

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O poder constituinte**  
Constituent power

José Levi Mello do Amaral Júnior

# Sumário

<b>A DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL E A ASCENSÃO DO POVO NEGRO: UM OLHAR A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA LUTA PELA CIDADANIA INCLUSIVA .....</b>	<b>15</b>
Bruno Mello Correa de Barros e Rita Mara Albrecht	
<b>AS MULHERES NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CLASSES E SUA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO PROCESSO LEGISLATIVO E EXECUTIVO DO BRASIL: RESTRIÇÕES E DESAFIOS .....</b>	<b>35</b>
Rafael Bueno da Rosa Moreira e Marli Marlene Morais da Costa	
<b>FACTORES ASOCIADOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN PAREJAS ADOLESCENTES .....</b>	<b>56</b>
Maria del Carmen Monreal Gimeno	
<b>OS IMPACTOS DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO NO FLUXO DE PESSOAS: VIOLAÇÕES DA LIBERDADE EM UM MUNDO SECURITIZADO .....</b>	<b>69</b>
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Morais e Victoria Layze Silva Fausto	
<b>EL DELITO DE ENALTECIMIENTO TERRORISTA. ¿INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA EL PELIGROSO DISCURSO DEL ODIOS TERRORISTA O MECANISMO REPRESOR DE REPUDIABLES MENSAJES DE RAPEROS, TWITTEROS Y TITIRITEROS? .....</b>	<b>86</b>
Alfonso Galán Muñoz	
<b>AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE: UMA ABORDAGEM NORTEADA PELAS CAPACIDADES (CAPABILITIES APPROACH) PROPOSTAS POR MARTHA NUSSBAUM .....</b>	<b>115</b>
Anna Paula Bagetti Zeifert e Janaína Machado Sturza	
<b>A INFLUÊNCIA DA MÍDIA PARA O CONSUMO DE TABACO .....</b>	<b>128</b>
Luís Renato Vedovato e Maria Carolina Gervásio Angelini	
<b>¿SON PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LOS PRINCIPALES TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN CHILE? DEL TEXTO POSITIVO A LA APLICACIÓN EN TRIBUNALES DE JUSTICIA .....</b>	<b>153</b>
Juan Pablo Díaz Fuenzalida	
<b>POTESTAD CALIFICADORA DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES Y PROCEDIMIENTO REGISTRAL .....</b>	<b>173</b>
Sebastián Bozzo Hauri e Gonzalo Ruz Lartiga	
<b>DESARTICULAÇÃO INTERFEDERATIVA E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) .....</b>	<b>194</b>
Fernanda Soraia Pacheco Costa	

<b>APRENDIZAGEM PROFISSIONAL E O PODER PÚBLICO MUNICIPAL: PROPOSTA DE MAIOR EFICÁCIA À POLÍTICA PÚBLICA.....</b>	<b>207</b>
José Rodrigo Paprotzki Veloso	
<b>DIREITO A CONCILIAÇÃO ENTRE TRABALHO E FAMÍLIA.....</b>	<b>229</b>
Edilton Meireles de Oliveira Santos	
<b>TRABAJO Y DIVERSIDAD FUNCIONAL. LA SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL</b>	<b>245</b>
María Esther Carrizosa Prieto	
<b>CUSTOS DE TRANSAÇÃO COMO UMA METAPOLÍTICA PÚBLICA .....</b>	<b>276</b>
João Luis Nogueira Matias e Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda	
<b>REVISITANDO O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>293</b>
Andre Luiz Dos Santos Nakamura	
<b>O BRASIL FACE AOS NOVOS PADRÕES DE COMÉRCIO E INVESTIMENTO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>305</b>
Michelle Sanchez Badin, Fabio Costa Morosini e David M. Trubek	
<b>OS CONTRATOS COMERCIAIS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA (MP 881/19).....</b>	<b>334</b>
André Lipp Pinto Basto Lupi	
<b>O MARCO LEGAL DA INOVAÇÃO E O AUMENTO DA INTERAÇÃO ENTRE UNIVERSIDADE E EMPRESA: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO ....</b>	<b>352</b>
Thiago Paluma e Eline Débora Teixeira	
<b>RELICITAÇÃO DAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E A REVERSÃO DE BENS....</b>	<b>372</b>
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Sergio Guerra	
<b>FINANCIAMENTO TRANSGERACIONAL DA INFRAESTRUTURA VERDE FLORESTAL: O SISTEMA DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....</b>	<b>390</b>
Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa	
<b>MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS CONSUMERISTAS .....</b>	<b>415</b>
Fernanda Sartor Meinero e Fernando Pedro Meinero	
<b>A PARTICIPAÇÃO DO AMICUS CURIAE EM DECISÕES JUDICIAIS E SUA CONSEQUENTE CONTRIBUIÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>429</b>
Viviane Nobre Santana	

**A ISONOMIA TRIBUTÁRIA COMO LIMITE À TRIBUTAÇÃO E À CONCESSÃO DE ISENÇÕES FISCAIS, E A INEFETIVIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DESSAS ISENÇÕES.....450**  
Paulo Alves da Silva Paiva e Alexandre Augusto Batista de Lima

**LES NOUVELLES ALTERNATIVES DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE: JUSTICE PRÉDICTIVE ET JUSTICE AMIABLE .....473**  
Marie-Odile Diemer

**O ESTADO DA LUXÚRIA: A PARÁBOLA DO BMW E A REAL DIMENSÃO DO DEBATE SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL: ESCASSEZ DE RECURSOS OU ORDENAÇÃO DE PRIORIDADES?.....484**  
Assis José Couto do Nascimento

**O PODER CONSTITUINTE .....502**  
José Levi Mello do Amaral Júnior

**NORMAS EDITORIAIS..... 515**  
Envio dos trabalhos:..... 517

# O poder constituinte\*

## Constituent power

José Levi Mello do Amaral Júnior\*\*

### Resumo

O artigo é relativo ao Poder Constituinte. Examina o poder de fazer uma nova Constituição e o poder de emendá-la. Adota a metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Avalia o número de emendas constitucionais à Constituição brasileira de 1988 e conclui que não discrepa da experiência de diversos outros países democráticos.

