

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

As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda

The Latin American Constitutions between Life and Death: Possibilities and Limits of Amendment's Power

Luís Roberto Barroso

Aline Osorio

Sumário

| | |
|--|-----|
| EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O QUE TEMOS EM COMUM? | 15 |
| EDITORIAL: CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿QUÉ TENEMOS EN COMÚN? | 17 |
| Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello | |
| SEÇÃO I: PODER CONSTITUINTE | 19 |
| AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS ENTRE A VIDA E A MORTE: POSSIBILIDADES E LIMITES DO PODER DE EMENDA | 21 |
| Luís Roberto Barroso e Aline Osorio | |
| CRIAÇÃO CONSTITUCIONAL SEM PODER CONSTITUINTE: OS LIMITES CONCEITUAIS DO PODER DE SUBSTITUIÇÃO OU REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO | 56 |
| Carlos Bernal Pulido | |
| QUEM CONTA COMO NAÇÃO? A EXCLUSÃO DE TEMÁTICAS LGBTI NAS ASSEMBLEIAS CONSTITUINTE DE BRASIL E COLÔMBIA | 85 |
| Rafael Carrano Lelis, Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa | |
| EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DA INICIATIVA POPULAR PARA ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E NO EQUADOR | 114 |
| Ilana Aló Cardoso Ribeiro e Lílian Márcia Balmant Emerique | |
| REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O PROCESSO CONSTITUINTE EQUATORIANO DE MONTECRISTI (2007-2008) | 130 |
| E. Emiliano Maldonado | |
| SEÇÃO II: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA | 152 |
| LA REVISIÓN JUDICIAL EN DEMOCRACIAS DEFECTUOSAS | 154 |
| Roberto Gargarella | |
| CONSTITUIÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO: A POSIÇÃO PARTICULAR DO BRASIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO | 171 |
| Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos | |
| AS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS PELAS LENTES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS: A FORÇA NORMATIVA E O ROMANTISMO DOS PREÂMBULOS | 185 |
| Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Carlos Frederico Santos | |

| | |
|---|------------|
| REDES SOCIALES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DELIBERACIÓN PÚBLICA DE CALIDAD: LECCIONES DEL PLEBISCITO POR LA PAZ EN COLOMBIA..... | 203 |
| Jorge Ernesto Roa Roa | |
| A EFETIVIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM RAZÃO DOS SISTEMAS DE MONITORAMENTO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COLÔMBIA E BRASIL | 218 |
| Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos e Felipe Meneses Graça | |
| SEÇÃO III: CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E “IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE” NA AMÉRICA LATINA | 231 |
| O MANDATO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO: LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DE UM PROCESSO JURISGENÉTICO EXTRAORDINÁRIO | 233 |
| Armin von Bogdandy | |
| CONSTITUCIONALISMO, TRANSFORMAÇÃO E RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA NO BRASIL: O IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA TEM UMA CONTRIBUIÇÃO A OFERECER? .. | 254 |
| Patrícia Perrone Campos Mello | |
| UM PROJETO COMUM PARA A AMÉRICA LATINA E OS IMPACTOS DAS EMPRESAS EM DIREITOS HUMANOS | 287 |
| Danielle Anne Pamplona | |
| O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA..... | 303 |
| Ana Carolina Lopes Olsen e Katya Kozicki | |
| SEÇÃO IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO | 332 |
| O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DIALOGADA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA..... | 334 |
| Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau | |
| ¡QUE VIVA EL ESTADO PLURINACIONAL!: ¿Y LO SOCIOAMBIENTAL? | 351 |
| Anibal Alejandro Rojas Hernández, aula Harumi Kanno, Heline Sivini Ferreira e Adriele Fernanda Andrade Précoma | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS | 365 |
| Daniel Araújo Valença, Ronaldo Moreira Maia Júnior e Rayane Cristina de Andrade Gomes | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE MARXISTA DA INVISIBILIZAÇÃO DA LUTA DE CLASSES NAS INVESTIGAÇÕES JURÍDICAS CRÍTICAS | 382 |
| Adriele Andrade Précoma, Heline Sivini Ferreira e Rogério Silva Portanova | |

| | |
|---|------------|
| SEÇÃO V: DIREITOS FUNDAMENTAIS | 401 |
| O DIREITO À ÁGUA NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA DO SUL: ELEMENTOS COMUNS E TRAÇOS DISTINTIVOS..... | 403 |
| Thiago Rafael Burckhart e Milena Petters Melo | |
| DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: AVANÇOS E DESAFIOS INERENTES À ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA | 420 |
| Paulo Renato Vitória e Gabriela Maia Rebouças | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA E CARIBE, E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 444 |
| Alethele de Oliveira Santos, Maria Célia Delduque e Moacyr Rey Filho | |
| A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NO EQUADOR E NA BOLÍVIA..... | 460 |
| Manuel Rodrigues de Sousa Junior e Luigi Bonizzato | |
| A DIVERSIDADE CULTURAL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO TRANSFORMADOR..... | 476 |
| Bianor Saraiva Nogueira Júnior, Deicy Yurley Parra Flórez e Ulisses Arjan Cruz dos Santos | |
| UN APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA: LA ACTIVIDAD DEL OMBUDSMAN CRIOLLO EN TRIBUNALES DE JUSTICIA..... | 493 |
| Juan Pablo Díaz Fuenzalida | |
| SEÇÃO VI: POVOS INDÍGENAS | 512 |
| EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN DERECHO-MATRIZ Y FILTRO HERMENÉUTICO PARA LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: LA JUSTIFICACIÓN | 514 |
| Juan Jorge Faundes | |
| POVOS INDÍGENAS E A (AUSÊNCIA DE) JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA LATINO-AMERICANO | 537 |
| Jamilly Izabela de Brito Silva e Sílvia Maria da Silveira Loureiro | |
| JURISDIÇÃO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: ESTUDO DE CASO SOBRE A JUSTIÇA WAIWAI | 558 |
| João Vitor Cardoso e Luiz Guilherme Arcaro Conci | |
| O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS POVOS INDÍGENAS: A VISÃO DO DIREITO A PARTIR DOS CALEIDOSCÓPIOS E DOS MONÓCULOS | 577 |
| Lucas Silva de Souza, Valéria Ribas do Nascimento e Isadora Forgiarini Balem | |

OUTROS ARTIGOS..... 600

**BUILDING TRUST IN COLLABORATIVE PROCESS OF VILLAGE FUND POLICY IMPLEMENTATION (A
CASE STUDY AT LUWUK DISTRICT OF BANGGAI REGENCY) 602**

