nilo Peçanha. (1909-1910).

Nas eleições seguintes, um desacordo entre os Estados de Minas Gerais e São Paulo, possibilitou a vitória do Marachel Hermes da Fonseca (1910-1914), apoiado principalmente pelo Rio Grande do Sul e pelos militares, mas também por Minas Gerais, em oposição a Rui Barbosa, apoiado por São Paulo. Com a eleição de Hermes, o Rio Grande do Sul passou a “brilhar como uma estrela de terceira grandeza, na constelação do ‘café-com-leite’.” (FAUSTO, 2008, p. 271).

Nas eleições de 1914, os arranjos entre São Paulo e Minas Gerais voltaram a imperar, com a eleição do mineiro Venceslau Brás (1914-1918) até 1929¹¹², quando o então Presidente paulista, Washington Luís, desobedeceu às regras do jogo.¹¹³

¹¹² “No plano do ajuste, com o objetivo de indicar o candidato a presidente da República, São Paulo e Minas só tiveram um breve problema quando Rodrigues Alves, novamente eleito em 1918, faleceu sem chegar a tomar posse. A saída consistiu na escolha do paraibano Epiácio Pessoa [...] Apesar de algumas tentativas de mostrar independência, Epiácio acabou se curvando aos dois grandes Estados.”. (FAUSTO, 2008, p. 272).

Voltando às previsões positivadas no texto, no que tange aos mecanismos para garantia da supremacia da constituição, a Constituição de 1891 foi a primeira a tratar do controle judicial de constitucionalidade¹¹⁴, com nítida inspiração na jurisprudência norte-americana, conforme disposto no art. 59, § 1º do texto original, ao estabelecer o controle difuso e concreto das leis e atos governamentais¹¹⁵, além de também prever o veto presidencial a projeto de lei por razões de inconstitucionalidade.¹¹⁶ (BRASIL, 1891).

Ademais, quanto ao procedimento de alteração, apto também a garantir sua supremacia, a Constituição de 1891, nos termos da classificação de James Bryce (1962), pode ser enquadrada como rígida¹¹⁷, já que trouxe em seu próprio conteúdo procedimento de reforma mais complexo do que aquele adotado para elaboração/modificação da legislação infraconstitucional. O art. 90, penúltimo artigo

¹¹³ Dentro desse período, no que tange à rigidez constitucional, de maior relevância foi o governo do mineiro Artur Bernardes (1922-1924), conforme será abordado ao fim do capítulo.

¹¹⁴ Com a previsão do controle de constitucionalidade, surge também preocupações a respeito do debate acerca da 'última palavra'. O autor, apesar de defender a inexistência naquele momento de uma supremacia do judiciário ou aristocracia da toga, atribui a legitimidade para as questões derradeiras no controle de constitucionalidade ao judiciário. Para se atingir o ideal de um governo de leis em vez de um governo de homens, **foi dada ao judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade** dos actos do Congresso ou do Executivo; traçaram-se, entretanto, preceitos reguladores do uso discreto de tal prerrogativa extraordinária. [...] Se os tribunais declararam achar-se o acto em desacordo com o estatuto supremo, cumpre ao parlamentar obedecer, não insistir em elaborar decreto semelhante ao que o pretório repeliu; (MAXIMILIANO, 1929, 123). À questão seguem-se um rol de limites que devem ser obedecidos pelo judiciário para declaração de inconstitucionalidade de lei, diante da, em regra, prevalente presunção de constitucionalidade.

¹¹⁵ [ART. 59] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questione sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”(BRASIL, 1891.)

¹¹⁶ “Art. 37 – [redação original] § 1o - Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

[Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926] § 1º Quando o Presidente da República julgar um projecto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquelle em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projecto, ou a parte vetada, à Câmara onde elle se houver iniciado.” (BRASIL, 1891).

¹¹⁷ Assim, independentemente do conteúdo, todas as normas constitucionais, deveriam se submeter a um procedimento rígido. Nesse sentido, também a defesa, contemporânea à vigência da Constituição de 1891 de Francisco Campos: “[N]o regime da constituição escrita ou rígida, o que imprime a uma disposição o cunho constitucional não é a matéria ou o conteúdo, senão a categoria da lei de que faz parte.” (CAMPOS, 1942, p, 4).

da parte definitiva da Constituição (a mais sucinta da história brasileira), dispõem a respeito da temática.¹¹⁸

A Constituição deve adaptar-se ao meio para o qual foi promulgada. [...] Haja, entretanto, a maior cautela e garantia contra o exagero oposto, a ânsia de modificar tudo, a precipitação das reformas[...]. Quando os povos se compenetraram de que as leis transformam os indivíduos, curam todos os males do organismo social, alteram costumes e desarraigam abusos; o prurido das reformas aumenta com o uso do direito de as realizar, as Constituições perdem a estabilidade, sucedem-se os retoques e se não tranquilizam os espíritos. (MAXIMILIANO, 1929, p. 853-854).

Diferentemente da Constituição anterior, que não permitia reformas dentro da mesma legislatura, impondo um maior lapso temporal para realização das alterações, o procedimento agora exigia que as votações derradeiras fossem realizadas no ano seguinte ao da proposta. (BRASIL, 1891).

Carlos Maximiliano (1929, p. 856), em comentários àquela constituição, alerta que, no panorama geral, existiriam, no campo teórico, dois processos para a alteração da Constituição: (i) um, por meio do qual o Congresso ordinário, vislumbrando a necessidade de reforma, convoca convenção especialmente eleita para aquele fim; (ii) outro realizado pelas câmaras ordinárias, que observando as cautelas prescritas, modificam a Constituição. A Constituição de 1891 adotou esse último modelo.

A iniciativa do procedimento de reforma era atribuída (i) a um quarto, no mínimo, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, devendo ser aprovada em três votações por dois terços dos votos em uma e em outra Casa (Senado e Câmara dos Deputados); ou (ii) a dois terços dos Estados representados, cada um deles pela maioria de votos de sua Assembleia quando solicitada no decurso de um ano – art. 90, § 1º. (BRASIL, 1891).

No ano seguinte à proposta, esta deveria ser aprovada mediante três votações por *quórum* de dois terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso, presentes metade mais um de cada casa do Congresso¹¹⁹. Após a deliberação final,

¹¹⁸ “A Constituição de 1891 simplificou um pouco a adoção de emenda à Constituição.” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 130).

¹¹⁹ Defesa em sentido diverso foi feita por Adolph Bergamini em oposição a discurso proferido por Francisco Campos na Câmara dos Deputados em 1926. Das palavras de Campos se extrai a linha de argumentação de Bergamini: “Argui-se, Sr. Presidente, que os dois terços de votos exigidos pela Constituição devem ser calculados sobre o *totalidade dos membros* de cada uma das Casas e não sobre os *membros presentes*, desde que se verifique o *quórum*. Argumenta-se que, em várias cláusulas da Constituição, os constituintes usaram da expressão “dois terços de votos presentes” e,

caso confirmada, seria publicada com as assinaturas dos Presidentes e Secretários das duas Câmaras, quando, sem interferência do executivo (sanção ou veto), incorporar-se-ia à Constituição. (BRASIL, 1891).

Além dos limites formais expostos anteriormente, são previstos pela primeira vez limites materiais ao poder de reforma, delineados no § 4º do art. 90. Assim, não poderiam ser objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a forma republicana-federativa e a igualdade de representação dos Estados no Senado (BRASIL, 1891).¹²⁰ Observa a doutrina que o número de senadores pode ser alterado, aumentado, desde que dividido entre os estados com igualdades. (MAXIMILIANO, 1929, p. 860).

O procedimento de reforma era o mesmo, rígido, para todas as matérias, constitucionais ou não.

Na prática, apesar da ‘agitação reformista’ existente desde a promulgação da Constituição em 1891, assim como no curso da vigência da Constituição de 1824, ocorreu uma única reforma (1925-1926), cujo projeto foi obra de Arthur Bernardes e do Professor Herculano da Fonseca. A Emenda de 03 de setembro de 1926 alterava diversas disposições constitucionais acerca da intervenção nos estados (art. 6º), atribuições do Congresso (art. 34), veto parcial (art. 37), organização e atribuições do Poder Judiciário (art. 59/60) e direitos do homem (art. 72). (MAXIMILIANO, 1929, p. 99).¹²¹

A reforma de 1926 foi considerada tardia e tímida, não sendo apta a corrigir a grave distorção do sistema federalista¹²², mas, ao contrário, acabou por acentuar as

por conseguinte, se fosse intenção da Constituinte admitir que o projeto de reforma constitucional fosse aprovado por dois terços de votos *presentes*, ele teria repetido no art. 90 a mesma expressão de que se serviu em outros.” (CAMPOS, 1956, p. 372-373). Todavia, não foi esse o entendimento prevalente.

¹²⁰ Como visto no Capítulo I, a igualdade de representação por Estado no Senado também é um limite material ao poder constituinte de reforma na Constituição Americana (lá com ressalva a possibilidade de anuência).

¹²¹ “A Reforma Constitucional de 1926 – única efetivada nos quarenta anos da Primeira República – pretendeu realizar ampla e profunda modificação institucional, mas ficou reduzida a cinco pontos principais: a) ampliou os casos e intervenção nos negócios peculiares dos Estados; b) cerceou atribuições ao Congresso Nacional; c) Instituiu o veto parcial; d) restringiu a competência da Justiça Federal; e) limitou-se a garantia do *habeas corpus* aos casos de prisão ou ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.” (FRANCO, 1960, p. 187)

¹²² “[...] o federalismo no regime republicano da Carta Constitucional de 1891 era um federalismo verbal, com igualdade dos entes federados existindo só na Constituição. A prática se apresentava diferente, uma vez que a desigualdade política, concentrando com toda a força o poder de pressão dos Estados mais fortes, desequilibrava na realidade a balança do pacto federativo. Reduzia as unidades mais fracas da federação à províncias do Poder Central. Um quadro bem análogo de sujeição, comparável ao do Império.” (ANDRADE, BONAVIDES, 1989, p. 256).

abusivas intervenções nos estados mais fracos. Bonavides e Paes de Andrade (1989) relembram que as oligarquias dominavam o arranjo político em vários locais do país, e, especialmente no sertão nordestino, existia um desequilíbrio estrutural, em razão de uma formação social arcaica, onde imperavam o cangaço e a jagunçada.

No contexto da reforma, cuja necessidade já vinha sendo detectada desde o início do século, existia, em todo país, uma insatisfação generalizada com o governo de Artur Bernardes. O então presidente (1922-1926) governava com o estado de sítio, em uma ditadura constitucional, o que fez ressurgir o intenso “prestígio da farda” (ANDRADE; BONAVIDES, 1989, p. 257) e as expectativas revolucionárias de uma intervenção militar nos mesmos moldes daquela que derrubou anos antes o regime monárquico.

Para além da rigidez constitucional prevista formalmente na Constituição, a citada prevalência de regimes oligárquicos, por favorecer a inobservância do texto constitucional, acabava por dificultar as reformas constitucionais que se mostravam como necessárias.. A reforma de 1926 não foi suficiente para atualizar e dar força ao texto constitucional.

3.2.1 A contribuição e os comentários de Ruy Barbosa¹²³

Retornando um pouco no tempo e buscando as raízes da formatação da rigidez na Constituição ora em exame, cumpre revisitar a obra de Ruy Barbosa, que participou com grande influência no processo político e na elaboração do texto da constituição de 1891, com nítida inspiração na doutrina norte-americana.

¹²³ Ruy Barbosa de Oliveira (ou Rui Barbosa), nasceu em Salvador em 1849 e faleceu no estado do Rio de Janeiro, em Petrópolis, no ano de 1923. Durante a segunda metade do Séc. XIX e início do Séc. XX foi figura de importância central na política e no Direito Brasileiro. Atuou como advogado, jornalista, político, escritor e orador. Defensor de uma visão política liberal e crítico do conservadorismo (sendo, inclusive, um dos criadores do Partido Liberal em 1913), exerceu diversos cargos como de Deputado (1878-1889), Ministro da Fazenda (durante o Governo Provisório entre 1889 e 1891) e Senador (eleito pela primeira vez, em 1895, foi sucessivamente reeleito até a sua morte). Ficou exilado entre os anos de 1893 e 1895, em razão de seu posicionamento contra o Governo de Floriano Peixoto. Após o retorno ao Brasil, foi também candidato à Presidência da República em 4 (quatro) oportunidades, tendo renunciado à candidatura em duas delas, 1905 e 1913. Nos anos de 1910 e 1919, percorre o país em campanha, mas perde as eleições. Foi membro Fundador da Academia Brasileira de Letras. Já no fim da vida, em 1921, é eleito o primeiro brasileiro Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia. (MACHADO, 1999) e (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 2015).

Os autores da nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de falar, não eram alunos políticos de Rousseau e Mably, [...]: eram discípulos de Madison e de Halmiton. [...] Ora, **os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o país** (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por um profundo apêgo à liberdade individual e uma desconfiança invencível contra todo poder qual fôsse. (BARBOSA, 1958, p. 49-50).

As disposições acerca da alteração constitucional dentro da doutrina norte-americana conforme delineado no Artigo V, eram vistas por Barbosa como uma forma de a democracia americana limitar a ação de seus representantes e a si própria, exigindo amplas maiorias aptas a impedir transportes efêmeros, sendo um mérito da Constituição Brasileira de 1891, na visão do autor, “ter aproveitado essa lição, buscando precaver-nos, pela transplantação da ideia americana contra a tirania parlamentar. [...] *O poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição.*” (BARBOSA, 1958, p 54-54).

Assim, com base na fundamentação apresentada, com forte influência da doutrina Constitucional estadunidense, foi Barbosa quem adicionou ao projeto da Comissão de Juristas a possibilidade de iniciativa pelas legislaturas do Estado, bem como a existência de limites materiais ao poder de emenda. (BARBOSA, 1946).

Texto original do projeto elaborado pela Comissão de Juristas, apresentava no art. 117 o procedimento para reforma constitucional:

Art. 117 A presente Constituição poderá ser reformada em qualquer das suas partes **por proposta de um terço do número de deputados e de senadores, em qualquer legislatura.**

Parágrafo único: A proposta passará por três discussões e, aprovada por dous terços do número de deputados e do de senadores, prevalecerá como parte integrante da Constituição, sendo publicada com as assinaturas dos presidentes e secretários de cada uma das câmaras (COMISSÃO DE JURISTAS *apud* BARBOSA, 1946, p. 122, grifo nosso).

Após as emendas manuscritas de Rui Barbosa, assim ficou disposto então o artigo 117:

A Constituição poderá ser reformada, concorrendo nesse sentido o Congresso nacional e **as legislaturas dos estados.**

§ 1º Considerar-se-á proposta a reforma, quando apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de uma das câmaras, fôr aceita, em três discussões, por dois terços dos votos numa e noutra, ou quando fôr solicitada por dois terços dos Estados, representados cada um pela maioria dos votos de suas legislaturas, tomados no mesmo ano.

§ 2º Essa proposta considerar-se-á aprovada se, nos anos seguintes, o fôr, mediante três discussões, por maioria de três quartos dos votos nas duas câmaras do Congresso.

§3º A proposta aprovada incorpora-se-á à Constituição, como parte integrante dela, publicando-se com as assinaturas dos presidentes e secretários de uma ou outra câmara.

§ 4º Não se admitirão a debate no Congresso projetos tendentes a abolir a forma republicana-federativa ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. (BARBOSA, 1946, p. 123-124, grifo nosso).

Tanto o texto da Constituição decretada pelo Governo Provisório, (Decreto nº 510 de 1890¹²⁴), quanto o texto definitivo promulgado em 1891, apesar de algumas alterações de redação e *quórum* seguem a formatação dada à reforma constitucional por Rui Barbosa, a partir de confessa¹²⁵ inspiração nos juristas estadunidenses.

Ruy Barbosa se mostrava ainda árduo defensor das limitações temporais ou materiais ao poder de alteração do texto constitucional, conforme é possível extrair de discurso proferido no Senado Federal em defesa da limitação estabelecida pela Constituição do Amazonas, que vedava a reforma em seu texto dentro do prazo de 20 (vinte) anos e que reforça a possibilidade de limitação ao poder constituinte de reforma, inclusive conforme estabelecido no art. 90, § 4º.

O certo é que no Brasil, desde o começo desse regime, em face do exemplo dado pela Constituição Nacional, se entendeu sempre que o poder constituinte podia estabelecer certas garantias ao seu arbítrio, e não é só entre nós. [...]. Não nos queremos aproveitar de interesses de momento, para desconhecer a utilidade manifesta de garantias tendentes a moderar os ímpetos políticos dos partidos e das facções dos Estados, transviados constantemente, obrigados incessantemente a mudar de forma de governo.. (BARBOSA, 1934, p. 490).

Barbosa (1934) ressaltou, ainda, durante o mesmo pronunciamento, que diversos estados de outros países vinham, naquele momento, utilizando-se dessa

¹²⁴ Decreto n. 510 /1890 – (...) Art. 85. A Constituição poderá ser reformada, mediante iniciativa do Congresso Nacional ou das legislaturas dos Estados.

§ 1º Considerar-se-á proposta a reforma, quando, apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Camaras do Congresso Federal, for acceita, em tres discussões, por dous terços dos votos numa e noutra casa do Congresso, ou quando for solicitada por dous terços dos Estados, representados cada uma pela maioria dos votos de suas legislaturas tomados no decurso de um ano.

§ 2º Essa proposta dar-se-á por aprovada, si no ano seguinte o for, mediante três discussões, por maioria de três quartos dos votos nas duas Câmaras do Congresso.

§ 3º A proposta approvada publicar-se-ha com as assinaturas do presidente e dos secretários das duas Câamaras, incorporando-se à Constituição como parte integrante dela.

§ 4º Não se poderão admitir como objecto de deliberação, no Congresso, projectos tendentes a abolir a fôrma republicana-federativa, ou a igualdade da apresentação dos Estados no Senado. (BRASIL, 1890)

¹²⁵ Quanto à irreformabilidade do princípio da igual representação dos Estados no Senado, Ruy Barbosa afirma que essa particularidade, assim como a atribuição ao vice-presidente da República a Presidência do Senado, foi buscada na Constituição dos Estados Unidos, secção II, cláusula 4ª e art. 5º." (BARBOSA, 1934, p.493)

cautela, prevendo limites ao poder constituinte, com o objetivo de evitar a versatilidade nefasta das reformas constitucionais.

3.3 Revisão e Emenda na Constituição de 1934

No final da década de 1920, a condição econômica do país era extremamente delicada em decorrência do fracasso da política de valorização do café. A conjugação do excesso de oferta com a crise internacional de 1929 foi desastrosa e indicou a necessidade de reorientação econômica.

O Brasil, durante toda a Primeira República, e apesar de sucessivos esforços, não conseguiu produzir mecanismos capazes de proteger sua economia do alto grau de exposição externa que sofria, em função de sua quase total dependência do café exportado. Por isso, com os sinais da crise ainda em 1928, e com posterior queda vertiginosa dos preços desse produto no mercado internacional, **muito do equilíbrio político da República foi também abalado**. (GOMES, 2002, p. 236).

Em 1930, a sucessão presidencial para ocupar o cargo de Washington Luís, acirrou o cenário de instabilidade e as contradições políticas, que já vinham fortes desde a década de 1920, marcada por revoltas militares (tenentistas). A chapa que recebia o apoio do governo, liderada por Júlio Prestes, competia com os opositores, cujo candidato era Getúlio Vargas. O governo vence e antes mesmo da posse do novo presidente eclode a Revolução de 30.

O estopim da Revolução de 1930 foi a sucessão do Presidente Washington Luís. Pela “política dos governadores”, seria a vez de Minas Gerais indicar o próximo presidente, mas o acordo fora rompido por Washington Luís, que lançou o paulista Júlio Prestes como seu candidato. Em reação, Minas se une ao Rio Grande do Sul e à Paraíba, formando a Aliança Liberal e lançando a chapa integrada por Getúlio Vargas, como candidato à Presidência, e João Pessoa, para a Vice-Presidência.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014 p. 116).

Decorridos quatro anos da Emenda (1926) à Constituição de 1891, a Revolução é marcada pelo movimento *tenentista*¹²⁶. e, sob liderança civil de Getúlio Vargas, os revolucionários se consagram vitoriosos. (SILVA, 2005). Com a queda da

¹²⁶ “Há uma história do tenentismo antes e depois de 1930. Os dois períodos dividem-se por uma diferença essencial. Antes de 1930, o tenentismo foi um movimento de rebeldia contra o governo da República; depois, os tenentes entraram no governo e procuraram lhe dar um rumo que promovesse seus objetivos.” (FAUSTO, 2008, p. 307).

‘Primeira República’ é editado o Decreto nº 19.398/30, responsável por institucionalizar uma maior centralização do poder, com a dissolução do Congresso, dos legislativos estaduais e municipais, bem como com a atribuição de competência ao Governo Provisório, chefiado por Getúlio, para nomear interventores nos estados, que, por sua vez, nomeariam correspondentes interventores nos municípios de seu estados. (BRASIL, 1930).

Art. 1º O Governo Provisório **exercera discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo**, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país; (BRASIL, 1930, grifo nosso).

Já ficava bem claro no decreto a posição autoritária do novo governo.

O Governo achava que tudo podia, não tinha limites. Por meio de um decreto aposentou seis ministros do Supremo Tribunal Federal, O STF não se posicionou contra os “revolucionários”. Ao contrário, em novembro de 1930, negou, por 11 votos a dois, o pedido de *habeas corpus* do ex-presidente Washington Luis, que estava detido no forte de Copacabana. (VILLA, 2011, p. 44).¹²⁷

O Governo foi intitulado provisório, mas, transcorridos meses desde a Revolução, ainda não havia sido convocada a Assembleia Constituinte. A demora na elaboração de uma nova Constituição e o anseio da indústria e dos barões de café paulistas de retomar o poder no país, além da nomeação de sucessivos interventores para São Paulo (VILLA, 2011), fizeram eclodir no estado, em 1932, a Revolução Constitucionalista. Os revoltosos paulistas foram derrotados, mas, em 15 de novembro de 1933, finalmente, foi instalada a Assembleia Constituinte¹²⁸. Os trabalhos foram concluídos em 16 de julho de 1934 com a promulgação da Constituição. (SILVA, 2011).

¹²⁷ “A argumentação foi ainda mais tortuosa: ‘é incontestável que se encontra a nação em um período de anormalidade, durante a qual não é possível deixar de reconhecer que, se a Constituição subsiste, debaixo de certos pontos de vista, como quanto às relações de ordem privada, estão suspensas, sem dúvida, as garantias constitucionais, sob o critério político do chefe de Governo’.” (VILLA, 2011, p. 44).

¹²⁸ “Diversamente das outras assembleias constituintes, a de 1933/1934 foi exclusiva, ou seja, após a promulgação da Constituição, foram convocadas novas eleições. Outro ponto exclusivo dessa Constituinte foi a eleição de parlamentares constituintes, sem que fossem deputados ou senadores. Dessa forma, a definição do Congresso como um parlamento unicameral foi dos constituintes e não uma imposição quando da convocação da Constituinte.” (VILLA, 2011, p. 47).

A Assembleia Constituinte reunida em 1933 contrasta com a de 1891, inicialmente pelo entusiasmo com que a população a acolheu, ao contrário da indiferença que envolveu a primeira Constituinte republicana. Os Constituintes eram em número de 214, entre os quais havia uma inovação e peculiaridade: 40 [...] “classistas”; 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, três dos profissionais liberais e dois dos funcionários públicos. As correntes de pensamento mais diversas estavam aí representadas, pois além dos “classistas”, viam-se ainda [...], deputados eleitos pelo Partido Socialista. As preocupações parecem adquirir âmbito nacional. (ANDRADE, BONAVIDES, 1989, p. 319).

A Constituição de 1934 teve inspiração na Constituição de Weimar de 1919 e inovou em alguns aspectos como ao constitucionalizar o voto feminino e romper com o clássico bicameralismo (SILVA, 2002), atribuindo o exercício do Poder Legislativo à Câmara dos Deputados (com colaboração do Senado Federal - Art 22).

O Senado passa a ser não parte integrante do legislativo, mas um órgão de coordenação dos poderes, ao qual é reservado capítulo próprio (Capítulo V). (BRASIL, 1934).

Quanto à reforma constitucional, a Constituição da República de 1934 traz dois procedimentos distintos, ambos dotados de rigidez, para alteração de seu texto. Pela primeira vez é realizada distinção entre um procedimento de ‘emenda constitucional’ e o procedimento de ‘revisão’. (BRASIL, 1934).

Pedro Calmon, em comentários à Constituição de 1934, publicados já no último ano de sua vigência, 1937, apesar de defender a existência de alguns princípios imutáveis, relativos à dignidade humana, sintetiza a ideia da temporalidade das normas, inclusive constitucionais, naquele contexto:

A lei, seja a Constituição ou a norma ordinária de ação pública, elaborada pelo Poder Legislativo nos limites de sua competência, é, por sua natureza, contingente, peculiar a um período histórico, correspondente a uma estado social, própria de um consenso jurídico, que varia com o tempo e se altera progressivamente. Por isso é um vão idealismo o Pacto constitucional perpetuo. [...] O legislador constituinte deve ter o cuidado de resguardá-la das revisões levianas e fáceis; e o bom critério de permitir as reformas necessárias e oportunas. (CALMON, 1937, p. 324 e 325).

Calmon considera a forma exigida para a reforma da constituição dos Estados Unidos, assim como aquela prevista no texto constitucional anterior, de 1891, um processo penoso e demorado, capaz de amadurecer as propostas e atender à precaução necessária. Por outro lado, julga muito simples e não dotado de tamanha cautela o procedimento exigido pela Constituição de 1934. (CALMON, 1937, p. 325-326).

O art. 178, de autoria do deputado Levi Carneiro, inserido dentro do título VIII, é responsável pela previsão e distinção dos institutos de reforma constitucional.¹²⁹ À emenda ficava reservada todas as disposições que não alterassem a estrutura política do Estado (disposta especificamente nos arts. 1 a 14, 17 a 21) e a organização ou a competência dos poderes da soberania (constante dos Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, bem como o próprio art. 178), casos que estão sujeitos ao processo mais dificultoso da revisão. (BRASIL, 1934).¹³⁰

A iniciativa de emenda à Constituição, formulada de ‘modo preciso’, e com indicação dos dispositivos, caberia: (i) a, no mínimo, um quarto dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou (ii) a mais de metade dos Estados da federação, manifestando-se, no decurso de dois anos, pela maioria da Assembleia respectiva. Apresentada a proposta, seria aprovada aquela emenda que fosse aceita pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas discussões, distribuídas em dois anos consecutivos. Contudo, o processo poderia ser abreviado, caso a emenda obtivesse o voto de dois terços dos membros componentes de uma das casas, situação na qual deveria ser imediatamente (ou na primeira sessão legislativa seguinte, na hipótese da casa não estar reunida,) submetida ao voto da outra casa, quando seria aprovada caso obtivesse a mesma maioria de dois terços. (BRASIL, 1934).

Já a Revisão, regulamentada nos termos do 2º § do art. 178, que abarcaria alterações na estrutura política do Estado e na organização ou competência dos poderes da soberania, teria sua iniciativa vinculada à proposta apoiada por, pelo menos, dois quintos dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, e/ou submetida ‘a qualquer’ das casas por dois terços das Assembleias Legislativas, deliberando cada uma delas por maioria absoluta. Se as duas casas, por maioria de votos, aceitarem a revisão, será elaborado anteprojeto, o qual, na legislatura seguinte, deveria ser submetido a três discussões e votações em duas sessões legislativas, em cada casa. (BRASIL, 1934).

¹²⁹ “A reforma constitucional procede-se por emenda e revisão.” (CALMON, 1937, p. 326).

¹³⁰ Calmon aprova a dualidade prevista para a reforma constitucional (emenda e revisão), que, em sua visão, coaduna com a multiplicidade de temas abrangidos pelo documento: “Essa distinção, entre artigos primordiais e artigos acessórios, ou não-fundamentais, foi uma feliz lembrança do constituinte: deixou que o esforço de adaptação da Lei Magna aos novos paradigmas se realizasse suave e logicamente, sem, com isso, prejudicar a harmonia dos órgãos governamentais, o ritmo das instituições políticas.” (CALMON, 1937, p. 327).

São disposições comuns à emenda e à revisão, gêneros da espécie de reforma constitucional¹³¹, a necessidade de promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A revisão será incorporada, e a emenda, anexada com o respectivo número de ordem ao texto constitucional, que deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas. A Constituição de 1934 trouxe o primeiro limite circunstancial ao poder constituinte derivado brasileiro, ao impedir que se proceda à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio, este previsto e regulado no art. 175. (BRASIL. 1934).

Ainda, seguindo a linha já adotada pela Constituição Brasileira de 1891 e pela Constituição estadunidense, à reforma constitucional foram fixados limites materiais, dessa vez com narrativa mais limitada, “não se admitindo como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.” (Art. 178, § 5º). (BRASIL. 1934).

A justificativa atribuída naquele momento para existência da limitação de conteúdo à alteração constitucional é apontada a partir da origem da organização política do governo e do estado, que, advinda de uma revolução, não estaria dentro da competência representativa.

É o único dispositivo em que se não póde tocar [forma republicana federativa]. Entende-se a razão: criada essa forma do Estado por uma revolução, consubstanciada na organização constitucional de 1891, mantida pela de 1934, é a base da construção de todo o direito político. Não se dá aos representantes da Nação competência para desfazer a federação, abolir a República, restabelecer o unitarismo ou a monarquia, tentar qualquer outro tipo de Estado ou de Governo. (CALMON, 1937, p. 326).

Na prática, a Constituição de 1934, em sua curta vigência, sofreu três emendas e nenhuma revisão. As três emendas votadas e aprovadas na forma do art. 178, § 1º foram promulgadas e publicadas, em conjunto, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935. (BRASIL, 1935).¹³²

As emendas em questão levantaram relevante debate a respeito da redação

¹³¹ O termo reforma constitucional como gênero é utilizado expressamente no art. 178, § 4º. (BRASIL, 1937). A interpretação do referido disposto, especialmente da nomenclatura em questão, foi objeto de controvérsia no contexto de emenda à Constituição em 1935, conforme será logo mais estudado.

¹³² “Propostas por mais de 75 deputados; consideradas constitucionais pela Comissão dos 5 incumbida de emitir parecer sobre elas (contra o voto doutrinário da minoria parlamentar); obtiveram na Câmara mais de 200 votos favoráveis e, em seguida, no Senado, o mesmo beneplácito de mais de dous (sic) terços, razão porque as promulgou a mesa do Poder Legislativo.” (CALMON, 1937, p. 328).

atribuída ao art. 178, § 4º¹³³, que trata do limite circunstancial. Foi objeto de discussão a interpretação do termo ‘reforma’, mais especificamente se as palavras ‘reforma’ e ‘revisão’ eram sinônimas, ou se o termo ‘reforma’ envolveria as duas espécies: (i) revisão e (ii) emenda. Como relata Calmon (1937), a disputa interpretativa foi inflamada porque, naquele momento, vigorava o estado de sítio, e, neste último caso, as emendas propostas não poderiam ser discutidas por força da própria limitação constitucional.

Ao final, ao que tudo indica, prevaleceu o “sentido global” de reforma, abrangido pelo Regimento Interno da Câmara, sendo que o próprio Governo decretou suspensão do sítio no dia da votação, sentindo “a procedência do reparo”. (CALMON, 1937, p. 330).

3.4 A Reforma Constitucional no Estado Novo – Constituição de 1937

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 não ultrapassou os quatro anos de vigência.¹³⁴ A elite e os governantes de maior poder no Brasil não eram, nem de longe, tributários de valores muito democráticos. A Constituição vigente ‘atrapalhava’ os planos que tinham para o país.

Por outro lado, Vargas precisava de uma ameaça para justificar a imposição de um governo ditatorial. “Não precisou se esforçar muito, pois lá estavam os comunistas e o Capitão Luís Carlos Prestes, sedentos para, por meio de um golpe de mão, chegar também ao poder”. (VILLA, 2011 p. 62).