**Palavras-chave** : Poder Constituinte. Emenda Constitucional.

### Abstract

This paper is related to the Constituent Power. It examines the power to make a new Constitution and the power to amend it. It adopts the methodology of bibliographical and jurisprudential research. It assesses the number of constitutional amendments to the Brazilian Constitution of 1988 and concludes that it does not disagree with the experience of several other democratic countries.

**Keywords** : Constituent Power. Constitutional Amendment.

## 1 Introdução

A presente exposição trata do poder constituinte. Trata, inicialmente, da origem da respectiva doutrina, inclusive o contexto em que surge, sobretudo para detalhar de modo direto obra clássica do tema. Chega, então, à tipologia do poder constituinte. A seguir, lembra algumas das várias questões que são suscitadas acerca do assunto, para, por fim, avaliar o número de emendas constitucionais conhecidas pela Constituição brasileira de 1988, e debater o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

## 2 Origem e tipologia do Poder Constituinte

### 2.1 O contexto de Sieyès

A doutrina do poder constituinte tem autor bem conhecido e objetivo bastante claro.

\* Recebido em 05/12/2018  
Aprovado em 09/01/2019

\*\* Professor de Direito Constitucional (USP e UniCEUB). Livre-Docente em Direito Constitucional e Doutor em Direito do Estado (USP).  
Email: jose.levi@uol.com.br



Deve-se à obra do abade francês Emmanuel-Joseph Sieyès. Seu objetivo era reivindicar papel para o Terceiro Estado na Revolução Francesa.

Sieyès, em um primeiro momento, não foi ordenado porque seus superiores consideraram que carecia de vocação e disseram dele: “É fraco de corpo, mas perigoso de espírito.”<sup>1</sup>

Ordenado, e após tropeços iniciais na carreira eclesiástica, tornou-se secretário episcopal e, mais tarde, representante da sua ordem em Orleans<sup>2</sup>, onde se deparou com as “resistências da aristocracia à renúncia de seus privilégios”<sup>3</sup>, não obstante a crise econômica. Então, “abraçou a causa do povo”<sup>4</sup>.

A aristocracia negou-se a aceitar as reformas fiscais. De outro lado, os Estados Gerais não eram convocados desde 1614. Por fim, dado o movimento geral, o Governo capitulou e a convocação aconteceu em 5 de julho de 1788<sup>5</sup>.

A literatura registra que a Monarquia francesa pediu a opinião do Reino na definição da sua Constituição política, o que levou a uma inesperada liberdade de imprensa que permitiu “fosse analisado e criticado todo o sistema político, econômico e social”<sup>6</sup>.

Nesse contexto surgiram escritos de Sieyès, inclusive o célebre “O que é o Terceiro Estado?” adquiriu tanto prestígio que foi eleito por Paris representante do Terceiro Estado aos Estados Gerais<sup>7</sup>. A literatura registra que a sua influência foi chamada “revolução jurídica”. Inclusive, o seu trabalho é sintetizado na seguinte frase: “A França deve a Sieyès três coisas: a abolição das ordens, a organização da guarda nacional e a divisão da França em departamentos.”<sup>8</sup>

No seu trabalho mais conhecido, vaticinou que, impedido o Terceiro Estado de compor os Estados Gerais, tanto melhor: comporia uma Assembleia Nacional<sup>9</sup> (que Sieyès veio a presidir).

Mostrou-se um moderado, flertou com a Monarquia<sup>10</sup>, mas, “se não podia ser um rei, teria que ser um militar”<sup>11</sup>. Para ele, faltavam duas coisas à França: “uma cabeça e um sabre”<sup>12</sup>. O sabre seria Napoleão, “que considerou não precisar de nenhuma cabeça”<sup>13</sup>. Foi nomeado presidente do Senado, abdicou, aceitou um

<sup>1</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 8. “[...] a opção pelo clero foi mais uma escolha de profissão do que uma vocação religiosa. Sieyès sempre encarou o clero como uma modalidade de *serviço civil*, como a atividade de um funcionário público dedicado a determinadas tarefas, como o culto e a educação.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10).

<sup>2</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 9.

<sup>3</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 10.

<sup>4</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989 p. 10.

<sup>5</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 10-11.

<sup>6</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 11.

<sup>7</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>8</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>9</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 12.

<sup>10</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 13-14.

<sup>11</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

<sup>12</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

<sup>13</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14.

castelo, uma renda e um título de nobreza<sup>14</sup>. Com a queda do Império exilou-se em Bruxelas. Em 1830 voltou a Paris. Morreu em 1836 “fora da Igreja”<sup>15</sup>.

Para derrubar o “Antigo Regime” (fórmula de Mirabeu que foi celebrizada por Tocqueville), Sieyès, em “O que é o Terceiro Estado?”, “elaborou um projeto de ação revolucionária para transformar o governo antigo, o que alguns chamam Estado absoluto”<sup>16</sup>.

Discorre sobre cinco conceitos fundamentais: (i) Constituição; (ii) nação; (iii) cidadão; (iv) representação; e (v) poder constituinte<sup>17</sup>.