Rahmawati halim

As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda*

The Latin American Constitutions between Life and Death: Possibilities and Limits of Amendment's Power

Luís Roberto Barroso**

Aline Osorio***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discutir a relação entre emendas constitucionais, cláusulas pétreas e a durabilidade de uma constituição, tendo como foco o cenário latino-americano. Para que uma constituição não perca o compasso da história, é necessário que alcance um equilíbrio entre permanência e plasticidade, o que, comumente, manifesta-se nos processos de emendas constitucionais e identificação de núcleos constitucionais essenciais, às vezes protegidos por cláusulas pétreas. Sendo essas cláusulas contramajoritárias, idealmente devem ser interpretadas de maneira restritiva, o que justifica uma cuidadosa análise de como o poder judiciário vem compatibilizando-as com o poder constituinte derivado. No caso específico do Brasil, é possível perceber que o alto número de emendas não ocasionou alterações significativas ao seu núcleo essencial e que o Supremo Tribunal Federal é mais tendente a restringi-las quando versam sobre matéria formalmente constitucional, afastando-se de interpretações ampliativas das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Emendas constitucionais. Durabilidade constitucional. Cláusulas Pétreas. América Latina. Comportamento judicial.

Abstract

This article aims to discuss the relationship between constitutional amendments, immutable clauses and the durability of a constitution, focusing on the Latin American context. In order for a constitution not to succumb to ostracism, it must strike a balance between permanence and plasticity, which commonly manifests itself in the processes of constitutional amendment and identification of the essential constitutional core, sometimes protected by immutable clauses. Being these Counter-majoritarian clauses, they should ideally be interpreted restrictively, which justifies a careful analysis of how the judiciary has been making them compatible with the derived constituent power. In the specific case of Brazil, it is clear that the high number of amendments did not cause significant changes to its

* Artigo convidado.

Texto-base da apresentação no “Global Symposium on Constitutional Amendment and Replacement in Latin America”. Brasília, 29 e 30 de setembro de 2016.

Título inspirado no trabalho de CHACON, Vamireh. *Vida e morte das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

** Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICEUB

*** Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Direito Público pela UERJ e Mestre (LL.M.) em Direito pela Harvard Law School. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

essential core and that the Federal Supreme Court is more likely to restrict them when dealing with formally constitutional matters, moving away from broad interpretations of the immutable clauses.

Keywords: Constitutional amendments. Constitutional durability. Immutable clauses. Latin America. Judicial behavior.

1 Introdução

As Constituições têm vocação de permanência¹. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária². A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de serem integralmente imutáveis. Alguma flexibilidade é necessária para a própria estabilidade constitucional, de modo a permitir a correção de eventuais defeitos do texto original e a sua adaptação a novas realidades. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios³. Os mortos não podem governar os vivos⁴. As emendas constitucionais surgem, assim, como ferramenta necessária para preservar a própria Constituição. Porém, a possibilidade de emendar o texto constitucional, ainda que mediante um procedimento mais dificultoso, pode ser utilizada, inclusive, para alterá-lo radicalmente ou para dele suprimir regras e princípios essenciais⁵.

O poder de emenda tem, portanto, um caráter ambivalente: ao mesmo tempo que garante a vida da Constituição, impedindo que se torne obsoleta, pode representar o seu decreto de morte, por ser capaz de alterar preceitos estruturantes que lhe conferem sentido e identidade, provocando verdadeira ruptura constitucional. Esse risco tem sido enfrentado em alguns países pela identificação de um núcleo essencial da Constituição que seria insuscetível de mudança. Trata-se das “cláusulas pétreas”, também denominadas de cláusulas de eternidade ou de intangibilidade, destinadas a limitar, materialmente, a atuação do poder constituinte reformador.

O objetivo deste artigo é discutir os papéis desempenhados pelas emendas constitucionais e pelas cláusulas pétreas no equacionamento da tensão entre plasticidade e permanência, entre vida e morte das Constituições, com especial ênfase ao cenário brasileiro e latino-americano. Para tanto, o trabalho está estruturado em três partes. A Parte I aborda os fatores que influenciam a durabilidade das Constituições à luz das experiências constitucionais brasileiras e latino-americanas. Já a Parte II é dedicada a apresentar e discutir o conteúdo e o núcleo essencial das Constituições, bem como as funções das cláusulas pétreas e do controle da constitucionalidade material exercido em relação às emendas. Por fim, a Parte III trata, especificamente, do caso brasileiro e abrange uma análise crítica das frequentes emendas editadas durante a vigência da Carta de 1988, bem como do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 97: “A permanência da Constituição é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno”.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³ A Constituição francesa de 1791 instituiu uma fórmula excessivamente rígida para sua alteração, tendo sido tragada pela dinâmica revolucionária. Já a Constituição de 1793 trazia, no seu art. 28, a seguinte proclamação: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras”.

⁴ É conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma Constituição. Escreveu Paine, em seu *The rights of man*, (a 1a. edição é de 1791): “A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias” (PAINE, Thomas. *The rights of man*. Nova York: Anchor, 1969) V. DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés; BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*. Minnesota: West Academic Publishing, 2003. p. 82; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40-421; VEJA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 58.

⁵ PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

2 Vida e morte das Constituições latino-americanas

“El problema de la relación entre derecho y democracia en América Latina no reside tanto en la promulgación de nuevas Constituciones sino más bien en la aplicación efectiva de las ya existentes”
(Ernesto Garzón Valdés)⁶

2.1 A duração das Constituições: panorama latino-americano

As Constituições nascem, modificam-se e, eventualmente, morrem. A duração das Constituições é um fator altamente variável nos diferentes países, mesmo naqueles pertencentes a uma mesma região. Na América Latina, que tem uma das histórias constitucionais mais conturbadas no mundo, marcada pela instabilidade dos regimes políticos e pelos sucessivos golpes de Estado, muitos países experimentaram uma alta taxa de substituição de ordens constitucionais e hoje vivem sob a égide de Cartas muito recentes. É o caso da República Dominicana, que já teve 31 Constituições (obtendo o recorde mundial no tema), sendo a atual de 2015; da Venezuela, com 26 cartas constitucionais (a vigente é de 1999); e do Equador, que passou por 20 textos constitucionais (o atual é de 2008). Há, porém, alguns países que viveram uma maior estabilidade, como a Argentina, que tem a mesma Constituição desde 1853, a sua sexta desde a independência em 1816, e a Costa Rica, que, apesar de ter tido quase uma dezena de constituições ao longo de sua história, é regida desde 1949 pela mesma Carta.