Os comunistas organizaram um movimento denominado Aliança Nacional Libertadora (ANL), cujo programa se compatibilizou com a orientação do PCB que vinha da Internacional Comunista. O Governo já não estava satisfeito com a organização da ANL, quando, em julho de 1935, durante um evento de comemoração do movimento foi lido o manifesto de Prestes, “o qual apelava pela derrubada do ‘governo odioso’ de Vargas e a tomada de poder por um governo

¹³³ “Art. 178., § 4º - Não se procederá à **reforma da Constituição** na vigência do estado de sítio.” (BRASIL, 1934).

¹³⁴ “A constituição de 1934 era uma espécie de pedra no caminho de Getúlio Vargas. Aceitou a realização da Constituinte, pois não havia mais como adiá-la, principalmente após os acontecimentos que levaram à Revolução de 1932. Passou a ser ponto de honra a realização das eleições, porém a plena constitucionalização do país era outra história, pois levaria ao estabelecimento de limites para a autoridade, a fixação de mandatos, a possibilidade de alternância no poder como em qualquer regime democrático.” (VILLA, 2011, P. 61).

popular, nacional e revolucionário”. (FAUSTO, 2008, p. 360). Era o que Vargas precisava para fechar a ANL.

Após o fechamento da ANL, o PCB organizou, durante um período de dura repressão aos comunistas, uma tentativa fracassada de tomar o poder em novembro de 1935. Os comunistas foram sujeitados à categoria de inimigos, a repressão do Governo aumentou.

Durante o ano de 1936, o Congresso aprovou todas as medidas excepcionais solicitadas pelo poder Executivo. Anteriormente, no curso da insurreição, a 25 de novembro de 1935, o governo pedira a decretação do estado de sítio, por sessenta dias; um grupo de deputados procurou restringir o decreto às zonas conflagradas, mas foi derrotado. O estado de guerra, a que foi equiparado o estado de sítio, seria sucessivamente prorrogado, até junho de 1937. Em março de 1936, a polícia invadiu o Congresso e prendeu cinco parlamentares, que tinham apoiado a ANL ou simplesmente demonstrado simpatia por ela. (FAUSTO, 2008, p. 361).

No fim de 1936, começaram a ser definidos os candidatos à sucessão presidencial prevista para janeiro de 1938. O contexto político se alterou em razão dos preparativos para as eleições, e a repressão aos comunistas diminui (mas persiste). Foram escolhidos os candidatos Armando de Salles Oliveira (Partido Constitucionalista), José Américo Almeida (candidato oficial) e Plínio Salgado (Integralistas). Getúlio e seus aliados não ficaram satisfeitos com os nomes e não estavam dispostos a abandonar o poder.

Nesse contexto, em 30 de setembro de 1937, o ‘Plano Cohen’¹³⁵ reacende a perseguição aos comunistas, o Congresso aprova o estado de guerra e suspensão de garantias constitucionais. Em 10 de novembro de 1937, o então Presidente eleito Getúlio Vargas organizou um golpe de estado, instaurou o regime ditatorial e, no mesmo dia, outorgou uma nova Constituição (ou Carta), de feição autoritária, redigida por Francisco Campos,^{136 137} que ficou conhecida por polaca (em razão de sua inspiração na Constituição polonesa de Pilsudsky - 1935). (SILVA, 2002).

¹³⁵ “Documento divulgado pelo governo brasileiro em setembro de 1937, atribuído à Internacional Comunista, contendo um suposto plano para a tomada do poder pelos comunistas. Anos mais tarde, ficaria comprovado que o documento foi forjado com a intenção de justificar a instauração da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937.” (Fundação Getúlio Vargas, 2015).

¹³⁶ Nas palavras do redator da constituição “a Revolução de 30 só se operou, efetivamente, em 10 de novembro de 1937.” (CAMPOS, 1937, p. 5).

¹³⁷ Francisco Luís da Silva Campos nasceu em Dores do Indaiá, MG, em novembro de 1891 e faleceu em Belo Horizonte, MG, em 1968. Descendente de famílias tradicionais de Minas, cujo poder político tem suas raízes no Brasil Império, ainda muito jovem iniciou sua vida política, ocupando inúmeros cargos políticos, tais como: Deputado Estadual em 1917; Deputado Federal em 1921; Secretário da Educação de Minas Gerais, em 1927; Secretário do Interior de Minas Gerais, em 1930; Ministro da Educação e da Saúde, em 1931; Consultor-Geral da República; Ministro Interino da

O preâmbulo da Constituição tenta explicar as motivações para sua outorga, entre outras, nas aspirações à paz política em decorrência de fatores de desordem vigentes; no estado de apreensão pelo risco de infiltração comunista e na ausência de mecanismos garantidores da defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo. (BRASIL, 1937). Nesse mesmo sentido, Francisco Campos expôs seus fundamentos em obra publicada logo após o advento do novo texto:

O Brasil estava cansado, o Brasil estava enjoado, o Brasil não acreditava, o Brasil não confiava. O Brasil pedia ordem, e, dia a dia, se agravava o seu estado de desordem. O Brasil queria confiar, e a cada ato de confiança se seguia uma decepção. [...] O Brasil reclamava decisão e só lhe davam intermináveis discussões sobre princípios em que nenhum dos controversistas acreditava. (CAMPOS, 1937, p. 21).

Francisco Campos, publicou diversos comentários ao texto de sua autoria, classificando a Constituição de 1937 como “profundamente democrática” (1937, p. 31). Contudo, em manifesta contradição, fundamenta sua formulação por meio (i) de críticas ao sufrágio universal amplo, que caracteriza como mítico em razão da falta de interesse e de conhecimento da opinião pública, (ii) da necessidade de restrições ao modelo de controle de constitucionalidade judicial, defendendo uma profunda limitação dos poderes dos juízes, (iii) da defesa do controle da imprensa, “que não poderá empregar a técnica e exercer o poder sinão (sic) no interesse público e para fins públicos” (p. 51), e (iv) da necessidade de centralização de poder na pessoa do Presidente da República, até mesmo com atribuição de iniciativa de lei, nas situações mais importantes, somente ao executivo, já que o legislativo não seria o campo adequado para tais debates.

Assim, uma constituição ‘democrática’ para Campos consagra ao Presidente o “poder supremo” (1937, p.37) com prerrogativas de controle sobre o legislativo, sobre a imprensa e o conteúdo da educação. Também retira atribuições do judiciário

Justiça, em 1932; Secretário de Educação da Prefeitura do então Distrito Federal, em 1936. Enquanto Ministro da Justiça, de 1937 a 1942, presidiu a vasta reforma do sistema legal brasileiro, de onde emerge “o impulso para a elaboração de novos códigos, tais como o Código Penal, o de Processo Civil e o de Processo Penal.” Ele foi o cérebro jurídico do Estado Novo, exercendo vários cargos, desde sua fundação, em 1937, até 1942. (Bonavides, 1979, p. XXIX). Praticamente ausente da política, desde o término da Ditadura Vargasista (1945) até a tomada do poder pelos militares, em 1964, reaparece a partir de então, “inspirando e redigindo o Ato Institucional no 1, de que é reconhecido como principal autor. Desempenhou também as funções de Consultor-Geral da República.” (Ibidem) Foi também professor na Faculdade de Direito de Minas Gerais e catedrático na antiga Universidade do Brasil/RJ. Como legado das letras, organizou vasta produção no Direito Constitucional, Administrativo e Civil, com estudos, pareceres e ensaios.” (BORGES, 2002, p. 1).

sob justificativa da necessidade de colocar o Chefe do Executivo em contato direto com o povo.¹³⁸

De forma geral, os dispositivos constitucionais do documento de 1937 são marcados pelo populismo (SAMPAIO, 2013), pela dissolução do poder legislativo e pelo autoritarismo. “A geração autoritária se reunia em torno de um princípio básico: a *organização*, naquele momento da história brasileira, e que era considerada mais importante que a *participação*.” (ANDRADE; BONAVIDES, 1989, p. 332).

O art. 187 determinava a entrada imediata em vigor do texto constitucional e previa sua posterior submissão a um plebiscito, o qual deveria ser realizado na forma prevista por decreto do Presidente da República. A referida consulta popular, contudo, jamais se realizou. “Na prática vigeu o artigo 186 [¹³⁹até 1945], que decretava o estado de emergência, conferindo amplos poderes ao Presidente da República nos termos dos artigos 166 a 171.”(SAMPAIO, 2013, p. 233).

Quanto ao processo de modificação, em teoria, a Constituição de 1937 era rígida, prevendo procedimento próprio para alteração de suas disposições, conforme previsto no art. 174¹⁴⁰¹⁴¹. A iniciativa era atribuída tanto ao Presidente da República (pela primeira vez na história constitucional brasileira) como à Câmara dos Deputados por meio de procedimentos distintos. (BRASIL, 1937).

No caso de projeto de iniciativa do Presidente da República, sem emendas ou com modificações anuídas pelo iniciador, este deveria ser votado em bloco por

¹³⁸ Interessante anotar, por outro lado, que, em obra publicada no ano de 1942, mas elaborada ainda na vigência da Constituição de 1891, Campos apresentava posição diversa, especialmente quanto à posição do poder legislativo e do poder judiciário no controle de constitucionalidade. Naquele momento, o autor rechaçava uma proeminência do judiciário na interpretação da Constituição, todavia, afirmava que “os três Poderes a exercem cumulativamente, mas em momentos diversos e com efeitos distintos. O Poder Legislativo e o Poder Executivo interpretam a Constituição por si e para si mesmos, não vinculando a sua interpretação ao Poder Judiciário, que continua livre de dar à mesma cláusula inteligência diversa. Por sua vez, o Poder Judiciário interpreta o instrumento constitucional por si, para si e para as outras pessoas que foram partes na contenda submetida ao seu juízo, vinculando os demais Poderes apenas no que deles depende para a execução de suas sentenças.” (CAMPOS, 1942, p. 67).

¹³⁹ “Art 186 - É declarado em todo o país o estado de emergência.” (BRASIL, 1937)

¹⁴⁰ “Art. 174 - A Constituição pode ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados.” (BRASIL, 1937).

¹⁴¹ Pontes de Miranda relata que a terminologia utilizada para reforma à Constituição era ambígua e equivocada. Isso porque no Título tratava a matéria como ‘Das emendas à Constituição’, o que indicaria emenda como um termo geral, apto a abranger todas as alterações ou modificações. Por outro lado, o art. 174 em sequência apresenta três conceitos “repetidamente”: emenda, modificação e reforma. (MIRANDA, 1947b, p. 222).

maioria **simples** (ordinária) dos membros da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal.¹⁴²

O procedimento para tramitação do projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, por sua vez, era dotado de maior complexidade, exigindo para sua aprovação o voto da maioria **absoluta** dos membros de uma e outra Câmara, além da aprovação do Presidente da República. Caso, dentro do prazo de trinta dias, o Presidente da República entendesse pertinente, poderia devolver o projeto à Câmara dos Deputados, para que fosse submetido à nova tramitação por ambas as Câmaras na legislatura seguinte. (BRASIL, 1937). “Não houve engano; não é da sessão legislativa seguinte; é da legislatura seguinte.” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 131).

Se na legislatura seguinte, apesar da oposição do Presidente da República, o projeto fosse definitivamente aprovado, ou no caso de ser rejeitado projeto de sua iniciativa, o Presidente da República poderia submetê-los ainda à plebiscito nacional. Somente em caso de decisão favorável, o projeto se tornaria lei. (BRASIL, 1937).

Cumprir anotar ainda que a Constituição de 1937, entre as constituições republicanas, inclusive em relação àquelas que lhe sucederam, foi a única a não prever como limite material à reforma constitucional a república e a federação. Quanto à motivação em relação à relevante omissão, Afonso Arinos de Melo Franco, tende a supor que, sendo um documento totalitário e centralizador, existiria ‘latente conflito entre os seus objetivos políticos e os pressupostos da República e da Federação. A República se baseia na temporalidade dos mandatos políticos, mas o Presidente Vargas aspirou sempre ao poder vitalício.’ (FRANCO, 1987, p. 97).

Ademais, outro dispositivo¹⁴³ que apresentava interferência na supremacia e rigidez da Constituição era a possibilidade de revisão das decisões que declarassem a inconstitucionalidade de leis, que, mediante provocação do Presidente da República, poderiam ficar sem efeitos por deliberação de dois terços de cada uma das Câmaras. (BRASIL, 1937). O dispositivo atribuía a última palavra no controle de constitucionalidade não ao judiciário, mas ao poder legislativo, por meio de iniciativa

¹⁴² Em tese, o poder legislativo, nos termos Art. 38, § 1º, seria composto de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. (BRASIL, 1937).

¹⁴³ “Art. 96 – [...] Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” (BRASIL, 1988).

do executivo. Francisco Campos (1942), prossequindo suas críticas ao controle judicial (em sua visão um limitador ilegítimo da dinâmica democrática¹⁴⁴) defende que o dispositivo seria uma espécie de constitucionalização superveniente.

O que a Constituição confere ao parlamento é a faculdade de remover a inconstitucionalidade, mediante nova votação da lei, o que equivale, praticamente, a emendar a Constituição, tornando compatível com esta a lei impugnada. O uso dessa prerrogativa é rodeado de cautelas especiais. (CAMPOS, 1942, p. 355-356).

Segundo Pontes de Miranda, a atribuição da guarda da Constituição, não ao judiciário, mas ao parlamento, constante no citado artigo 96, parágrafo único, acabou colaborando com a perpetuação do regime ditatorial. “Em 1937, no Brasil, o guarda e o intérprete máximo, seria o Parlamento (art. 96, parágrafo único). Ou o povo, em plebiscito. Nada se fez. Só a ossatura ditatorial prevaleceu.” (MIRANDA, 1947a, p. 141).

Assim, na prática, a Constituição de 1937 funcionou como uma **constituição flexível**, em virtude da usurpação do poder constituinte pelo presidente da República, que, sozinho, editou várias ‘Leis Constitucionais’¹⁴⁵ à margem das previsões existentes. (SARMENTO, SOUZA NETO, 2014).

3.5 A (Re)democratização¹⁴⁶ e a Reforma em 1946.

A Constituinte de 1946 tem seu berço em uma mobilização nacional de repúdio ao autoritarismo do Estado Novo. Nesse contexto de contestação ao governo, a “iniciativa política mais arrojada estava [...] com a Oposição, que mantinha os passos do Governo debaixo de vigilância e suspeita, sob o fogo de uma

¹⁴⁴ “O controle judicial de constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção do povo, era um expediente sabiamente engenhado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas.”(CAMPOS, 1942, p. 309). Nesse sentido também, ver discurso proferido na solenidade de abertura do Supremo Tribunal Federal em 1941 (CAMPOS, 1942, p. 365-371).

¹⁴⁵ No total, na vigência da Constituição de 1937, foram editadas 21 (vinte e uma) leis constitucionais, sendo dez por Getúlio Vargas e onze por José Linhares, que exerceu a Presidência da República por convocação após a deposição de Vargas.

¹⁴⁶ “Falar em redemocratização pressupõe que tenha havido antes a democracia. A rigor, no entanto, até o regime da Constituição de 1946, pelo que se está vendo dessa exposição, o Brasil não tivera regime democrático. Teve almas instituições formais do regime representativo, mas a realidade é que o país viveu regimes elitistas de natureza oligarca. Então, a redemocratização correspondente à reconstitucionalização, uma vez que no período ditatorial não se pode dizer que tenha havido um regime constitucional.” (SILVA, 2002, p. 101).

crítica acerbada, inflexível e disposta a aluir os alicerces da ditadura.” (ANDRADE; BONAVIDES, 1989, p. 351).

Em 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas é deposto pelas forças armadas e deixa o Governo para o recolhimento em sua fazenda em São Borja/RS. A presidência é entregue pelos militares ao Presidente do Supremo Tribunal Federal José Linhares, que exerce o cargo até a realização das eleições. Nesse período, são editadas diversas medidas visando à democratização do governo, inclusive novas Leis Constitucionais, alterando alguns dispositivos mais autoritários da Constituição de 1937.¹⁴⁷

Antes da queda, Getúlio Vargas, ciente da derrocada do regime, havia editado a Lei Constitucional nº 9/1945 na qual, entre outras medidas para entrada “em funcionamento do sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição” (BRASIL, 1945a), convocava em seu art. 4º eleições para Presidência, Governos dos Estados, Parlamento e Assembleias Legislativas.¹⁴⁸

Mesmo não constando de forma expressa na redação da legislação, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) interpretou¹⁴⁹ como sendo ‘constituintes’ os poderes que os eleitores outorgariam aos parlamentares, nos termos do citado art. 4º da Lei Constitucional nº 9/1945. Assim, já sob o governo de José Linhares, foi editada a Lei Constitucional nº 13/1945, responsável por regulamentar em seu artigo 1º o início dos trabalhos da Assembleia Constituinte e a extensão de seus poderes.

Art. 1º - Os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal,

¹⁴⁷ “A Lei Constitucional nº 12 revogou o art. 177 da Constituição, que dava ao governo o poder de aposentar ou reformar discricionariamente servidores civis ou militares; a Lei Constitucional nº 14 extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional; a Lei Constitucional nº 16 revogou o art. 186 da Carta, que declarara estado de emergência por prazo indeterminado; e a Lei Constitucional nº 18 extinguiu a faculdade de cassação política das decisões dos tribunais no controle de constitucionalidade.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 131).

¹⁴⁸ Art. 4º - Dentro de noventa dias contados desta data serão fixadas em lei, na forma do art. 180 da Constituição, as datas das eleições para o segundo período presidencial e Governadores dos Estados, assim como das primeiras eleições para o Parlamento e as Assembléias Legislativas. Considerar-se-ão eleitos e habilitados a exercer o mandato, independentemente de outro reconhecimento, os cidadãos diplomados pelos órgãos incumbidos de apurar a eleição. O Presidente eleito tomará posse trinta dias depois de lhe ser comunicado o resultado da eleição, perante o órgão incumbido de proclamá-lo. O Parlamento instalar-se-á sessenta dias após a sua eleição. (BRASIL, 1945).

¹⁴⁹ “O Tribunal Superior Eleitoral, tomando conhecimento, por maioria de votos, da representação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal – e da consulta formulada pelo Partido Social Democrático, **resolve declarar que o Parlamento Nacional, que será reeleito a 2 de dezembro de 1945, além de suas funções ordinárias, terá poderes constituintes, isto é: apenas sujeitos aos limites que ele mesmo prescrever.**” (BRASIL, TSE, 1945, grifo nosso).

sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com **poderes ilimitados**, a Constituição do Brasil. (BRASIL, 1945b, grifo nosso).

As eleições são realizadas e, em 31 de janeiro de 1946, é empossado o novo Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra, eleito com surpreendente apoio de Getúlio Vargas, que também se elegeu Senador pelo seu estado de origem, o Rio Grande do Sul.

No mesmo ano, em 01 de fevereiro de 1946, instalou-se a nova Assembleia Constituinte brasileira, sob a presidência provisória do ministro Valdemar Falcão, então presidente do TSE. Após os ajustes iniciais, os trabalhos da constituinte prosseguiram sob o comando do presidente eleito pela assembleia, Fernando de Mello Viana até a promulgação da quinta Constituição brasileira em 18 de setembro de 1946.

A Assembleia Constituinte funcionou sob a inspiração do pós Segunda Guerra e representou um avanço na reestruturação da democracia no país. (JACQUES, 1956). Sob a vigência da Constituinte de 1946 o Brasil viveu o período de maior liberdade democrática, antes da vigência da Constituição de 1988. (SILVA, 2002).

Entre seus 218 artigos, somente em sua parte definitiva, a Constituição de 1946, assim como os demais textos constitucionais brasileiros, regulou seu procedimento próprio e rígido de reforma. (BRASIL, 1946).

Após o governo de Dutra, ainda sob a vigência da Constituição de 1946 o próprio Getúlio Vargas é reeleito presidente pelo PTB em 1950. O novo governo de Vargas passou por enormes dificuldades em razão de seus problemas de relacionamento com os partidos políticos, reacendeu o movimento sindical e foi acusado de querer transformar o Brasil em uma 'república sindicalista'. O partido de oposição à UDN não dava trégua ao governo. Um movimento que pedia a renúncia de Vargas ganhava espaço no país, liderado por Carlos Lacerda que utilizava seu jornal *Tribuna da Imprensa* para pressionar a saída do Governo. O desfecho da crise acaba sendo o suicídio do Presidente Vargas, no dia 24 de agosto de 1954. (PANDOLFI, 2002).

O povo ficou desolado com a morte do Presidente e saiu às ruas para protestar. O fato traz um rearranjo partidário no país onde o PTB e o PSD ficam fortalecidos. Em outubro de 1955, apoiado por um grupo renovador dentro do PSD,

Juscelino Kubitschek (JK) é eleito Presidente da República, e João Goulart é eleito seu vice, pelo partido PTB. Rodeado de diversas ameaças de golpe que começaram ainda no período eleitoral e com o *slogan* '50 anos em 5', JK assume a Presidência da República. (PANDOLFI, 2002).

Em 1959, já no final do governo de JK, surge um movimento de apoio à candidatura do popular Jânio Quadros, que é eleito com adesão da UDN em 1960. Como as eleições para presidente e vice eram realizadas por votos independentes, para a vice-presidência foi eleito o candidato da aliança PSD-PTB,.

3.5.1 A Rigidez Positivada na constituição de 1946

A Constituição trouxe um procedimento único, uma definição 'uniconceitual' de reforma, não realizando distinções entre emenda e revisão como o fez a Constituição de 1934. (MIRANDA, 1947b).

Nos termos do art. 217, *caput* e seus parágrafos, que tratou da temática, a Constituição poderia ser emendada por proposta de, no mínimo, a quarta parte dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal¹⁵⁰, ou por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros. (BRASIL, 1946).¹⁵¹ Pontes de Miranda tece duas observações relevantes a respeito da iniciativa: a primeira delas diz respeito à forma pela qual deveria ser computada a maioria dos membros de cada casa legislativa, ressaltando que se trata de maioria calculada pelo "máximo total de vagas" (MIRANDA, 1947b, p. 222); a segunda observação ressalta que, além das Assembleias Legislativas dos Estados, "sempre

¹⁵⁰Com referência à legislação vigente em 1954, Carlos Maximiliano esclarece que "O projeto deve trazer a assinatura de 16 senadores ou de 75 deputados, pelo menos [...]" (MAXIMILIANO, 1954, p. 311).

¹⁵¹ Após o golpe de março 1964, o Ato Institucional n. 2/1965 introduz algumas alterações no texto da Constituição de 1946. Entre elas, previu também a iniciativa por parte do Presidente da República para o procedimento de reforma constitucional. [AI 2] " Art. 2º - A Constituição poderá ser emendada por iniciativa: I - dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; **II - do Presidente da República**; III - das Assembleias Legislativas dos Estados. § 1º - Considerar-se-á proposta a emenda se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por mensagem do Presidente da República, ou por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros. § 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em dois turnos na mesma sessão legislativa, por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. § 3º - Aprovada numa, a emenda será logo enviada à outra Câmara, para sua deliberação."(BRASIL, 1965, grifo nosso)

que os Territórios [tivessem] Assembleias, [deveriam] ser ouvidos, tanto mais quanto a emenda poder[ia] interessar precipuamente a eles.” (MIRANDA, 1947b, p. 222).

Quanto à iniciativa atribuída às Assembleias, a Constituição de 1946 não consagrou, necessariamente, unicameralismo do legislativo estadual, o que impunha aos Estados onde houvesse Senado e Câmara dos Deputados, a aprovação “[d]a proposta pelos dois ramos da legislatura regional. [Exigindo-se] o voto da maioria, isto é, da maioria dos membros de cada assembleia.” (MAXIMILIANO, 1954, p. 311).

O procedimento para aprovação, nos termos dos §2º e §3º do art. 217, variava de acordo com o *quórum* obtido nas votações, sendo aprovada a proposta que (i), em duas discussões, obtiver voto da maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias e consecutivas, ou que (ii), dentro da mesma sessão legislativa, obtiver, em duas discussões, em uma e outra Casa, voto de dois terços de seus membros. (BRASIL, 1946).

Os debates a respeito da reforma constitucional somente poderiam ocorrer em sessões ordinárias, conforme observa Carlos Maximiliano, não sendo lícita a convocação extraordinária do Congresso para tal finalidade, já que “o intuito evidente da Constituinte foi deixar transcorrer algum tempo entre o início da reforma e sua aceitação definitiva.” (MAXIMILIANO, 1956, p. 312). Em sentido contrário, Pontes de Miranda defendia que no caso da aprovação por dois terços de uma das casas, conforme disposto no art. 217, §3º, seria possível a prorrogação da sessão ordinária, ou até, se “não há tempo para votação na mesma sessão legislativa ordinária, pode[ria] dar-se convocação para o mesmo ano, a fim de votar-se por dois terços [a emenda]” (MIRANDA, 1947, p. 223), diferentemente da aprovação por maioria absoluta, prevista no §2º, que literalmente exigiria votação em sessão ordinária.

Após a aprovação, a emenda deveria ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com as respectivas assinaturas e, em seguida, seria anexada ao texto constitucional, com o respectivo número de ordem.¹⁵² (BRASIL, 1946).

¹⁵² “Não a deixam, entretanto, consignada em emendas isoladas, como sucede nos Estado Unidos; art. 217 exige que sejam incorporadas à Constituição, isto é, que fiquem insertas nos artigos referentes à matéria inovada ou acrescida. Elimina-se, portanto, do texto primitivo a parte reforma; e se a mudança de disposições foi radical, substitui-se o artigo outrora pelo recente.” (MAXIMILIANO, 1956, p. 313).

Além dos limites formais propostos, a reforma constitucional era limitada por previsões circunstanciais, como a impossibilidade de emenda na vigência de estado de sítio (art. 217, §4º). Pontes de Miranda, já em 1947, defende que a emenda apresentada, discutida, votada ou aprovada durante o estado de sítio, seria “nula [...] pelo vício da inconstitucionalidade” e passível, até mesmo de controle judicial de constitucionalidade, observado o disposto no art. 200, que tratava da reserva de plenário.¹⁵³

Por fim, o § 6º traça limites materiais à reforma constitucional, vedando a deliberação de projetos tendentes a abolir a Federação ou a República. Nesse ponto, bem observa Carlos Maximiliano “Pode-se reformar, porém não substituir as instituições.” (1956, p. 313). Pontes de Miranda (1947), por sua vez, como será mais bem estudado no sub-tópico a seguir, nomeia o art. 217, § 6º de o “cerne inalterável”, cuja alteração pressupõe a derrubada da Constituição.

Em uma análise comparativa a respeito do tema, Paulo Bonavides e Paes de Andrade anotam que

O declínio da rigidez do processo reformista na Constituição de 1946 não se observa unicamente em comparação à Carta de 1934 ao omitir qualquer distinção entre emenda e reforma ou ao desprezar os dois graus de rigidez ali previstos, conforme se trata de emendar ou de reformar o texto constitucional. Tal declínio também se fez patente com respeito à Constituição de 1891, que fazia a aceitação da proposta reformista depender de três discussões nas duas casas do Congresso e de um requisito mais qualificado, ou seja, de dois terços dos votos em ambas as casas. (ANDRADE; BONAVIDES, 1989, p. 423).

A Constituição de 1946 foi emendada diversas vezes ao longo de sua vigência, fora os atos institucionais e atos complementares, todos provenientes do governo ditatorial instituído após o Golpe de 1964, foi aprovadas e enumeradas 21 (vinte e um) emendas constitucionais, sendo as 6 (seis) primeiras¹⁵⁴ aprovadas nos moldes delineados no texto constitucional originário e as demais já após os novos

¹⁵³ “Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.” (BRASIL, 1946).

¹⁵⁴ “A emenda de número 1, de 26 de dezembro de 1950, refere-se a vencimentos da magistratura do Estados. De número 2, de 3 de julho de 1956, estabelece que o prefeito do Distrito Federal [...] seria eleito e não mais nomeado. A de número 3 (...), dava organização ao novo Distrito Federal (Brasília). (...) [A] emenda constitucional número 4, de 2 de setembro de 1961 (Ato adicional), [...] institui o sistema parlamente de governo. [A emenda número 5 institui novas discriminações de renda em favor dos municípios brasileiros.] [...] A emenda constitucional número 6, de 23 de janeiro de 1963, restabeleceu o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição de 1961.” (FRANCO, 1987, 131).

contornos atribuídos à reforma constitucional pelo Ato Institucional nº 1 de 9 de abril de 1964¹⁵⁵, que atribuiu também ao Presidente da República a iniciativa de emenda. (BRASIL, 1964).

Entre as emendas aprovadas, uma em especial trouxe relevante debate acerca da existência de limites implícitos ao poder de reforma, notadamente a emenda nº 4 de 1961, que, objetivando diminuir os poderes de João Goulart, mudou o sistema de governo consagrado na Constituição de 1946 de presidencialismo para parlamentarismo.

Naquele momento, em que pese a inexistência de limitação material expressa, vários juristas “levantaram-se sustentando a impossibilidade de, mediante, reforma constitucional, substituir-se o sistema de governo [...] nesse sentido considerando existir um incompatibilidade entre o parlamentarismo e o modelo federativo” (BRANDÃO, 2008), este último fixado como cláusula pétrea no texto constitucional (art. 256).

3.5.2 Um panorama geral da visão de Pontes de Miranda a respeito da rigidez constitucional até a Constituição de 1946¹⁵⁶¹⁵⁷

¹⁵⁵“Art. 3º - O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição. Parágrafo único - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento, em duas sessões, com o intervalo máximo de dez (10) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.” (BRASIL, 1964).

¹⁵⁶ Pontes de Miranda foi uma dos grandes e principais nomes da doutrina jurídica brasileira do séc. XX. A grande abrangência de suas obras, fez com que seu legado e influência chegasse até a contemporaneidade. “A vida intelectual de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda teve, desde sua infância, a marca da excepcionalidade. Alagoano nascido no Bairro do Mutange, em Maceió (1892), cresceu na casa de seu avô, em um sítio dominado pelas frondes de magníficas mangueiras, banhado pelas águas, então límpidas, da encantadora Lagoa Mundaú. A seu avô o menino Chico, de inteligência invulgar, deveu uma rigorosa e bela formação intelectual voltada para a Lógica, a Matemática, a Física e os idiomas estrangeiros (já aos 7 anos lia correntemente em português e francês) e a religião. Aos 16 anos ingressou na Faculdade de Direito do Recife, colando grau em 1911, aos 19 anos. Ainda estudante do 4º Ano do Curso, escreveu sua primeira obra, *À margem do direito*, que editou em Paris, após ser sumariamente recusada pelo editor nacional. [...] Apesar do valor incontestável de sua obra literária e científica, sua contribuição maior e definitiva reside nos insuperáveis trabalhos jurídicos. Das mais de 53 obras de grande fôlego que publicou, inclusive escritas em alemão e francês, segundo me foi dado conhecer, 33 são dedicadas ao direito, abrangendo direito constitucional, direito processual civil e penal, direito internacional público e privado e direito privado (civil, empresarial e do trabalho), que somam impressionantes 155 alentados tomos”. (MELLO, 2008, p.45) Católico e admirador de São Francisco, atuou como advogado, delegado de polícia, juiz de Direito, desembargador e embaixador. (ALVES, 2003).

¹⁵⁷ As reflexões específicas do autor quanto à Constituição de 1967 serão abordadas no próximo subtópico, assim como alguns comentários com a temática mais restrita que estão dispersos ao longo deste trabalho.”

Pontes de Miranda desenvolve pormenorizado estudo a respeito da rigidez constitucional e argumenta em favor da ‘defesa da Constituição’¹⁵⁸ por meio da diferenciação entre textos constitucionais e textos da legislação ordinária, ou seja, da rigidez constitucional, nomeando essa técnica de “Constituição mais dura”. (MIRANDA, 1945, p. 69).

Nessa conjuntura, descreve uma tripla discriminação, que se torna importante para compreensão de sua visão a respeito do tema, entre textos constitucionais, que podem ser (i) duros e (ii) menos duros e a (iii) legislação ordinária, adjetivando ainda de “indestrutível”¹⁵⁹ o artigo ou princípios aos quais não se permite à legislatura responsável por rever a Constituição tocar-lhes. (MIRANDA, 1945, p. 69).