Assim, Sieyès: (i) supera as velhas Leis Fundamentais do Reino com a criação de uma nova Constituição pelo poder constituinte<sup>18</sup>; (ii) identifica a Nação com o Terceiro Estado, excluindo dela os privilegiados<sup>19</sup>; (iii) opõe cidadão a súdito<sup>20</sup>; e (iv) cria, distinguindo poder constituinte (*pouvoir constituant*) e poder constituído (*pouvoir constitué*), a ferramenta que leva à prática do contrato social, qual seja, a representação, portanto, nisso, com abandono de Rosseau<sup>21</sup>.

Feita essa síntese de contexto, importa examinar, diretamente, o escrito “O que é o Terceiro Estado?”

## 2.2 A doutrina de Sieyès

“O que é o Terceiro Estado?” tem epígrafe que termina com a seguinte colocação: “Se o filósofo não está em seu objetivo, não sabe onde está. Se o administrador não vê o seu objetivo, não sabe para onde vai.”<sup>22</sup> Nota-se, desde logo, que se trata de uma obra militante<sup>23</sup>.

Então, Sieyès expõe o plano da obra<sup>24</sup>: são seis capítulos que começam com três perguntas, de pronto respondidas:

O que é o Terceiro Estado? Tudo.

O que tem sido o Terceiro Estado? Nada.

O que ele demanda ser? Alguma coisa.

O êxito da obra deve-se, em parte, à forma interrogativa de colocar o tema, seja no título, seja nessas três primeiras questões, o que se tornou modelo no Século XIX, bastando recordar “O que é a propriedade?”, de Proudhon, e “O que é uma Constituição?”, de Lassale<sup>25</sup>.

<sup>14</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 14-15.

<sup>15</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 15.

<sup>16</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 20.

<sup>17</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 23.

<sup>18</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 23-26.

<sup>19</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 26-27.

<sup>20</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 27-28.

<sup>21</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 28.

<sup>22</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 1.

<sup>23</sup> “Na verdade, esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa; está como manifesto para ela assim como está o de Marx para a Revolução Russa.” (FERREIRA FILHO, *O poder constituinte...*, p. 11).

<sup>24</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 1.

<sup>25</sup> LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 84.

O primeiro capítulo, em seu próprio título, desdobra a primeira resposta: “O Terceiro Estado é uma nação completa.”<sup>26</sup> A doutrina explica de modo simples e direto: “se desaparecessem a Nobreza e o Clero, o Terceiro Estado daria conta da vida da mesma forma”<sup>27</sup>. Sieyès adianta, nesse primeiro capítulo, uma primeira aproximação do que seria, para ele, Nação: “Um corpo de associados vivendo sob uma lei comum e representado pela mesma legislatura etc.”<sup>28</sup> Explícite-se, desde logo, o que é essencial para a doutrina de Sieyès: “sob uma lei comum” significa, sobretudo, **sem privilégios**.

Logo no início do segundo capítulo, Sieyès afirma que “não se é livre por privilégios, mas pelos direitos de cidadão, direitos que pertencem a todos”<sup>29</sup>. Entende por Terceiro Estado “o conjunto de cidadãos que pertencem à ordem comum”<sup>30</sup>. Portanto, aqueles que têm privilégios (que excepcionam a lei comum), “não pertencem ao Terceiro Estado”<sup>31</sup>. Ademais, “uma lei comum e uma representação comum, isso é o que constitui uma nação”<sup>32</sup>. Então, o diagnóstico: “É absolutamente verdadeiro, sem dúvida, que não se é nada na França quando se tem apenas a proteção do direito comum.”<sup>33</sup> Para Sieyès, Terceiro Estado e Nação confundem-se em uma mesma ideia<sup>34</sup>. Porém, os Estados Gerais eram uma tríplice aristocracia do clero, da nobreza e da magistratura<sup>35</sup>. Resume Sieyès, o Terceiro Estado nunca teve autênticos representantes nos Estados Gerais: “seus direitos políticos são nulos”<sup>36</sup>.

Do terceiro capítulo constam as três demandas do Terceiro Estado para que venha a ser alguma coisa: (i) que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos dentre cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado<sup>37</sup>; (ii) que os seus deputados sejam em número igual àquele dos das ordens privilegiadas<sup>38</sup>; e (iii) que os Estados Gerais votem não por ordens, mas por cabeças<sup>39</sup>.

No quarto capítulo, Sieyès expõe o que o Governo tentou e o que os privilegiados propuseram em favor do Terceiro Estado (assembleias provinciais etc.)<sup>40</sup>. Recusa copiar a Constituição inglesa. Afirma que os produtos da arte política devem ser melhores no final do Século XVIII do que foram no final do Século XVII: “Os ingleses não ficaram abaixo das luzes do seu tempo; não permanecemos abaixo das luzes do nosso.”<sup>41</sup>

É no quinto capítulo, sobre “O que deveria ter sido feito”, que Sieyès expõe a Teoria do Poder Constituinte em si mesma: (i) o corpo de representantes apenas existe sob a forma que lhe deu a nação<sup>42</sup>; (ii) “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes e acima dela, só existe o direito natural.”<sup>43</sup> (iii) as leis constitucionais são ditas fundamentais “porque os corpos que existem e atuam por meio delas não podem modificá-las”<sup>44</sup>. Ademais, “a Constituição não é obra do poder constituído [*constitué*], mas do poder constituinte [*constituant*]”<sup>45</sup> e “o delegado não pode mudar as

<sup>26</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 2.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, O *poder constituinte...*, p. 11.

<sup>28</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 5.

<sup>29</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 8.

<sup>30</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>31</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>32</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>33</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 9.

<sup>34</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 10.

<sup>35</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 11.

<sup>36</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 11.