No Brasil, seguindo a sina latino-americana, Constituições não nos faltaram. Em quase 200 anos de Independência e cerca de 130 de República, foram editadas 8 Constituições, numa tradição de falta de continuidade institucional⁷. A Constituição hoje em vigor, editada em 1988, completou recentemente 30 anos e já é a mais duradoura do período republicano. A história constitucional colombiana é igualmente marcada pela impermanência. Desde o fim do processo de independência, em 1821, a Colômbia teve 9 Constituições nacionais⁸. A mais breve delas, a Constituição de 1830, teve duração de, apenas, 22 meses. Já a mais duradoura, a Constituição de 1886, vigorou por 105 anos, tendo sido substituída pela Constituição de 1991, atualmente em vigor⁹. O Chile passou por 10 cartas constitucionais diferentes e vive hoje sob a égide da Constituição de 1980¹⁰. Ao todo, de suas independências até hoje, os países latino-americanos editaram mais de 250 Constituições (v. Tabela 1), em uma inflação de textos de curta duração.

Tabela 1 - A substituição das Constituições Latino-Americanas¹¹

| País | Independência | Constituição atual | Número de Constituições |
|-----------|---------------|--------------------|-------------------------|
| Argentina | 1816 | 1853 | 6 |
| Bolívia | 1825 | 2009 | 17 |
| Brasil | 1822 | 1988 | 8 |

⁶ VALDÉS, Ernesto Garzon. Derecho y democracia en América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 7, n. 1-2, 2000.

⁷ Brasil, Constituições de 1824 (65 anos), 1889 (41 anos), 1930, 1937 (7 anos), 1946 (21 anos), 1967 (2 anos), 1969 (19 anos), 1988 (ainda em vigor).

⁸ Colômbia, Constituições de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886 e 1991 (em vigor). Entre 1810, ano do início do processo de independência, e 1816, foram editadas nove constituições provinciais, sem abrangência nacional.

⁹ CADENA, Carlos Alberto López. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2015.

¹⁰ Chile, Constituições de 1811, 1812, 1814, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 e 1980 (em vigor).

¹¹ Extraído de CORDEIRO, Jose Luis. *Constitutions around the World: a view from Latin America. Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008. com atualizações de elaboração própria a partir de dados do CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em: 24 jul. 2019. Ressalve-se que, em alguns países, o número exato de Constituições é tema controverso.

| País | Independência | Constituição atual | Número de Constituições |
|----------------------|---------------|--------------------|-------------------------|
| Chile | 1818 | 1980 | 10 |
| Colômbia | 1810 | 1991 | 9* |
| Costa Rica | 1821 | 1949 | 9 |
| Cuba | 1868, 1898 | 1976 | 5 |
| Equador | 1822 | 2008 | 20 |
| El Salvador | 1821 | 1983 | 14 |
| Guatemala | 1821 | 1985 | 9 |
| Haiti | 1804 | 1987 | 24 |
| Honduras | 1821 | 1982 | 14 |
| México | 1810 | 1917 | 7 |
| Nicarágua | 1821 | 1987 | 14 |
| Panamá | 1903 | 1972 | 4 |
| Paraguai | 1811 | 1992 | 6 |
| Peru | 1821 | 1993 | 12 |
| República Dominicana | 1844, 1865 | 2015 | 31 |
| Uruguai | 1828 | 1966 (1985) | 7 |
| Venezuela | 1811 | 1999 | 26 |

Comparativamente, na América do Norte e na Europa, a taxa de substituição de constituições é, em regra, significativamente menor em relação à América Latina. Apesar disso, também há alguma variação. Os Estados Unidos da América tiveram apenas uma Constituição (emendada diversas vezes) e o Canadá, duas. Na Europa, igualmente viveram sob a égide de apenas uma carta constitucional países como a Bélgica e a Noruega. A França, por outro lado, foi o Estado europeu que experimentou o maior número de ordens constitucionais: foram 15 ao total, embora a Constituição atual, de 1958, já esteja em vigor por mais de 50 anos. O projeto de uma Constituição Europeia não chegou a ser realizado e, ao menos no momento atual, parece ter ficado mais distante.

Muito embora a durabilidade de um documento constitucional — isto é, o tempo de sobrevivência até que seja substituído — não seja indicador seguro de êxito, ela afeta, diretamente, a capacidade da Constituição de atender os objetivos para os quais foi elaborada: a limitação do poder estatal e a garantia da supremacia da lei (Estado de direito)¹². Constituições rápida e frequentemente substituídas perdem tanto a capacidade de gerar *segurança jurídica* — eixo principal do Estado de direito¹³, que pressupõe a estabilidade das relações políticas, jurídicas e sociais — quanto de cristalizar um *sentimento constitucional*, produzindo adesão ao seu sentido e conteúdo por parte dos diversos atores políticos e sociais¹⁴. A longevidade constitucional é, assim, uma preocupação institucional relevante.

¹² NEGRETTO, Gabriel. The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America. *Working Paper n. 350*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, 2008.

¹³ RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 210 e ss; FALLON, Richard H. “The rule of law” as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, 1997. p. 1 e ss.

¹⁴ V. sobre o tema a clássica definição de “vontade de Constituição” de Konrad Hesse, para quem uma consciência constitucional ou cívica geral seria necessária para a concretização da normatividade contida nos textos constitucionais: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

2.2 Fatores que influenciam a durabilidade das Constituições

Afinal, por que algumas Constituições têm uma vida mais longa do que outras? A duração das Constituições está certamente relacionada a fatores *ambientais* de cada país que afetam o meio em que a Constituição está inserida, como a história, a cultura, a sociedade, a política e a economia¹⁵. Guerras, golpes, crises políticas, econômicas e sociais, instabilidades de toda sorte, nacionais ou internacionais, representam uma prova de fogo para as constituições. Não raro, nesses momentos, elas sucumbem ou tornam-se meras *folhas de papel*¹⁶. Mas, para além dessas circunstâncias, o conteúdo e os mecanismos de mudança previstos no texto constitucional — isto é, o seu *desenho institucional* — importam. São esses mecanismos que podem permitir que as Constituições sejam capazes de guiar o país por períodos de crises e turbulências, sem que isso represente a perda de efetividade ou a necessidade de substituição.

No Brasil, por exemplo, até a Carta de 1988, nos momentos de crise, as normas constitucionais pouco ou nada importavam¹⁷. Já a partir de 1988, o Brasil conseguiu atravessar os momentos institucionais mais delicados, como dois processos de *impeachment* (o de Fernando Collor de Mello e o de Dilma Rousseff) e graves escândalos de corrupção (desde o “Mensalão” até a “Lava Jato”), sem abandonar o marco constitucional vigente¹⁸. É preciso, então, compreender como alguns elementos do *design* dos textos constitucionais podem afetar a sua durabilidade e capacidade de enfrentar mudanças ambientais muitas vezes inevitáveis.