De uma forma geral, a estruturação de uma técnica de rigidez constitucional, e da referida distinção, são vistas como essenciais à democracia.

As Constituições rígidas protegem a liberdade, a democracia e a maior igualdade contra o impulso puxante para o remoto, contra o impulso de descida à horda, que se produz na multidão-religião ou, ainda, na multidão-exército. (MIRANDA, 1945, P.38).

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda apresenta críticas ao modelo de Constituição flexível, que classifica como democracia perigosa¹⁶⁰, mas também à Constituição imutável, entendida como aquela que concebe perpétua ou é omissa quanto às regras de revisão. A perpetuidade é caracterizada como ilusória, podendo a Constituição que assim se intitula ser posta abaixo por qualquer revolução. (MIRANDA, 1947a, p. 140).

As Constituições que se fizessem inalteráveis, eternas, seriam ingênuas e imprudentes. Emendar-se, permitir alterar-se, nos indivíduos e nos grupos sociais, é sinal de sabedoria. [...] No sentido da evolução social é impossível pretender-se a eternidade das leis. (MIRANDA, 1947b, p. 221).

¹⁵⁸ Pontes de Miranda alerta que a rigidez e o controle de constitucionalidade, apesar de mais eficazes, não são os únicos meios de defesa da constituição, citando como exemplo o juramento pelas forças armadas e mesmo a fixação de um prazo no qual a constituição não pode ser alterada como previsto na Constituição brasileira de 1824.

¹⁵⁹ “Certo, a indestrutibilidade dele é sempre relativa: revolução pode desfazê-lo, riscá-lo, torná-lo sem razão de ser.” (MIRANDA, 1945, p. 69).

¹⁶⁰ Para o autor, esse modelo somente funciona sem calamidades na Inglaterra em virtude de características, qualidades especiais, históricas, psicológicas e do sentimento do povo britânico. (“rigidez psicológica”) (MIRANDA, 1945, p. 71). Nos demais países, a inquietude histórica denunciou a necessidade da rigidez como invenção técnica.

Assim, Pontes de Miranda compreende a necessidade de mudança da Constituição por mecanismos específicos, mas também inclui em sua obra a relevância do estudo a respeito da existência de dispositivos inalteráveis, específicos, como os limites materiais previstos nas Constituições Brasileiras, de 1891, 1934 e 1946.

Outra distinção relevante traçada pelo autor diz respeito aos diversos tipos de rigidez constitucional, que ultrapassam a mera rigidez de forma. Pontes de Miranda distingue entre a (i) 'rigidez técnica', à qual nos referimos como aquela decorrente de uma forma específica e mais difícil de alteração das normas constitucionais, (ii) 'rigidez ideológica', cujo exemplo seria a Constituição Russa vigente em 1945, que se pauta pelo sentimento e pela ideia marxista de igualdade. (MIRANDA, 1945, p. 126) e a (iii) a 'rigidez psicológica', característica da constituição inglesa e que está não no texto de uma constituição formal, mas no espírito e nas convicções do povo inglês, que confere forte resistência aos estatutos básicos dispensando a rigidez técnica.

O que ocorreu e ocorre com a Grã-Bretanha muito se diferencia do que ocorre com os outros povos que não têm rigidez constitucional. O parlamento pode fazer tudo e, no entanto, não desfaz os direitos de liberdade e igualdade. Porque? (sic) Pergunta-se [...] Porque os Ingleses têm tais direitos gravados em seu íntimo, ergueram sobre eles toda a sua construção jurídica moderna, e estão convictos de que devem a isso o seu progresso em relação às outras nações. (MIRANDA, 1945, p. 138)

Pontes de Miranda trata os elementos 'democracia', 'liberdade' e 'igualdade' como os dados que devem ser equilibrados, dosados, para solução dos problemas do Estados. A rigidez técnica existente nos Estados Unidos e no Brasil, a partir de 1891¹⁶¹, é caracterizada como uma democracia relativamente envolvida, onde existem certos princípios de liberdade e igualdade que os Parlamentos não podem violar.

No modelo de rigidez técnica constitucional, não há nenhuma preponderância entre os três dados (democracia, liberdade e igualdade). A rigidez, em verdade, é criada nesses estados como uma técnica necessária à estabilidade, ao equilíbrio,

¹⁶¹ Para Pontes de Miranda a Constituição do Império no Brasil não pode ser classificada como rígida em razão da ausência de declaração de inconstitucionalidade, "a ínfima dose de rigidez não justificaria falar-se de Constituição rígida." (MIRANDA, 1945 p. 138).

que originalmente é instável e de fácil ruptura entre os três elementos. (MIRANDA, 1945).

Adiciona-se ainda às características debatidas pelo autor brasileiro a afirmação de que somente pode ser considerada ‘Constituição rígida’ aquela em que o sistema consagrava a adoção de garantia de declaração de inconstitucionalidade de lei. Caso contrário, a exigência de diferenciação entre lei constitucional e lei ordinária, por meio da previsão de quórum especial para revisão daquelas, seria meramente ilusória, já que nesse contexto acabariam valendo atos praticados com fundamento em leis contrárias à Constituição. (MIRANDA, 1945, p. 147).

3.5.2.1 O cerne inalterável: os limites materiais de reforma.

Historicamente, em meados da década de 1940, Pontes de Miranda acreditava em uma tendência de que as Constituições caminhavam para prever menos limites inalteráveis (mínimo de inalterável). Contudo, do ponto de vista teórico defendia que a técnica do que chamou de “cerne inalterável”¹⁶², hoje popularizado sob a denominação de cláusulas pétreas, teria que ampliar-se para abranger outros enunciados. (MIRANDA, 1947b, p.221).

A propósito, em sua obra *Democracia, Liberdade e Igualdade*, publicada no contexto pós-guerra, defende com maior fundamentação a questão relacionada ao tema. (MIRANDA, 1945).

Em sua construção teórica, o ‘cerne inalterável’ é dotado de maior rigidez, sendo um conceito absoluto e, por isso, possível, até mesmo, em Constituições não-rígidas onde o Parlamento pode, ordinariamente, modificar o texto constitucional, exceto naquele(s) princípio(s). (MIRANDA, 1945).

A origem do ‘cerne inalterável’ não está atrelada ao Constitucionalismo ou à rigidez constitucional; está, ao contrário, vinculada à inalterabilidade da forma monárquica das oligocracias ou autocracias. Entretanto, a origem autoritária da referida ‘técnica’ não impede que seja utilizada em favor, também, da defesa de regimes democráticos. O cerne inalterável está ligado à “auto-conservação [daquele] que tem o poder estatal”. (MIRANDA, 1945, p.146).

¹⁶² “Quando a Constituição adota algum ou alguns princípios que não podem ser alterados (salvo, naturalmente, a hipótese de derrubada da Constituição mesma), então a esse princípio ou ao conjunto desses princípios se dá o nome de ‘cerne inalterável’.” (MIRANDA, 1945, p. 33).

A partir de sua inserção dentro da ideia de rigidez constitucional, o ‘cerne’ é classificado por Pontes de Miranda como “rigidez de segundo grau” (1945, p.151), sendo precedida da rigidez de primeiro grau, referente à existência de mecanismos mais dificultosos para alteração do texto constitucional, seguida pela rigidez “imposta por ordem jurídica *acima* do Estado” (1945, p.151), nomeada de rigidez de terceiro grau.

O cerne inalterável se diferenciaria das outras formas indiretas de limitação da Constituição (quórum, iniciativa, referendo e etc.), por limitar diretamente o poder constituinte, o que, historicamente, deu maior relevância aos diversos debates acerca de seu conteúdo.

Os fins da ordem político-jurídica, os quais precisam incluir “certa dose de igualdade e de liberdade” (MIRANDA, 1945, p. 629), devem ser inclusos no cerne da Constituição, fixando-se como conteúdo invariável.

Do ponto de vista da “evolução” (p. 630), que vem desde os regimes autoritários, o cerne passou a conter também conteúdos proposicionais e não apenas conceitos, como os privilégios dos reis. Passaram a prever mais regras de fundo, do que de forma, e, com o passar do tempo, os cernes começaram a incluir não somente regras de fundo negativas (“Todos são iguais perante a lei”), mas também regras de fundo positivas, incorporando aos governantes também funções de cunho social e moral.

Quanto às possíveis críticas a esse modelo, o autor alerta que a maior parte das objeções às Constituições rígidas decorrem de um mesmo argumento: “o de se dificultar, enormemente a modificação de regra que, por sua natureza, precisam atender à experiência e às mudanças das circunstâncias” (MIRANDA, 1947a, p. 139). Contudo, discorda da crítica. Em sua visão, o citado inconveniente não deriva da técnica da Constituição rígida, mas sim do alargamento do conteúdo dos textos constitucionais, ao serem adicionados conteúdos de leis ordinárias como normas relacionadas ao direito penal, administrativo, intertemporal e civil. Trata-se de “erro na técnica do conteúdo, e não na técnica da Constituição em relação às outras leis.” (MIRANDA, 1947a, P. 140). O referido equívoco foi, na visão de Pontes de Miranda, cometido, por exemplo, pela detalhista Constituição de 1946.

A superioridade hierárquica e a rigidez das Constituições seriam, ao contrário do que argumentam seus críticos, eficientes à democracia, ao oferecerem resistência às “vontades impetuosas e, talvez, passageiras”, assim como o controle

judicial de constitucionalidade decorrente dessa rigidez seria necessário à correção de excessos dos Poderes Legislativo e Executivo em defesa da Constituição.¹⁶³ (MIRANDA, 1947a).

3.6 O Golpe Militar e a rigidez constitucional nas Cartas Constitucionais de 1967 e emenda nº 1 de 1969.

Durante a vigência da Constituição de 1946, a política brasileira passou por diferentes fases, desde um período de maior estabilidade democrática (inclusive, naquele momento, o mais democrático da história do país) até o de alto nível de autoritarismo com o Golpe Civil-Militar de março de 1964.

O ambiente turbulento e polarizado, intensificado a partir do Governo de João Goulart, após a renúncia do presidente Jânio Quadros, criou uma atmosfera propícia para a efetivação de um golpe historicamente anunciado e manejado por meio da massificação de ideias na população para edificação do necessário apoio.

O contexto da Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética refletiu em todo mundo. No Brasil não foi diferente. O setores mais conservadores da sociedade viam como real a ameaça de tomada do poder pelos comunistas. A passividade do Presidente João Goulart “diante de movimentos populares [...], longe de serem vistos como natural tolerância exigida pelo regime democrático, eram compreendidos como colaboração comunista pela tomada do poder.” (CRUZ, 2014, p. 303).

Nesse contexto, sob justificativa da ameaça comunista e com a contribuição de proprietários rurais, de empresários e de alguns representantes da classe média, os militar do golpe perpetrado em 31 de março de 1964.¹⁶⁴

O Presidente da Câmara dos Deputados Raniere Mazzilli assume temporariamente a presidência, sendo substituído após alguns dias pelo General Humberto Castelo Branco. Nesse contexto, e ainda sob a vigência da Constituição de 1946, inicia-se a Ditadura Civil-Militar.

¹⁶³ “Um dos [aparelhos de defesa da Constituição] mais eficazes, se não suficientes, necessários, é o da verificação judicial dos atos legislativos e de execução, bem como da própria justiça (o chamado “recurso extraordinário” a isso provê. (MIRANDA, 1945, p. 67).

¹⁶⁴ “[...] o anúncio das denominadas, por Goulart, “Reformas de Base” no comício de 13 de março, foi o estopim para o golpe que ocorreria algumas semanas depois.”(CRUZ, 2014, p. 303).

Os militares alegavam que queriam devolver o Brasil à democracia, mas que antes seriam necessários alguns ajustes, objetivando a consolidação de uma democracia mais duradoura e a inserção do Brasil dentro da nova articulação da economia mundial. Como suposto meio de alcançar esses objetivos, os militares optaram por uma concentração de poder no Executivo e, no “período de abril de 64 a dezembro de 66, registra nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais. (ANDRADE; BONAVIDES, 1989, p. 429).

O Ato institucional nº 1, redigido por Francisco Campos e expedido pelo Comando Militar da Revolução, formalizou o golpe (SILVA, 2002), nomeando, no preâmbulo do documento, de “Revolução vitoriosa” o movimento que o originou, e que trouxe diversas alterações à Constituição de 1946. (BRASIL, 1964).

A **revolução vitoriosa** se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, **a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma**. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. (BRASIL, 1964, grifo nosso).

Após as diversas emendas constitucionais e atos institucionais, as tentativas de compatibilizar o sistema constante na Constituição de 1946 e os ideais do golpe de 1964 se mostram insuficientes. Em dezembro de 1966, o então Presidente da República, General Castelo Branco, edita o Ato institucional nº 4, por meio do qual o Congresso Nacional foi convocado para reunir-se extraordinariamente, ainda naquele mês, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, a fim de discutir, votar e promulgar o projeto de constituição, além de fixar limites estritos ao funcionamento da constituinte. (SILVA, 2002). O objetivo da Constituição era institucionalizar o golpe.

Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. (BRASIL, 1966).

Dia 22 de janeiro, dia seguinte à data aprazada para o fim das votações, foram concluídos os trabalhos no Congresso. Na visão geral de diversos juristas, como Afonso Arinos de Melo Franco (1987), José Afonso da Silva (2002), o Congresso Nacional, mesmo em um curto espaço de tempo, conseguiu aprimorar o projeto de constituição, imputado à força aos congressistas pelos golpistas, que originalmente elaborado por Carlos Medeiros e Silva, apresentava-se como “cheio de inépcias e incongruências”. (FRANCO, 1987).¹⁶⁵

Em 24 do primeiro mês de 1967, foi ‘promulgada’¹⁶⁶ a Constituição, que entrou em vigor em março de 1967, mesmo momento em que assumia a presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva.

Especificamente quanto ao procedimento de reforma, pela primeira vez o texto constitucional não o insere nos artigos finais do documento (Disposições Finais), mas na seção V, que trata do processo legislativo em geral.

No contexto de vigência da Constituição de 1967/69, Afonso Arinos, discorrendo a respeito da reforma constitucional observa que, sendo a Constituição destinada a prever normas superiores do direito do Estado e, por isso, a ser presumivelmente mais duradoura, deve-se estabelecer processos específicos para mudança formal da constituição, sem prejuízo do fato de que todas as Constituições estão sujeitas a um processo interpretativo permanente de adaptação do texto à realidade social e política. (FRANCO, 1987).

A regra geral é a de que a própria Constituição estabelece às iniciativas reformistas, sendo estes limites determinados pelas condições e interesses existentes. [...] Normalmente, [...] o Legislativo não necessita de poderes especiais para a reforma constitucional, bastando-lhe seguir o processo estabelecido na Constituição. Dentro desse processo, algumas Constituições estabelecem diferença entre revisão e emenda, outras não fazem tal distinção, e admitem implicitamente a ideia de revisão dentro do processo de emenda. (FRANCO, 1987, P. 96).

¹⁶⁵ “[O] projeto de constituição não garantia sequer os direitos individuais do Homem, embora os previsse, deixando, contudo, sua eficácia e aplicabilidade na dependência da lei. [...] O Congresso Nacional teve a grandeza de refazer o projeto e recuperar as garantias dos direitos fundamentais e democráticos.” (SILVA, 2002, p. 106).

¹⁶⁶ Apesar de constar como formalmente promulgada, a maior parte da doutrina defende na linha de José Afonso da Silva, que a Constituição de 1967 foi indiretamente outorgada por meio do Congresso Nacional, “a que faltava legitimidade constituinte para elaborá-la”. (SILVA, 2002, p. 106). Em sentido contrário, já se posicionou Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 73) “[...] não parece correto dizer que a Constituição de 1967 tenha sido outorgada. Ela foi estabelecida por uma Convenção Constituinte, ainda que tenha sido limitada pelo ato de outorga que lhe deu força e lhe serviu de ponto de partida.” (2005, p. 73).

A Constituição de 1967 não trouxe distinção entre revisão e emenda. Delineou um procedimento único para alteração do texto constitucional independentemente de extensão ou profundidade.

A possibilidade de iniciativa de proposta de reforma à Constituição, prevista no art. 50, poderia ser apresentada: (i) pela quarta parte dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, (ii) pelo Presidente da República; e (iii) por mais de metade das Assembleias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros. (BRASIL, 1967).

No que diz respeito aos limites circunstanciais e materiais,¹⁶⁷ a Constituição de 1967 não inovou em relação aos textos constitucionais anteriores, reproduzindo a vedação de emenda à Constituição durante a vigência de estado de sítio, bem como excluindo a possibilidade de deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República¹⁶⁸. (BRASIL, 1967).

Importante notar que, mesmo diante da qualificação pela doutrina dos limites materiais como ‘cerne inalterável’, ‘dispositivo intocável’, tem-se a ciência de que essa inalterabilidade é relativa. Nesse sentido se manifestou Roberto Barcellos de Magalhães, naquele momento um entusiasta do novo texto constitucional¹⁶⁹: “A Federação e a República são erigidos à categoria de dogmas constitucionais, **intocáveis**, portanto, salvo para aperfeiçoá-los.” (MAGALHÃES, 1967, p. 170, grifo nosso). Bem como, em passagem ainda mais polêmica, inclusive, Pontes de Miranda (1967):

Não se proíbe a emenda que aperte os laços federativos, que vá quase até a unitariedade; proíbe-se, sim, a emenda que permita a livre saída de alguma parte do território, de algum Estado-membro ou o Território. Para que isso se dê é então caminho único derrubar-se a Constituição. O art. 50, § 1º, fechou, e bem, qualquer porta. (MIRANDA, 1967, p. 147).

Por outro lado, no que tange ao procedimento de votação e aprovação da proposta, o texto constitucional se distanciou dos demais ao prever que a votação se daria em reunião do Congresso Nacional, e não de cada casa separadamente, no

¹⁶⁷ Art. 50. [...]§ 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. § 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.” (BRASIL, 1967).

¹⁶⁸ Pontes de Miranda reitera, como o fez em comentários às Constituições anteriores, que uma norma constitucional que fosse promulgada ou mesmo proposta durante estado de sítio seria inconstitucional. (MIRANDA, 1967, p.149).

¹⁶⁹ “A Constituição 1967, sincera e realista, foi de encontro à doutrina nunca antes combatida do executivo-forte, cercando-o, todavia, de um complexo cinturão de responsabilidades, que se poderá apertar ou afrouxar na medida do comportamento dos governantes.” (MAGALHÃES, 1967, p. XIII).

prazo de sessenta dias contados a partir de seu recebimento ou apresentação, sob pena de rejeição. A aprovação dependeria da obtenção, em duas sessões de maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso. (BRASIL, 1967).

Aprovada a emenda, esta deveria ser promulgada, nos termos do art. 52 pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. (BRASIL, 1967).

No curso de sua vigência, ‘oficialmente’, a Constituição de 1967 foi emendada 27 (vinte e sete) vezes, sendo a primeira emenda, conhecida como emenda n 1º/69, a de maior extensão, considerada por alguns juristas uma nova constituição¹⁷⁰, em razão não apenas da abrangência, mas também do caráter ainda mais autoritário atribuído ao documento.

A Emenda nº 1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares. O Executivo fortaleceu-se a pretexto de seguir critérios universais predominantes. É o Governo com a supremacia do Executivo, iniciando uma fase em que o problema da legitimidade constitucional o preocupava, mas nem por isso o levou a considerar os protestos contra a concentração autoritária do poder. (ANDRADE, BONAVIDES, 1989, p. 443).

Na prática, a regulamentação originária sobre reforma constitucional, supra mencionada, constante na Constituição de 1967, jamais foi respeitada, isso porque a Emenda Constitucional nº 1, aprovada à margem de suas regulamentações e em conformidade com o Ato Institucional nº 5, conforme infra-descrito, acabou dando nova redação aos dispositivos. Além disso, vários atos institucionais e atos complementares foram responsáveis por regulamentar inúmeras matérias constantes no texto da Constituição, trazendo uma feição ainda menos democrática ao documento.

O Ato Institucional nº 5 atribuía ao Poder Executivo a prática de todas as atribuições do Poder Legislativo, durante o período de recesso deste. Dessa forma, a partir do citado embasamento, a Junta Militar, formada pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em 1969, editou a primeira emenda constitucional,

¹⁷⁰ Juristas como Pontes de Miranda e Pinto Ferreira consideram contemporaneamente a vigência do texto que a Constituição permaneceu, sendo a de 1967, reformada pela Emenda nº 1/69. Nesse mesmo sentido, foi o posicionamento no STF Outros, como Aliomar Baleeiro passaram a tratar o documento como “Constituição de 1967- 1969” (ANDRADE, BONAVIDES, 1989) Em sentido contrário, José Afonso da Silva (2011), viu a emenda tão-somente como mecanismo de outorga daquilo que, em verdade, era integralmente um novo texto.

alterando diversos dispositivos, bem como a enumeração dos artigos constitucionais.

Conforme supra delineado, em relação à reforma constitucional a emenda constitucional nº 1/69, alterou também alguns dispositivos relativos ao processo legislativo especial para emenda à constituição (BRASIL, 1969)

O procedimento de emenda continuou presente na seção V, que tratava do procedimento legislativo, ocupando agora o art. 47 da Constituição. A possibilidade de deflagração do procedimento pelas assembleias legislativas foi retirada, tendo sido mantida a iniciativa conferida ao Presidente da República e aos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, que agora em vez de assinatura da quarta parte, deveriam contar com o apoio de um terço de uma ou outra casa. (BRASIL, 1969). A Emenda n. 8/77 elevou a exigência para um terço cumulativamente dos deputados somados aos legisladores. (BRASIL, 1977).

Os limites materiais e circunstâncias foram mantidos, assim como o procedimento para votação¹⁷¹, que somente sofreu alteração quanto ao *quorum*, que agora seria de dois terços, e não mais maioria absoluta, dos votos dos membros das casa do Congresso Nacional. (BRASIL, 1969). A Emenda n. 8/77 reduziu o *quorum* para maioria absoluta, conforme texto original, o que foi novamente alterado em 1982, pela Emenda n. 22, que restabeleceu a maioria de 2/3 em cada uma casas.

Especificamente quanto aos limites materiais, a doutrina mostrava a necessidade de instituição de outras vedações ao poder constituinte derivado. Afonso Arinos de Melo Franco (1987), com ares de vidência, se filiou a essa corrente, pugnando pela instituição de outros limites de conteúdo à reforma constitucional, inclusive relativos aos direitos humanos.

Mas hoje, sem dúvida, outros pontos mereceriam entrar no santuário constitucional, principalmente os referentes a certos aspectos dos direito humanos, tanto os pessoais, ligados à liberdade, quanto os políticos, derivados da cidadania, como os econômico-sociais. As instituições brasileiras só adquirirão maturidade e estabilidade no dia em que for possível à Constituição transformar em limite ao Poder Constituinte instituído, suprimir os poucos mais insubstituíveis direitos realmente definidores da personalidade humana. (FRANCO, 1987, p.97).

¹⁷¹ O prazo para deliberação que no texto original, assim como na Emenda n. 1/69, era de sessenta dias. A emenda n. 8/77 aumentou o prazo para noventa dias e foi novamente alterada pela emenda n. 22 de 1982, que acabou por suprimir o prazo em questão.

A Constituição de 1967/69 teve sua vigência marcada por uma completa inefetividade e desrespeito aos dispositivos constitucionais, aos direitos e procedimentos neles consagrados inclusive quanto à supremacia constitucional e sua consequente rigidez. O regime ditatorial que imperou durante longos anos, deixou marcas e lições que, ao menos no âmbito constitucional, influíram fortemente na nova constituição que estava por vir.

3.7 A Redemocratização e a reforma constitucional na ‘Constituição Cidadã’ de 1988

A elaboração da Constituição de 1988 durante o funcionamento da Assembleia Constituinte nos anos de 1987/1988 representou o final de um ciclo de quase total inefetividade constitucional e culminou na redemocratização do país após longos anos de regime militar.

A chamada “Constituição cidadã”¹⁷² foi mais diretamente¹⁷³ resultado de uma luta, tonificada pelas manifestações em apoio à proposta de emenda Dante de Oliveira, PEC nº05/1983, a partir do movimento que ficou conhecido como ‘Diretas Já’.

O movimento, assim como o conteúdo da Emenda Constitucional objeto de apoio, pleiteava a realização de eleições diretas para a presidência da República. O movimento não obteve o sucesso pretendido e a emenda foi rejeitada em abril de 1984 (BRASIL, 1984), mas estava plantada mais uma semente rumo à democratização do país.¹⁷⁴

¹⁷² Expressão difundida pelo discurso do Deputado Ulisses Guimarães, presidente da assembleia constituinte, no dia da promulgação do texto constitucional.

¹⁷³ Certamente, desde o golpe de 1964, já existiam diversos movimentos contrários ao regime militar, os quais lutavam arduamente pelo retorno da normalidade democrática, porém, até 1984, aqueles movimentos não conseguiram mobilizar força e condições suficientes para a derrubada dos militares no poder. “A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governados em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República [...]. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança. (SILVA, 2014, p. 90).

¹⁷⁴ Nas palavras de Dante de Oliveira: “Eu apresentei esse projeto de lei aqui na Câmara dos Deputados em 2 de março de 1983. Isso foi consequência de toda a minha campanha para deputado federal em Mato Grosso, em 1982. Quando eu percebia que em todos os comícios e reuniões que fazia naquela campanha, quando falava das questões das diretas, do povo recuperar o voto para presidente, a resposta da população era sempre mais forte, maior, mais profunda. Aquilo foi me marcando, dia a dia. Quando me elegi federal, falei: vou apresentar a emenda das diretas para restabelecer esse direito do povo.”(OLIVEIRA *apud* MIRANDA, 2014).

Em 1985, foram realizadas eleições indiretas à presidência da República, na qual se sagrou vitorioso o mineiro Tancredo Neves, primeiro Presidente não militar após mais de duas décadas. Antes da posse, Tancredo morre em razão de uma complicação cirúrgica, motivo pelo qual assume o cargo vice-presidente eleito, José Sarney.

Sarney segue o compromisso político de Tancredo, que havia prometido um novo texto constitucional, e aprova no Congresso a emenda constitucional n. 26/85, a qual prevê que os Congressistas eleitos no ano de 1986 atuariam também como Constituinte na elaboração de um novo texto constitucional.¹⁷⁵ (BRASIL, 1985)

Após intensos debates, motivados, também, pela forte participação popular, é promulgada em 05 de outubro de 1988 a nova constituição. (BRASIL, 1988).

Especificamente quanto aos anseios de estabilidade do novo documento, Raul Machado Horta (1985), em comentários a respeito da assembleia constituinte que viria a se instalar em 1987, fez suscitar o seguinte questionamento, que permeava a doutrina constitucionalista naquele momento:

A futura constituição conseguirá ultrapassar a instabilidade que tem caracterizado o funcionamento e a duração das Constituições brasileiras? A estabilidade é o que aspiram as constituições. O exame do quadro mundial das constituições demonstra que esse ideal é privilégio de todas as nações. [...] A legislação ordinária é por sua natureza flexível e mutável, enquanto as normas constitucionais estão submetidas a um processo de mudança mais complexo. (HORTA, 1985, p. 133).

A reforma constitucional no Brasil, nos moldes delineados pela 'literalidade' da Constituição de 1988, é subdividida em duas formas de manifestação: o poder de **emendar** e o poder de **revisar** o texto.

Conforme vislumbrado a partir estudo da Constituição de 1934, historicamente, diversos autores brasileiros se propuseram a traçar distinções entre as terminologias e os institutos de **reforma** e **revisão**, tomando por base a importância dos dispositivos, a extensão das alterações e o procedimento a ser observado. (BRITO, 1993).

Edvaldo Brito (1993, p.110), em obra publicada ainda no primeiro quinquênio de vigência da Constituição de 1988, expõe que a técnica constitucional faz a distinção tanto pela importância dos dispositivos visados pela reforma (emenda os

¹⁷⁵ Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em **Assembleia Nacional Constituinte**, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional." (BRASIL, 1985, grifo nosso).

menos importantes, reformar os mais) quanto pela revisão (emenda com um campo menor de abrangência, revisão com uma maior compreensão).

Apesar das tentativas de enquadramento dos conceitos existentes desde a obra de Pontes de Miranda (1947b), inexistiu uma identidade conceitual entre os respectivos termos na história constitucional Brasileira¹⁷⁶, ou mesmo no direito comparado¹⁷⁷.

A rigidez constitucional no Brasil, a partir de 1988, fixou nessas duas previsões a possibilidade de reforma constitucional para atualização ou complementação, por meios formais, de seu texto.

3.7.1 Revisão Constitucional – Artigo 3º do ADCT

A Revisão Constitucional, prevista no Artigo 3º do Ato das Disposições constitucionais Transitórias (ADCT), foi delineada da seguinte forma: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional que trata da revisão prevê, assim, **limites** temporais para sua realização, notadamente cinco anos após a promulgação da constituição, e limites **formais**, consistentes na previsão de aprovação das alterações, em sessão unicameral, pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo argumento da Resolução nº 1 do Congresso Nacional, firmou entendimento, quando do julgamento da ADI nº 981, ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná, segundo o qual a revisão constitucional também estaria sujeita **aos limites materiais** dispostos no art. 60, da

¹⁷⁶ Exemplificativamente, retoma-se a previsão da já trabalhada constituição de 1934: “Em 1934 [...], emenda era a alteração que não modificasse a estrutura política do Estado, a organização ou a competência dos poderes da soberania e a própria norma, o art. 178 prescrevia a distinção entre emenda em revisão. Já a revisão ocorreria sempre que essa matéria, antes arrolada, tivesse de ser modificada. [...] O procedimento também era distinto para cada qual: a *emenda* poderia ser implementada na mesma legislatura e incorporada, de logo, ao texto; a revisão seria anexada ao texto e elaborada em três discussões, por duas sessões legislativas, porém na legislatura seguinte.” (BRITO, 1993, p. 110).

¹⁷⁷ Artigo 284.º Competência e tempo de revisão 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir, em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções. (PORTUGAL, 1976).

CRFB/88.¹⁷⁸

Paulo Bonavides (2004) considera a Revisão Constitucional prevista no texto de 1988 um recurso excepcional, transitório e com alcance mais limitado do que sua literalidade. Isso porque o autor figurava entre os defensores da impossibilidade de revisão caso o plebiscito previsto artigo antecedente, artigo 2º do ADCT¹⁷⁹, mantivesse os parâmetros já definidos na Constituição e não alterasse a forma ou o sistema de governo para, respectivamente, monarquia constitucional ou parlamentarismo. (BONAVIDES, 2004).

Segundo o autor, do ponto de vista jurídico, existiria uma vinculação expressa entre os dois dispositivos (artigos 2º e 3º do ADCT) e, fora aquelas definições que viessem a ser alteradas pelo plebiscito, a vontade reformista somente poderia atuar percorrendo os caminhos habituais do procedimento jurídico de emenda constitucional previstos no artigo 60 da Constituição Federal. (BONAVIDES, 2004).

Não foi esse, contudo, o entendimento prevalente. Em que pese no plebiscito previsto no artigo 2º do ADCT, realizado no dia 21 de abril de 1993, os cidadãos terem optado por manter o sistema presidencialista e a forma republicana, a revisão constitucional foi realizada no primeiro semestre de 1994, quando foram aprovadas, conforme procedimento previsto no artigo 3º do ADCT, seis emendas de revisão. (BRASIL, 1994).

Quanto à amplitude da iniciativa, interessante ressaltar que a Resolução nº 1 de 1993, responsável por regulamentar os trabalhos do Congresso Nacional, previu, em seu artigo 4º, legitimados diversos para oferecimento das propostas revisionais, daqueles previstos no artigo 60 da CRFB/88, contemplando, na omissão constitucional, também, a possibilidade de iniciativa popular.