<sup>37</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 16 e ss. Tocqueville inclusive conta que Lavoisier, ao pretender votar pelo Terceiro Estado nas eleições que antecederam à reunião dos Estados Gerais, foi impedido porque havia comprado um cargo que lhe conferia título de nobreza.

<sup>38</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 21 e ss.

<sup>39</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 25 e ss.

<sup>40</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 30 e ss.

<sup>41</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 46.

<sup>42</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 52-53.

<sup>43</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 52-53.

<sup>44</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.

<sup>45</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.



condições da delegação<sup>46</sup>; (iv) a nação forma-se tão-só por Direito natural enquanto o governo só pode pertencer ao direito positivo<sup>47</sup>; (v) a nação manifesta-se por meio de representantes extraordinários: têm eles o poder que lhes quis dar a nação<sup>48</sup>; (vi) “a nação é sempre dona de reformar a sua constituição”<sup>49</sup>; (vii) “Aqui, a realidade é tudo, a forma não é nada.”<sup>50</sup> Ou seja: a manifestação do poder constituinte “não está submetida a nenhuma forma em particular”<sup>51</sup>. Por outro lado, onde está e como consultar a nação? Sieyès responde: nas 40 mil paróquias. Sugere circunscrições de 20 ou 30 paróquias, que se reuniriam em províncias e daí sairiam os representantes extraordinários<sup>52</sup>. Em outras palavras, uma representação distrital, ainda que escalonada. Assim, Sieyès condena a divisão dos cidadãos por ordens: “uma nação não pode estatuir que a sua vontade comum deixará de ser sua vontade comum”<sup>53</sup>. Mais: “uma nação não pode estatuir que os direitos inerentes à vontade comum, é dizer, à pluralidade, passem à minoria”<sup>54</sup>.

Enfim, no capítulo sexto, Sieyès discorre sobre o que falta fazer. Convida à revolução. Afirma que o Terceiro Estado deve perceber “que não pode esperar nada a não ser das suas luzes e da sua coragem”<sup>55</sup>. Para tanto, “o Terceiro Estado deve reunir-se à parte; não deve cooperar com a nobreza e com o clero, não deve votar com eles por ordem, nem por cabeças”<sup>56</sup>. Os representantes do Terceiro Estado têm procuração dos 25 ou 26 milhões que formam a nação, excetuados 200 mil nobres e clérigos<sup>57</sup>. Então, para tanto, a nação deve convocar os seus representantes extraordinários<sup>58</sup>. Sieyès enfatiza que a Assembleia Nacional deve expressar o interesse comum da nação<sup>59</sup>. Menciona as dificuldades para tanto havidas, inclusive em relação às Assembléias representativas ordinárias, em razão do que sugere sejam elas renovadas em um terço a cada ano, vedada a reeleição por tempo suficiente que permita que outros cidadãos venham a participar da coisa pública<sup>60</sup>.

### 2.3 Tipologia do poder constituinte e respectivas caracterizações

O poder constituinte originário, de que decorre a própria Constituição, é inicial, ilimitado e incondicionado<sup>61</sup>.

É dito inicial, porque funda a própria ordem jurídica. Por outro lado, em não se tratando da primeira Constituição da História do país, implica refundação da ordem jurídica, dando-lhe novo fundamento de validade, novando-lhe o fundamento de validade. Tem-se, aqui, o fenômeno da recepção da ordem jurídica infraconstitucional em tudo aquilo que não conflitar — do ponto de vista material, substancial — com o novo texto constitucional.

É materialmente ilimitado, porque pode tomar as decisões políticas fundamentais do modo que entender melhor (por exemplo, decidindo livremente acerca da forma de Estado, da forma de governo, do sistema de governo e do regime de governo)<sup>62</sup>.

<sup>46</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 53.

<sup>47</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 54.

<sup>48</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 56.

<sup>49</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 56.

<sup>50</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 57.

<sup>51</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 57.

<sup>52</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 57.

<sup>53</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002 p. 59.

<sup>54</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 59.

<sup>55</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 65.

<sup>56</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 67.

<sup>57</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 68-69.

<sup>58</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 71 e ss.

<sup>59</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 73 e ss.

<sup>60</sup> SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 75.

<sup>61</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13-15.

<sup>62</sup> A propósito, SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 94-95.

Por fim, é formalmente incondicionado, porque não há formas apriorísticas para a sua manifestação, por exemplo: (i) pode decorrer de uma assembleia nacional constituinte exclusiva, ou seja, reunida ou convocada especificamente para elaborar a Constituição; (ii) pode ou não sujeitar-se a uma consulta popular etc.

Discute-se se o poder constituinte originário seria um poder de fato ou um poder de direito<sup>63</sup>. A primeira vertente (poder de fato) é positivista. A segunda (poder de direito) jusnaturalista. Não se trata de mera teoria. Para o positivismo, decorrendo o poder constituinte de fatos que se impõem livremente, a ilimitação material é absoluta<sup>64</sup>. Para o jusnaturalismo, há um Direito anterior e superior que, de algum modo, determina o poder constituinte originário, ele próprio um poder de Direito com fundamento de validade naquele Direito anterior e superior (por exemplo, o Direito Natural)<sup>65</sup>. Há exemplos concretos que parecem corroborar a segunda compreensão. Os convencionais da Filadélfia estavam limitados pela consideração de uma única forma de governo: a republicana. Sabiam não ser possível propor uma monarquia ou uma aristocracia (e Hamilton era simpático à monarquia). Ademais, a federação impunha-se: estava fora de discussão que os elementos fundamentais permaneceriam com os Estados; a questão a ser debatida era se e quanta autonomia seria concedida ao governo central<sup>66</sup>. Na História brasileira recente, há o exemplo do art. 4º da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou Assembleia Nacional Constituinte e, ela própria, concedeu anistia, como que assegurando a Lei de Anistia em face do processo constituinte<sup>67</sup>. A propósito, veja-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário [sim, digo eu, o poder constituinte originário, no caso, manifestou-se por meio de emenda constitucional] constitucionaliza-a, a anistia. E, de modo tal que — estivesse o § 1º desse art. 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora — somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.<sup>68</sup>