Há, pelo menos, três fatores de *design* capazes de influenciar, diretamente, a expectativa de vida das Constituições e que foram sistematizados por Elkins, Ginsburg e Melton¹⁹: (i) a diversidade de interesses dos grupos sociais e políticos relevantes levado em consideração no documento (*i.e.*, o grau de inclusividade ou de pluralismo da Constituição); (ii) a abrangência das matérias disciplinadas e o grau de minúcia empregado (*i.e.*, o grau de analiticidade da Constituição); e (iii) a abertura para mudanças e o procedimento adotado para a modificação do texto constitucional (*i.e.*, o grau de plasticidade da Constituição)²⁰.

A *inclusividade* é descrita por Elkins, Ginsburg e Melton como a incorporação pela ordem constitucional dos atores políticos e sociais relevantes. Ela envolve tanto a amplitude da participação social no momento de elaboração da Constituição (no processo constituinte) quanto a possibilidade de contínua participação ao longo da vigência da Constituição²¹. O caráter inclusivo e participatório promove a durabilidade da ordem constitucional na medida em que aumenta a visibilidade, a aceitação social e a adesão a suas normas

¹⁵ Ginsburg, Elkins e Merton cunharam a diferença entre “environment” e “design” para analisar os fatores que influenciam a duração das constituições nacionais. Cf.: ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 2.

¹⁶ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

¹⁷ Nesse sentido, a experiência brasileira não se apartava da tradição latino-americana de abandonar a aderência ao texto constitucional em momentos de crise institucional, dando lugar a soluções inconstitucionais que se legitimavam pela força mesma dos fatos. A propósito, v. BREWER-CARÍAS, Allan R.: “El problema de la relación entre rigidez y revisión constitucional, sin embargo, como se dijo al inicio, deriva de la situación fronteriza entre el derecho y los hechos, en la cual se mueven. No ha sido infrecuente en América Latina, que a pesar de las previsiones constitucionales, se hayan producido reformas parciales e incluso totales de los textos constitucionales sin seguirse los procedimientos prescritos para las reformas o enmiendas, originándose sin duda, inconstitucionalidades, que luego, por la fuerza de los hechos, han encontrado alguna legitimación política” (*La reforma constitucional en américa latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005).

¹⁸ Como acentuou Eduardo Mendonça, referindo-se à crise que conduziu ao recente impeachment da Presidente Dilma Rousseff, “sem alarde e nas horas difíceis — e são elas que contam — a percepção de que é necessário respeitar a Constituição vai se impregnando na consciência coletiva e passando a funcionar como limite efetivo às forças políticas. A confirmação de tal avanço institucional parece ser um subproduto positivo e inesperado da atual crise política”. V. MENDONÇA, Eduardo. *Impeachment: o direito constitucional fora dos tribunais*. *Jota*, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impeachment-o-direito-constitucional-fora-dos-tribunais-25032015>. Acesso em: 23 jul. 2019.

¹⁹ Os autores denominam esses três fatores de flexibilidade, especificidade e inclusividade. V. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 8.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

²¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 8.

pela geração constituinte e pelas gerações futuras²². Quanto maior o número de grupos cujos interesses são contemplados pela Carta, menor a chance de que alguns deles entendam que terão maiores benefícios do que custos ao substituí-la.

No Brasil, a Carta de 1988 simbolizou a travessia da ditadura para a democracia e, em uma saudável euforia de recuperação das liberdades públicas, o processo constituinte contou com ampla e intensa participação popular. Como descreveu Ulysses Guimarães, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, durante a elaboração do texto, foram apresentadas e votadas 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, e o Parlamento contou com a presença diária de cerca de 10 mil postulantes, que transitavam pelos gabinetes, comissões, galeria e salões. Houve, assim, “representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares”²³.

O produto final dessa mobilização — como não poderia deixar de ser — foi uma Constituição compromissória, isto é, um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única corrente política, que buscou conciliar os interesses dos diversos grupos sociais e políticos e contemplou um amplo elenco de direitos. Paradoxalmente, porém, a ânsia de participação da sociedade originou, também, um texto que incorporou uma assimetria de poder entre setores mais amplos da sociedade e alguns grupos corporativos, que receberam tratamento privilegiado pelo constituinte, tais como notários e registradores e carreiras do funcionalismo público.

Já a *analiticidade* se refere à abrangência dos conteúdos previstos no texto constitucional e o nível de detalhamento empregado. Ao contrário do senso comum, que costuma indicar que Constituições mais sintéticas tenderiam a ser mais longevas, Elkins, Ginsburg e Melton defendem que Cartas analíticas podem conservar-se por maior período²⁴. E isso por três motivos. Primeiro porque a analiticidade forçaria os constituintes a anteciparem futuros problemas e crises, bem como possíveis caminhos e instrumentos para minimizá-los. Segundo porque quanto mais amplo o escopo da Constituição, maior seria, também, o custo de negociação e de renegociação do seu texto pelos grupos envolvidos. Terceiro porque disposições mais numerosas e minuciosas tenderiam a promover maiores incentivos a que os diversos grupos favorecidos atuem para manter o texto constitucional em vigor. Apesar disso, em alguns casos, a constitucionalização de um “varejo de miudezas” pode, ao contrário, emperrar, demasiadamente, a política majoritária, favorecendo constantes modificações e, no limite, até a morte da Constituição.

No Brasil, o contexto do processo constituinte de 87/88 contribuiu, decisivamente, para a elaboração de uma Constituição não apenas analítica, mas também prolixa e casuística. Para começar, trata-se de uma das mais extensas do mundo, atualmente com mais de 250 disposições permanentes e 100 provisórias. Em número de palavras, a Carta brasileira somente perde para os textos constitucionais da Índia e da Nigéria²⁵. Além disso, todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram alguns de seus aspectos, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras mais pormenorizadas, levando o leitor do espanto ao fastio. É o caso, por exemplo, da disposição que prevê que o Colégio Pedro II — tradicional escola pública do Rio de Janeiro — será mantido na área federal (art. 242, § 2º) e da regra que estabeleceu que os juízes federais ficariam investidos na titularidade de varas na Seção Judiciária para a qual tinham sido nomeados ou designados, ou, na inexistência de vagas, ocupariam vagas decorrentes do desdobramento das varas existentes (art. 28, ADCT).

²² ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 78.

²³ GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html). Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 86.