¹⁷⁸ “EMENDA OU REVISÃO, COMO PROCESSOS DE MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO, SÃO MANIFESTAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO E, POR SUA NATUREZA, LIMITADO. ESTA “REVISÃO” PREVISTA NO ART. 3. DO ADCT DE 1988 SUJEITA AOS LIMITES ESTABELECIDOS NO PARÁGRAFO 4. E SEUS INCISOS, DO ART. 60, DA CONSTITUIÇÃO. O RESULTADO DO PLEBISCITO DE 21 DE ABRIL DE 1993 NÃO TORNOU SEM OBJETO A REVISÃO A QUE SE REFERE O ART. 3. DO ADCT. APÓS 5 DE OUTUBRO DE 1993, CABIA AO CONGRESSO NACIONAL DELIBERAR NO SENTIDO DA OPORTUNIDADE OU NECESSIDADE DE PROCEDER A ALUDIDA REVISÃO CONSTITUCIONAL, A SER FEITA “UMA SÓ VEZ”. AS MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO, DECORRENTES DA “REVISÃO” DO ART. 3. DO ADCT, ESTÃO SUJEITAS AO CONTROLE JUDICIAL, DIANTE DAS “CLÁUSULAS PÉTREAS” CONSIGNADAS NO ART. 60, PAR. 4. E SEUS INCISOS, DA LEI MAGNA DE 1988. (BRASIL, 1994, grifo nosso).

¹⁷⁹ “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 [antecipado pela EC Nº 01/92 para o dia 21 de abril de 1993] definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.” (BRASIL, 1988).

Art. 4º - Poderão oferecer propostas revisionais nos quinze primeiros dias de discussão:

§ 5º - **Fica assegurada, no prazo estabelecido no caput e nos termos do § 3º, a apresentação de proposta revisional popular**, desde que subscrita por quinze mil ou mais eleitores, em listas organizadas por, no mínimo, três entidades associativas legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas, obedecidas às seguintes condições:

I - a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores do título eleitoral;

II - a proposta será protocolada perante a Mesa, que verificará se foram cumpridas as exigências estabelecidas para a sua apresentação;

III - cada eleitor poderá subscrever, no máximo, três propostas. (BRASIL, 1993).

Não foram, contudo, aprovadas revisões de iniciativa popular, mas, tão somente seis dispositivos provenientes do legislativo. Passados o plesbício e a revisão constitucional, sugeriram novos questionamentos, dessa vez acerca da possibilidade de novas revisões constitucionais, contudo firmou-se na grande maioria da doutrina o entendimento de que a revisão constitucional prevista no artigo 3º do ADCT tratava-se de uma norma constitucional de eficácia exaurida e que novas alterações constitucionais deveriam obedecer ao disposto no artigo 60 da CF/88 (SARMENTO, SOUZA NETO, 2014).

3.7.2 Emenda Constitucional – Artigo 60 da CRFB/88

O procedimento de Emenda à Constituição está delineado no artigo 60 da CRFB e, conforme formatado, tem limitações tradicionais representadas por condicionantes circunstanciais, formais e materiais (CRUZ, 2004).¹⁸⁰

Os denominados limites formais estão expressos no artigo 60, *caput* e parágrafos 2º e 3º, da CRFB, e se referem à competência para apresentação de proposta de emenda constitucional (PEC), bem como ao *quorum* e ao procedimento para aprovação e promulgação (BRASIL, 1988).

A iniciativa do procedimento de emenda à Constituição, que se operacionaliza por uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), é atribuída somente a três legitimados, expressos nos incisos I, II e III do artigo 60 da CRFB.

Assim, estão aptos a apresentar uma PEC: (i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, (ii) Presidente da

¹⁸⁰ “Imperioso observar que nosso texto constitucional vigente é ainda tributário de concepções ligadas ao constitucionalismo clássico. Por conseguinte, será possível exemplificar as diversas formas de limitação tendo em vista nosso ordenamento constitucional.” (CRUZ, 2004).

República, e (iii) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Registre-se que a iniciativa popular de emenda à Constituição não foi, ao menos expressamente¹⁸¹, contemplada pelo texto da Constituição (BRASIL, 1988).

O *quorum* para aprovação é de três quintos dos votos dos deputados federais e senadores, que deliberarão, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Os limites circunstanciais, por sua vez, pretendem impedir modificações da Constituição em situações de instabilidade ou anormalidade, as quais poderiam conturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da reforma (FERREIRA FILHO, 1999). A Constituição Brasileira de 1988 trouxe como limites circunstanciais as situações dispostas no artigo 60, § 1º, que aponta a impossibilidade de emenda à Constituição na vigência de estado de defesa, de estado de sítio ou de intervenção federal (BRASIL, 1988). Acrescendo outras circunstâncias que não apenas o Estado de Sítio já presente em algumas das constituições anteriores (1934, 1946).

Outra espécie de limitação prevista na CRFB/88 são as restrições de cunho material ao poder de emenda, denominadas amplamente pela doutrina de cláusulas pétreas e enumeradas no §4º do artigo 60, que prevê a impossibilidade de deliberação de propostas cujo objeto seja tendente a abolir: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes e (iii) os direitos e garantias individuais.¹⁸²

Por fim, prevê o artigo 60, § 5º da CRFB DE 1988, que atribui limite ao constituinte derivado que “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.” (BRASIL, 1988).

Assim, nota-se que a CRFB/88 incorporou a nossa clássica de limites ao poder reforma que vem se delineando desde os primeiros movimentos constitucionais, estabelecendo ao poder constituinte derivado, responsável pela

¹⁸¹ No próximo capítulo será debatida essa possibilidade, assim como outros tópicos que circundam o debate contemporâneo acerca dos limites de reforma constitucional

¹⁸² Na ADI 939/DF (Julgada em 15/12/1993) de Relatoria do Ministro Sidney Sanches, que tratava de deliberação sobre Emenda Constitucional matéria tributária (E.C. 03/93 - instituição do I.P.M.F – Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), o STF, em decisão não unânime, reconheceu que a expressão ‘direitos e garantias individuais’ tinha o alcance de ‘direitos e garantias fundamentais’, não consagrando somente o disposto no art. 5º da CRFB/88. O caso será retomado no próximo capítulo.

atualização do texto constitucional, a observância, ao menos a priori, de determinados pré-compromissos impostos pelo constituinte originário.

Apesar da inegável rigidez delineada no art. 60, a Constituição Brasileira de 1988 está longe de ser estável do ponto de vista do número de reformas constitucionais.¹⁸³ Ao longo de aproximadamente 27 anos fora as já citadas seis emendas de revisão, foram aprovadas 90 emendas ao corpo definitivo da constituição e aos atos das disposições constitucionais transitórias.¹⁸⁴

Em 2004, a emenda constitucional nº 45 trouxe ainda significativa inovação referente a questões relativas à reforma constitucional, ao possibilitar que determinados tratados internacionais fossem recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional, passando a integrar assim o bloco de constitucionalidade. Uma nova forma de reforma foi incorporada e, conseqüentemente, ocorreu a ampliação da parametricidade dentro do controle de constitucionalidade, que agora não comportaria apenas o texto único promulgado em 1998 e suas emendas posteriores.¹⁸⁵

Se por um lado, a incorporação desses tratados e convenções, cuja matéria se restringe a questões de direitos humanos, inova no procedimento de incorporação de normas ao bloco de constitucionalidade, por outro, mantém incólume a ideia de rigidez constitucional, uma vez que sua internalização nos moldes propostos exige tramitação mais dificultosa do que aquela adotada para aprovação da legislação ordinária. (BRASIL, 2004).

¹⁸³ A distinção entre rigidez e estabilidade, já exposta por James Bryce, será retomada, dentro do recorte epistemológico do presente trabalho no próximo capítulo.

¹⁸⁴ “Conscientemente ou não, o constituinte de 1988 estabeleceu um processo extremamente simplificado para a reforma constitucional, permitindo a constante atualização do texto por intermédio de emendas. No bojo dessa flexibilização da Constituição, caso não fosse estabelecido um rol mais amplo e dinâmico de limitações materiais ao poder constituinte reformador, os elementos fundamentais da Constituição ficariam numa posição extremamente frágil.” (VIEIRA, 1999, p. 28).

¹⁸⁵ Os tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda nº 45/04 e/ou internalizados por procedimento ordinários, apesar de não alterarem o texto constitucional ou se agregarem ao bloco de constitucionalidade, por serem materialmente constitucionais vinham por construção doutrinária e jurisprudencial, sendo alçados hierarquicamente ao patamar de uma pretensa “supralegalidade” e colocando-se como parâmetro para o chamado controle de convencionalidade, que é entendido como “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” (MAZZUOLI, 2009). Nesse sentido, podemos citar o voto prevalente do Ministro Gilmar Mendes no HC, que tratava da possibilidade de prisão do depositário infiel expressamente autorizada no texto constitucional, mas terminantemente vetada em convenção internacional cuja adesão o Brasil prestou em 1992: “Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a **legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.** (BRASIL, 2008).

Salvo a questão da iniciativa, que no caso dos tratados e convenções seguem procedimento próprio, os demais limites e formalidades para sua aprovação são os mesmos exigidos para o caso de edição de qualquer outra emenda constitucional, conforme disposto no art. 5º, § 3º da CRFB, quais sejam, a aprovação “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988).

Passados mais de onze anos desde a promulgação da emenda constitucional nº 45, ao bloco de constitucionalidade foi incorporado apenas um tratado aprovado nos moldes do art. 5º, § 3º da CRFB, aprovado pelo decreto legislativo nº 186/2008 e promulgado pelo decreto nº 6.949/2009 referente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. (BRASIL, 2009).

Após a retomada histórica acerca da noção de rigidez constitucional, bem como da revisitação a questões e previsões dogmáticas que circundam o tema especialmente no âmbito do constitucionalismo brasileiro. No próximo capítulo, coração do trabalho desenvolvido, passaremos a analisar de forma crítica os debates que circundam a ideia de rigidez e reforma constitucional na contemporaneidade. A questão que se faz suscitar pelos mais diversos ângulos é: os limites formais e materiais são passíveis de compatibilização com um regime democrático e de participação popular?

4 A RIGIDEZ E OS LIMITES FORMAIS E MATERIAIS DE REFORMA NA CONTEMPORANEIDADE

A rigidez constitucional, como visto, surge, assim como a jurisdição constitucional, como corolário da supremacia da constituição e de uma ideia tipicamente liberal de contenção dos arbítrios governamentais frente à soberania popular. Com o passar dos séculos, foi sendo atribuída maior relevância à defesa das minorias e dos diferentes projetos de vida, principalmente por meio da inserção de mais limites materiais nos textos constitucionais (cláusulas pétreas) e da revisão judicial, inclusive, das próprias emendas constitucionais. A Constituição deixa de ser um mero documento político (visão francesa clássica), que prevê direitos individuais e normas acerca da organização do estado, cuja tutela é confiada ao Legislador, para enxergar na preeminência desses direitos um verdadeiro limite ao exercício da função legislativa. (BRANDÃO, 2007, p. 98).¹⁸⁶

De um lado, autores como Jon Elster, Oscar Viera Vilhena, Daniel Sarmento, Stephen Holmes¹⁸⁷, Cláudio Souza Neto e Rodrigo Brandão se posicionam em defesa da compatibilização da ideia de rigidez constitucional com a estruturação democrática; de outro, autores como Andrei Marmor, Jeremy Waldron, Jorge Reinaldo Vanossi criticam a importância atribuída a essas limitações.

O debate proposto no próximo tópico circunda a questão da rigidez, especialmente do ponto de vista dos limites procedimentais, consagrados nas disposições sobre reforma como via única de alteração do texto constitucional. A análise parte da doutrina e das especificidades estadunidenses e, posteriormente,

¹⁸⁶“O certo é que, a partir da metade do século XX, a maioria das novas constituições vai incorporar mecanismo de jurisdição constitucional ou fortalecer e ampliar os já existentes [...]. Nesse quadro, a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica. A possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos e do governo – por cortes constitucionais, como no modelo kelseniano, ou através da jurisdição ordinária, como na matriz norte-americana – conferiu maior eficácia ao postulado teórico da supremacia da Constituição.” (SARMENTO, 2007, 118).

¹⁸⁷Stephen Holmes (1999) expõe que o paradoxo da democracia constitucional seria passível de solução, sendo que o compromisso constitucional prévio é permitido, sempre que reforce a proibição à auto escravização, impedindo que a nação venda a si mesma ou suas futuras gerações, como escravas. “A democracia constitucional é o sistema político mais “humano”, porque se enriquece com a capacidade dos indivíduos e da comunidade de reconhecer seus próprios erros [...] **Os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que os vivos governem a si mesmos**” (HOLMES, 1999, p. 262, tradução nossa, grifo nosso). “La democracia constitucional es el sistema político más “humano” porque enriquece con la capacidad de individuos e comunidades para reconocer sus propios errores. [...] Los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos gobierne a sí mismos.” (HOLMES, 1999, p. 262).

sem pretensões de transposição leviana do tema para o outro contexto, será trabalhado o debate análogo que se instalou no Brasil a respeito da temática, especialmente no que tange à possibilidade de iniciativa popular de emenda constitucional.

Os tópicos seguintes serão dedicados à polêmica que circunda a noção de pré-compromissos constitucionais, à delimitação e justificação da existência de cláusulas superconstitucionais e, por fim, a existência de limites materiais implícitos à reforma constitucional, especialmente a questão da chamada dupla revisão.

4.1 Soberania popular para além da Rigidez Constitucional: o debate contemporâneo norte-americano acerca da (não) exclusividade do Artigo V como mecanismo de alteração constitucional e a questão da iniciativa popular de emenda constitucional na CRFB/1988.

Ao longo dos anos, a teoria da constituição americana, especialmente aquela formulada por alguns doutrinadores da escola de Direito da Universidade de Yale, objetivando expor contornos próprios para além da teoria europeia do poder constituinte, notadamente o modelo mais difundido, esboçado no primeiro capítulo com autores como Abade Sieyès (2001), colocou em xeque a observância literal do texto constitucional no que diz respeito às previsões formais de alteração contidas no Artigo V.¹⁸⁸

Esses autores, de uma forma geral, defendem a prevalência da vontade popular independentemente de nova manifestação originária do ‘poder constituinte’ ou da observância dos dispositivos de rigidez constitucional previstos na literalidade da Constituição.

Bruce Ackerman (1995, p. 75), um dos defensores de uma leitura mais ampla da reforma constitucional, no que se refere à possibilidade de emenda ou alteração da Constituição dos EUA, ressalta, como ponto de partida para sua argumentação,

¹⁸⁸ Vide tópico 2.2. “O Congresso sempre que dois terços de ambas as Câmaras o julguem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou, a pedido das legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará uma convenção para propor emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os objetivos e propósitos, como parte desta Constituição, se ratificadas pelas legislaturas de três-quartos destes, podendo o Congresso propor um ou outro modo de ratificação. Nenhuma emenda feita antes do ano mil oitocentos e oito poderá atingir de qualquer maneira a primeira e a quarta cláusula da nona secção do Artigo Primeiro; e nenhum Estado, sem seu consentimento, poderá ser privado de igualdade de sufrágio no Senado.” (ESTADOS UNIDOS *apud* CORWIN, 1986, p. 212).

que as regras contidas no artigo V não são bastante claras quanto parecem ser quando ensinadas nas escolas de ensino médio americanas, onde são dispostas como a única forma de atuação do constituinte derivado em nome do povo. O autor, a propósito, observa que a própria literalidade do artigo não se autoafirma como o **único** meio de alteração do texto.

Nesse ponto, a questão relativa à rigidez constitucional que perpassa a doutrina e a jurisprudência estadunidense pode ser resumida, justamente, como a aptidão do Artigo V de se afirmar como o único mecanismo de alteração ou emenda ao texto da Constituição. A respeito da temática, existem duas principais posições que tratam da possibilidade de manifestação do poder constituinte derivado de reforma no contexto da Constituição estadunidense.

A primeira corrente, que expressa uma visão mais tradicional do tema, é denominada pelos seus críticos de **corrente restrita** (AMAR, 1995). Os defensores dessa corrente defendem que, em geral, o disposto no Artigo V seria o único meio legítimo de alterar ou emendar o texto constitucional e será exposta no presente trabalho, com base na posição estruturada por Lawrence G. Sager (2001).

A segunda corrente, por sua vez, propõe uma nova forma de leitura do texto constitucional, de acordo com a qual, partindo de uma análise dos ‘princípios iniciais’, da declaração de independência e demais declarações de direitos, o Artigo V não deve ser lido como a única forma de alteração do texto constitucional. Nessa perspectiva, existiria ainda a possibilidade de emendas à Constituição delineadas pelo povo (‘The People’) à margem das determinações formais previstas na literalidade do texto constitucional (AMAR, 1988).

4.1.1 Government-driven x People-driven

Os questionamentos iniciais¹⁸⁹ do debate proposto podem ser sintetizados nas palavras de Akhil Reed Amar (1988), transcritas a seguir, nas quais pode ser vista claramente a posição que o autor pretende defender.

¹⁸⁹ A vertente mais tradicional, que reproduz uma visão restrita da reforma constitucional dentro dos procedimentos e das formas estipuladas pelo próprio texto, é a mais próxima de nosso aprendizado constitucional e será exposta no subtópico seguinte, já incorporando críticas aos argumentos da corrente mais ampla.

Nós, O Povo dos anos 80 – ou mais especificamente a maioria de nós –, desfrutamos de um direito implícito de emendar nossa Constituição de forma diferente da estabelecida no Artigo V [...] Acredito que o principal direito implícito – se assim realmente o for –, mais inegável, inalienável e importante é o direito de o Povo, por maioria de votos, emendar a Constituição – mesmo mediante ritos diferentes do fixado no Artigo V (AMAR, 1988, p. 1.044, tradução nossa).¹⁹⁰

Os defensores da corrente menos conservadora acerca da alteração constitucional partem, em geral, de fatos e de documentos do período da independência dos Estados Unidos e do contexto de elaboração da Constituição de 1787.

Citando trecho da Declaração de Independência do país¹⁹¹, Amar justifica a possibilidade de alteração do texto constitucional por decisão majoritária e popular, similar a um referendo, mesmo essa previsão não estando explícita no Artigo V da Constituição Estadunidense. (1995, p. 15).

Na perspectiva do autor, caso a maioria do eleitorado norte-americano peticione ao Congresso, pleiteando uma emenda constitucional, este seria obrigado a convocar uma convenção para sua proposição. Isso porque o Artigo V não é a única forma de alterar o texto constitucional. (AMAR, 1995).

Em verdade, o procedimento previsto na Constituição para sua alteração ou emenda seria tão somente a única forma do **Governo ordinário**, formado pelo Congresso e legislaturas estaduais, propor as emendas, mas, nem implicitamente, proibiria o povo de exercer seu **poder original** de alterar e abolir governos (AMAR, 1995).

A visão tradicional do Artigo V, segundo a qual a iniciativa de emenda à Constituição se restringiria ao parlamento (*Government-driven*), escaparia à lógica dos pais fundadores, especialmente de Thomas Jefferson, de *People-driven* (AMAR, 1995).

O Artigo V é um sistema minoritário, no qual minorias podem barrar alterações constitucionais e, se exclusivo, pode subtrair da maioria o direito de alterar o governo e de emendar a Constituição. Ademais, uma visão mais ampliada acerca das possibilidades de reforma constitucional leva em consideração outros

¹⁹⁰ Do We the People of the 1980s – or more specifically a majority of us – enjoy an unenumerated right to amend our Constitution in ways not explicitly set out in Article v? (...) I believe that the first, most undeniable, inalienable and important, if unenumerated, right of the People is the right of a majority of voters to amend the Constitution – even in ways not expressly provided for by Article V (AMAR, 1988, p. 1044).

¹⁹¹ Vide trecho citado no tópico 2.2.1. do presente trabalho.

fatores para além do Artigo V da Constituição dos Estados Unidos, como a Declaração de Independência, o *Bill of Rights* e diversos outros artigos análogos ao Artigo V nas constituições dos estados da federação (AMAR, 1995).

Assim como Bruce Ackerman (1995), Akhil Reed Amar (1995) considera ilusória a crença de que o Artigo V é preciso, claro em sua redação e que, se considerado como única forma de alteração da Constituição, traria mais segurança ao povo dos Estados Unidos.

Nesse contexto, são apresentados diversos questionamentos com o objetivo de demonstrar a abertura e a fragilidade das determinações contidas no Artigo V quanto aos procedimentos e aos limites de alteração ou emenda à Constituição.

O Artigo V é muito menos preciso do que imaginamos. Que regra de votação deve seguir uma sessão propositiva de emenda à Constituição baseada no Artigo V? Qual quórum? Pode uma emenda modificar as regras relativas às próprias emendas? Caso afirmativo, não poderiam as regras de voto igualitário serem facilmente dribladas por duas emendas ordinárias sucessivas, quais sejam, uma que preveja o afastamento das disposições sobre voto igualitário do Artigo V seguida de outra que alterasse o número de assentos no Senado? Poderia uma emenda (ou qualquer outra previsão constitucional) propor genericamente que ela mesma não seja alvo de emendas futuras? Se possível, essa emenda não violaria claramente o direito de futuras legislaturas alterarem seu governo? A mesma situação não aconteceria com uma emenda que tenha criado mecanismos de proteção para si mesma contra futura revisão, por exemplo, proibindo a crítica da legislação em vigor? Mas se essa norma for inconstitucional, nós não teremos conseguido criar o cerne e o núcleo duro de nossa Primeira Emenda (AMAR, 1995, p. 91, tradução nossa).¹⁹²

As repostas a todas essas perguntas, se existem, não podem ser encontradas na literalidade do texto constitucional, assim como a possibilidade de alteração da direção do governo pelo povo também não estaria expressamente contida no Artigo V, mas existiria e autorizaria a edição de emenda à Constituição por vontade do Povo ‘The People’.

¹⁹² Article V is far less precise than we might expect. What voting rule must an Article V proposing convention follow? What apportionment ratio? Can an amendment modify the rules of amendment themselves? If so, couldn't the "equal suffrage" rules easily evaded by two successive "ordinary" amendments, the first of which repealed the equal suffrage rules of Article V, and the second of which repealed the equal suffrage rules of Article V, and the second of which reapportioned the Senate? Could a legitimate amendment generally purport to make it self (or any other random provision of the Constitution) immune from further amendment? If so, wouldn't that clearly violate the legal right of future generations to alter their government? Wouldn't the same be true of an amendment that effectively entrenched itself from further revision by, say, outlawing criticism of existing law? But if that would be unconstitutional, haven't we in effect made the narrow and hard core of our First Amendment (AMAR, 1995, p. 91).

A fim de embasar sua posição, Amar (1995) realiza uma retomada histórica do nascimento e da ratificação da Constituição dos Estados Unidos, de onde extrai princípios e argumentos para fundamentar a possibilidade, permanente, de reforma constitucional pelo Povo.

Para tanto, são expostos dois principais argumentos acerca da possível ilegalidade da Constituição dos Estados Unidos, que acabam, na visão do autor, por confirmar a constante possibilidade de alteração constitucional pelo Povo: (i) um argumento referente ao procedimento de alteração e perenidade constante nos Artigos da Confederação (1777) que antecederam a Convenção da Filadélfia e a Constituição de 1787; (ii) e outro relativo ao procedimento de ratificação da Constituição pelos estados-membros. (AMAR, 1995).

(i) O Artigo XIII dos Artigos da Confederação, primeiro documento a regular a organização das treze ex-colônias inglesas após a independência e que antecedeu historicamente a Constituição, previa a perpetuidade da Confederação e sua observância imperiosa. Seus termos somente poderiam ser alterados em Congresso dos Estados Unidos depois de confirmado por todas as legislaturas.

[...] E os artigos desta Confederação devem ser fielmente observados por cada Estado, e a União será perpétua; nenhuma alteração, em qualquer tempo futuro, deve ser feita em seus artigos, ressalvada a hipótese em que tal alteração seja aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos e, em seguida, referendada pelas legislaturas de cada Estado (ESTADOS UNIDOS, 1777, tradução nossa).¹⁹³

Por sua vez, o Artigo VII da Constituição dos Estados Unidos, delineada na Convenção da Filadélfia, realizada no ano de 1787, previa, em flagrante oposição ao disposto nos Artigos da Confederação, que, para o estabelecimento da Constituição entre os Estados que a tivessem admitido, seria necessária tão somente a ratificação por nove desses Estados: “A ratificação por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado. (ESTADOS UNIDOS, 1787, tradução nossa).¹⁹⁴

¹⁹³ “(...) And the Articles of this Confederation shall be inviolably observed by every State, and the Union shall be perpetual; nor shall any alteration at any time hereafter be made in any of them; unless such alteration be agreed to in a Congress of the United States, and be afterwards confirmed by the legislatures of every State. (ESTADOS UNIDOS, 1777).

¹⁹⁴ “The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same.” (ESTADOS UNIDOS, 1787).

Assim, mesmo com a expressa previsão de que qualquer alteração nos Artigos da Confederação deveria ser ratificada por todos os estados-membros, a Constituição trouxe previsão diversa, a qual prevaleceu sobre as determinações anteriores.

Diante disso, alguns acreditam que a Constituição foi produto de um processo ilegal, outros, como o federalista James Madison, apoiados na obra do jurista inglês William Blackstone, defendiam que os Artigos da Confederação tinham natureza de tratado internacional e não de Constituição e, como já vinham sendo desrespeitados em vários aspectos por alguns Estados, geravam aos outros o direito de descumpri-los. (AMAR, 1995).

(ii) O segundo argumento, que começou em razão da ratificação do texto da Constituição no Estado de Maryland e se repetiu em diversos outros, relata a incompatibilidade entre os procedimentos de ratificação ou de alteração previstos nas constituições estaduais e o procedimento disposto na Constituição Federal. (AMAR, 1995).

A Constituição de Maryland¹⁹⁵ trazia em seu texto um procedimento mais complexo de alteração do que aquele previsto no já exposto artigo VII da Constituição dos Estados Unidos, que alteraria significativamente a Constituição daquele Estado após sua ratificação. Assim, durante a convenção de ratificação, foi levantada tal incompatibilidade. (AMAR, 1995).

A solução proposta por James Madison naquele momento, respondendo ao questionamento proposto por Daniel Carroll a respeito da temática durante a convenção, seria recorrer ao povo, 'The People'. Madison advertiu os presentes que o que estava ocorrendo em Maryland se repetiria em outros Estados, contudo o recurso ao verdadeiro fundador do poder resolveria o problema. (AMAR, 1995).

De acordo com Madison, a Constituição de Maryland traria a forma pela qual o governo ordinário deveria alterar a Constituição, o que não excluiria a possibilidade do povo, fundador do poder, emendar ou alterar a o documento. A visão de James

¹⁹⁵ [Constituição de Maryland de 1776] Art. 59 A forma de Governo e a Declaração de Direitos, mesmo que parcialmente, não podem ser alteradas, mudadas ou abolidas, a menos que a proposta para alterar, mudar ou abolir passe pelo Plenário e seja publicada três meses antes de nova eleição, devendo ser referendada pelo Plenário na primeira sessão realizada após nova eleição de Delegados. (MARYLAND, 1776, tradução nossa). [Maryland Constitution of 1776] Art. 59. That this Form of government, and the Declaration of Rights, and no part thereof, shall be altered, changed, or abolished, unless a bill so to alter, change or abolish the same shall pass the General Assembly, and be published at least three months before a new election, and shall be confirmed by the General Assembly, after a new election of Delegates, in the first session after such new election.

Madison se distanciava do argumento de Carroll, que via o artigo 59 da Constituição de Maryland como meio exclusivo de alteração do texto (AMAR, 1995). O debate Carroll-Madison¹⁹⁶, como anunciado, se repetiu em diversos estados. Contudo, os argumentos federalistas referentes à questão se mostraram, mesmo que após intensos debates, vitoriosos.

A questão da soberania popular frente às condições formais de alteração do texto foi trabalhada desde a fundação dos Estados Unidos e retomada pelos defensores da visão não exclusiva do Artigo V em diversos momentos e em várias formas de argumentação.

Nessa perspectiva reproduzida por Amar (1995), as declarações de direitos não incluem todos os direitos assegurados ao Povo de forma exaustiva, uma vez que são declarações e não códigos. Assim, mesmo que o direito do povo de alterar, emendar ou abolir a Constituição não esteja expressamente previsto no texto da Constituição, assim como não esteve presente de forma literal na Constituição do estados no período de ratificação, ele existe por meio da regra da maioria.

Em síntese, Amar (1988) conclui que, se os ‘princípios iniciais’ e as declarações de direitos levaram à reflexão e à rejeição da exclusividade dos artigos análogos ao artigo V nos estados e na inobservância dos Artigos das Confederações, esses mesmos princípios e outras partes da Constituição requereriam, também, o abandono da exclusividade do artigo V.

Bruce Ackerman (2006), por sua vez, também defende uma leitura mais ampla do Artigo V, contudo com uma percepção um pouco díspar da proposta de Amar (1995). Para tanto, propõe um modelo de **democracia dualista**, no qual vislumbra dois momentos distintos de funcionamento do sistema: (i) um momento de normalidade política, sem grandes comoções sociais, no qual o sistema legislativo ordinário é capaz de atender às demandas do povo por meio de tomadas de decisão pelo governo, e, por outro lado, (ii) um momento sujeito a condições constitucionais especiais, no qual as decisões são tomadas pelo povo no contexto de significativas mobilizações sociais, e as regras do jogo previamente delineadas não são cumpridas.

¹⁹⁶ Apesar de Amar (1995) citar Madison como defensor do retorno ao povo como forma de legitimação constitucional no momento de ratificação da constituição, como estudado no primeiro capítulo, o próprio autor federalista se mostrou em outros momentos desconfiado da soberania popular (MADISON; HAMILTON, 2005), contrapondo a defesa de Jefferson em prol da previsão de convenções constitucionais periódicas (a cada 19 anos) para atualização do texto constitucional. Vide tópico 2.2.2.

O autor resgata alguns dos momentos na história americana, denominados *Higher Lawmaking* (ACKERMAN, 1995), nos quais o povo redefiniu sua identidade política por meio de transformações no sistema: (i) violação dos Artigos da Confederação pela Convenção da Filadélfia com consequente ratificação da Constituição de 1787; (ii) o conjunto de emendas que ficou conhecido como as ‘emendas da Reconstrução’¹⁹⁷, editadas após a Guerra Civil, entre as quais se encontram a décima terceira, que tratou do fim da escravidão, a décima quarta que ampliou os direitos fundamentais aos negros e a décima quinta, que garantiu o direito de voto aos cidadãos, inclusive aos negros, instituído à margem do disposto no Artigo V, já que não obtiveram o duplo apoio determinado pela Constituição, tanto do governo nacional, quanto dos estados-membros da federação por meio da ratificação; (iii) e a posição da Suprema Corte em face do *New Deal*, prescindindo da defesa do capitalismo liberal, livre de intervenções ao considerar constitucional a possibilidade de imposição de limites à liberdade contratual. (ACKERMAN, 2006).

Assim, nesses momentos, a realidade social se sobrepõe às delimitações prévias, que legitimamente poderão ser inobservadas para alteração do texto constitucional.

Ackerman, que já havia se demonstrado desacreditado¹⁹⁸ na forma como a reforma constitucional vinha sendo tratada nos Estados Unidos no final do séc. XX (2006)¹⁹⁹, em artigo publicado originalmente no ano de 1995, parte para uma convocação aos americanos para que o Povo, “The People”, não se afaste do caminho e retome o controle do governo, sendo possível assim alinhar o direito e a constituição à vida e à sociedade americana. Para o autor, a solução indicada aos governantes nos momentos de manifestação do *Higher Lawmaking* é o retorno ao povo em busca do decisivo apoio popular.

A Constituição deste país centra-se com interesse especial nos momentos raros em que movimentos para transformação constitucional ganharam forte e ampla assistência para suas iniciativas. Depois que um movimento sobrevive a um período de avaliação institucional, a Constituição tenta

¹⁹⁷ “ [...] tais emendas não almejam simplesmente a uma modificação em algumas poucas normas de natureza constitucional. Elas representam a expressão culminante da crítica ao *status quo* de uma geração inteira – uma crítica que finalmente conquista o apoio popular de uma maioria mobilizada do povo-americano.” (ACKERMAN, 2006, p. 129).