Tratando-se de uma Constituição rígida, ou seja, que é escrita e que prevê para a sua modificação um processo diferente — no sentido de mais difícil — que aquele previsto para a legislação comum, ordinária, a literatura desenvolve a noção de poder constituinte instituído, “um poder destinado a estabelecer normas com a mesma força das normas constitucionais”<sup>69</sup>. Essa modalidade, “como poder constituído que é”<sup>70</sup>, é derivado, limitado e condicionado.

É dito derivado porque encontra o seu fundamento de validade diretamente na própria Constituição. É, assim, um poder de direito<sup>71</sup>.

É materialmente limitado porque “é limitado pelas regras de fundo eventualmente estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário”<sup>72</sup>. No Direito brasileiro vigente, há, em essência, as quatro decisões políticas fundamentais plasmadas no § 4º do art. 60 da Constituição (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais).

Por fim, é formalmente condicionado porque “está sujeito às regras de forma estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, as regras concernentes ao modo pelo qual se há de fazer a modificação constitucional”<sup>73</sup>. No Direito brasileiro, são regras relativas à iniciativa (quem pode deflagrar a tramitação de

<sup>63</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53-59.

<sup>64</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75.

<sup>65</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76-77.

<sup>66</sup> Esses dois exemplos constam de DAHL, Robert. *How democratic is American Constitution?* 2. ed. New Haven & London: Yale University Press, 2003. p. 11-12.

<sup>67</sup> STF, ADPF n. 153, Voto do Relator, Ministro Eros Grau, 29.04.2010, itens 51-56.

<sup>68</sup> STF, ADPF n. 153, Voto do Relator, Ministro Eros Grau, 29.04.2010, item 54.

<sup>69</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 108.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 114.

<sup>71</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

<sup>72</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

<sup>73</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 110-111.

uma proposta de emenda), regras de tramitação e aprovação ou não (duas votações em cada Casa acerca do mesmo texto — configurando um bicameralismo rigorosamente igual, perfeito ou paritário, diferentemente do que se dá no processo legislativo comum — requerida maioria de três quintos dos membros de cada Casa para aprovação). Isso para não mencionar limitações formais outras, como as circunstanciais (impedimento de emendas a Constituição na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio).

Por sua vez, o poder constituinte instituído parece comportar a seguinte tipologia: poder constituinte de reforma, poder constituinte de revisão e poder constituinte decorrente.

O poder constituinte de reforma é o que permite emendar a própria constituição (é o caso de emendas constitucionais típicas) ou a ela agregar uma lei constitucional, ou seja, disciplina normativa de nível constitucional, mas não consolidada no texto constitucional (é o que se tem com normas transitórias constantes de emendas constitucionais ou de tratado internacional incorporado ao Direito doméstico na forma do § 3º do art. 5º da Constituição).

O poder constituinte de revisão é variante que se pode cogitar para denotar eventual oportunidade periódica ou não de emendar o texto constitucional de um modo simplificado ou facilitado. É o que se deu no Direito brasileiro em 1993 (as Emendas de Revisão foram aprovadas em sessões unicamerais e por maioria absoluta). No Direito português, as revisões são periódicas, ainda que, às vezes, na prática, não aconteçam. Foram muito importantes para superar o dirigismo constitucional originário e para adaptar a Constituição portuguesa às necessidades do Direito Comunitário.

Por fim, em se tratando de federação, é possível cogitar de um poder constituinte decorrente, ou seja, a possibilidade de os entes federados elaborarem Constituições locais na medida da autonomia que lhes seja reconhecida pela Constituição da federação de que são membros. Sim, aqui não se tem propriamente modificação da Constituição da federação. Ainda assim, é poder constituinte por essa instituído e, portanto, dela decorrente em favor dos entes federados, com fundamento de validade na Constituição da federação.

### **3 Problemas atuais acerca do poder constituinte**

#### **3.1. Primeira aproximação: questões diversas**

O poder constituinte comporta diversas aproximações e problematizações. Por exemplo: (i) a relação do poder constituinte com direito adquirido, havendo diferença sensível entre o Direito brasileiro e o francês, uma vez que aquele protege o direito adquirido em norma constitucional, enquanto esse o faz em norma legal; (ii) a cogitação acerca da eventual existência ou não de limitações materiais implícitas ao poder constituinte de reforma; (iii) a possibilidade ou não de reabrir a revisão constitucional; (iv) o modo de interpretar as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, por exemplo, a eventual compreensão da fórmula “direitos e garantias individuais” como “direitos e garantias fundamentais”, ou seja, de modo a incluir direitos sociais, no mínimo porque os direitos fundamentais são interpretados ampliativamente ou do modo mais protetivo possível; (v) a discussão sobre qual seria o espaço de autonomia para os entes federados no exercício do poder constituinte decorrente; (vi) a possibilidade ou não de dupla revisão; (vii) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de poder constituinte etc.

Por outro lado, sem prejuízo dessas referências feitas a título meramente ilustrativo, sugere-se, neste artigo, cuidar de assunto vinculado especificamente à Constituição brasileira de 1988: teria ela sofrido número excessivo de emendas constitucionais?