²⁵ CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

No contexto latino-americano, porém, a Constituição brasileira não parece ser um ponto fora da curva. Como se vê da tabela abaixo (Tabela 2), há na América Latina uma predominância de Constituições analíticas, como a do Equador (com cerca de 55 mil palavras, 444 artigos e 30 provisões transitórias), a do México (com cerca de 60 mil palavras, 136 artigos e 27 artigos transitórios) e a da Colômbia (com aproximadamente 50 mil palavras, 380 artigos e mais de 67 artigos provisórios). A Constituição mais sintética e também a mais duradoura da região é a da Argentina, de 1853, com cerca de 13 mil palavras, 129 artigos e 17 disposições transitórias. Para fins de comparação, a Constituição norte-americana, paradigma de texto sintético, possui aproximadamente 8 mil palavras e apenas 7 artigos e 27 emendas.

Tabela 2 – A analiticidade das Constituições Latino-Americanas²⁶

| País | Constituição atual | Nº de artigos na versão original | Extensão (em nº de palavras) |
|----------------------|--------------------|----------------------------------|------------------------------|
| Argentina | 1853 | 107 | 12.514 |
| Bolívia | 2009 | 235 | 39.375 |
| Brasil | 1988 | 250 | 64.488 |
| Chile | 1980 | 120 | 25.821 |
| Colômbia | 1991 | 380 | 46.902 |
| Costa Rica | 1949 | 197 | 16.705 |
| Cuba | 1976 | 141 | 12.893 |
| Equador | 2008 | 444 | 54.555 |
| El Salvador | 1983 | 274 | 22.823 |
| Guatemala | 1985 | 280 | 28.692 |
| Haiti | 1987 | 298 | 18.488 |
| Honduras | 1982 | 375 | 23.434 |
| México | 1917 | 136 | 57.087 |
| Nicarágua | 1987 | 202 | 20.535 |
| Panamá | 1972 | 311 | 26.097 |
| Paraguai | 1992 | 291 | 25.461 |
| Peru | 1993 | 206 | 19.216 |
| República Dominicana | 2015 | 277 | 29.710 |
| Uruguai | 1966 | 332 | 29.911 |
| Venezuela | 1999 | 351 | 37.344 |

Por fim, a *plasticidade* é analisada a partir do nível de dificuldade para promover modificações formais ou informais no texto constitucional. Para preservar a sua vida e garantir durabilidade, as Constituições devem se abrir a mudanças. A possibilidade de emendas garante um caminho institucional para a correção de eventuais defeitos e imperfeições, para sua adaptação a novas realidades, e, ainda, para permitir o autogoverno democrático das novas gerações que garantem a legitimidade da Constituição²⁷. Caso se impeçam ou sejam

²⁶ O número de artigos na versão original foi extraído de CORDEIRO, Jose Luis. *Constitutions around the World: a view from Latin America. Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008. Já a extensão em número de palavras foi extraída do CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

²⁷ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.

excessivamente difíceis as reformas necessárias no texto, a Constituição corre o risco de se converter em letra morta, sem maior relevância política, ou ser substituída.

Por outro lado, também, o excesso de flexibilidade é problemático. Permitir que as disposições constitucionais sejam volúveis e possam ser alteradas por maiorias ocasionais torna menos estáveis as regras e princípios protegidos pela Constituição, o que esbarra na própria ideia de constitucionalismo²⁸. Se isso ocorrer, a Constituição não terá condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais. Por isso, como regra geral, para a sua modificação por via formal — a *reforma constitucional* — exige-se um procedimento mais complexo e difícil que o exigido para a edição da legislação ordinária. Esse procedimento previsto na própria Carta envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quórum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação. Disso resulta a chamada *rigidez constitucional*, adotada por quase todas as Constituições contemporâneas.

Há uma multiplicidade de técnicas para dificultar a reforma constitucional²⁹. A mais difundida delas é a exigência de maiorias qualificadas para sua aprovação. Por essa via, exige-se consenso mais amplo e concede-se poder de veto às minorias. O quórum de aprovação das emendas varia bastante. Por exemplo, no México, a aprovação de emendas exige o voto de 2/3 dos membros presentes do Congresso Nacional, além de aprovação pela maioria das assembleias estaduais (art. 135, Constituição mexicana de 1917). No Peru, o quórum é de maioria absoluta dos membros do Congresso (art. 206, Constituição de 1993). Já no Chile, as emendas da Constituição precisam ser aprovadas em cada Câmara pelo voto de 3/5 dos deputados e senadores em exercício, exceto no caso de emendas a alguns capítulos específicos (*e.g.*, os que instituem as bases do Estado, direitos fundamentais e o próprio procedimento de emenda), em que é aplicado quórum ainda mais gravoso, de 2/3 dos votos (art. 127, Constituição de 1980).

Uma segunda técnica, também frequentemente utilizada, é a inclusão de pontos de veto (*veto points*) no processo de emenda, relativos à exigência de que alguns órgãos consentam com a proposta para sua aprovação (como o Presidente, antes da federação ou mesmo a corte constitucional), o que permite que ela possa ser eventualmente bloqueada³⁰. Na América Latina, o *veto point* mais difundido é a realização de consulta popular, especialmente via plebiscito ou referendo. A participação do povo no processo de emenda à Constituição é prevista na Bolívia, na Colômbia, na Costa Rica, em Cuba, no Equador, na Guatemala, no Panamá, no Paraguai, no Peru, no Uruguai e na Venezuela³¹.

Há, ainda, outros instrumentos que servem para assegurar maior rigidez à Constituição, tornando ainda mais dificultoso o processo de emenda. São exemplos (i) a previsão de regras de iniciativa das propostas de emenda à constituição mais restritivas que aquelas previstas para as leis infraconstitucionais, (ii) a exigência de mais de um turno de debate ou de votação no parlamento, normalmente com um intervalo de tempo para permitir maior debate público e possibilidade de reflexão (*e.g.*, Constituição do Brasil de 1988) e (iii) a necessidade de aprovação da reforma pela legislatura subsequente (*e.g.*, Constituição de El Salvador de 1983). Alguns países optaram, ainda, por instituir limites temporais ou circunstanciais, vedando a aprovação de emendas nos primeiros anos de vigência do texto constitucional (*e.g.*, Constituição do Paraguai de 1992) ou em certos momentos turbulentos e situações de emergência na vida nacional, como tempos de guerra, estado de sítio ou estado de defesa (*e.g.*, Constituição do Brasil de 1988). Certas constituições também instituem disciplinas diversas para a revisão total e para a revisão parcial do texto (*e.g.*, Constituição da Costa Rica de

²⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.