¹⁹⁸ “Acredito estarmos em péssima forma atualmente, e acho que a reforma das instituições de criação da norma constitucional deveria estar em primeiro lugar na agenda neofederalista.” (ACKERMAN, 2006, p. 372).

¹⁹⁹ A publicação original da obra, em inglês, foi no ano de 1991.

assegurar que as novas soluções constitucionais tenham um lugar central e duradouro na vida futura da política. Políticos eleitos não poderão minar os compromissos solenes do Povo mediante práxis legislativa do cotidiano. Se quiserem rever princípios constitucionais preexistentes, devem apresentá-los ao povo e ganhar o profundo, amplo e decisivo apoio popular que os movimentos anteriores ganharam durante seus próprios períodos de avaliação institucional (ACKERMAN, 1995, p. 64, tradução nossa).²⁰⁰

A despeito da longa vigência da Constituição dos Estados Unidos, o objetivo de Ackerman e da sua defesa de uma leitura não exclusiva do artigo V, é justamente demonstrar que, diversamente do suposto pela grande maioria, a compreensão da história constitucional americana não pode ser baseada na ideia de continuidade. Uma análise mais apurada dessa história demonstra que, na prática, dentro da política e do direito, ocorreram rupturas e revoluções que levaram a transformações substanciais. (CITTADINO, 2006).

4.1.2 *Objetando as objeções*

Com objetivo de finalizar sua defesa de uma leitura não exclusiva do Artigo V, Amar (1995) traz argumentos para afastar e rebater possíveis objeções relacionadas à sua teoria. A primeira objeção, denominada “The Novelty Objection” (AMAR, 1995, p.108), pode ser sintetizada na seguinte pergunta: sendo um argumento de tamanha magnitude, por que não foi posto em prática antes? Não seria um argumento muito fictício para ser verdade?

Segundo o autor, esse tipo de questionamento é resultado da ignorância a respeito da história constitucional americana, uma vez que a manifestação da soberania popular por meio da regra da maioria sempre esteve presente. Inúmeras emendas constitucionais nos estados da federação foram aprovadas dessa forma.²⁰¹

²⁰⁰ “This country’s Constitution focuses with a special intensity on rare moments when movements for constitutional transformation earn broad and deep support for their initiatives. Once a movement survives its period of institutional trial, the Constitution tries to assure that its new constitutional solutions will have a central and enduring place in the future life of the polity. Elected politicians will not normally be allowed to undermine the People’s solemn commitments through everyday legislative compromise. If they wish to revise preexisting constitutional principles, they must return to the People and gain the deep, broad, and decisive popular support that earlier movements won during their own periods of arduous institutional testing.” (ACKERMAN, 1995, p. 64).

²⁰¹ Amar (2001) faz referência a exemplos de diversas emendas às constituições estaduais promulgadas durante o séc. XIX e referenciadas na obra de Roger Sherman Hoar (1917), que teriam sido aprovadas, em razão do poder popular, fora dos parâmetros delineados nos artigos análogos ao Artigo V nas constituições estaduais. Roger (1917) traz mais de 30 exemplos de convenções realizadas nos estados, em tempos de paz e sob uma constituição estável onde, apesar de não expressamente previstas, também não eram expressamente vedadas, e que acabaram, em geral,

A segunda objeção questiona se seria legítimo o poder da maioria de fazer, de forma instantânea, qualquer coisa. Nomeada de “The Deliberation Objection”, essa objeção é rebatida por Amar (1995), que argumenta que a regra da maioria não tem um mecanismo único de deliberação. O povo deve falar, ouvir e votar, o que demanda tempo. O direito do povo de alterar ou abolir a ‘qualquer momento’ não pode, por sua própria natureza, ser instantâneo. Contudo, quando o fazem por voto de uma maioria, ainda que pequena, esta deve, no fim, prevalecer sobre a minoria. (AMAR, 1995).

E os direitos individuais? Em desfavor da *Individual Rights Objection*, o autor defende que, no fim, os direitos individuais no sistema estadunidense são, e devem ser, produto de processos majoritários. A afirmação não é paradoxal. Foi por meio de processos majoritários que o Povo (*‘We, The People’*) reconheceu os direitos dos indivíduos e das minorias e estendeu o direito de fazer parte da classe política aos elementos anteriormente excluídos da sociedade, como os homens negros e as mulheres. (AMAR, 1995).

Nesse contexto, a defesa de uma visão contramajoritária para proteger direitos individuais é míope. Os presidentes, que são os responsáveis por selecionar os juízes, são eleitos por majorias. A longo prazo, os direitos só serão seguros se forem compreendidos e aceitos pela comunidade política, e não apenas pelos juízes. (AMAR, 1995).

A quarta objeção é a geográfica (*The Geographic Objection*), a qual aponta que o Artigo V, da forma como foi delineado, é feito para proteger minorias geográficas, o que não estaria assegurado pela possibilidade de emenda por uma simples maioria. A resposta a essa objeção é fática. Um estudo realizado por Alan Grimes (1979) concluiu que uma característica dominante da política de emendas constitucionais é o aspecto local ou regional da luta política. As emendas I (um) até XII (doze) são rotuladas de “Emendas do Sul”; as emendas XIII (treze) a XV (quinze) são nomeadas as “Emendas do Norte”; as emendas XVI (dezesesseis) até XIX (dezenove) são as “Emendas Ocidentais”; por fim, as emendas XXIII (vinte e três) a XXVI (vinte

tendo a legalidade de suas deliberações a respeito de alterações constitucionais: legitimadas ou sequer questionadas. Entre elas: “Arkansas, 1874; Connecticut, 1818; Georgia, 1833 and 1839; Indiana, 1850; Louisiana, 1852, [...] 1879; Massachusetts, 1853; Missouri, 1845, 1861, and 1865; New Jersey, 1844; New York, 1801, 1821, and 1846; North Carolina, 1835; Pennsylvania, 1837 and 1872; Rhode Island, 1824, 1832, 1841, and 1842; South Carolina, 1790; Tennessee, 1870; Texas, 1876; Virginia, 1829 [...] 1850. [...] : Massachusetts, 1820; Delaware, 1791 and 1852; Maryland, 1850.” (HOAR, 1917, p. 39-40).

e seis) são apelidadas de “Emendas urbanas” (GRIMES, 1979). Assim, mesmo o modelo proposto no Artigo V, não assegura a pretendida representatividade geográfica de minorias.

Por fim, Amar ressalta o que chama de mais difícil objeção à sua teoria, formulada com base no federalismo estadunidense, a qual questiona se a participação dos estados-membros pode ser desprezada. “Estão os estados dentro da União tal como os municípios estão dentro dos estados?” (1995, p. 113, tradução nossa).²⁰². Para responder à objeção, o autor escolhe o caminho indicado por James Wilson, que construiu seu argumento fundado na ideia de soberania como algo absoluto e indivisível.

Após a ratificação da Constituição nos termos do artigo VII, “Nós, o Povo” se tornou um povo verdadeiramente continental. Os povos estaduais continuaram a existir e possuem ainda poderes soberanos sobre os seus próprios legislativos e Constituições estaduais, mas são claramente subordinados ao Povo nacional, assim como constituições estaduais estão subordinadas à Constituição Nacional. O povo de um único estado não pode anular a ação do governo federal, mas o Povo nacional pode.

4.1.3 Soberania Popular x Folclore Constitucional

Sager, em artigo intitulado *The Birth Logic of a Democratic Constitution* (2001), retoma o debate acerca da (im)possibilidade de uma leitura não exclusiva do Artigo V, formulando objeções a uma leitura como a pretendida por Amar (1995) e Ackerman (1995) acerca do dispositivo.

Em primeiro lugar, o processo pelo qual a Constituição foi proposta e ratificada se distinguiria radicalmente dos instrumentos para a mudança constitucional especificados na ordem jurídica existente, que precedeu a Constituição, os Artigos da Confederação. Ademais, em que pesem as divergências de procedimentos previstos para ratificação da Constituição no texto de abrangência nacional e nas Constituições internas dos estados-membros, o processo pelo qual a Constituição foi ratificada nos Estados foi conscientemente democrático e conduzido. (SAGER, 2001).

²⁰² “But are states within the union truly akin in counties within states?” (1995, p. 113).

Para Sager, essas histórias acerca do nascimento da Constituição são muito familiares e importantes, o que certamente mereceria um lugar na prateleira do folclore constitucional. Contudo, a pergunta é: mas será que elas merecem mais? Será que o nascimento da Constituição pode oferecer orientações importantes para a nossa compreensão contemporânea de escolha e mudança constitucional? (SAGER, 2001).

Em contraposição aos arranjos defendidos por Amar (1988) (1995) e Ackerman (1995), Sager (2001)²⁰³ lembra que uma avaliação histórica da Constituição e do constitucionalismo americano está errada. Instituições constitucionais devem olhar para o futuro e procurar justiça.

O sistema de rigidez constitucional, delineado nos Estados Unidos, que compõem-se da conjugação de decisão constitucional popular por meio da ratificação do texto constitucional somado à interpretação do texto no contexto das decisões judiciais, seria, na visão do autor, um meio pragmaticamente bem adequado para identificação dos elementos centrais de justiça. O texto da Constituição é fixado pelo processo de tomada de decisão constitucional popular e, por outro lado, em seus pontos mais críticos, traz afirmações em um alto nível de generalidade, convidando e exigindo a parceria ativa do Judiciário para moldar os contornos constitucionais de justiça. (SAGER, 2001).

Os requisitos de alteração do texto constitucional, pelo projeto, fazem a Constituição difícil de alterar e, pelo *design*, não ambicionam grandes majorias, mas sim um amplo consenso geográfico, o que faz do Artigo V uma parte atraente da pragmática busca de justiça nas instituições constitucionais. (SAGER, 2001).

A defesa de uma lógica constitucional pautada no nascimento da constituição favorecerá um judiciário constitucional em constante retrocesso e um processo de alteração, em última instância, ajustado apenas à vontade determinada de majorias deliberativas.

²⁰³ "Às vezes, tanto Ackerman e Amar escrevem como se eles pensassem que poderiam fazer seus casos se encaixarem sozinhos e que a alegação normativa subjacente ao caso não é essencial. Porém questões relevantes sobre a Constituição raramente são respondidas pelo texto e pela história sozinhos; e as posições de Ackerman e Amar têm particular necessidade de assistência normativa. (SAGER, 2001, p. 115, tradução nossa). "At times, both Ackerman and Amar write as though they thought they could make their cases on grounds of "fit" alone, that the underlying normative claim is not essential. But interesting questions about the Constitution are seldom answered by text and history alone; and the positions of Ackerman and Amar are in particular need of normative assistance." (SAGER, 2001, p. 115).

O autor propõe uma melhor compreensão da lógica de nascimento de uma constituição democrática, já que, se maiorias determinadas fossem livres para derrubar o regime constitutivo que restringe sua vontade, como propõem os defensores de uma leitura não exclusiva do Artigo V, então todas as disposições constitucionais democráticas seriam mais frágeis do que geralmente se supõe. (SAGER, 2001).

A preocupação do autor volta-se, principalmente, para o fortalecimento e a estabilidade das instituições que, mesmo respondendo às demandas sociais de forma satisfatória, por meio de uma leitura, como a proposta, de permanente possibilidade de alteração constitucional pela maioria, a qualquer tempo, poderia levar ao indesejável enfraquecimento da democracia (SAGER, 2001).

Sager (2001) propõe um entendimento desses argumentos como algo diferente de uma simetria singular ou identidade normativa entre as circunstâncias que lançaram a Constituição e as tentativas contemporâneas legítimas para alterar essa Constituição.

Portanto, é necessário dissociar a proveniência formal de uma Constituição, seu nascimento e sua legitimidade, das circunstâncias em que ela pode ser revogada e alterada. De acordo com Sager (2001), uma constituição que nasce antidemocrática, ou de uma democracia falha, pode instituir um regime plenamente democrático, assim como uma constituição que nasce democrática pode instituir um soberano que tome para si o controle das instituições.

Ilustrando a necessidade de diferenciação entre o momento de nascimento de uma constituição e o regime que ela institui, Sager (2001) apresenta a metáfora da rainha Liza.

Em um país governado por gerações de monarcas despóticos, a rainha Liza assume a coroa. Liza é uma democrata por completo e comissiona os principais pensadores de sua terra para formatação de uma constituição democrática que, em seguida, ela impõe por decreto sobre o seu povo. Nesse contexto, as pessoas respondem participando de eleições. O Congresso é formado e o presidente, eleito. É um verdadeiro governo democrático e Liza, que outorgou a Constituição, tem um lugar assegurado entre os heróis de seu país. Contudo, Liza, mesmo sendo a responsável pelo nascimento da Constituição, se desejar, não tem mais autoridade soberana de revogar ou alterar seu texto. (SAGER, 2001, p. 113).

Assim, Sager (2001) constrói sua argumentação, objetivando afastar o entendimento de que, se os pais fundadores da Constituição desobedeceram aos procedimentos prévios contidos nos Artigos da Confederação e nas Constituições dos Estados quando da elaboração e da ratificação da Constituição, o povo sempre estaria legitimado, a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias, caso a maioria queira, a emendar ou alterar a Constituição.

Existiriam, contudo, momentos específicos, denominados ***constitutional breakdown***, nos quais, consubstanciados determinados requisitos, qualquer ator político estaria autorizado a ignorar os procedimentos constitucionalmente previstos, alterando a Constituição em favor da governabilidade. (SAGER, 2001).

São requisitos apresentados para caracterização do colapso constitucional, aptos a justificar inobservância do protocolo constitucional contido no Artigo V: (i) o regime constitucional deve ser deficiente e se apresentar como um obstáculo para o bom governo em um momento de necessidade; (ii) os procedimentos de alteração especificados devem ser impossíveis ou extremamente difíceis, causando paralisia do sistema; (iii) o procedimento de reforma previsto é falho para representar o povo; (iv) a existência de um acordo generalizado sobre os três primeiros requisitos. (SAGER, 2001, p. 141-142).

Assim, somente se verificadas as condições de colapso constitucional, não se justificaria a leitura exclusiva do Artigo V, e não a qualquer tempo, como propõem os defensores de uma leitura menos usual do dispositivo como proposto por Ahkil Reed Amar (1988) (1995) e Bruce Ackerman. (1995).

O risco da adoção de critérios como os propostos por Sager (2001), por se tratarem de condições fortemente abertas, é a possibilidade do uso de uma argumentação meramente retórica para atribuição de sentido às condições fáticas, com objetivo de que se amoldem aos critérios propostos para quebra constitucional. A definição de ‘um bom governo’ ou do que seria um sistema paralisado, para duas pessoas, mesmo que bem intencionadas, mas que possuam uma orientação política diversa, mais à esquerda ou mais à direita, por exemplo, é algo cujo consenso jamais será alcançado.

Se por um lado o objetivo do autor seria trazer maior segurança com uma adoção mais restrita dos mecanismos de reforma constitucional, os quais entende adequados, por outro, a proposta de Sager (2001) da forma delineada pode não ser apta à assegurar a estabilidade almejada. Contudo, apesar desta necessária

ressalva, a teoria do *constitutional breakdown* acertadamente avança no sentido pretendido pelo autor ao atribuir, no mínimo, maior ônus argumentativo aos defensores de determinada reforma, caso adotada, para legitimar alterações constitucionais à margem do disposto no artigo V.

4.1.4 Reforma Constitucional e Participação Popular no Brasil. Debate a respeito da iniciativa constitucional na Constituição de 1988.

No Brasil, a afirmação acerca da possibilidade de reforma constitucional, especialmente no que tange às emendas, para além de uma interpretação literal do disposto no artigo 60 da CRFB/88, foi pioneiramente defendida por José Afonso da Silva (1999) por meio de uma leitura sistemática da Constituição.

Durante considerável período da constituinte, responsável pela elaboração da Constituição de 1988, mais especificamente até a votação no Plenário, anteprojeto e projetos contemplavam expressamente a iniciativa e o referendo popular em matéria de emenda constitucional. Todavia, no Plenário da Assembleia Constituinte, os conservadores derrubaram essa possibilidade que constava do artigo 74, §2º, do projeto aprovado na Comissão de Sistematização. (SILVA, 1999).

A ausência de dispositivo expresso na Constituição autorizando a participação popular direta no procedimento de emendas Constitucionais, segundo Silva (1999), não exclui a aplicação desses institutos.

Está expressamente estabelecido no texto da Constituição de 1988 que o poder emana do povo e será exercido por meio de representantes ou diretamente (artigo 1º, parágrafo único da CRFB/88), que a soberania popular será exercida também por referendo e por iniciativa popular (artigo 14, II e III da CRFB/88) e que cabe ao Congresso Nacional, sem maiores especificações, autorizar referendo (artigo 49, XV), o que possibilitaria a utilização do mecanismo de consulta popular, de forma facultativa, para questões constitucionais.

A utilização desses institutos, notadamente iniciativa popular de emenda e referendo em matéria constitucional, na visão de Silva (1999), dependeria do desenvolvimento e da prática da democracia participativa, que a Constituição acolhe como um de seus princípios fundamentais.

A posição defendida pelo autor é endossada ou criticada por diversos autores, especialmente no que diz respeito à possibilidade de leitura sistemática

constitucional nos moldes indicados. Contudo, antes de prosseguirmos com a reflexão originalmente proposta, cabem aqui duas observações de grande relevância. A primeira diz respeito à amplitude da proposta de Silva (1999), especialmente em comparação ao debate existente nos EUA, para que seja possível a estruturação das divergências. A segunda se refere à necessidade de ainda perquirir a efetividade da defesa da possibilidade de deflagração do processo de reforma constituinte por intermédio da iniciativa popular, mesmo que positivada, e quais mecanismos devem ser incluídos ou alterados.

A amplitude das propostas apresentadas pelos americanos, especialmente como especificado por Akhil Reed Amar (1988), difere do caminho delineado por José Afonso da Silva (1999), reproduzido, também, em outros manuais de direito constitucional. Isso porque, enquanto os juristas estadunidenses defendem a possibilidade de emenda à Constituição por meio da manifestação do povo ("The People"), sem possibilidade de oposição dos legitimados ordinários e para além do texto constitucional, Silva (1999) objetiva demonstrar a possibilidade de iniciativa popular, que, como as demais iniciativas, deverá passar pelo processo de deliberação ordinário, constante no artigo 60 da CF e sujeita à reprovação pelo Congresso Nacional, assim como a defesa da possibilidade de referendo em matéria constitucional também não prescinde da participação direta e prévia do Congresso Nacional na elaboração de Emenda Constitucional.

Ao primeiro questionamento, segue-se a necessidade de refletirmos acerca de possíveis formas de aprimoramento do instituto da iniciativa popular a fim de a ele atribuir efetividade. Em síntese, a positivação ou mesmo a prevalência de uma leitura sistemática que possibilite a iniciativa popular de emenda constitucional tem aptidão de gerar os efeitos pretendidos ou trata-se de mera construção nominal ou semântica dentro da classificação proposta por Karl Loewenstein. (1970).

Para reflexão a respeito do tema proposto, merece espaço uma breve análise pragmática do instituto, positivado e vigente, da iniciativa popular de projeto de lei, em sentido ordinário, que engloba as leis ordinárias e complementares que não tenham competência privativa ou exclusiva constitucionalmente declinadas a outros legitimados.

Conforme já exposto, o artigo 14, III da CRFB/88, prevê, entre as formas de exercício direto da soberania, a possibilidade de iniciativa popular, que, nos casos de lei federal, é regulada pelo artigo 61, § 2º, da CRFB, nos seguintes termos: "A

iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.” (BRASIL, 1988).

Não obstante, a previsão constitucional de apresentação de propostas de iniciativa popular, as exigências legais e as dificuldades fáticas acabam praticamente anulando a probabilidade de efetivação da medida e criando a falsa impressão da possibilidade de participação direta.

Segundo dados disponibilizadas pelo TSE (2014), nas últimas eleições, o Brasil contava com 142.822.046 (cento e quarenta e dois milhões oitocentos e vinte e dois mil e quarente e seis) eleitores. Sendo assim, para a apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular, seria necessária a coleta de mais de 1,42 milhões de assinaturas. Partindo de uma análise isolada, os números para aprovação podem não assustar tanto, contudo, ‘na prática’, a situação é bem diferente.

Diversos fatores dificultam a apresentação dos projetos de lei, como, por exemplo, a necessidade da coleta das assinaturas que ser realizada fisicamente (por meio de formulários em papel disponibilizados pelo Congresso Nacional) e a inviabilidade prática da conferência de quase um milhão e meio de nomes, assinaturas e números de documentos.

Transcorridos 27 anos desde a promulgação da Constituição, nenhuma das propostas de lei aprovadas sob clamor de ‘projeto de iniciativa popular’ (AGÊNCIA SENADO, 2013) é genuinamente popular, já que todas tiveram que ser encampadas por outros legitimados.

Como exemplo, podemos citar os dois projetos de lei de iniciativa popular mais famosos, as chamadas Lei Daniela Perez (Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994) e Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010). Em uma simples busca nas páginas eletrônicas do Planalto e da Câmara dos Deputados, é possível constatar que esses projetos foram adotados respectivamente pelo executivo e por deputados, e não aprovados como projetos legitimamente de origem popular direta.²⁰⁴

²⁰⁴ Além dos citados projetos, são considerados também como projetos de iniciativa popular as leis nº 11.124/2005, que dispõe sobre o FNH – Fundo Nacional de Habitação e a lei nº 9.840/1999, que alterou o Código Eleitoral (Lei nº 8.072) nas disposições acerca do crime de compra de votos de eleitores. Os citados projetos padecem do mesmo problema. Apesar de nomeados como de iniciativa popular, inclusive na página eletrônica do Planalto. A tramitação dos projetos de lei, respectivamente,

Assim, a possibilidade de participação direta no caso das leis de iniciativa popular, até o momento, é uma mera ilusão. Em mais de 1/4 de século, não se conseguiu aprovar mais que meia dezena de leis e, mesmo assim, de forma transversa. Por esse motivo, qualquer forma institucionalizada de estabelecimento de iniciativa popular de projeto de emenda constitucional, para verdadeiramente atender a demandas sociais, deverá ser formulada considerando o contexto social brasileiro.

Por fim, durante os últimos anos, tramitaram, sem sucesso, ou ainda estão tramitando a passos lentos, diversos projetos de emenda à Constituição que, se aprovados, influenciariam na estrutura da reforma constitucional, entre os quais estão propostas que sugerem a ampliação das possibilidades de iniciativa popular também para proposta de emenda constitucional (PEC nº 30/2009, PEC nº 3/2011), possibilidade de obter assinatura eletrônica de petições de projetos de lei de iniciativa popular (PEC nº 45/2011; 84/2011; 129/2010), convocação de Assembleia de Revisão Constitucional (PEC nº 157/2003; PEC nº 447/2005); Convocação de Assembleia Constituinte. (PEC nº 51/2005).

Esses projetos, especialmente aqueles com pretensão de ampliar a participação direta no processo legislativo ordinário e constitucional, merecem maior difusão e debate dentro da sociedade brasileira.

4.2 A questão dos limites materiais: pré-compromissos, proteção de direitos e democracia.

Rodrigo Brandão (2008) e Stanford Levison (1995) introduzem suas valiosas obras a respeito dos limites à reforma constitucional²⁰⁵ citando o caso do famoso matemático Kurt Godel, que recusou a se tornar cidadão dos Estados Unidos em razão da exigência de juramento de fidelidade à Constituição. Godel, austríaco, chegou aos EUA como refugiado, fugindo da Alemanha Nazista, mas negou a se comprometer por uma Constituição que, em sua visão, toleraria a adoção de

PL nº 2710/1992 e PL nº 1517/1999 deixa evidenciado o encampamento por membros do Poder Legislativo, no caso os então Deputados Federais Nilmário Miranda e Albérico Cordeiro, sem a necessária conferência das assinaturas populares.

²⁰⁵ O estudo de Rodrigo Brandão (2008) dedica-se, em síntese, ao debate acerca da existência de limites materiais à reforma nos/dos textos constitucionais, questões relativas a direitos fundamentais e democracia, já o citado artigo de Stanford Levison (1995) abre obra organizada pelo mesmo autor, e já amplamente citada neste capítulo, na qual diversos autores debatem a questão das emendas constitucionais, sua forma de exercício e limites.

políticas como as nazistas, caso respeitadas as sutilezas do Artigo V. (STANFORD, 1995, p. 10).

Como visto no primeiro capítulo, as constituições e o constitucionalismo do pós-guerra passaram a adotar como tendência o aumento de garantias materiais nos textos constitucionais, mesmo o aumento da extensão do conteúdo formalmente constitucional²⁰⁶, fenômeno nomeado por Daniel Sarmento (2007, p. 148) como ubiquidade constitucional, com o objetivo de, privilegiando a defesa de minorias e dos direitos humanos, evitar a instauração de novos regimes totalitários.²⁰⁷

Se no final do séc. XVIII a principal bandeira dos movimentos constitucionalistas era a limitação de governos monárquicos aristocráticos, pautados em ideais de uma minoria dotada de poder, agora a preocupação passa a envolver justamente o contrário, quais seriam os limites do poder atribuído às maiorias e à legitimidade de possíveis restrições aos anseios dessas mesmas maiorias no âmbito constitucional.

Se por um lado alguns como Kurt Godel defendem a imprescindibilidade de limites materiais explícitos, por outro, são abordadas questões como a legitimidade democrática dessas previsões, que acabam, de alguma forma, submetendo a disposições elaboradas em um passado remoto, futuras gerações com novos planos e projetos de vida. Rodrigo Brandão sintetiza bem algumas das questões que a supremacia da constituição e as cláusulas pétreas trazem para a contemporaneidade:

[...] o bloqueio absoluto contra mudanças normativas atinentes a matérias insertas no núcleo essencial destas cláusulas tende a reforçar as dificuldades teóricas inerentes à supremacia da Constituição sobre as leis, notadamente (i) a vinculação da vontade política atual às deliberações de uma maioria constituída no passado (aspecto temporal) e (ii) e o déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos no tocante à invalidação de decisões tiradas pela maioria dos representantes do povo, sobretudo

²⁰⁶ A expansão das tarefas constitucionais começa a se alterar, principalmente, a partir da incorporação de matérias sociais aos textos das Constituições, que possuem como marcos as Constituições do México, de 1917 e Constituição de Weimar de 1919. “A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relações de trabalho, proteção da família, cultura, etc.” (SARMENTO, 2007, p. 119)

²⁰⁷ “Neste sentido, as Constituições europeias do segundo pós-guerra – v.g Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e s Constituições da Itália de 1947 e da Espanha 1978-, em movimento no qual se insere a Constituição brasileira de 1988, acompanhadas da instalação de Tribunais Constitucionais (em 1951 na Alemanha; em 1956 na Itália, e em 1978 da Espanha), revelam nitidamente a tendência a, como reação a barbáries e arbitrariedades cometidas por regimes autoritários [...], desconfiar também dos poderes legitimados pelo voto popular, parecendo o constitucionalismo, com a retirada de valores fundamentais do dia-a-dia do processo político, a melhor solução.” (BRANDÃO, 2008, p. 129).

quando fundada em princípios morais abstratos, como os direitos e garantias individuais, a qual se convencionou chamar de dificuldade contramajoritária (aspecto semântico). (BRANDÃO, 2008, p. 3).

No Brasil, já durante a vigência da Constituição de 1988, a questão da rigidez constitucional ganha contornos mais fortes a partir de 1994, quando o Supremo Tribunal Federal, seguindo a linha defendida por Otto Bachof (2008)²⁰⁸, firma sua competência para verificação de inconstitucionalidade de emendas constitucionais na ADI 939-7-DF, declarando a nulidade de parte da EC 03/1993, aprovada dentro dos requisitos procedimentais do art. 60, mas que violaria limite material expresso ('cláusula pétrea'), ganhando contornos mais jurídicos do que em países como os EUA, onde o Artigo V ainda é visto como uma zona de domínio da política.²⁰⁹

4.2.1 *Ulisses e as Sereias: Os pré-compromissos e autorrestrições*

O estudo dos pré-compromissos²¹⁰ constitucionais como forma de restrição racional apta a implementar um regime democrático (ou não) parte da obra de Jon Elster. O autor foi o responsável por uma sistematização bastante didática e, ao mesmo tempo, profunda do tema e é citado amplamente por críticos e adeptos da posituação de 'pré-compromissos' constitucionais, como ponto de partida para a análise do tema.²¹¹

Em *Ulisses e as Sereias*, Elster (1989) utiliza uma passagem da obra *Odisseia*, atribuída ao poeta grego Homero, para adentrar ao debate sobre

²⁰⁸ Vide tópico 2.4.1.

²⁰⁹ Entre as raras oportunidades que constitucionalidade de emendas foi questionada perante à Suprema Corte, Oscar Vieira Vilhena (1999) e Rodrigo Brandão (2008) citam os casos, *Hollingsworth v. Virginia* (1798), *National Prohibition Cases* (1919), *Hawke v. Smith* (1920), *Lesser vs Garnett* (1922), *Dillon v. Gloss* (1921), *Coleman v. Miller* (1939) nos quais os *justices* se limitaram a declarar a constitucionalidade das emendas e/ou ratificar os posicionamentos do Congresso, sem grande aprofundamento no debate.

²¹⁰ O termo pré-compromisso envolve tanto a ideia de constituição como limite à legislação ordinária, quanto à ideia de limites à reforma do próprio texto constitucional. "O pré-compromisso constitucional opera, (...) em dois níveis. Em um primeiro nível, a Constituição pode projetar a máquina de governo ordinária de forma a contrabalançar a paixão, superar a inconsistência temporal e promover a eficiência. Em um nível mais elevado, a *máquina de emendas* da própria Constituição pode ser projetada para ser lenta e complicada. Essas restrições de alto nível têm dois efeitos. Por um lado, agem diretamente sobre os problemas da paixão, da inconsistência temporal e da eficiência. Por outro, garantem e estabilizam os mesmos problemas." (ELSTER, 2009, p. 154).

²¹¹ Entre os autores que citam Jon Elster como referência para estudo do tema podemos citar o jurista português J.J. Gomes Canotilho, o crítico da teoria dos pré-compromissos, Jeremy Waldron, além dos brasileiros Oscar Vilhena Vieira, Rodrigo Brandão e Lênio Streck.

racionalidade imperfeita, que posteriormente, será fundamento para questões sobre a racionalidade dos pré-compromissos constitucionais.

No trecho do poema épico citado por Elster²¹², antes de se aproximar da região onde sereias fascina com seu canto os navegantes, como forma de atraí-los para a morte, Ulisses determina aos marujos de sua embarcação que o amarrarem pelos pés e mãos ao mastro do navio, para que possa ouvir as sereias, mas não sucumba ao fascínio mortal de seu canto.

Na perspectiva de Elster (1989), ao realizar uma análise da autorrestrição proposta por Ulisses, o navegante não era por completo racional, já que, neste caso, não teria que apelar para recursos que limitassem sua liberdade de locomoção, mas, por outro lado, também não era um mero instrumento passivo e irracional de seus próprios caprichos e desejos, já que, capaz de alcançar por meio indiretos o mesmo que a racionalidade 'perfeita', poderia alcançar por meios diretos.

As Constituições funcionariam no plano coletivo, de modo semelhante à determinação de Ulisses para que fosse amarrado ao mastro, impedindo que em momentos de paixão e instabilidade, a vontade de maiorias ocasionais fosse suficiente para alteração da estruturação constitucional.

Seguindo a visão exposta por Elster, J.J. Gomes Canotilho, partindo da ideia de auto-vinculação, afirma que "as constituições servem para estabelecer mecanismos constitucionais destinados a assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional, evitando novos ou permanentes conflitos." (CANOTILHO, 2003, p. 1447). Na visão do autor as sociedades e indivíduos por meio das Constituições se autovinculam, a fim de resolver questões resultantes da racionalidade imperfeita.²¹³

[Contudo, a] analogia entre o mecanismo de auto vinculação adotado por Ulisses e os tradicionais mecanismo constitucionais de pré-compromissos deve [...] ser tomada com cautela. No caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, enquanto no processo constitucional a rigidez imposta às decisões constituintes tem um caráter supra-individual, pois é imposta ao conjunto da sociedade, especialmente àquelas correntes que, vencidas no

²¹² "... Pero atadme com flertes lazos de pie y arrimado a la parte inferior del mástil para que me este allí sin moverme... Y el caso de que os ruegue mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía." (HOMERO apud ELSTER, p. 66, 1989).