Daí deriva discussão que merece atenção como de ocorrência natural da recorrência de emendas constitucionais: o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

### 3.2. Número de emendas à Constituição de 1988

A Constituição de 1988 foi emendada 105 vezes (contadas as seis Emendas Constitucionais de Revisão).

Seria esse um número excessivo?

Em capítulo com o sugestivo título “A vingança de Jefferson”, Cass Sunstein mostra “as visões radicalmente diferentes” que James Madison e Thomas Jefferson ofereciam sobre o constitucionalismo na jovem nação americana<sup>74</sup>.

Para Madison, a Constituição deveria ser relativamente fixa. Seria um documento adotado em período favoravelmente único, em que pessoas de espírito público foram hábeis ao refletir o verdadeiro significado do autogoverno. Aceitava emenda constitucional, mas deveria ser um processo excessivamente difícil, reservado para “grandes e extraordinárias ocasiões”, segundo explica no *Federalista* n. 49<sup>75</sup>.

Por sua vez, Jefferson insistia que “os mortos não têm direitos”: as gerações passadas não poderiam vincular a presente. Para ele, os fundadores devem ser respeitados, mas não reverenciados. Aqueles que escreveram a Constituição são como as pessoas do presente, mas sem a experiência do presente. Em sua interpretação de Jefferson, Sunstein argumenta que “a Constituição deve ser repensada pelas muitas mentes de cada geração”<sup>76</sup>. De fato, Jefferson afirma textualmente: “nem de leve acredito que uma geração não seja capaz como outra de cuidar de si própria e de ordenar os seus próprios assuntos”<sup>77</sup>.

Então, Sunstein aponta a ambiguidade do veridito histórico: a Constituição americana é a mais antiga na face da terra. Sofreu emendas, mas em grau notável os EUA são governados pelo documento originalmente referendado pela geração fundadora<sup>78</sup>.

No entanto, prossegue Sunstein, em aspectos cruciais “a narrativa da estabilidade constitucional é um mito”<sup>79</sup>. Para ele, “Jefferson teve a sua vingança — não por emendas formais, mas por práticas sociais e interpretações que tornaram nossa Constituição muito diferente da Constituição dos fundadores”. Sunstein aponta que isso acontece não apenas por meio de decisões das cortes, mas, também, pelo autogoverno: “Há numerosos fundadores e eles podem ser encontrados em muitas gerações. Nossa Constituição é de muitas mentes.”<sup>80</sup>

Com efeito, constata-se, na prática das Constituições de países ocidentais, um número elevado de emendas constitucionais.

A Constituição de Itália, de 1947, conta 35 Leis Constitucionais, as cinco primeiras já em 1948, sendo a mais recente de 2012.

A Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, foi emendada 62 vezes até maio de 2018<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 1.

<sup>75</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 1.

<sup>76</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 2.

<sup>77</sup> JEFFERSON, Thomas. Letter to Smanuel Kercheval (12 de junho de 1816). Disponível em: <http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/> (consultada em 19 de agosto de 2018).

<sup>78</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 2-3.

<sup>79</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 3.

<sup>80</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 3.

<sup>81</sup> Cf. dado constante do sítio oficial do Governo alemão: <https://www.deutschland.de/en/topic/politics/german-basic-law-the-key-facts> (consultado em 20 de agosto de 2018)

A Constituição francesa, de 1958, tem 24 Leis Constitucionais, algumas de grande impacto e amplitude, como a mais recente, de 2008, que — entre alterações e acréscimos — tratou sobre 45 dispositivos constitucionais<sup>82</sup>.

A Constituição da Áustria, de 1920, contabiliza mais de 800 modificações desde 1945, a maioria à parte do texto constitucional<sup>83</sup>.

A Constituição dos Estados Unidos sofreu 27 emendas desde 1787, as últimas “foram adotadas em 1964, 1967, 1971 e 1992. Isso não significa que o sentido da Constituição não tenha sido modificado pela interpretação. A taxa de emendas estaduais é quase dez vezes a taxa federal.”<sup>84</sup>

A Constituição portuguesa, de 1976, passou por sete revisões constitucionais, a primeira em 1981–1982 e a última em 2005. A primeira, inclusive, “procurou diminuir a carga ideológica da Constituição, flexibilizar o sistema econômico e redefinir as estruturas do exercício do poder político, sendo extinto o Conselho da Revolução e criado o Tribunal Constitucional”<sup>85</sup>.

A exceção à realidade disseminada é a Constituição da Espanha, de 1978, que contabiliza apenas duas alterações constitucionais.

Assim, parece próprio concluir, dessa breve referência, as sete Constituições de países estavelmente democráticos há pelo menos 40 anos, que a Constituição brasileira não merece censura pelo tão-só número de vezes que foi emendada.

### 3.3 Controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

Para COOLEY, o poder de o povo emendar ou revisar a Constituição é limitado pela Constituição americana em dois pontos: (i) abolição da forma republicana de governo: para COOLEY caberia, aqui, intervenção direta do governo dos Estados Unidos; (ii) assumir título de nobreza, violar obrigação contratual, aprovar leis *ex post facto* para punir condutas que eram inocentes quando cometidas: esses casos não demandam intervenção direta do governo da União, mas é dever das Cortes, estaduais e federais, recusar aplicar emendas e leis nesses sentidos e declará-las de nenhum efeito<sup>86</sup>.

De pronto, importa cogitar sobre que razões favorecem ou estimulam a reforma constitucional.

Ademais, o que motiva a adoção e a proliferação de limites constitucionais à reforma constitucional? Com efeito, a existência de limites materiais ao poder de emenda sugere a possibilidade de revisão judicial das emendas levadas a efeito<sup>87</sup>.