²⁹ Sobre as regras formais de emendas constitucionais na América Latina, confira-se: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Models of constitutional review (reform and amendments) in Latin America: a comparative analysis*. Paper Prepared for the VI IACL World Congress on Constitutional Law, 2004.

³⁰ NOLTE, Detlef. *Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics?* Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes, 2008.

³¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.

1949). Outras preveem procedimentos distintos de reforma, em função de circunstâncias temporais ou dos preceitos materiais (e.g., Constituição do Chile de 1980 e Constituição da Venezuela de 1999). Há, por fim, constituições que exige a convocação de um órgão especial para deliberar sobre as emendas constitucionais (e.g., Constituição da Guatemala de 1985).

No Brasil, embora a Constituição seja rígida, as regras de reforma previstas impõem barreiras relativamente fáceis de superar (art. 60, Constituição de 1988). Primeiro, a emenda do texto constitucional pode ser iniciada por simples proposta do Presidente da República, de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados. Segundo, exige-se 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso em dois turnos de votação em cada uma delas³². Terceiro, se a emenda for aprovada tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, é imediatamente promulgada, sem controle posterior do Executivo mediante sanção ou veto (como se dá no processo legislativo ordinário), dos Estados-membros, ou do povo, por meio de referendo. Portanto, salvo em relação à iniciativa, o poder de emenda no Brasil fica inteiramente nas mãos do Poder Legislativo. Na América Latina, isso ocorre, somente, em El Salvador e México: os demais países contam com a participação de outros pontos de veto.

Apesar disso, nem sempre as regras de emendas definem, sozinhas, a facilidade ou dificuldade de um país de emendar a Constituição. Também devem ser considerados fatores (i) *culturais*, isto é, determinados padrões culturais que determinam uma maior ou menor propensão a alterações³³, (ii) *materiais*, referentes à constitucionalização de determinadas matérias ou da abrangência de matérias constitucionalizadas, que podem produzir uma maior pressão por mudanças, e (iii) *institucionais*, que se referem a determinados arranjos políticos, econômicos ou sociais que afetam a capacidade dos atores envolvidos de alcançar os requisitos formais para a aprovação de emendas³⁴. No Brasil, por exemplo, o sistema político vigente — o propalado “presidencialismo de coalizão” —, marcado pela combinação do presidencialismo com um quadro de extrema pulverização partidária, impõe uma condição indispensável à governabilidade: a construção, pelo Presidente, de uma ampla coalizão no Congresso Nacional³⁵. Nesse cenário, os Presidentes normalmente conseguem obter, sem maior dificuldade, os votos necessários para aprovar os projetos e políticas necessários, inclusive aqueles que exijam maiorias qualificadas, como é o caso de emendas à Constituição³⁶.

Além do processo de emendas, a modificação da Constituição pode se dar por via informal. Trata-se da denominada *mutação constitucional*³⁷, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de

³² Se a proposta de emenda vier a ser rejeitada ou a ser tida por prejudicada, a matéria dela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, isto é, no mesmo ano daquela legislatura.

³³ GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *Paper University of Chicago*, 2014.

³⁴ LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 23.

³⁵ Os estudos pioneiros sobre o tema foram produzidos por Sérgio Abranches e mais tarde por Argelina Figueiredo e Fernando Limongi: ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

³⁶ Em estudo de 2004, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi afirmam que “Os dados relativos à produção legislativa no Brasil falam por si só. O Executivo é não apenas o principal legislador de jure. É também o principal legislador de facto. Desde a promulgação da Constituição de 1988, a taxa de sucesso do Executivo, isto é, a proporção de projetos aprovados sobre o total de enviados, gira em torno de 90%” (FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Revista Plenarium – Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 53, 2004).

³⁷ Sobre o tema, v. ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 194, n. 35, 2001; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986; ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. v. 1; ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. v. 2; DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005; JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991; TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 141 e ss; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2. p. 131 e ss; SILVA, José Afonso da. Mutações constitucionais. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Rio de Janeiro: Editorial Ariel,

normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. Os mecanismos de mudança informal da Constituição são impulsionados por modificações significativas na realidade dos fatos, nos valores de uma determinada sociedade e na compreensão do direito. Eles permitem conferir uma maior plasticidade à Constituição, adaptando-a aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja preciso recorrer, a todo tempo, aos processos formais e dificultosos de reforma. A preferência, porém, deve ser pelo uso dos mecanismos de emenda previstos nos textos das Constituições, de modo a preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica.

Os graus de inclusividade, analiticidade e plasticidade das Constituições afetam-se mutuamente³⁸. Não há dúvida de que quanto maior o número de grupos participantes da assembleia constituinte, maior a probabilidade de aprovação de um texto constitucional mais analítico, como é o caso do Brasil. A analiticidade também produz efeitos sobre a plasticidade, gerando uma maior necessidade de aprovação de emendas constitucionais. Ainda no exemplo brasileiro, a combinação dos caracteres compromissório e extremamente analítico da Constituição com a relativa facilidade do procedimento de reforma, torna não apenas necessárias, mas também frequentes as modificações ao texto constitucional. Nos 30 anos de vigência da Constituição, desde a sua promulgação em outubro de 1988 até 2018, a Constituição foi emendada 105 vezes (sendo 99 emendas e as 6 emendas de revisão em 1994).

Inclusividade, analiticidade e plasticidade tendem, portanto, a contribuir para a durabilidade das Constituições. Mas podem também produzir patologias. Cartas muito inclusivas podem acabar transformando-se em instrumento para a preservação de interesses corporativos e particulares. Cartas muito analíticas podem engessar, demasiadamente, a política ordinária, exigindo maiorias qualificadas para a aprovação de alterações necessárias ao autogoverno democrático das novas gerações. E cartas muito flexíveis podem deixar de cumprir o próprio papel da constitucionalização, isto é, o de preservar determinadas matérias contra modificações por parte de maiorias eventuais. A duração da Constituição não pode, assim, se dar a qualquer custo. É preciso alcançar um equilíbrio entre permanência e plasticidade das Constituições. Justamente em razão dessa necessidade, diversos países estabelecem, ao lado de regras para a alteração formal dos textos, limites substanciais ao poder de emenda, identificando um núcleo essencial da Constituição que não pode ser modificado. Este será o objeto de discussão da próxima parte.