²¹³ Em Canotilho essa auto-vinculação pode ser concebida de diferentes formas: como uma autovinculação em sentido liberal, negativa, assentada em omissões e proibições; ou em uma perspectiva moralmente reflexiva e responsável, entendida de uma forma positiva, que transporta dimensões substantivas e tem que se adaptar às leituras morais e, por isso, é flexível. (CANOTILHO, 2003)

embate constituinte, podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo constituinte.²¹⁴ (VIEIRA, 1999, p. 20).

As restrições à transposição do pensamento individual do Ulisses de Homero aos mecanismos constitucionais foram reformuladas pelo próprio Jon Elster (2009), em obra redigida anos depois, traduzida para o português sob o título *Ulisses Liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*, na qual o autor revê algumas ideias centrais de seu estudo, objeto de fortes críticas por alguns de seus leitores.

Na apresentação da obra o Elster já expõe algumas das motivações que o levaram a rever sua forma de compreensão do instituto.

Fui bastante influenciado por um comentário crítico a respeito de *Ulysses and the Sirens* feito por meu amigo e mentor, o falecido historiador norueguês Jens Arup Seip: **“No mundo da política, as pessoas nunca tentam restringir a si próprias, mas apenas aos outros”**. Embora essa seja uma declaração radical, agora penso que está mais próxima da verdade do que a noção de que auto-restrição é a essência da elaboração de uma constituição. Ulisses amarrou a *si mesmo* ao mastro, mas também pôs cera nos ouvidos dos remadores. (ELSTER, 2009, p. 7, grifo nosso).

Considerando as citadas críticas direcionadas à obra precedente, a ideia de autorrestrição é reformulada. Jon Elster (2009) ressalta que o uso da terminologia pode ser enganador quando uma geração fundadora limita as gerações futuras, caso que não seria, em verdade, uma **autorrestrição**²¹⁵ e apresenta ainda outros pontos contestáveis de sua própria obra, entre quais pode-se citar o fato de que a transferência de conceitos usados para estudar indivíduos, como os empregados para análise da metáfora de Ulisses, para o plano coletivo, pode ser enganosa. **As sociedades não são indivíduos em escalas ampliadas.** (ELSTER, 2009).

Em *Ulysses and the Sirens* cheguei perto de admitir tanto que as constituições são dispositivos de pré-compromisso (no sentido intencional) quanto que as sociedades devem se auto-restringir por dispositivos de pré-compromissos constitucionais. Como já disse diversas vezes anteriores, essas alegações são altamente contestáveis, em termos conceituais, causais e normativos. (ELSTER, 2009, p. 213).

²¹⁴ A parte final da citação não se aplica às chamadas cláusulas super-constitucionais (VIEIRA, 1999, 20) – cláusulas pétreas-, cuja alteração em razão de limites materiais pode estar expressamente ou implicitamente (?) fora do alcance da deliberação da maioria.

²¹⁵ “Para começar, as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restrição. Além disso, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir.” (ELSTER, 2008, p. 124).

Nas sociedades contemporâneas, a analogia dos pré-compromissos com as autorrestrições, que poderiam ter alguma relevância nos séculos anteriores,²¹⁶ perderiam qualquer apelo. Isso porque no modelo de sociedade estudada pelo autor, nenhum grupo tem a pretensão de representar o interesse geral. “A sociedade não tem nem ego nem id” (ELSTER, 2009, p. 214). Assim, a ideia de **pré-compromisso** aparece sob uma luz diferente.

As constituições, muitas vezes, são reflexo da imposição de maiorias, sobre minorias e gerações futuras e “muitos atos aparentes de autorrestrição acabam revelando-se, ante um olhar mais atento, motivados por razões partidárias.” (ELSTER, 2009, p. 214).

Diferentemente da dualidade, que muitas vezes é criada pelo imaginário constituinte, o autor esclarece que a política constitucional é semelhante à política do dia a dia e que “não podemos esperar que constituintes imperfeitos criem constituições perfeitas que controlarão as imperfeições dos políticos futuros.” (ELSTER, 2009, p. 219).²¹⁷

Apesar de criticar sua noção pretérita de pré-compromisso e outras questões cruciais, como a ideia de que Constituições seriam autorrestrições, Elster segue o estudo do tema e permanece defensor de algum nível de rigidez constitucional (em algumas situações restrições podem ser desejáveis), deixando em aberto questões que classifica como ‘não solucionadas’. Entre essas questões, está a busca de critérios mais adequados para pautar a rigidez e estabilidade dos textos e das instituições constitucionais:

A rigidez mais adequada das restrições é uma questão que aguarda um estudo mais aprofundado. No contexto constitucional, pode-se indagar qual a

²¹⁶ “Em séculos anteriores, sem dúvida, a elite culta tendia a pensar em si mesma como estando no comando, tendo a tarefa de restringir e conter as paixões da maioria.” (ELSTER, 2008, p.214). Ou seja, o objetivo de parcela dominante da sociedade, que se enxergava no comando era trazer restrições ao todo, diferentes das sociedades contemporâneas, nas quais nenhum grupo tem pretensão de representar o interesse geral e, por isso, a analogia da autorrestrição individual perdeu qualquer apelo que pudesse ter tido. Uma vez que as linhas divisórias dentro das sociedades são vistas como horizontais em vez de verticais.” (2008, p. 214).

²¹⁷ Nesse sentido, podemos citar uma das observações de Elster a respeito de uma possível ação estratégica dos constituintes. “Mesmo com o sufrágio universal, a maioria pode agir estrategicamente para restringir a minoria, incluindo uma lei na Constituição em vez de promulgá-la como lei ordinária. Suponho que 51% dos constituintes queiram proteger a propriedade, mas temam que seu ponto de vista possa logo se tornar uma opinião minoritária junto à população. Nesse caso, podem fortalecer seu ponto de vista usando sua maioria de 51% para exigir um maioria de 67% para desfazer essa disposição.” (ELSTER, 2009, p. 125).

dificuldade mais adequada para emendar uma constituição, a extensão e o nível de estabilidade mais adequados aos mandatos de presidentes do banco central e aos juizes do tribunal constitucional, ou a maioria qualificada mais adequada exigida para derrubar um veto executivo. Embora não haja respostas que sejam as mais corretas em todos os tempos e em todos os lugares, poder-se-iam fazer recomendações definidas no contexto de sistemas políticos específicos. (ELSTER, 2009, p. 352).

Assim, fica claro que para Elster a noção de que pré-compromissos constitucionais sejam autorrestrições, como no caso de Ulisses, é sujeita a críticas, porque as pessoas desejam no âmbito político criar restrições àqueles que sucederem, mas não a eles próprios. As restrições não são apenas um problema geracional, mas também podem se tornar um problema inclusive a curto prazo, quando a elaboração de textos constitucionais reflete a vontade de uma minoria ou mesmo de uma maioria ocasional vitoriosa. Ainda assim, o autor anota que o estabelecimentos de limites e de algum nível de rigidez constitucional podem ser positivos e desejáveis dentro de um sistema constitucional sempre de acordo com o contexto específico.

Uma situação que poderia ter sido mais bem esclarecida na obra de Jon Elster é a distinção e uma utilização mais comedida dos termos *autorrestrições*, *restrições* e *pré-compromissos*, que acabam por dificultar em alguns momentos a compreensão de suas ideias e críticas.

Em alguns casos, podemos falar em **auto-restrição em sentido literal**, por exemplo, se um Parlamento Constituinte decide unanimemente ceder parte de seus poderes a outro braço do governo. [...] Criar uma Constituição que restringe gerações futuras também pode, em um sentido amplo, ser encarado como um ato de **auto-restrição**, especificamente quando se espera que os futuros agentes políticos tenham as mesmas razões para querer sofrer restrições com a geração fundadora. (ELSTER, 2009, p. 128).

O próprio Elster reconhece as dificuldades de utilização do termo *auto (self)-restrição*, mesmo no plano individual, já que em verdade se tratará de um ‘eu’ restringindo um outro ‘eu’ que existirá em uma data futura²¹⁸. Assim, mais questionável ainda torna-se falar em “**autorrestrição em sentido literal**” tendo como exemplos situações político-institucionais.

²¹⁸ “Como uma alternativa ao conceito de “*auto-restrição*”, pode-se falar de um “eu”(self) restringindo outro “eu” que existirá em uma data futura. Se usada simplesmente como metáfora essa linguagem é suficientemente inofensiva. Se tomada literalmente, porém, levante problemas. Pode-se argumentar, plausivelmente, que um velho é, em um sentido muito real, “uma outra pessoa” em relação à pessoa que era quando menino.” (ELSTER, 2009, p. 348).

Durante diversos momentos em sua obra, os termos autorrestrições e pré-compromissos ²¹⁹ parecem ser usados indistintamente. Em que pese, a impossibilidade de qualquer fechamento conceitual, tal confusão terminológica acaba por ser contraditória às críticas formuladas pelo próprio autor, apesar de não invalidar sua construção teórica, muito útil à compreensão contemporânea das Constituições. Essas terminologias poderiam, para uma melhor compreensão, ser substituídas por termos como ‘restrição’ ou ‘limitação’, e não autorrestrição e pré-compromissos, que passam a ideia de que a restrição é imposta somente àquele que a instituiu ou se comprometeu.

4.2.2 A crítica de Jeremy Waldron aos pré-compromissos.

Uma das correntes teóricas que contemporaneamente vem ganhando fortes adeptos no Brasil é aquela que formula críticas à formatação de pré-compromissos constitucionais e à jurisdição constitucional, em uma perspectiva forte, com base, principalmente, nos estudos do jurista neozeolandês, Jeremy Waldron.

Atualmente professor da escola de direito da Universidade de Nova York, o autor se posiciona como intenso crítico da noção de pré-compromissos e elabora um estudo específico a respeito da temática em artigo denominado *Precommitment and Disagreement* (2001), no qual defende que as Constituições não devem ser vistas como restrições à política e ao governo, mas sim compreendidas, em sentido positivo, como a direção que deve ser seguida.

Waldron (2001) parte de seu estudo em busca de fundamentos para rechaçar a visão dos defensores do modelo mais difundido de estruturação da ideia de supremacia da constituição, combatendo argumentos de seu contumaz ‘alvo’ Ronald Dworkin (1931-2013), para quem a defesa da democracia como fundamento para formulação de críticas às restrições constitucionais seria autodestrutiva.

Citando o exemplo da Inglaterra, durante o momento histórico em que se discutia a implantação de um sistema de controle de constitucionalidade ou convencionalidade, com a criação de tribunais e/ou incorporação de uma declaração de direitos à sua Constituição durante a década de 90, Dworkin (1990) argumentava que 71% das pessoas seriam favoráveis à incorporação de um *Bill of Rights* e acreditavam que tal previsão seria apta a aprimorar a democracia. Na visão do autor

²¹⁹ Vide, por exemplo, p. 200 – tópico 2.11.

norte-americano, o referido argumento seria suficiente para afastar a objeção de que a instituição de tais restrições seria contrária ao espírito da democracia (WALDRON, 2001, p. 272), já que é endossada por ampla maioria.

Waldron (2001), por sua vez, defende que o simples fato do instituto ser objeto de preferência pela maioria não é suficiente para afastar, tão facilmente, o caráter antidemocrático da adoção de restrições constitucionais. O apoio popular a uma alteração constitucional não significa que essa modificação torne a Constituição mais democrática, já que soberania popular e democracia são ‘coisas’ distintas.

A soberania popular, que Waldron (2001) nomeia de ‘princípio’, conduz à ideia de que o povo deve ter a forma de governo e a Constituição que escolher²²⁰. Isso não significa que, por consequência lógica, a escolha seja um regime democrático. Em síntese, o fato de ser fruto de uma escolha popular não torna a Constituição democrática, ou mais democrática.

[...] Não devemos confundir o motivo para a realização de uma proposta com o caráter da própria proposta. Se as pessoas votaram para experimentar a ditadura, princípios da democracia podem dar-nos razão para permitir que eles façam isso. Mas não se seguiria que a ditadura é democrático. (Esta é apenas outra maneira de dizer que não é conceitualmente impossível para uma democracia votar sua própria extinção). (WALDRON, 2001, p. 272, tradução nossa).²²¹

Assim, mesmo que objeto de apoio pela maior parte do povo, a inserção de ‘pré-compromissos’, que consubstanciam restrições constitucionais, não torna uma constituição mais democrática, pelo contrário, na visão de Waldron (2001), tais restrições não se compatibilizam com a defesa da autonomia dos cidadãos como sujeitos de direitos e diminuem o fortalecimento democrático.

Ao se propor à análise dos pré-compromissos constitucionais, em sua melhor luz, Waldron defende que eles possuem determinadas vantagens se comparados a mecanismos causais, nos quais não existiria margem para julgamento e cita outro

²²⁰“O princípio da soberania popular [...] exige que as pessoas tenham a Constituição bem como qualquer forma de governo que quiserem.” (WALDRON, 2001, p. 272, TRADUÇÃO NOSSA) “The principle of popular sovereignty(...) requires that the people should have whatever constitution, whatever form of government they want.” (WALDRON, 2001, p.272).

²²¹ “[...] we must not confuse the reason for carrying out a proposal with the character of the proposal itself. If the people voted to experiment with dictatorship, principles of democracy might give us reason to allow them to do so. But it would not follow that dictatorship is democratic. (This is just another way of saying that it is not conceptually impossible for a democracy to vote it self out of existence).” (WALDRON, 2001, p. 272)

exemplo que também é referenciado por outros autores, como Stephen Holmes e pelo próprio Elster. (1989) (2009).

Visando evitar o exercício da direção de seu carro sob efeito de álcool, uma pessoa utiliza como estratégia de pré-compromisso a entrega das chaves do veículo a um amigo, depositando nesse amigo a capacidade de julgamento.

Em geral, como no exemplo, os compromissos e pré-compromissos constitucionais não operam mecanicamente, o poder de decisão é depositado em alguma pessoa ou corpo de pessoas (corte) cujo trabalho será julgar se determinada conduta viola uma restrição escrita em momento anterior. (WALDRON, 2001).

As vantagens desse procedimento é que ele não é causal e, por isso, deixa algum espaço para julgamento (WALDRON, 2001), como no caso de alguém passar muito mal em um local onde somente a pessoa que ingeriu álcool saiba dirigir. Frente a essa situação, o amigo que está com a chave poderia fazer um juízo mais elástico a respeito do pré-compromisso e devolver a chave ao dono do veículo, o que não seria possível se o carro possuísse um mecanismo que vedasse automaticamente a partida (mecanismo causal). Por outro lado, adverte Waldron (2001) a desvantagem seria a possibilidade do agente externo (o amigo que recebeu a chave) decidir de modo distinto das intenções iniciais do agente que instituiu as regras.

No caso dos pré-compromissos constitucionais, diferentemente do caso de Ulysses ou do bêbado, a situação se torna ainda mais complexa²²², porque as pessoas não sabem exatamente o que querem antes de deflagrada a situação e,

²²² O próprio Jon Elster reconhece que as Constituições normalmente sequer são elaboradas por constituintes sóbrios, como no caso do amigo que entrega ainda antes de beber a chave do carro ao outro, pelo contrário, em geral, as Constituição são elaboradas em momentos de crise e, por isso, não é tão “obvio que os constituintes estejam particularmente sóbrios.”(2009 p. 27). Em razão dessa constatação, tece algumas recomendações, de forma experimental, para que se **reduzam** as condições que atuam contra a imparcialidade e clareza ideais (mas impossíveis em sua plenitude) para a tarefa que a Assembleia Constituinte é convocada. Dentre as recomendações insere que: (i) as constituições devam ser escritas por constituintes especialmente convocados e não por um corpo que atue também como legislativo ordinário (No mesmo sentido da defesa de Sieyès ainda no séc. XVIII) ; (ii) o processo deve conter elementos sigilosos e de publicidade (“Com total segredo, interesses partidários e trocas de votos ganham destaque, enquanto a total publicidade encoraja a grandiloquência e extravagantes propostas retóricas. (2009,p.39); (iii)As eleições dos constituintes, em busca de maior representatividade, deve seguir o sistema proporcional e não o majoritário; (iv) A assembleia deve ser unicameral; (v) Para reduzir o alcance das ameaças e tentativas de influenciar as deliberações através de manifestações, a assembleia não deve se reunir em grandes cidades e não devem ser permitidas a permanência das forças armadas nas proximidades; (vi) devem ser privilegiadas soluções políticas do que técnicas; (vii) deve-se impor um limite de tempo, para que nenhum grupo utilize táticas de postergação para conseguir seus objetivos; (viii) se possível, o que raramente o é, o documento não deve ter vigência imediata, para reduzir o impacto do curto tempo e dos motivos partidários. (ELSTER, 2009).

além disso, quem vai julgar o caso não tem como definir *a posteriori* esses limites. Com isso, após a instituição do pré-compromisso, torna-se incerto ou controverso aquilo com que realmente o povo se comprometeu, inexistindo qualquer base para defesa de uma interpretação particular daquele pré-compromisso frente às objeções democráticas posteriormente arguidas. (WALDRON, 2001).

Waldron (2001, p. 282) ressalta que na maior parte dos casos de grande visibilidade que chegam às cortes constitucionais, a situação se delineia da seguinte maneira: 1) As pessoas se comprometem por meio de uma Constituição, em decisão tomada por 'supermaioria', a alguma formulação bastante abrangente sobre seus direitos. Nesse momento, parte desse povo (uma minoria) discorda do princípio por considerá-lo errado ou imprudente; 2) O legislativo ordinário daquele Estado passa, por maioria simples, uma medida que viola a previsão constitucional. Alguns legisladores acreditam que essa medida se encaixa sob o princípio constitucional, outra parte, mesmo ciente da inconstitucionalidade, manifesta seu voto pela aprovação da medida, porque se opõem ao princípio. 3) A Corte, em decisão tomada por maioria simples dos juízes (por exemplo, 5 x 4, ou no caso brasileiro, 6x5), delibera que o ato do legislativo é inconstitucional. Em síntese, uma direção é adotada pela supermaioria (1), outra direção é tomada por maioria simples (2), por fim, uma maioria simples de juízes retoma a primeira direção (3).

Segundo Waldron, a possibilidade de desacordo entre os próprios juízes (que em geral decidem por maioria e não por unanimidade), torna uma disposição constitucional moralmente pouco atraente, já que repete, em muitos casos, os mesmos argumentos que levaram os membros do legislativo a discordarem quando da votação do projeto de lei. Contudo, a decisão dos juízes acaba prevalecendo sob a deliberação legislativa, o que seria inadequado.

Nas sociedades existem situações nas quais as pessoas, mesmo de boa-fé e nos momentos de maior estabilidade e lucidez, irão discordar sobre quais são os direitos que possuem ou não, são os chamados desacordos razoáveis. Frente a esses argumentos, em síntese, Waldron (2001) defende a autonomia do indivíduo para decidir, em diferentes momentos, a questão objeto do desacordo, considerando inapropriada a adoção de um modelo de pré-compromissos e da atribuição da última palavra sobre as questões a uma corte constitucional.

A teoria da democracia *waldronia* afasta a ideia de pré-compromissos²²³, pois estes subtraem do debate político importantes questões a respeito de direitos fundamentais. O entrincheiramento dos direitos em declarações é considerado ilegítimo e pode ser visualizado como “uma afronta à autonomia e à responsabilidade dos cidadãos.” (CONSINI, 2014, p.161).

O próprio Jon Elster (2009) comenta, de forma sucinta, as críticas feitas por Waldron à sua obra em uma das notas de rodapé de seu trabalho de reformulação, relatando, até mesmo, certa aproximação com a visão crítica do autor neozelandês:

Depois que o manuscrito deste livro estava completo, fiquei feliz em ver Jeremy Waldron [...] lançar uma crítica à idéia de constituições como dispositivos de pré-compromisso (e, implicitamente, a meus próprios textos defendendo essa idéia), que é, de maneira geral, semelhante a algumas de minhas objeções lançadas mais tarde. Note-se, porém, que entre os motivos para o pré-compromisso ele considera apenas a necessidade de antecipar-se à paixão, negligenciando o desejo de superar o interesse partidário e a inconsistência temporal, assim como o desejo de promover a eficiência. Imagino que Waldron também simpatizaria com as proposições de que os governos vigentes não deveriam ser capazes de mudar facilmente as regras do jogo político em seu favor, e que a estabilidade da estrutura política é desejável para ampliar o horizonte temporal dos agentes econômicos e políticos. (ELSTER, 2009, p. 123).

Assim, apesar de seguir defendendo que pré-compromissos²²⁴ podem ser desejáveis em alguns momentos, Elster demonstra ter incorporado ao seu pensamento diversas críticas²²⁵ na mesma linha da formulação de Waldron (1999).

²²³ Apesar de utilizar a nomenclatura da teoria de Jon Elster nomeando de pré-compromissos a imposição da chamada rigidez constitucional, as críticas de Waldron objetivam não apenas desconstituir a ideia de que limites à reforma constitucional e a legislação ordinária previstos nas Constituições não são “autorrestrições”, mas a própria ideia de que devam existir restrições. São duas situações distintas. Alguns autores, como Rodrigo Brandão, criticam a ideia de pré-compromissos, ou seja, tentar formular teoricamente os limites à reforma constitucional como uma noção de **auto**-vinculação, ou uma transposição dos pré-compromissos individuais. Jeremy Waldron, por sua vez, além da crítica à ideia de pré-compromissos, se opõe a qualquer forma de restrição ao legislador ordinário diferente da deliberação por maioria.

²²⁴ Entendemos que aqui o melhor seria a utilização por Elster do termo ‘restrição’.

²²⁵ Outro forte crítico da ideia de rigidez constitucional, que também tece críticas à ideia de pré-compromissos formulada por Elster (2009) é o americano Andrei Marmor (2011). O autor vai além de uma crítica ao modelo de constituição rígida para atacar a própria legitimidade das Constituições e os argumentos dos defensores do Constitucionalismo. Em síntese, Marmor pretende combater a ideia de que é característica imprescindível aos regimes democráticos, a necessidade de afastar determinadas decisões dos processos legislativos democráticos ordinários por meio da existência de constituições escritas e do poder do *Judicial Review*. O Constitucionalismo viria sempre em um pacote composto de diversos elementos variáveis de acordo com o que o autor nomeia de ‘dimensão de robustez’. O grau de robustez de um texto constitucional seria verificado por meio do grau de “rigidez” da Constituição, pelo poder relativo dos tribunais de determinar o conteúdo da Constituição e poder dos tribunais de prevalecer sobre o poder do parlamento democrático. Nessa perspectiva, a Constituição ‘mais’ robusta do mundo seria a Constituição dos EUA. Marmor, contudo critica essa estruturação defendendo que Constituições muito robustas não são legítimas (ou que, ao menos,

Pode-se anotar como um dos principais pontos de convergência entre os autores que, assim como Waldron, Elster tomou ciência da limitação teórica de se considerar restrições constitucionais como autogoverno ou autorrestrição. Por outro lado, Elster deixa um recado que Waldron adotou uma visão míope da utilidade das restrições constitucionais ao visualizá-las apenas como uma limitação às paixões, desconsiderando a sua necessidade como forma de superar interesses partidários ou inconsistências temporais, de forma a gerar uma maior e desejável estabilidade.

Entre as críticas formuladas à visão de Waldron, podemos destacar as seguintes, que guardam maior relação com o recorte proposto pelo presente estudo:

1) A visão rasa e idealizada que Waldron apresenta a respeito do parlamento:

A imposição de restrições ao parlamento, seja por meio de pré-compromissos, seja pela prevalência das decisões das cortes constitucionais sobre as deliberações parlamentares, não significa, necessariamente, um retorno de viés antidemocrático.²²⁶ (MENDES, 2008).

[Para Waldron], o congresso é um conjunto de representantes que decide por maioria. Numa escala menor, corresponde ao povo tomando suas decisões em conjunto pelo procedimento mais igualitário possível. Sua teoria normativa é tão abstrata e rasa quanto isso. O resto – comitês, hierarquia partidária, poder de agenda etc. – parece ser mero detalhe. Seria produto de uma visão cínica sobre a pessoa do representante eleito. **Não percebe que legisladores, mesmo bem intencionados e virtuosamente orientados ao bem comum, estão imersos numa rede de constrangimentos institucionais incontornáveis pela virtude.** (MENDES, 2008, p. 75, grifo nosso).

Assim, ao apostar ‘todas as suas fichas’ na deliberação majoritária por meio do legislativo, Waldron desconsidera as complexidades e constrangimentos que podem mitigar ou anular a pretensão de igualdade e liberdade de sua proposta. Muitas vezes decisões tomadas por maioria, como anota Conrado Hübner Mendes

existe uma séria dúvida sobre sua legitimidade), especialmente porque vinculam indevidamente gerações futuras e possibilitam o desrespeito ao pluralismo. ‘Se existe uma preocupação séria sobre a legitimidade do constitucionalismo robusto, deveríamos aspirar a construir regimes constitucionais menos robustos. Certamente não estou sugerindo que deveríamos ter constituições escritas. Mas se as temos, então pelo menos deveríamos tê-las em um pacote menos robusto.’ (MARMOR, 2011, p. 126)

²²⁶ A crítica de Conrado Hübner Mendes (2008) é formulada especificamente quanto à visão de Waldron contra a revisão judicial, mas os argumentos são válidos também para o ponto anterior, pressuposto do próprio controle, que é a adoção de um sistema de rigidez constitucional.

(2008, p. 76), com base em autores como Kenneth Arrow e Barry Friedman, nem sempre refletem em seu resultado a real vontade de uma maioria, mas, sim, a posição determinada por uma minoria estrategicamente posicionada.

2) Uma contraditória crença na regra da igualdade:

A crítica formulada por Rodrigo Brandão (2008) anota que Waldron, ao desenvolver sua teoria, defende a existência de desacordos morais na sociedade acerca das condições de democracia. A regra da maioria seria a única a oferecer um critério de igual valor entre os cidadãos. Contudo, apesar de partir do que Brandão nomeia de “ceticismo absoluto a respeito da acessibilidade racional a valores morais” (2008, p. 146), Waldron desprezaria que a própria igualdade está sujeita a valoração e sua incidência sobre o processo político não é isenta e neutra.

Ademais, “a ideia de igual valor intrínseco comporta uma leitura que se afasta de um majoritaríssimo forte.” (BRANDÃO, 2008, p. 147). Não existe igualdade sem que sejam observadas condições subjacentes aptas a sustentar um debate de ideias e projetos. Citando Roberth Dahl (1997) e sua teoria sobre as poliarquias²²⁷, Brandão anota que

o modelo que poliarquias estáveis não apenas pressupõe um conjunto de instituições e direitos que tradicionalmente integram o processo democrático [...], mas está historicamente associado à presença de índices socioeconômicos relativos [...] que minimizam a disparidade entre o pressuposto formal do igual valor intrínseco entre os cidadãos e a desigualdade fática presente no seio das sociedades. (BRANDÃO, 2008, p.147-148).

As deliberações por maioria, pautada em uma igualdade formal, possuem ainda outro grave e relevante problema, já que elas desconsideram a intensidade das vontades (MENDES, 2014), dando igual peso a votos de agentes politicamente engajados na causa e de pessoas completamente indiferentes à questão.

3) A questão das minorias :

²²⁷ Dahl conceitua poliarquias como “regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados” (1997, p.31). Na visão do autor, inexistiria empiricamente uma democracia em seu sentido pleno, dentro dos critérios indicados em sua teoria, sendo “importante manter a distinção entre democracia como um sistema ideal e os arranjos institucionais que devem ser considerados como uma espécie de aproximação imperfeita de um ideal.” (1997, p. 31-32).

Ao rejeitar a noção de pré-compromissos e afastar a possibilidade de controle judicial da legislação, acreditando que todas as questões políticas devem sempre estar abertas ao debate, sem as limitações atinentes à rigidez constitucional, exceto aquelas que impeçam futuras deliberações populares, a teoria *waldroniana* legitimaria como democráticas decisões que retirassem de minorias direitos fundamentais.

A questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo pode ser invocada como um exemplo. Partindo-se do pressuposto de que há um desacordo razoável e de boa fé sobre a existência ou não de um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, se um parlamento decidir, seguindo a premissa majoritária, que pessoas do mesmo sexo não possuem o direito ao casamento, ainda assim, segundo a teoria de Waldron, a decisão precisaria ser considerada democrática. Essa mesma questão também poderia ser pensada em relação à retirada de direitos políticos e civis de qualquer minoria. (CONSANI, 2014, p. 168).

Em uma perspectiva minimamente substancial de democracia, não é desejável que, por deliberação de uma maioria, direitos que envolvam desacordos morais possam ser suprimidos das minorias por mera avaliação quantitativa de vontade.

4.2.3 A Constituição como reserva de justiça e a defesa da superconstitucionalidade dos limites materiais.

Considerando que algum nível de rigidez seja desejável nos textos constitucionais, mesmo correndo-se o risco de dificultar a adaptação da Constituição formal aos anseios da constituição material, em prol de uma estabilidade institucional e dos direitos das minorias, resta perquirir quais limites à reforma constitucional devem ser positivados.

Um alto 'grau' de rigidez, alçado ao *status* de superconstitucionalidade²²⁸, é positivado por meio da previsão constitucional das chamadas cláusulas pétreas, responsáveis por fornecer parâmetros materiais (conteúdo) não apenas para a legislação infraconstitucional, mas também para a própria reforma constitucional.

²²⁸ Como elucida Oscar Vieira Vilhena (1999): SUPERconstitucionalidade e NÃO SUPRAconstitucionalidade. Essas normas, apesar de um maior grau de rigidez, estão situadas dentro do texto constitucional e não acima dele.

A fim de balizar a formação de uma teoria apta a fundamentar as Cláusulas Pétreas, Oscar Vilhena Vieira (1999) expõe algumas armadilhas que devem ser evitadas em busca de uma justificação para o instituto.

Primeiramente, na visão do autor, essas teorias não devem “depositar a dignidade e intangibilidade das cláusulas superconstitucionais na sua coincidência com o **direito natural**” (p. 222). Em segundo lugar, também não se sustentam teorias que buscam essa fundamentação somente em sua **positividade**, dispensando qualquer menção ao âmbito material das normas.

Enquanto teorias pautadas pelo direito natural, que justificam sua normatividade em valores transcendentais, não mais se coadunariam com a exigência do sujeito de guiar a própria vida e governo, pautar a intangibilidade das Cláusulas Pétreas na simples inclusão desses dispositivos no texto constitucional poderia, na visão de Vilhena, conduzir a distorções não desejáveis.²²⁹ (VILHENA, 1999).

A justificação das Cláusulas Pétreas dentro da teoria defendida por Oscar Vilhena (1999) estaria na ideia de que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente.

O fato de terem sido estabelecidas por um constituinte anterior, ou de se compatibilizarem com um conjunto predeterminado de direitos, não é suficiente para garantir sua legitimidade. [...] As cláusulas intangíveis apenas serão consideradas legítimas se servirem como elementos estruturantes, que habitam e favorecem os cidadãos a se constituírem em sociedade, como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito. (VIEIRA, 1999).

De forma bastante lúcida, Vieira (1999) ressalta que a compreensão e a operacionalização das cláusulas (e aqui se pode acrescentar um ‘supostamente’) intangíveis não devem ser pautadas, portanto, na ideia de um bloqueio absoluto que impede mudanças e trabalha em favor da proteção de privilégios e do *status quo*. Muito pelo contrário, devem, na visão do autor, serem encaradas como elementos que favorecem o fortalecimento democrático e as mudanças necessárias, preservando “a sobrevivência daquelas liberdades de autonomia e participação e os

²²⁹ Como exemplo dessa situação, Vieira exemplifica a distorção “existente na Constituição originalmente adotada nos Estados Unidos, que estabelecia uma cláusula intangível que defendia a escravidão”. (1999, p. 222)

direitos referentes às condições essenciais para uma sobrevivência digna.” (1999, p. 224).