HALMAI GÁBOR levanta a seguinte hipótese: “gerações futuras geralmente merecem a falta de confiança — evidenciada por essas cláusulas de eternidade — que as gerações anteriores, ou mais especificamente os autores de suas constituições, tinham nelas”<sup>88</sup>. Em seguida, é sugestivo o conjunto de países que menciona para exemplificar: “Se examinarmos a lista desses países — tais como Alemanha, Turquia, Índia e Brasil — em que tais soluções foram empregadas, normalmente encontraremos antigos regimes despó-

<sup>82</sup> Cf. texto da Constituição francesa de 1958 consultado nos sítios da Assembleia da República Francesa e do Conselho Constitucional francês (acessados em 20 de agosto de 2018).

<sup>83</sup> HALMAI, Gábor. *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective*. *Wake Forest Law Review*, 16 de junho de 2016. p. 101.

<sup>84</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 102.

<sup>85</sup> Cf. consta do próprio sítio oficial do Assembleia da República Portuguesa: <http://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx> (consultado em 20 de agosto de 2018).

<sup>86</sup> COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the United States of the American Union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999. p. 33.

<sup>87</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 105.

<sup>88</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments and new constitutions in comparative perspective...*, p. 107.



ticos ou coloniais. Nesses casos, as disposições constitucionais colocadas em pedra servem para prevenir a restauração da ditadura.”<sup>89</sup>

Pesquisa de YANIV ROZNAI aponta que 40% das constituições havidas pelo mundo contêm, explicitamente, princípios de restrição à emendabilidade constitucional<sup>90</sup>. Para ele, isso corresponderia à reflexão de RICHARD KAY: haveria alguma coisa errada com a ideia de que uma emenda poderia alterar o caráter essencial de uma constituição enquanto simultaneamente invoca a própria autoridade dessa constituição<sup>91</sup>. Mesmo em países cujas constituições não têm limites explícitos à emendabilidade constitucional, haveria tendência crescente de as cortes reconhecerem um conjunto de princípios implícitos de limitação à emendabilidade constitucional, na linha da “doutrina da estrutura básica” desenvolvida na Índia<sup>92</sup>.

Cita colocação de CHARLES HOWARD MCILWAIN: “uma autoridade constituída é definida, e não pode haver definição que não implique necessariamente uma limitação”, para argumentar que o poder de emenda não é um poder ordinário, mas, ainda assim, é definido e limitado pela autoridade constitucional<sup>93</sup>.

O que a literatura brasileira denomina poder constituinte originário e poder constituinte instituído, ROZNAI chama de poder constituinte primário e poder constituinte secundário. Para ele, esse é delegado e atua como um procurador do primeiro (“trustee”), logo, não pode destruir a Constituição ou substituí-la por uma outra<sup>94</sup>. Em uma perspectiva democrática, é o povo, como titular do poder constituinte primário, que pode decidir sobre transformações constitucionais fundamentais<sup>95</sup>.

Lembra que a tênue linha entre poderes constituintes primário e secundário é borrada nas sociedades contemporâneas. Emendas constitucionais muitas vezes são utilizadas para transformações fundamentais. Menciona o caso da Constituição húngara de 1949, transformada para o comunismo por emendas constitucionais. Também menciona a Constituição chilena, redemocratizada por meio de emendas constitucionais no início dos anos 1990<sup>96</sup>. De certo modo, também foi o que se deu com a Constituição de 1988, fruto de Assembleia Nacional Constituinte que veio a ser convocada por uma Emenda à Constituição anterior.

Poder de emenda ilimitado derruba a distinção entre reforma e substituição constitucional e, conseqüentemente, extingue o poder constituinte primário. Por outro lado, os limites não se aplicam ao titular do poder constituinte originário: o povo. Se as legislaturas tivessem poderes de reforma ilimitados, o que seria reservado para o povo? Nesse sentido, a doutrina de limitação à reforma constitucional pode ser entendida como salvaguarda do poder constituinte primário do povo<sup>97</sup>. Com efeito, a garantia judicial das limitações às emendas constitucionais serve como mecanismo para assegurar a separação vertical entre poderes constituintes primário e secundário<sup>98</sup>. Não exclui a ocorrência de processos de reforma que imitem “momentos constitucionais” criando deliberação extraordinária e procedimentos de participação popular e lançando ponte no hiato entre os poderes constituintes primário e secundário<sup>99</sup>.

ROZNAI adverte que o poder constituinte primário (=originário) pode levantar limites, inclusive há quem descreva momentos da espécie como um tipo de “oeste selvagem”. Daí a cogitação de limites anteriores (e superiores)<sup>100</sup>.

<sup>89</sup> HALMAI, *Judicial review of constitutional amendments...*, p. 107.

<sup>90</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>91</sup> ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments...*, p. 227.

<sup>92</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>93</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>94</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>95</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 227.

<sup>96</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 228.

<sup>97</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 229.

<sup>98</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 228-229.

<sup>99</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 230.

<sup>100</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Constituições mudam não apenas por emendas, mas, também, pela interpretação judicial e pela prática constitucional. Como as Cortes também são autoridades constituídas, são analogamente limitadas em suas ações<sup>101</sup>. Então, Roznai pergunta se certos princípios não são emendáveis, isso significa que as Cortes não podem interpretar a Constituição de modo que a “revolucione”<sup>102</sup>

ROZNAI aponta a existência de conflito entre o que denomina aproximação democrática e aproximação constitucionalista sobre limites ao poder de emenda. Para democratas, é um obstáculo à tomada de decisão democrática. Para constitucionalistas, há certos princípios que estariam acima da tomada de decisão democrática. A abordagem de Roznai parece posicionar-se em ambos os lados do debate<sup>103</sup>.