3 O núcleo essencial das constituições

3.1 Normas material e formalmente constitucionais: entre o indispensável, o necessário e o supérfluo

Para analisar o denominado “núcleo essencial” das Constituições, é preciso antes saber o que é, afinal, uma Constituição. O fundamento do *constitucionalismo* enquanto expressão da ideologia liberal é a limitação do poder do Estado. Para promover esse objetivo, as Constituições devem apresentar, essencialmente, dois conteúdos materiais básicos: a organização do Estado e a garantia de direitos fundamentais. No primeiro conteúdo, enquadram-se os preceitos sobre o sistema eleitoral, a organização e competências dos principais

1986; HESSE, Konrad. Límites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. [mimeografado]; ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003; HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009. p. 88.

órgãos estatais, a dinâmica da separação de Poderes, entre outros (trata-se da “máquina de governo”). No segundo conteúdo, insere-se o catálogo de direitos protegidos. As normas constitucionais que possuem esses objetos são consideradas normas *materialmente constitucionais*. Elas são, em síntese, o “indispensável” em uma Constituição, sem as quais o documento sequer poderia ser assim denominado³⁹.

Ao longo do tempo, tais conteúdos sofreram, é certo, significativa ampliação. O elenco de direitos tidos como fundamentais passou a incluir, além dos direitos políticos e individuais, direito sociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios e fins públicos relevantes. Também parece evidente que a escolha a respeito da específica conformação do Estado, dos direitos fundamentais que integrarão o catálogo constitucional e dos princípios e finalidades estruturantes varia, significativamente, entre os Estados. A depender de aspectos políticos, históricos e culturais, alguns países podem, por exemplo, optar por constitucionalizar a proibição de reeleição do chefe do Poder Executivo e alguns direitos trabalhistas, enquanto outros podem escolher deixá-los fora do texto. Apesar disso, é possível identificar as normas que tratam de todos esses temas como materialmente constitucionais (ainda que com alguma margem para divergências)⁴⁰.

Ocorre que, muito comumente, há nas Constituições inúmeros dispositivos que não são “indispensáveis”, isto é, não cuidam de nenhuma das matérias consideradas tipicamente constitucionais. É o caso, por exemplo, de normas sobre economia, previdência social e família. Essa particularidade levou à criação do conceito de *normas formalmente constitucionais*, as quais, independentemente de seu objeto, integram o documento formal da Constituição. Todos esses preceitos, inclusive os *apenas* formalmente constitucionais, desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento jurídico às quais fornecem fundamento de validade. Mas o que motivaria o poder constituinte a dispor sobre normas cujo conteúdo não é tipicamente constitucional?

Inserir determinada matéria no texto da Constituição significa retirá-la do campo da política ordinária, exigindo-se para eventuais reformas constitucionais que se formem maiorias qualificadas por quórum expressivo. O constitucionalismo democrático funciona como um mecanismo de autolimitação ou pré-compromisso, protegendo o Estado contra a volatilidade da política e dos interesses políticos⁴¹. Assim, por exemplo, circunstâncias históricas, político-sociais, econômicas e culturais de um determinado Estado, sua vontade de romper com o passado, de mudar os rumos do país para o futuro ou de combater um problema nacional específico tornam muitas vezes necessária a ampliação do escopo das Constituições. Na Colômbia, a luta contra o narcotráfico e o crime organizado motivou a constitucionalização da proibição de que pessoas condenadas por tráfico de drogas se registrem como candidatos a cargos eletivos, ocupem cargos públicos ou celebrem contratos com o Estado (art. 122 da Constituição de 1991). Na Bolívia, diante da especial preocupação com a independência nacional, a Constituição expressamente veda a instalação de bases militares internacionais em seu território (art. 10, III, da Constituição de 2009). Já em Cuba, a Carta prevê que o país “nunca deverá retornar ao capitalismo” (art. 3 da Constituição de 1976).

Especificamente no caso brasileiro, a Constituição de 1988 demonstra nítida aspiração de refundar o Estado brasileiro sobre bases mais democráticas, republicanas e igualitárias, bloqueando traços culturais persistentes como o patrimonialismo e o clientelismo. É por isso que o constituinte originário não se contentou em prever que a Administração Pública obedecerá aos princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, da Constituição de 1988). Para evitar favorecimentos indevidos, entendeu que era preciso incluir expressamente em seu texto a necessidade de aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, da Constituição de 1988) e a exigência de “processo de licitação pública que

³⁹ Há, é certo, alguns textos constitucionais que não apresentam um rol de direitos fundamentais (e.g., a Constituição da Austrália). Os direitos fundamentais, contudo, podem (i) estar localizados em dispositivos constitucionais esparsos, (ii) pertencer ao bloco constitucional, como em tratados internacionais sobre direitos humanos (e.g., a França incorporou os direitos previstos em documentos mencionados no Preâmbulo de Constituição de 1958), ou, ainda, (iii) ser reconhecidos por meio da jurisdição constitucional.

⁴⁰ As divergências são especialmente candentes no que se refere à distinção entre direitos materialmente e formalmente fundamentais.

⁴¹ ELSTER, Jon. *Ulisses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, da Constituição de 1988). A demonstrar o acerto da decisão do constituinte, verifica-se que, até hoje (ou seja, 30 anos após a promulgação da Constituição), o Supremo Tribunal Federal continua declarando a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos que pretendem criar formas alternativas de acesso a cargos públicos, burlando a exigência de concurso público prevista na Constituição⁴².

Em todos esses casos, parece evidente que o que motiva o poder constituinte a inserir formalmente na Constituição normas que não são (segundo a definição clássica) materialmente constitucionais é a necessidade de conferir proteção especial a essas matérias à luz do contexto específico de cada país. Portanto, há normas que, embora *apenas* formalmente constitucionais, são “necessárias” em determinados ordenamentos jurídicos.

Todavia, a constitucionalização pode servir também para cristalizar determinadas normas “supérfluas” ou “desnecessárias”, assim entendidas como aquelas cujo entrenchamento na Constituição não é justificado nem à luz do seu conteúdo tipicamente constitucional, nem à luz da especial necessidade do país de proteger tais matérias contra alterações ordinárias promovidas por maiorias não qualificadas. Muito embora nem sempre seja fácil identificar tais normas, são certamente “supérfluos” os preceitos constitucionais que cristalizam delineamentos muito específicos dos mais diversos ramos do direito e de políticas públicas, que, sem nenhum prejuízo, poderiam — ou mesmo deveriam — ser regulados pela legislação infraconstitucional. Também podem ser caracterizados como “supérfluos” ou “desnecessários” os preceitos constitucionais que estabelecem regras remuneratórias especiais para o funcionalismo público.