Ademais, pode-se adicionar ao argumento do autor paulista que esse ‘bloqueio absoluto’ é até mesmo uma impossibilidade. Acreditar que as Cláusulas Pétreas enrijecem o texto constitucional a um nível insustentável, levando à paralisia do sistema, demonstra uma crença ingênua no já superado positivismo-formalista, desprezando a possibilidade de mudança informais, como a mutação constitucional, bem outras possibilidades ‘extra’ constituição formal.²³⁰

Nessa perspectiva, as normas superconstitucionais se justificariam na medida em que funcionam como meio de preservar às geração futuras o direito de escolha e ‘auto-governo’. (VIEIRA, 1999).

Não se trata aqui, ao menos na perspectiva adotada pelo presente trabalho, de crer que cláusulas pétreas são as ‘super-heroínas’ da democracia e que sua mera previsão constitucional afastará qualquer possibilidade de supressão de direitos ou da formação de regimes totalitários. Trata-se, na verdade, de importante mecanismo no âmbito da formação da consciência constitucional por meio do incentivo a um maior debate no que tange às questões por ela abrangidas, o que pode dificultar (apesar de, claramente, não impedir) implementação de medidas antidemocráticas ou de um conservadorismo indesejado frente a Constituições mais vanguardistas.

A atribuição de sentido às cláusulas, assim como de qualquer norma ou palavra, é também tida como ‘problemática’ diante da insegurança gerada pelas mais variadas formas de interpretação. Contudo, a forma de visualização dessa perspectiva é equivocada, isso porque a abertura semântica é justamente o que torna legítima essa previsão de normas superconstitucionais.

Se, em uma divagação hipotética, fosse possível o completo fechamento conceitual, por meio da atribuição de um sentido histórico, realmente o engessamento tornaria antidemocráticas e retiraria do debate as questões por ela envolvidas, como sugere a crítica de Jeremy Waldron.

²³⁰ Nesse sentido Jon Elster: As Constituições são geralmente projetadas para tornar *difícil*, mas não impossível, a mudança de suas disposições em comparação com a legislação ordinária. Embora algumas constituições tenham disposições imunes a emendas, mesmo essas não restringem em um sentido rígido, pois a ação extraconstitucional sempre continua possível. (ELSTER, 2009, p. 127).

No Brasil, como já destacado, a previsão expressa das Cláusulas Pétreas está delineada no art. 60, § 4º, da CRFB/88. A respeito da temática, duas questões merecem ainda uma análise mais aprofundada:

1) Que **extensão** vem sendo atribuída, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a esses limites materiais?

2) Além das 4 (quatro) cláusulas pétreas já enumeradas, existiriam outros **limites materiais implícitos**? As normas relativas à reforma constitucional são intangíveis ou seria possível alterá-las por meio do procedimento de “dupla revisão”?.

Os próximos subcapítulos serão dedicados às propostas de respostas a essas questões.

4.2.3.1 *Cláusulas Pétreas, Direitos Fundamentais e a Revisão Judicial no Direito Brasileiro*

O Supremo Tribunal Federal, desde o advento da CRFB/88 em diversos momentos, foi chamado a se manifestar acerca do alcance dos dispositivos expressos no § 4º, artigo 60, CRFB, os quais tomaram a atenção da doutrina e da jurisprudência brasileira.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em artigo denominado *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional* (2008), ao tratar especificamente da questão dos limites materiais²³¹ de reforma constitucional, elucida que a ‘**tessitura** (mais) **aberta**’ desses dispositivos possibilita uma grande elasticidade quanto ao seu alcance, sendo que o **limite** dessa interpretação recai no controle de racionalidade e legitimidade da argumentação. O discurso é que vai possibilitar uma avaliação sobre a correção de cada caso.

O caso de provável maior repercussão, ou ao menos o mais conhecido deles, foi consagrado na ADI 939/DF, na qual o STF definiu duas questões emblemáticas: a possibilidade de controle de constitucionalidade *a posteriori* de emendas constitucionais que desrespeitem Cláusulas Pétreas (declarando pela primeira vez

²³¹ E também circunstanciais.

uma inconstitucionalidade de EC)²³² e o alcance da expressão ‘direitos e garantias individuais’ disposta no artigo 60, § 4º, IV da CRFB.

Em síntese, a ação tratava da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93, que, entre outras previsões, autorizava a União a instituir o chamado I.P.M.F – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira sem a observância do disposto no art. 150, III, b, e VI da CRFB, ou seja, sem obedecer à anterioridade²³³ e às imunidades tributárias constitucionais.²³⁴²³⁵

Consolidado o entendimento de que na vigência da Constituição de 1988 seria possível a análise de emendas constitucionais, como forma de impedir que o governo ou o parlamento, como no caso, realizem ‘desvios inconstitucionais’, como afirmou o Ministro Celso de Mello, ou tentativas de ‘burlar a constituição’, expresso no voto do Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, os ministros estabeleceram a ideia de que ‘direitos e garantias individuais’ não são somente aqueles expressos no art. 5º da CRFB, o que seria confirmado pela interpretação extensiva indicada no paragrafo § 2º do mesmo dispositivo.²³⁶ Nesse sentido, o voto do Ministro Carlos Velloso foi ainda mais enfático em defesa de uma leitura mais ampla do dispositivo.

É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas direitos e garantias individuais, mas também, direitos e garantias

²³² No julgamento da ADI 829 – DF, em abril de 1993, o STF já havia firmado entendimento sobre a possibilidade de análise judicial de constitucionalidade de emendas constitucionais, contudo, naquela oportunidade, a ação foi julgada improcedente e não se efetivou a declaração de nulidade da norma que tratava da antecipação do plebiscito previsto no Art. 2º do ADCT. A ementa do acórdão, no que tange à questão, ficou assim redigida “[...]Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992 – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas.” (BRASIL, 1993)

²³³ “O propósito básico da anterioridade tributária (nem sempre realizado em sua plenitude) é o de garantir ao contribuinte que haja um razoável período de tempo entre a criação ou aumento legal de determinado tributo e sua incidência concreta sobre os fatos, evitando-se assim [...] a surpresa do contribuinte.” (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2015, p. 243)

²³⁴ “Imunidades são normas constitucionais que delimitam negativamente a própria competência tributária dos entes políticos da federação.” (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2015, p. 269)

²³⁵ Redação dos dispositivos vigentes quando da edição da Emenda Constitucional 03/93 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...] VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.” (BRASIL, 1988).

²³⁶ Art. 5º [...]§ 2º 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. (BRASIL, 1988).

sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos apenas em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, de segunda, de terceira e até quarta geração. (Voto Ministro Carlos Velloso, BRASIL, 1993).

Ao final, foi julgada parcialmente procedente a ação, sob invocação das Cláusulas Pétreas dispostas nos incisos I (Forma Federativa) e IV (Direitos e Garantias Individuais do § 4º do art. 60 da CRFB).

A ofensa à forma federativa foi vislumbrada em razão da supressão da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a' da CRFB/88, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de tributos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, uma vez que a autonomia dos entes federativos se mostra essencial para conservação da federação.²³⁷

No que tange ao disposto no inciso IV e sua leitura mais ampla atribuída pelo STF *in casu*, foi fundamento para declaração de inconstitucionalidade da permissão de inobservância da anualidade tributária, considerada garantia individual do contribuinte²³⁸, bem como das demais imunidades tributárias dispostas nas alíneas "b", "c" e "d" do artigo 150, VI da CRFB.

Quanto à última previsão, merece uma análise mais apurada. Inicialmente o relator Ministro Sydney Sanches havia expressado entendimento que, fora a imunidade tributária recíproca, que constituiria cláusula pétrea por ofensa à forma federativa, as demais imunidades não configurariam garantias individuais propriamente e, por isso, poderiam, por emenda constitucional serem excepcionadas no caso da instituição de tributo novo.

Contudo, após a prolação dos demais votos, quase todos²³⁹ no sentido de que as imunidades constituiriam também cláusulas pétreas, por serem "instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como liberdade religiosa, de manifestação, do pensamento, pluralismo político do regime, [...] o direito à educação e assim por diante." (Voto Ministro

²³⁷ "No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destaca, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da federação." (Voto Celso de Mello, BRASIL, 1993).

²³⁸ "Entre esses direitos e garantias individuais, estão pela extensão contida no § 2º do art. 5º, e pela especificação feita no art. 150, III, "b", a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem cobrará tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou" (Voto do relator Sydney Sanches, BRASIL, 1993).

²³⁹ Com exceção do Ministro Gallotti,

Sepúlveda Pertence, BRASIL, 1993), o Ministro relator acabou reconsiderando sua posição e se convencendo do caráter limitador de tal previsão.

[Q]uero esclarecer o seguinte: a dificuldade que tive para considerar inconstitucional a referência ao inciso VI, de modo a abranger também as alíneas “b”, “c” e “d” (e não apenas a alínea “a”), foi por não ver tais alíneas (“b”, “c” e “d”) garantias de contribuinte, mas sim, imunidades tributárias, que não estariam em princípio protegidas pelas cláusulas pétreas do inc. IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Vejo, porém, que a maioria não tem dificuldade em considerar tais imunidades, com garantias. E, desde que se encare tais imunidades como garantia de quem não deve ser contribuinte, a cláusula pétrea há de ser observada, também quanto a elas. (Voto Sydney Sanches, BRASIL, 1993).

A forma como foi construído o voto do relator, especialmente no que tange à sua mudança de posicionamento decorrente da exposição de argumentos dos demais ministros, é exemplificativa para demonstrar a importância da argumentação e do discurso na construção da narrativa da decisão, conforme alertaram Vilhena (1999) e Cruz (2008). Contribui também para “a desmitificação de que uma interpretação possa ser determinada de modo *a priori*, pela força de coerção normativa, ou seja simplesmente por que a [...] Constituição o [exige].” (CRUZ, 2011, p. 241).

Infelizmente, em razão de motivações muitas vezes bastantes superficiais (e fúteis), nem sempre é possível o aprimoramento dos argumentos e, consequentemente das decisões, seja na definição dos limites da rigidez constitucional, seja em debates mais casuais; “é sempre mais fácil ignorar pontos de vista novos e conflitantes com aquilo que o jurisconsulto já defendeu anteriormente.” (CRUZ, 2011, p. 242).

A doutrina também se dedica a fornecer subsídios para análise da questão, acerca da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais, disposta no art. 60, § 4º, IV da CRFB. Ingo Sarlet (2011) advoga uma interpretação bastante ampla da terminologia, uma vez que “[c]onstituindo os direitos sociais (assim como os políticos), valores basilares de um Estado social e democrático de direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da nossa ordem constitucional.”(p. 427). Ademais, segundo Sarlet, quanto à **titularidade**, em última análise, todos os direitos fundamentais, mesmo aqueles de expressão coletiva, seriam direitos individuais.

É o indivíduo que tem assegurado direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), [...] pode ser reconduzido a uma dimensão individual [...]. Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa lei fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos). (SARLET, 2011, p. 424).

Oscar Vilhena, por sua vez, tratando especificamente a respeito da amplitude do inciso IV do § 4º do art. 60, defende que as cláusulas ‘superconstitucionais’ devem ser visualizadas como uma reserva de justiça, e, por isso, têm função de assegurar a continuidade do processo democrático. Nessa perspectiva, a terminologia ‘direitos e garantias individuais’ não pode ser vista como um rol pré-concebido e finito, mas dependem do contexto em que são interpretados.

Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia como procedimento para tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais – estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. (VIEIRA, 1999, P. 245-246).

Rodrigo Brandão também tece uma cautelosa análise a respeito da temática, fazendo uma leitura ‘intermediária’, próxima ao que também defende Oscar Vilhena (1999), segundo a qual “apenas os direitos **materialmente** fundamentais consistem em cláusula de eternidade.” (BRANDÃO, 2008, p. 204, grifo nosso).

A proposta de Brandão (2008) justifica a limitação da intangibilidade dos direitos materialmente constitucionais, sob fundamento de que uma análise muito ampliadora da proteção consagrada no art. 60, § 4º, IV da CRFB, retomando as palavras de Thomas Jefferson, padeceria do risco de implantação de um governo de mortos sobre os vivos.

Quanto ao receio de Brandão em relação à paralisia do sistema constitucional, é pertinente a argumentação em sentido contrário, tecida por Sarlet, segundo a qual, “apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação” (2011, p. 427)

Ademais, a proposta de Rodrigo Brandão é passível de uma crítica reconhecida pelo próprio autor, qual seja, a dificuldade de definição de quais seriam o direitos **materialmente** constitucionais, tendo como parâmetro a necessidade de aferição axiológica da dignidade normativa de cada direito fundamental.

As questões relativas à determinação e extensão de direitos fundamentais para consequente delimitação do disposto no art. 60, § 4º, IV da CRFB, continuarão a assolar a doutrina e jurisprudência pátria, não sendo esta uma controvérsia passível de uma definição apriorística, mas somente casual e historicamente situada.

4.2.3.2 *Cláusulas Pétreas como fundamento para o Controle Judicial Prévio de Constitucionalidade.*

Desde a vigência da Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal vem construindo entendimento de que, em determinadas situações específicas, é possível o **controle judicial prévio de leis e emendas constitucionais**. Os dois casos precursores na definição do tema foram os Mandados de Segurança nº 20.257 (i) de relatoria do Ministro Moreira Alves, no qual, apesar de não ter concedido a ordem por verificação de ausência de inconstitucionalidade, entendeu-se, em tese, pelo “[c]abimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação[...] ou sua deliberação, [...]” (BRASIL, 1980) e o Mandado de Segurança (MS) nº 20.452 (ii), de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, que tratou da rejeição da paradigmática Proposta de Emenda Constitucional ‘Dante de Oliveira’, cuja fundamentação levou ao Tribunal o debate de questões relativas ao *quórum* para aprovação de emendas e a forma de apuração da maioria constitucionalmente prevista.

Com o advento da Constituição de 1988, o posicionamento acerca da possibilidade de controle judicial prévio de leis e emendas constitucionais foi consolidado especificamente nos casos de comprovado desrespeito aos **requisitos formais** do devido processo legislativo, sendo a legitimidade para impetração de Mandado de Segurança, nessa circunstância, restrita aos parlamentares.²⁴⁰

²⁴⁰ “O STF admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança, com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei

Contudo, uma decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal (2013), prolatada monocraticamente nos autos do MS 32033/DF, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes, inovou em relação ao posicionamento já consolidado, ao conceder liminar para **suspender a tramitação** do Projeto de Lei da Câmara nº 14/2013 (número atribuído no Senado)²⁴¹, não baseado em ofensa a requisitos formais do processo legislativo, mas, sim, em razão do **conteúdo** do projeto ser inconstitucional por violar cláusula pétrea e conflitar com entendimento firmado pelo STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade a respeito do mesmo tema.

Ante o exposto, considerando (i) a excepcionalidade do presente caso, confirmada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; (ii) a aparente tentativa casuística de **alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia**; e (iii) a **contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430**; vislumbro possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional e defiro o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança. (Min. Gilmar Mendes, Decisão Monocrática D.J. 26/04/2013, BRASIL, 2013, grifo nosso).

Em nova decisão monocrática proferida no mês seguinte ao deferimento da liminar, dessa vez para tratar da interveniência de *amicus curiae* nos autos, Gilmar Mendes foi ainda mais específico, reforçando a fundamentação para ingerência do STF na tramitação legislativa em razão de suposta violação a cláusulas pétreas.

Em casos como o presente, o mandado de segurança, impetrado por parlamentar na defesa de seu direito de não deliberar sobre **proposição legislativa violadora de cláusula pétrea da Constituição Federal, convola-se em verdadeira espécie de controle prévio de constitucionalidade, cujo parâmetro de aferição é determinado pelo art. 60, § 4º, da CF/88**.

Note-se que os principais fundamentos da impetração dizem respeito à violação de cláusulas pétreas da Constituição consistentes na liberdade de criação de partidos políticos, na lealdade da concorrência democrática, no pluripartidarismo, no respeito à segurança jurídica e à isonomia de tratamento dos parlamentares, todos direitos cuja violação tem o condão de atingir aos atores políticos atuais de forma ampla. (Min. Gilmar Mendes, Decisão Monocrática D.J. 31/05/2013, BRASIL, 2013, grifo nosso)

ou **emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo**. Precedentes do STF: [...] MS 24.645/DF, Min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, Min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, Min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003.” (MS 24.667-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-12-2003, Plenário, DJ de 23-4-2004.)

²⁴¹ A numeração original na Câmara é PL 4.470/2012.

Apesar do caso específico envolver a constitucionalidade de projeto de lei, na fundamentação de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes deixava evidenciado que tal posicionamento poderia também ser aplicado ao controle prévio de constitucionalidade no caso de emendas constitucionais, dando a entender que se tratava de decisão dentro dos parâmetros usualmente adotados pelo STF, o que certamente não o era.

Em que pese o esforço do Ministro Gilmar Mendes de produzir uma narrativa fundamentada, as razões de sua decisão não coadunam com uma leitura sistemática e responsável do texto constitucional ou que contribua com bons argumentos para o diálogo entre corte e parlamento; aponta, ao contrário, para uma interação puramente adversarial, como será melhor estudado no tópico 4.3 *infra*.

Ademais, a decisão liminar, que acabou por não prevalecer quando do julgamento definitivo, foi prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes em um contexto onde os ânimos entre o parlamento e o Tribunal estavam exaltados por conta da tramitação da PEC 33/2011, que, entre outras medidas, previa a submissão ao Congresso Nacional das decisões sobre inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, vedando até mesmo a possibilidade de suspensão da eficácia de Emenda por medida cautelar deferida pelo STF.

4.2.3.3 *Limite material implícito: A questão da dupla revisão*

Estariam os limites à reforma constitucional previstos no art. 60 e seus parágrafos sujeitos à intangibilidade do poder reformador ou seria possível uma nova formatação para o procedimento de alteração constitucional?²⁴² Essa é a questão que circunda a chamada ‘dupla revisão’ e divide a doutrina quanto à existência de um limite material implícito à alteração dos próprios limites ao poder constituinte derivado.

Em síntese, pela chamada **dupla revisão**, emenda-se o texto constitucional, obedecendo aos critérios nele dispostos para alterar o próprio procedimento de

²⁴² Como alerta Virgílio Afonso da Silva (2001), normalmente o termo dupla revisão é utilizado, na maioria das vezes, tendo como referência somente a possibilidade de modificação das chamadas cláusulas pétreas (limites materiais). Assim como o citado autor, no presente trabalho, trataremos da dupla revisão de forma abrangente, expondo a visão doutrinária sobre os **limites dos limites** materiais e formais.

emenda. Por exemplo, reduzir o *quórum*, alterar a forma de votação ou excluir algum limite material. Feito isso, realiza-se uma nova reforma constitucional, alterando alguma outra disposição do texto constitucional pelo novo procedimento.

Alguns autores, como Raul Machado Horta, trabalham a dupla revisão no âmbito da alteração de limites formais, mais especificamente tendo como parâmetro modificações para a redução da maioria exigida na aprovação. Segundo o autor, uma emenda nesse sentido “não se estaria abolindo a exigência de proposta de emenda para modificar a Constituição, que é da índole da rigidez, nem sua adoção atingiria cláusula constitucional protegida pela irreformabilidade.” (HORTA, 1999, p. 115). Nessa formulação, o autor não se opõe à realização do procedimento da dupla revisão, que somente não seria recomendado se identificada uma pretensão de ‘fraude à Constituição’²⁴³, sem maiores especificações a respeito da configuração dessa situação. (HORTA, 1999).

No direito comparado, Jorge Miranda²⁴⁴ defende a inexistência de um limite implícito que vede a dupla revisão, posicionando-se categoricamente a respeito do tema, com ressalvas em relação à questão dos limites materiais (**de primeiro grau**).

Quanto a nós, **as regras de processo de revisão são susceptíveis de modificação como quaisquer outras** [São passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e podem vir a ser suprimidas]. Só não serão modificações aquelas regras que tenham que ver com princípios basilares da Constituição e, desse modo, com limites materiais [...] (MIRANDA, 2007, p. 233-235).

A alusão aos limites materiais feitos pelo autor na citação acima não se refere à totalidade dos limites de conteúdo positivados no texto constitucional. Sua definição de limites materiais é balizada também em outros pressupostos.

Miranda (2007) divide os limites materiais em dois graus: (i) os de **primeiro grau**, relacionados a restrições explícitas e implícitas, ligados a uma ideia de

²⁴³ “[Machado Horta] ressalva que tais procedimentos são possíveis somente se não implicarem a transformação da Constituição em uma constituição flexível e se não houver qualquer indício de “fraude à Constituição”. [...] [Contudo,], ambas as consequências citadas são consequências inarredáveis da adoção da dupla revisão, o que torna inócua a ressalva de Machado Horta.” (SILVA, 2001, p. 14)

²⁴⁴ Quanto à rigidez constitucional entende o autor português que “se revela um corolário natural, histórica (embora não logicamente) decorrente da adoção de uma constituição em sentido **formal**. [...] a faculdade formal de revisão se destina a impedir que a Constituição seja flanqueada ou alterada fora das regras que prescreve (por se tornarem patentes as alterações feitas sem a sua observância). A rigidez nunca deverá ser, pois, tal que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais: a sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ela um garantia da Constituição.” (MIRANDA, 2007, p. 175)

Constituição material, notadamente relativos aos princípios fundamentais da Constituição, à ideia de Direito e ao projeto político do regime no qual se assenta a constituição, (ii) e os de **segundo grau**, que somente foram alçados pelo legislador constituinte ao nível dos limites materiais por opção, sem necessariamente terem identificação com a essência material do texto. (MIRANDA, 2007, p.239).

A dupla revisão seria possível no caso de alteração ou exclusão dos limites formais e dos materiais de segundo grau²⁴⁵, perfazendo-se quando forem eliminadas tais cláusulas constituidoras do procedimento e das restrições, as quais não obrigatoriamente deverão se observadas na próxima revisão. Altera-se a limitação para depois se realizar a reforma pretendida.

Em síntese, a rigidez constitucional é entendida por Jorge Miranda como um limite material de primeiro grau implícito, contudo isso não impede a alteração de outros limites à reforma, regras do procedimento de revisão, como alteração de limites temporais, circunstanciais e formais, além dos próprios limites materiais de segundo grau.

Quanto às críticas acerca da possibilidade de alteração dos limites da rigidez constitucional, o autor português se propõe a debater e afastar algumas objeções como a ideia de que admitir a revisão de limites expressos tornaria essas cláusulas inúteis. Ou seja, se é possível remover o limite, por que ele deverá existir? A resposta seria: porque a norma que abarca um limite expresso, assim como qualquer norma constitucional ou não, deve ser cumprida pelo tempo no qual vigorar, e a revisão de outras normas constitucionais dentro dos novos limites exige um projeto duplo de revisão.

Nem seria possível, durante um só processo de revisão, mudar tanto a norma de limites como os próprios limites ou princípios constitucionais fundamentais. [...] **A *ratio legis* de uma cláusula de limites é a mesma que preside à rigidez constitucional: a garantia através da dificuldade do processo, a limitação do poder.** (MIRANDA, 2007, p. 248, grifo nosso.)

²⁴⁵ Jorge Miranda, com nítida inspiração transcendental e jusnaturalista, acredita que até os limites materiais de primeiro grau, que tratam de princípios fundamentais, podem ser objeto de alteração, contudo **mesmo com sua eliminação textual devem ser impositivamente observada pelo futuro legislador de revisão**. Tal entendimento decorre da crença que esses limites materiais de primeiro grau são tão somente declarados pela normatização constitucional, e não constituídos como os demais. Assim, sua inobservância representara excesso no poder de revisão e não uma legítima revisão. (MIRANDA, 2007, p. 244).

Jorge Miranda trabalha sua teoria partindo da perspectiva dogmática da Constituição portuguesa vigente, mas tem argumentos relevantes ao debate da questão que, por isso, mereceram espaço no presente trabalho e são influência para autores brasileiros também defensores da tese da *dupla revisão*.

O mais difundido defensor da tese da dupla revisão no Brasil é Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995), em um artigo específico a respeito da temática, recorrentemente citado pela doutrina pátria. O autor considera equivocados o peso e o sentido que alguns juristas tentam atribuir ao cerne essencial do sistema, usualmente denominado de cláusulas pétreas.

Diferentemente da teoria da constituição clássica, que tem como um de seus principais expositores Sieyès, as constituições do mundo, na visão de Ferreira Filho, não são consequência de um pacto social – “mera hipótese de raciocínio” (p. 13) – em verdade, elas substituem as chamadas constituições materiais, entendidas como as organizações anteriores.

Nesse contexto, não existe diferença entre os constituintes originários e aqueles que se seguirão na representação ordinária do povo. O que tornaria a Constituição superior às demais normas nada mais é que uma **convenção**, de natureza metafísica, justificada pela necessidade de estabilidade nas regras políticas. Assim, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o poder constituinte [não é] um fundamento sólido para as ‘cláusulas pétreas’.” (1995, p.13).

O autor prossegue em busca de uma teoria apta a fundamentar a noção de ‘cláusula pétrea’, considerando a ‘mais sutil’ a estruturação atribuída por Carl Schmitt e sua distinção entre Constituição e leis constitucionais. (FERREIRA FILHO, 1995). Enquanto a Constituição, restrita ao modo e a forma da unidade política, estaria fora do alcance do poder de reforma por ser a decisão do titular o poder constituinte²⁴⁶, as denominadas leis constitucionais poderiam ser alteradas na forma estabelecida no texto constitucional.

[...]na tese de Schmitt, que toda Constituição possui um núcleo intangível, esteja isto, expresso, ou não, está a fundamentação mais razoável da existência de “cláusulas pétreas”.[...] Esse núcleo que está fora do alcance do poder de reforma pode ser implícito ou explícito. No primeiro caso, a dificuldade está em identificar quais são os componentes do núcleo fundamental. No segundo, esse problema

²⁴⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho anota que, em Schmitt, o poder constituinte “caracteriza-se pela função decisória que desempenha não por sua forma ou origem. Assim sendo, só um novo poder constituinte pode estabelecer uma nova Constituição, ou seja, tomar outra decisão sobre o modo e forma da unidade política.” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 13”).

desaparece, mas em geral um outro o substitui. Trata-se da indagação se, no caso de uma Constituição explicitar os pontos intocáveis, caber nela identificar 'cláusulas pétreas' implícitas. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 15).

Na mesma linha de Jorge Miranda, Ferreira Filho defende ser absurdo que se proíba a mudança da Constituição de acordo com o direito, impondo como único mecanismo para alterá-la a revolução. Assim, ao explicitar o núcleo intangível, não teria o constituinte deixado uma parte dele para ser descoberta pelo exercício da capacidade investigatória dos juristas. As Constituições, que queriam instituir como cláusula pétrea o procedimento de reforma, o fizeram explicitamente. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 15).

As cláusulas pétreas, nesse sentido, estariam protegidas duplamente em relação à rigidez das demais normas constitucionais, mas não estariam petrificadas, sendo sujeitas à revogação.

Especificamente no caso da Constituição Brasileira de 1988, Ferreira Filho exemplifica o momento de elaboração do novo texto, como um caso de dupla revisão, isso porque considera o documento vigente uma obra não do poder constituinte originário, mas de uma reforma constitucional instituída pela Emenda 26/85.

A Emenda 26/85, ao permitir a reforma constitucional por um procedimento distinto do previsto no texto, mais simplificado e sem os limites materiais pretéritos, os quais impediam a abolição da Federação e da República, abriu caminho para uma dupla revisão, que possibilitou, por exemplo, a previsão do plebiscito disposto no art. 2º do ADCT. Por meio do plebiscito em questão, abriu-se a possibilidade de alteração da forma de governo para monarquia, em frontal oposição ao limite material anteriormente vigente. (FERREIRA FILHO, 1995).

A tentativa de Ferreira Filho de classificar a Constituição de 1988 como obra do constituinte originário, mostra-se como reflexo de uma visão excessivamente formalista e limitada à respeito do tema. Isso porque despreza o contexto de uma transição ou ruptura negociada que o país vivia nos anos anteriores à promulgação da Constituição formal e dos diversos movimentos populares²⁴⁷ representativos da desconexão entre a constituição material, objeto de defesa pelos legítimos

²⁴⁷ Exemplificativamente, podemos citar as Diretas Já, as manifestações lideradas por movimentos estudantis, entre tantas outras formas de manifestação contra o regime vigente.

detentores do poder constituinte, e o documento político vigente, que impossibilitava a formatação do Estado em acordo com os anseios da sociedade.²⁴⁸

Em síntese, por serem os limites materiais exceções, que não podem ser convertidas à dogma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ressalta que devem ser interpretados restritivamente, rechaçando, por consequência, a possibilidade de limites materiais implícitos.

Não obstante a defesa de autores de renome dentro do direito constitucional, como os citados por Jorge Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Carmen Lúcia Antunes Rocha²⁴⁹, além do francês Leon Duguit.²⁵⁰ No Brasil, prevalece amplamente a tese de impropriedade da dupla revisão. Entre os defensores dessa tese, estão Virgílio Afonso da Silva, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto²⁵¹, Luís Roberto Barroso, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes.

Virgílio Afonso da Silva rebate os argumentos dos defensores da possibilidade da dupla revisão, em especial a obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por meio da análise da supremacia da constituição, bem como da “investigação paternidade” da Constituição de 1988, a qual, diferente de seu ‘debatedor’, classifica como obra do constituinte originário.

Segundo Virgílio, a teoria da dupla revisão adota uma concepção que nomeia ‘positivista’ de não aceitação de limites implícitos ao poder de emenda e argumenta em sentido contrário:

a não-previsão expressa da impossibilidade de modificação do art. 60 da Constituição não significa, necessariamente, uma opção constituinte pela possibilidade de sua alteração, pois pode-se entender que o que é logicamente vedado não precisa ser positivamente explicitado. (SILVA, 2001, p. 16).

²⁴⁸ Virgílio Afonso da Silva (2001) defende posição semelhante, a qual será melhor exposta adiante.

²⁴⁹ Apesar de se opor a um reforma total da constituição a constitucionalista mineira se manifesta favoravelmente à dupla revisão desde que se coloque de forma pontual. “Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto.” (ROCHA, 1993, p. 181-182).

²⁵⁰ Vide tópico 2.3.3.1.

²⁵¹ Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto defendem que a legitimidade da dupla revisão depende de “uma avaliação contextual, permeável a juízos de moralidade política e análise pragmática” (2014, p. 319). Contudo, em razão de uma avaliação por esses critérios da realidade brasileira entendem que “tendo em vista o elenco das cláusulas pétreas contido na nossa Constituição – que não contemplou exageros ou iniquidades – deve-se preferir a tese da impossibilidade de reforma dos limites materiais de revisão.” (2014, p. 319).

O poder constituinte derivado somente poderia ser alterado por quem o outorga, no caso somente pelo Poder Constituinte, e nunca pelo próprio outorgado. Assim, mesmo diante da ausência de uma vedação expressa, tal limitação seria decorrente da “própria hierarquia implícita na concessão de tal poder.” (SILVA, 2001, p.17).

Um dos argumentos utilizados por Ferreira Filho, aptos a invalidar no âmbito da Constituição de 1988 a visão de que não pode o poder constituinte derivado alterar os limites propostos pelo constituinte originário, seria o de que a Constituição brasileira vigente foi manifestação de uma reforma constitucional e não do poder constituinte originário. (SILVA, 2001)

Nesse aspecto, de forma mais lúcida, argumenta Virgílio Afonso da Silva, a respeito da visão de Manoel Gonçalves.

a EC 26/85 não pode ser encarada como mera manifestação do poder constituinte derivado, mas como um **artifício político** para uma ruptura na ordem constitucional então vigente. Tivesse sido a mesma Assembléia Nacional Constituinte convocada por intermédio de qualquer outro ato - de um "decreto revolucionário", por exemplo - teria ficado (mais) nítida a existência dessa ruptura na ordem constitucional estabelecida em 1969. (SILVA, 2001, p. 28).

Outros autores como José Afonso da Silva (2014), seguindo os ensinamentos de Nelson de Sousa Sampaio (1954)²⁵² ainda sob a égide da constituição de 1946, apresentam posicionamento mais específico a respeito do tema, defendendo a possibilidade de dupla revisão somente no caso de normas que tratem de limites formais e desde que as alterações sejam aptas a enrijecer ainda mais o sistema de reforma constitucional.