A Constituição brasileira de 1988, seguindo perfil que parece usual à tradição de Direito escrito, é analítica (ou seja, não sintética). Traz normas sobre diversos assuntos, alguns são materialmente constitucionais, mas muitos são apenas formalmente constitucionais.

Qual seria a matéria constitucional? Esse é um dado em boa medida cultural e político. No mundo ocidental, o conceito de ARISTÓTELES não parece perder atualidade, no mínimo como ponto de partida. No seu *A política*, descreve as constituições das cidades-estado gregas antigas e assim conceitua: “Ora, a *politeia* [= ‘constituição’] é a organização que, nos Estados, têm as magistraturas, a forma como se encontram distribuídas, bem como a determinação do elemento soberano [*politeia* = ‘governo’ ou ‘poder político’] e do objetivo de cada comunidade.” (*A política*, 1289a15-18)<sup>104</sup>.

É curioso observar que o célebre art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão não discrepa dessa lógica de coisas: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição.”

Considerando-se que matéria constitucional, em termos bastante contemporâneos, mas com profundas raízes no tempo, pode ser considerada como, ao menos, a afirmação e a garantia de Direitos Fundamentais, além da organização do Estado, é fácil perceber que a Constituição brasileira de 1988 trata de diversos outros assuntos que não são ou que não parecem ser propriamente típicos do texto constitucional.

Nesse contexto, a legislação relativa a assuntos que não são materialmente constitucionais, mas que constam da Constituição (ou seja: são formalmente constitucionais), sujeita-se ao controle de constitucionalidade.

Lógico, a amplitude do parâmetro de controle constitucional não é algo que se dê sem dificuldades, no mínimo porque cria um ônus adicional para o legislador, condicionado que está pelo constituinte originário (ou derivado) inclusive em matérias que não deveriam constar da Constituição. Na impossibilidade de modificar por lei aspectos de certa matéria elevados ao nível constitucional, só resta ao legislador comum levar a efeito o processo de emenda à Constituição (com todas as dificuldades adicionais típicas desse processo). E, havendo limites materiais ao poder de emenda, o próprio constituinte derivado, reformador, fica sujeito a escrutínio judicial (até mesmo preventivo).

Por outro lado, é inescapável: se consta da Constituição, é parâmetro de controle para a lei comum. Portanto, o debate, aqui, deve ser de eventual retirada dos assuntos não materialmente constitucionais do texto constitucional.

---

p. 231.

<sup>101</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>102</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>103</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 232.

<sup>104</sup> Tradução de DELFIM FERREIRA LEÃO na Introdução à *Constituição dos Atenienses*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 12-13.

Para tanto, é preciso superar a cultura de desconfiança dos constituintes frente às gerações futuras, sobretudo pela superação dos eventuais traumas do passado da melhor maneira possível: pela persistência e pelo amadurecimento nas boas práticas democráticas, mormente eleições justas, transparentes, sucessivas, periódicas e persistentes, sem perda de fé nas instituições democráticas, o que implica profunda crença na cultura democrática do próprio povo.

## 4 Considerações finais

Constituições mudam não apenas por emendas, mas, também, pela interpretação judicial e pela prática constitucional. Como as Cortes também são autoridades constituídas, são (ou deveriam ser) analogamente limitadas em suas ações<sup>105</sup>. Então, Roznai pergunta se certos princípios não são emendáveis, isso significa que as Cortes não podem interpretar a Constituição de modo que a “revolucione”?<sup>106</sup>

O grande problema é quando as Cortes, ao invés de preservarem os limites constitucionais, passam a desafiá-los por meio da interpretação, revolucionando a Constituição, ou seja, como que assumindo poder constituinte originário.

Enquanto a Constituição for prolixa e, por isso, dominada por normas apenas formalmente constitucionais, mas não materialmente constitucionais, ou seja, por normas que constam da Constituição, mas que não são relativas à matéria constitucional e, sim, à legislação infraconstitucional, é compreensível, natural mesmo e, inclusive, necessário que eventuais emendas constitucionais que tocam às normas apenas formalmente constitucionais sejam objeto de controle de constitucionalidade em face do âmago constitucional.

Por isso, a Constituição brasileira de 1988 parece recomendar, sobretudo, uma “lipoaspiração”, para empregar sugestiva expressão do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, em 08 de fevereiro de 2006, de modo a nela preservar, sobretudo, matéria verdadeira e tipicamente constitucional. E isso inclusive para realçar a autoridade da própria Constituição e a importância da matéria própria ao nível fundamental.

Exemplo ilustrativo dessa compreensão de coisas é a Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, que reduziu o art. 192 da Constituição brasileira de 1988 de um **caput** com oito incisos e três parágrafos para, apenas, um **caput** (sem nenhum inciso ou parágrafo), que remete a disciplina do Sistema Financeiro Nacional a “leis complementares”.

As dificuldades contingentes que decorriam do art. 192 da Constituição brasileira de 1988 (a menos que se concorde com a pretensão originária de fixar uma taxa de juros para todo o sempre e sem tomar em consideração a riqueza e as dificuldades próprias à complexidade da vida real) são análogas àquelas dificuldades que são geradas por outras matérias estranhas à Constituição, mas que, por algum motivo (por mais justificado que seja), foram elevadas ao nível constitucional formal.

## Referências

COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the United States of the American Union*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 1999

<sup>105</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 232.

<sup>106</sup> ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 232.

---

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LORENTE, Marta; VÁSQUEZ, Lidia. Introducción. In: SIEYES, Emmanuel. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial, 1989.

ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2009

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.