4.3 A última palavra na interpretação constitucional e a teoria do diálogo institucional

Uma questão que muito vem sendo aventada e, apesar de representar em alguma medida uma discussão autônoma e digna de uma análise criteriosa mais

²⁵² “Já a [...] hipótese aventada – a de reforma que torne mais dificultoso o processo revisor – nos parece inteiramente legítima. O poder reformador não estaria, então, suprimindo condições estabelecidas para o seu exercício ou procurando ficar com as mãos livres para agir como bem lhe conviesse. Pelo contrário, respeitaria todas as formalidades e condições exigidas e criaria novas que o vinculariam para o futuro.” (SAMPAIO, 1954, p. 106).

específica, não pode deixar de ser objeto de nota por este trabalho, já que intimamente ligado à ideia de garantia da rigidez constitucional, diz respeito ao debate acerca de qual deve ser a instituição (cortes ou parlamentos) responsável pela última palavra na interpretação de direitos constitucionais e, especialmente, no exercício da declaração nulidade (ou de anulabilidade) normativa, decorrente do controle de constitucionalidade. Qual o foro mais adequado para debate dessas questões e quais os problemas subjacentes a cada uma das interpretações? Existe uma saída possível? O debate aqui exposto parte, essencialmente, da teoria proposta por Conrado Hübner Mendes em sua tese denominada *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação* (2008).

Dois dos principais autores responsáveis por encampar as correntes dominantes que cercam o debate da questão da “última palavra” são, do lado da **inclinação por juízes e cortes constitucionais**²⁵³, Ronald Dworkin, defensor da ideia de que o Judiciário é, sim, o campo mais adequado para decidir acerca de direitos fundamentais e protegê-los, sendo por excelência do “fórum de princípios”, justificando por sua teoria a busca substantiva de defesa desses direitos fundamentais por meio da revisão judicial. **Em defesa da posição que se inclina para legisladores e parlamentos**, está Jeremy Waldron, tributário da prevalência das decisões majoritárias parlamentares em detrimento de uma atuação contramajoritária das cortes constitucionais, como visto no tópico 4.2.2, e contrário à argumentação de Dworkin sob justificativa de que ela

desprezaria, afinal, o desacordo moral reinante numa sociedade pluralista, circunstância fundamental da política contemporânea. **Atribuir a juízes a decisão sobre questões moralmente controversas, retirando dos cidadãos a possibilidade de emitir seu juízo moral num procedimento majoritário, desrespeitaria o que a democracia teria de mais valioso: a inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que decidem em igualdade de condições seus problemas coletivos.** (MENDES, 2011, p. 8, grifo nosso).

Dworkin desenvolve em sua obra uma distinção que será essencial para verificação do papel das cortes constitucionais, a separação entre argumentos de política (*policy*) e argumentos de princípios.

Os **argumentos de política** justificam uma decisão política, mostrando que a **decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade**

²⁵³ Expressão retirada da obra de (MENDES, 2008)

como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os **argumentos de princípio** justificam uma decisão política, **mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.** O argumento em favor das leis e contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2002, p. 129-130).

Em uma democracia, deve-se voltar tanto para decisões que privilegiem argumentos de políticas, como decisões que respeitem argumentos de princípios em defesa de direitos fundamentais. A edição de programas legislativos por meio da atuação do parlamento, na visão de Dworkin, pode recorrer tanto a argumentos de princípios, quanto a argumentos de política. Já no caso das decisões judiciais, elas podem, onde existam desacordos, pautar suas soluções em argumentos de princípios (DWORKIN, 2002).

As decisões pautadas em argumentos de princípios, legitimam-se por seu conteúdo e não em razão de sua origem, como no caso dos argumentos de política. Logo, não existiria qualquer problema de legitimidade quando essas decisões são proferidas pelas judiciário. Pelo contrário, a implementação de uma constituição de princípio pela atuação de juízes independentes não seria antidemocrática. Dworkin sustentava a “ideia de que a obediência a uma maioria temporária em matéria de direitos individuais[...] é distante e brutal, e muitos outros países de firme tradição democrática a rejeitam [...].”(DWORKIN, 2006, p.114).²⁵⁴

Em favor do controle judicial de constitucionalidade, o autor argumenta ainda que o debate público frequentemente melhora quando a resolução de determinadas questões constitucionais é submetida a tribunais para que apliquem princípios constitucionais.

No debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, a qualidade da discussão pode ser melhor, e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela idéia de bem pública do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo com um plebiscito (DWORKIN, 2006, p. 46).

Waldron (2009, p. 269), por outro lado, sustenta em oposição a Dworkin que não há qualquer motivo para se acreditar que a revisão judicial acarrete melhorias à

²⁵⁴ Esse trecho é também citado por Waldron, para posteriormente refutá-lo, em seu artigo *Judicial Review e as Condições da Democracia* (2009).

qualidade do debate político participativo na sociedade, Ademais, “sempre há uma perda para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por um instituição não-democrática, mesmo que esse ponto de vista esteja correto e apresente melhorias à democracia” (WALDRON, 2009, p. 269).

De forma bastante simplificada, seriam esses²⁵⁵ os dois posicionamentos usualmente tomados em favor de uma definição acerca da última palavra no debate constitucional. A questão seguinte que se propõe a solucionar é: existiriam como opções viáveis somente teorias que se aproximam desses dois pontos de vista?

Conrado Hübner Mendes (2008) expõe os principais pontos acerca de uma terceira via, composta pelas chamadas teorias do ‘diálogo institucional’. Mendes propõe uma reconstrução da teoria do diálogo por um foco de deliberação inter-institucional (entre corte e parlamento), como a forma contemporaneamente mais adequada de se entender a questão. Em síntese, “o desafio é [...] levar o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias.” (MENDES, 2008, p. 18).

As teorias sobre o diálogo²⁵⁶ não estão preocupadas com a construção de um modelo ideal de juízes ou parlamento, mas na compreensão da interação entre eles, procurando, em geral, minimizar as ‘dificuldades contra-majoritárias’²⁵⁷, principalmente, ao recusar o monopólio judicial da interpretação da Constituição e por rejeitar a existência de uma última palavra. (MENDES, 2008.)

Em síntese, essas teorias têm grande valor ao afastar a ideia de que existe uma última palavra na definição de direitos, especialmente quando falamos de regimes democráticos, nos quais o ideal é que as decisões continuem em movimento, mas sem desrespeitar a proteção das minorias.²⁵⁸

²⁵⁵ Além daqueles já dispostos no tópico 4.2.2., que tratou da crítica de Waldron à ideia de pré-compromissos.

²⁵⁶ Como autores referência na defesa de alguma forma de diálogo em contraposição à ideia de última palavra, podem ser citados Alexander Bickel, Cass Sunstein, Neal Kumar Katyal, Barry Friedman e, especialmente, Stephen Gardbaum, dentre outros. (MENDES, 2008).

²⁵⁷ A expressão é atribuída pioneiramente a Alexander Bickel. (MENDES, 2008)

²⁵⁸ Quadro sintético apresentado por Conrado Hübner Mendes a respeito da temática (2008, p. 158).

Posicionamento s Dimensões	1. Inclinação por juízes e cortes	2. Inclinação por legisladores e parlamentos	3. Inclinação por ambos: diálogo inter- institucional
Quem?	Corte	Parlamento	Ambos

Partindo do pressuposto de que as interações institucionais são inevitáveis, Conrado Hübner Mendes (2008) afirma que a concepção deliberativa dessa interação, representa um ganho em relação a uma interação puramente adversarial e se propõe a pensar condições e parâmetros para o diálogo.

Como o objetivo da presente apresentação é somente demonstrar como a doutrina vem tratando a questão da definição de direitos constitucionalmente previstos, o que diretamente influi no âmbito de confirmação e operacionalização da rigidez constitucional, e não uma problematização analítica da questão, serão apresentadas somente algumas conclusões, entendidas como mais relevantes, acerca de como deve ser o arranjo adequado para a deliberação inter-institucional²⁵⁹:

1) É “desejável que poderes desafiem uns aos outros [...] desde que articulem razões de melhor qualidade.” (p. 195). Nessa perspectiva, as decisões atinentes a cada um dos poderes continuam sendo obrigatórias, mas a democracia acaba ganhando se a razão pública estimula esse desafio deliberativo.

2) A democracia não pode ser baseada unicamente em critérios formais apriorísticos e “abdicar do julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de instituições.” (p. 203) Nessa perspectiva, as cortes acabariam por apresentar relevante contribuição, estimulando uma necessária e “virtuosa tensão entre forma e substância” (p.203) ao impor um maior ônus ao parlamento na demonstração de observância das condições democráticas substanciais.

3) A ‘última palavra provisória’ deve ser alocada em um dos poderes, e essa escolha, que se mostra indispensável, é baseada somente em probabilidades de acerto. Contudo, na perspectiva da teoria do diálogo, uma suposta decisão errada, apesar de ainda dotada de autoridade, mesmo que provisória, torna a discordância do outro poder mais legítima e movimenta uma nova rodada de debate.

Como?	<i>Inputs e outputs</i> formais da decisão judicial	<i>Inputs e outputs</i> formais da decisão legislativa	Combinação de ambos
Quando?	Por último	Por último	Alternadamente no tempo
Por quê?	Juízes estão melhor situados para decidir sobre direitos	Legisladores estão melhor situados para decidir sobre direitos	A interação deliberativa eleva a capacidade epistêmica da democracia

²⁵⁹ Conclusões obtidas a partir da tese proposta por MENDES (2008)

Se a última palavra provisória não impede novas rodadas procedimentais, significa que a estabilização de um determinado tema coletivo ocorreria somente a partir de alguma acomodação entre os dois poderes, ou quando um deles aceitar a posição do outro (a qual, a propósito, pode ser resultado de seguidas negociações argumentativas de rodadas anteriores). (MENDES, 2008, p. 206).

4) A Corte deve ter o poder para modular sua atuação, se mais ou menos interventiva, em razão do desempenho do parlamento, incluindo entre suas competências o que Mendes denomina de “juízo de ocasião”.

A idéia de “contexto”, dependendo das variáveis que entram nesse cálculo, é certamente perigosa. No entanto, a tentativa de imaginar possíveis cenários políticos, em paralelo ao melhor papel que caberia à corte em cada um, enriquece a discussão. Podemos nos restringir à variável do desempenho deliberativo, combinada a situações de ação e omissão legislativa e à verificação do momento em que a lei questionada foi promulgada. Acredito que haja, em cada um, claras nuances que tornam o eventual “ruído anti-democrático” de uma declaração de inconstitucionalidade mais ou menos plausível (admitindo que o ruído faça algum sentido) conforme a circunstância. (MENDES, 2008, p. 208).

5) Por fim, o modelo de interação deve se orientar por princípios deliberativos e se preocupar com a criação de uma ‘cultura de justificação’ e não somente com um jogo de forças. No modelo desejável proposto por Mendes (2008), o bom argumento deve cumprir importante papel.

A teoria do diálogo, mesmo nos moldes redesenhados por Conrado Hübner Mendes (2008), nem de longe se propõe a encerrar a questão, muito pelo contrário, apenas demonstra que as demandas acerca da definição dos direitos sob uma perspectiva constitucional estão em aberto, e o debate ainda se mostra interminável.

Em consonância com o estudo anteriormente desenvolvido, bem como com a conclusão que se seguirá, a definição dos limites da rigidez constitucional, de forma geral, está sujeita às mesmas posições e argumentos debatidos no presente tópico, sendo necessária uma deliberação contínua e fluida entre o poder judiciário e legislativo na definição das fronteiras entre ‘quem’, ‘o que’, ‘quando’ e ‘por que’ se podem alterar as definições e parâmetros de revisão constitucional.

5 CONCLUSÃO

Em síntese, o presente trabalho objetivou percorrer os principais autores, problemas e teorias relacionadas à rigidez constitucional, entendida, ainda dentro da proposta de James Bryce, como a ideia de que as Constituições devem possuir mecanismos mais complexos de alteração do texto constitucional do que aquele previsto na legislação ordinária.

Como vislumbrado no segundo capítulo, do ponto de vista histórico, em geral, os limites positivados de reforma constitucional foram se enrijecendo ao longo dos anos, quando a Constituição passa a ser vista não somente como um documento de limitação política do poder dos governantes, mas também como um documento jurídico de defesa dos direitos dos governados.²⁶⁰

Em sentido quantitativo, o Constitucionalismo de matriz francesa nasceu mais ‘democrático’ (na acepção de uma democracia formal e majoritária) do que aquilo que se tornou, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em busca de uma democracia mais substantiva, qualitativa e plural.

Por parte da doutrina constitucional moderna, desde Sieyès e dos Federalistas existia manifesta preocupação com a durabilidade e atualização do texto constitucional. Essas inquietações conduziram diversos autores, nas décadas que se seguiram, à realização de uma análise sofisticada a respeito da questão, tendo sido o inglês James Bryce, no final do séc. XIX e início do séc. XX o responsável por classificar as Constituições em rígidas e flexíveis, bem como distinguir tal classificação da ideia de estabilidade constitucional.

No Capítulo 3, ao percorrer a história da rigidez constitucional no Brasil desde 1824, com as demandas atinentes à sociedade imperial, até o advento da CRFB/1988, foi possível verificar que algo materialmente próximo à ideia de força normativa da Constituição jamais tinha imperado no Brasil até o último movimento de redemocratização.

Apesar de expressamente previstos em todos os textos constitucionais, na maior parte de nossa história constitucional, os mecanismos de rigidez somente eram respeitados se o interesse fosse compatível com os ideais políticos que regiam o país. Algumas mudanças se operavam fora dos requisitos formais, mas ainda

²⁶⁰ Salvo os Estados Unidos que têm uma história de juridificação da Constituição bem própria e quase contemporânea ao seu surgimento, com a ideia de controle de constitucionalidade.

acabavam, de alguma forma, sendo incorporadas ao texto, como é o caso das famosas leis constitucionais da Constituição de 1937. Por outro lado, outras alterações se operacionalizavam à margem da própria Constituição, em frontal desrespeito ao texto, como foi o caso da assunção de Floriano Peixoto ao cargo de Presidente da República em 1891.

Alguns autores, especialmente trabalhados no capítulo 4, tratando de modo mais específico a Constituição dos Estados Unidos, advogam a possibilidade de alterações constitucionais fora dos padrões de rigidez previstos no texto. O que distinguiria tais teorias das alterações ocorridas na história constitucional brasileira? A busca pela legitimidade.

Discordamos, ao menos inicialmente, que teorias semelhantes às delineadas no tópico 4 tenham na contemporaneidade, mesmo que adaptadas, aplicabilidade benéfica à realidade brasileira, principalmente em razão dos efeitos negativos que uma argumentação retórica acerca da possibilidade de participação popular possa gerar, conforme delineado no tópico 4.1.4. Contudo, as teorias como a de Amar e Ackerman põem intenso foco na busca de legitimidade das alterações constitucionais fora dos requisitos positivados, enquanto as citadas alterações à margem do texto constitucional que ocorreram no Brasil pecam, justamente, por sua imposição ‘à força’, decorrente de uma tradição autoritária.

As conclusões do trabalho conduzem ao entendimento de que cada momento histórico determinará seus próprios e adequados limites de rigidez constitucional e a temporalidade indicada para reforma. A **legitimidade** formal e material do procedimento, por sua vez, deverá ser auferida mais em razão de seu **amparo em ideais democráticos e plurais**²⁶¹ e menos em modelos pré-concebidos do que ‘pode ou não’ estar ao alcance do ‘poder constituinte derivado’, sendo, inadequada a formulação de modelo *a priori*.

É desejável que as Constituições contemporâneas conjuguem a estabilidade, não do texto, ou, ao menos, não isoladamente da literalidade do texto, mas sim das instituições e arranjos nele previstos e de sua aptidão à atualização. A perenidade textual é importante para o desenvolvimento de uma consciência constitucional e de

²⁶¹ Certamente falar em ‘ideais democráticos’ é algo possivelmente paradoxal, a própria democracia pressupõe o dissenso e existem teorias, as mais diversas possíveis, a respeito de quais seriam as condições básicas ou desejáveis para o funcionamento da democracia. No próprio trabalho citamos autores como Waldron, Dworkin e Dahl que tratam da problemática. A abertura terminológica do termo, contudo, ao nosso entendimento, não invalida a conclusão, tão-somente aponta para um outro debate necessário e, possivelmente, também amplo e aparentemente interminável.

sua efetividade, contudo a estabilidade das instituições democráticas no âmbito da Constituição material é ainda mais importante para o aprimoramento dos arranjos democráticos.

Atualmente, um **modelo de constituição flexível** ou que incorpore críticas como as formuladas por Waldron, que podem funcionar muito bem em alguns países que atualmente adotam um modelo mais fraco de revisão judicial, como a Inglaterra ou Nova Zelândia, não se mostra adequado ao contexto brasileiro delineado na Constituição de 1988. A crença em um legislativo com maior aptidão para tratar a respeito de questões constitucionais controversas e passível de rever os próprios limites atribuídos pela normatização constitucional do poder de reforma poderia levar a um **retrocesso conservador**, fruto de uma maioria ocasional, em **detrimento das minorias**.

A questão, por óbvio, principalmente do ponto de vista empírico, merece maior aprofundamento que foge aos limites do presente trabalho. Contudo, resta claro que a teoria constitucional deve se reinventar para fornecer parâmetros à prática legislativa (em sentido *latu*) e à formação da consciência constitucional.

A imposição de limites ao poder de reforma do texto, quando pautada em um documento constitucional dotado de legitimidade democrática e pretensões normativas (e não meramente semânticas) naquele momento histórico, como é o caso da Constituição Brasileira, pode propiciar o mínimo de deliberação desejável a respeito daquela temática.

A adoção de outro modelo de arranjo constitucional que possibilite a redução ou supressão da rigidez constitucional poderia gerar, em um legislativo pouco preocupado com a juridicidade constitucional, uma maior instabilidade nas instituições. Do ponto de vista do conceito de estabilidade constitucional de Bryce, a CRFB/1988 já é demasiada instável, isso porque é frequentemente emendada. Assim, uma maior celeridade e amplitude na aprovação de emendas constitucionais não é, portanto, desejável.

A defesa do contrário, como, **um modelo mais próximo à rigidez** estadunidense, em uma constituição tributária de uma ideia de totalitarismo constitucional, como o caso brasileiro, mostra-se, também, bastante arriscada, podendo ocasionar, por um lado, um maior **descolamento do texto com a realidade social** e, por outro, forçar uma atuação que fuja à ideia da teoria do diálogo e seja excessivamente ativista por parte do judiciário, além de esbarrar na

questão da dupla revisão.

Especificamente quanto aos limites materiais, ou normas de superconstitucionalidade, como nomeadas por Oscar Vilhena, aquelas assumidas no art. 60, § 4º, quais sejam, voto secreto, direto, universal e periódico, direitos e garantias individuais (ou fundamentais)²⁶², separação de poderes e federalismo são, na atual conjuntura, requisitos mínimos de conservação de um regime democrático apto a propiciar o aprimoramento da deliberação dentro das funções estatais.

A interpretação da terminologia, assim como qualquer outra, terá seu significado alterado à medida que a constituição material também for se movimentando historicamente.

O texto constitucional e as funções executiva, legislativa e judiciária, para harmonização do constitucionalismo com os preceitos democráticos, devem ter um compromisso com a governabilidade e com a participação do povo, verdadeiro detentor do poder constituinte na construção de um Estado Democrático e de Direito.

²⁶² Vide tópico 4.2.3.1.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. 4ª ed. Lisboa: Editora Presença. 2000.
- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Biografia Rui Barbosa**. [S.l.]: Rio de Janeiro, [n.d.]. Disponível em: < <http://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/biografia>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.
- ACCA, Thiago dos Santos; LOPES, José Reinaldo Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Curso de História do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. Higher Lawmaking. In: **Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment**. LEVISON, Sanford. New Jersey: Princeton University Press, 1995. Cap.4, p. 63-87.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALVES, Vilson Rodrigues. Pontes de Miranda. In: Org. RUFIANO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Grandes Juristas brasileiros**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AMAR, Akhil Reed. Popular Sovereignty and Constitutional Amendment. In: **Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment**. LEVISON, Sanford. New Jersey: Princeton University Press, 1995. Cap.4, p. 63-87.
- AMAR, Akhil Reed, **Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V (1988)**. Faculty Scholarship Series. Paper 1023. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1023> Acesso em: 08 de nov. 2015.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do poder constituinte o projeto constituinte de uma república**. Coord: SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Dimensões Paradoxais da jurisdição constitucional in Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**, vol. III, org. Bruno Dantas ...[et al]. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.
- BARBOSA, RUY. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. VI. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934.

BARBOSA, RUI. **Obras Completas de Rui Barbosa**: Constituição de 1891. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1946.

BARBOSA, RUI. Limitação Constitucional dos Poderes. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XX. Tomo V. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1958.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**, 2004, n.61, p.5-24.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do Constitucionalismo. 2. ed.. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

Francisco Campos, Ideólogo do Pensamento Autoritário Brasileiro. 1925 a 1945. In: **II Congresso Brasileiro de História da Educação**: História e Memória da Educação Brasileira, 2002, Natal. Anais do II Congresso Brasileiro de História da Educação: História e Memória da Educação Brasileira. Natal: MAC, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez Constitucional e Pluralismo Político. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255 – 291.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 510 – de 22 de junho de 1890**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Lei Constitucional nº 9 de 28 de fevereiro de 1945**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-9-28-fevereiro-1945-365005-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Lei Constitucional nº 13 de 12 de novembro de 1945**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-13-12-novembro-1945-364994-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1924). **Constituição Política do Império do Brasil (De 25 de Março de 1824)**. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/e964c0ab751ea2be032569fa0074210b?OpenDocument&Highlight=1,&AutoFramed>> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.624, de 4 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre o plebiscito que definirá a forma e o sistema de governo e regulamenta o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterado pela Emenda Constitucional nº 2.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8624.htm> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Resolução nº 1 de 18 de novembro de 1993.** Dispõe sobre o plebiscito que definirá a forma e o sistema de governo e regulamenta o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterado pela Emenda Constitucional nº 2.. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_236140_RESOLUCAO_N_1_DE_18_DE_NOVEMBRO_1993.aspx> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 829.** Brasília: 1993a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266553>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 939.** Brasília: 1993b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 981.** Brasília: 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346733>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Lei no 8.930/1994 de 06 de junho de 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da lei no 8.072, de 25/07/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília: 1994. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.930-1994?OpenDocument>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional no 554/1997**. Proposta de Emenda à Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14819&ord=1>>. Acesso em 08 de nov. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 157/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em 08 de nov. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 447/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=296418>>. Acesso em 08 de nov. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343, Relator Ministro Cesar Peluso, Julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%206.949-2009?OpenDocument> Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 30/2009**. Brasília: Senado Federal. 2009 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91725>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília: 2010a. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lcp%20135-2010?OpenDocument>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 129/2010**. 2010b. Brasília: Senado Federal. 2011b Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96813>. Acesso em 08 de nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional no 84/2011**. Brasília: Senado Federal. 2011b Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99390>. Acesso em : 08 de nov. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 45/2011**. Brasília: Senado Federal. 2011c. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100341>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Dados estatísticos: eleições 2014**. Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/informacoes_dados_estatisticos_eleicoes_2014_web.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1993.

BRYCE, James. **A comunidade americana I**. Rio de Janeiro: O cruzeiro, 1959.

BRYCE, James. **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. (2ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de documentação. 1958.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Godoi, **Jurisdição Constitucional na Era Cunha: Entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do Supremo Tribunal Federal**. 2015 Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2633948>>. Acesso em: 30 de out. 2015

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937.

CALMON, Pedro. Prefácio. In: BARBOSA, RUI. **Obras Completas de Rui Barbosa: Constituição de 1891**. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1946.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional e suas diretrizes**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1942.

CAMPOS, Francisco. Reforma Constitucional de 1926. In: CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1956.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história: origem e reforma**. Rio de Janeiro: Renavan, 1993.

Constituição: apesar das dificuldades, projetos de iniciativa popular ganham fôlego. Porta de Notícias. Brasília: Agência Senado, 2013 Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>> Acesso em: 13 out. 2015.

CITTADINO, Gisele. Apresentação. In: ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados unidos da América do Norte**. 2ª ed. São Paulo: 1982.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América do Norte**. Campinas: Russel, 2002.

CORWIN, Edward Samu. **A Constituição Norte-Americana e seu significado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito** – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/35730/22971>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. **Revista Argumenta**, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 9-56, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/95>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; CARAM, Ana Carolina. **Regras e Princípios: Uma Visão Franciscana**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. v.1, 212p.

CUNHA, Euclides da. **A margem da história**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

DELUCA, Danielly Borguezan; BAZZANELLA, Sandro Luiz. A Democracia na América. **Revista Brasileira de Educação e Cultura**. São Gotardo, n. 5, Jan/Jun 2012. p. 37-44.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e Estabilidade Constitucional**: estudo da organização constitucional brasileira. 2009. f. 284. Tese (Doutorado)- Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2005a.

DUGUIT, Léon. **Manual de Derecho Constitucional**. Granada: Comares. 2005b.

DUKCKINCK, Evert A. John Marshall. In. CHAPPEL, Alonzo; DUKCKINCK, Evert A. **National Portrait Gallery of Eminent Americans**: orators, statesmen, naval and military heroes, jurists, authors, etc., etc., with Biographical and historical narratives. Nova Iorque: Johnson, Fry & Company, 1862. p. 355-363.

DUMONT, Louis. **O Individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco. 1985.

DUMONT, Louis. **O Individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. 2ed. Rio de Janeiro: Rocco. 2000.

ELSTER, Jon. **Ulises y Las Sirenas**: Estudios sobre racionalidade e irracionalidade. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editora Unesp, 2009a.

ELSTER, Jon. Forças e Mecanismos no Processo de Elaboração da Constituição. Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 9 – 40.

ESTADOS UNIDOS. **The Declaration of Independence**: A Transcription. Estados Unidos. 1776. Disponível em <
http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html> Acesso em: 05 jul. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). São Paulo: Biblioteca Nacional de Direitos Humanos. USP. Disponível em <
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 05 jun. 2015.

FAGGI, Attilio E. **Constituições de Alemanha, Bélgica, Estados Unidos, França, Itália, Espanha, Japão, Reino Unido, Romênia, Vaticano**. Belo Horizonte : [S.n.], 2003. 1v.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 2. ed. rev. e aumentada. Porto Alegre: Globo, 1975.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª.ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito financeiro e tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERREIRA, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das 'cláusulas pétreas', **Revista de Direito Administrativo**, n. 202, 1995, 11-17. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 57, p. 174-187, mar. 1993

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. São Paulo: Biblioteca Nacional de Direitos Humanos. USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 08 nov. 2015.

FRANÇA. **Constitution (1791)**. Paris: Conselho Constitucional. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>> Acesso em: 08 nov. 2015.

FRANÇA. **Constitution (1793). Declaration des Droits de L'homme et du Citoyen**. Paris: Conselho Constitucional. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>> Acesso em: 12 jun. 2015.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. O Constitucionalismo brasileiro na primeira metade do séc. XIX. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do poder constituinte**: visão clássica, visão moderna e visão contemporânea. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Anos de Incerteza (1930 - 1937)** - Plano Cohen. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <
<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/GolpeEstadoNovo/PlanoCohen>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos . A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n.3, p. 195-206, 2005.

GOMES, Ângela de Castro. Economia e trabalho no Brasil Republicano. In: GOMES, Ângela de Castro. PANDOLFI, Dulce Chaves. ALBERTINI, Verena. **A República no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. Cap. 5, p. 216-259.

GRIMES, Alan P. **Democracy ans the Amendments to the Constitution**. Lexington: Lexington Books, 1979.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. 2. ed . Campinas: Russel Editores, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2. ed. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. Brasília: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1999.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD. **Constitucionalismo y Democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. Cap VII. p. 215 -262.

HORTA, Raul Machado. Constituintes e Constituições Brasileiras. In: **O país que nós queremos**. Constituinte: Roteiro do Futuro. 2. ed. Rio de Janeiro: Salamandra 1985.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5, ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

HOAR, Roger. Sherman. **Constitutional Conventions**: Their nature, powers, and limitations. Boston: Little, Brown and Company, 1917.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Ayres: B de F Editora. 2005.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutacion de La Constituicion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias . A primeira decisão sobre o controle de constitucionalidade: Madison vs. Marbury. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 2, p. 255-275, 2003.

KUGELMAS, Eduardo. Pimenta Bueno, o jurista da coroa. In: Org. KUGELMAS, Eduardo. **José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente**. São Paulo: Editora 34, 2002.

KREMER, Larry, **Understanding Marbury v. Madison**. Philadelphia Proceedings of The American Philosophical Society, v.. 148, n. 1, Março 2004. Disponível em: < <http://www.amphilsoc.org/sites/default/files/proceedings/480102.pdf>> Acesso em: 08 de nov. 2015.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit e a Soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes,. 2006. p.338 – 378.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2ª ed. Campinas: Editora Minelli. 2005

LÉFÈBVRE, Geoges. **A Revolução Francesa**. São Paulo: IBRASA. 1966. (944.04 l489r.Pp

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. 1ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. **O Direito na História**: Lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Mario Brockmann. Prefácio. In: BARBOSA, Ruy. **Pensamento e Ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, 1999.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **A Constituição Federal de 1967 Comentada**. Tomo I (Arts. 1 a 106). Rio de Janeiro: José Konfino editor. 1967.

MARQUES, Edson. **Mude**. São Paulo: Editora Original, 2005.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1954.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Theoria das Constituições Rígidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.

MELLO, Marcos Bernardes de. A genialidade de Pontes de Miranda. **Revista Getúlio**. Mar., 2008, pg. 44-48. Disponível em: <
[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7210/Ed.%2008%20-%20Homenagem%20\(site\).pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7210/Ed.%2008%20-%20Homenagem%20(site).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e fundamentação**. 2008ª. 218f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora. 1945.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor. 1947a

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor. 1947b.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: Arts. 34-112. TOMO III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MIRANDA, Tiago. **Direitas Já: rejeição da Emenda Dante de Oliveira marca a história do País**. Radio Câmara, Brasília, 22 abr. 2014. Disponível em:<
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/466301-DIREITAS-JA-REJEICAO-DA-EMENDA-DANTE-DE-OLIVEIRA-MARCA-A-HISTORIA-DO-PAIS-BLOCO-1.html>>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ORFIELD, Lester Bernhardt. **The amending of the federal constitution**. Chicago: The University of Michigan Press, 1942.

PANDOLFI, Dulce Chaves. Voto e participação política nas diversas repúblicas do Brasil. In: GOMES, Ângela de Castro. PANDOLFI, Dulce Chaves. ALBERTINI, Verena. **A República no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. Cap. 5, p. 216-259.

QUEIROZ, Estefania Barboza. A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão do Judicial Review nos Estados Contemporâneos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 42-63, janeiro/junho de 2013.

RIBEIRO, Fernando José Armando. O Direito e o Estado na perspectiva dos grandes contratualistas modernos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 9, n.18, p. 81-94, 2º sem. 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. ano. 30, nº 120., p. 159 – 186, out./dez. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROSA, Waleska Marcy. **Interpretação dos Direitos Sociais**. In: Núcleo de Pesquisas e Publicações Jurídicas. (Org.). Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. VI, p. 99-107.

SAGER, Lawrence. The Birth Logic of a Democratic Constitution. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack; N RILEY, Jonathan. **Constitutional Culture and Democratic Rule**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso Editora. 1954.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional. Os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira., SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo** 226

(2001). p. 11-32. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TAVARES, Fernando Horta. Nação. in: DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexys de. **A Democracia na América**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

WALDRON, Jeremy. O *Judicial Review* e as Condições de Democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.. 243 – 270.

WALDRON, Jeremy. Disagreement and Precommitment. In: ALEXANDER, Larry. (Org.) **Philosophical Foundations**. New York: Cambridge University Press, 2001. Cap. 7, p. 271 – 299.