Uma possível explicação para que esses conteúdos constem das Constituições pode estar no próprio processo de elaboração dos seus textos. Em processos constituintes inclusivos, de que participem diversos setores da sociedade, é comum a elaboração de constituições analíticas e compromissórias, que abarquem detalhamentos desnecessários e interesses muitas vezes conflitantes ou contraditórios. Ademais, às vezes, determinados preceitos são negociados e impostos por grupos que pretendem conservar seu poder e privilégios como condição para a própria aprovação do texto constitucional.

O resultado da constitucionalização dessas normas tipicamente infraconstitucionais e “supérfluas” — ou seja, sem fundamento para que sejam blindadas contra mudanças — é a imposição de maiores dificuldades às deliberações democráticas majoritárias. Nesses casos, a política ordinária passa a ter de se fazer mediante a aprovação de emendas à Constituição por maiorias qualificadas. Com isso, aumenta-se a tensão do constitucionalismo com a democracia, ao se subtrair dos órgãos eleitos pelo povo um conjunto abrangente de decisões que compõe o espaço próprio da política majoritária e do regime democrático.

A Constituição brasileira de 1988 é bastante ilustrativa desse ponto. Para vencer a seca no Nordeste, a Carta de 1988 determinou o percentual de recursos que o país deveria destinar aos programas de irrigação nos quinze anos subsequentes à sua edição⁴³. Como, porém, no prazo previsto, a realidade da seca não se alterou, para a manutenção do programa de irrigação, o legislativo teve de reunir uma maioria qualificada e cumprir todos os requisitos formais para emendar a Constituição e, assim, conseguir prorrogar, por mais 10 anos, a vigência do programa, como o fez na emenda constitucional nº 43/2004. E essa necessidade se repetiu em inúmeros casos, como se verá adiante.

Porém, a tensão com a democracia é potencializada em outra hipótese: a da pretensão de que alguns conteúdos essenciais da Constituição não sejam apenas blindados contra alterações pelo legislador ordinário e por maiorias políticas ocasionais, mas se tornem *imutáveis*, sendo protegidos mesmo contra a vontade do

⁴² Um dos casos mais recentes foi: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.415*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24.09.2015, referente a leis estaduais do Estado de Amazonas.

⁴³ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAUJO, Cicero Romão Resende de; SIMÕES, Júlio Assis (org.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild (Hucitec); ANPOCS, 2009. p. 17-51.

poder constituinte reformador, de modo a negar às sucessivas gerações o direito de definir, coletivamente, os valores fundamentais e estruturantes que irão lhes governar.

3.2 O núcleo essencial das Constituições latino-americanas: as cláusulas pétreas

Como registrado, para sobreviverem e não sucumbirem ao tempo, as Constituições comportam mecanismos de mudança formal do seu texto que lhe garantem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais. Nada obstante, a possibilidade de emendar o texto constitucional pode ser utilizada, inclusive, para alterar, radicalmente, uma dada ordem constitucional ou suprimir regras e princípios essenciais à sua configuração, representando, assim, o seu decreto de morte⁴⁴. Para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação⁴⁵. O poder de reformar, como adverte Carl Schmitt, não inclui o de “aniquilar” a Constituição⁴⁶.

Cada sistema constitucional possui um “núcleo”, que é formado, na precisa definição do Professor Quirino Camerlengo, por um conjunto compacto de alguns poucos elementos constitutivos fundamentais que define a essência do sistema e que se irradia para todas as demais normas e instituições⁴⁷. Esse núcleo, é certo, constitui-se com base na identidade local do país, refletindo características peculiares e específicas da própria comunidade política, de sua história, política, cultura e aspirações (um núcleo, portanto, particularista). Mas ele tem também um componente cosmopolita, absorvendo valores e conquistas obtidos em outras jurisdições (um núcleo, portanto, universalista). O núcleo essencial das Constituições é composto, portanto, por princípios fundamentais estruturantes — tanto particularistas, quanto universalistas — que não poderiam ser significativamente modificados ou suprimidos sem desfigurar a própria ordem constitucional, sem que ela perca a sua identidade. Trata-se, portanto, do DNA das Constituições⁴⁸.

Em alguns países, esse núcleo é protegido pela existência de limites materiais ao poder de reforma previstos de modo expresse no texto da Constituição. São as chamadas “cláusulas pétreas” ou “cláusulas de intangibilidade” — também denominadas cláusulas “imutáveis”, “de eternidade”, “perpétuas”, entre outras denominações. Nelas são inscritas as matérias em relação às quais o poder reformador se acha limitado. Com diferentes nuances, essas cláusulas imutáveis das Constituições não podem ser substancialmente alteradas sequer por maiorias ultraqualificadas⁴⁹. Porém, nem sempre as cláusulas pétreas servem apenas para preservar ou manter intacto o núcleo essencial das Constituições. Há inúmeras outras funções que podem desempenhar⁵⁰.

A criação dessas restrições absolutas à regra majoritária pode servir, primeiramente, à preservação de preceitos especialmente necessários à luz da história, tradição e cultura locais (que compõem ou não o núcleo

⁴⁴ PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

⁴⁵ Sobre o tema, v. SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008. p. 74, p. 150-151: “The authority to undertake constitutional amendments resides in the framework of the constitution, is established through it, and does not extend beyond it. This authority does not include the power to establish a new constitution [...]”.

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008. p. 150.

⁴⁷ CAMERLENGO, Quirino. *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Milão: Giuffrè, 2007.

⁴⁸ ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the genetic code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 514, 2011; FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn. Towards a theory of constitutional change. In: FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn (eds.). *How Constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 428.

⁴⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23-24: “Esse paradoxo decorrente das relações entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais agudo com o estabelecimento pelas Constituições contemporâneas de cláusulas superconstitucionais. Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis — pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas, sequer por um procedimento qualificado”.

⁵⁰ ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010. p. 663; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

essencial da Constituição), sobretudo aqueles que estão mais sujeitos a abusos⁵¹. Na América Latina, por exemplo, não surpreende que a proibição à reeleição do chefe do Poder Executivo seja uma das cláusulas pétreas mais frequentes nos textos constitucionais na região, buscando evitar abusos e arroubos autoritários por parte dos sucessivos presidentes. Diversos países da região que não blindaram a cláusula de não reeleição contra emendas tiveram suas Constituições alteradas nesse ponto, a exemplo do Peru (em 1993), da Argentina (em 1994), do Brasil (em 1996), da Venezuela (em 1999 e depois em 2009), da Colômbia (em 2004), do Equador (em 2008) e da Bolívia (em 2009).

Em segundo lugar, as cláusulas pétreas podem se voltar também para a *transformação* do Estado, representando uma ruptura com o passado. O caso da Constituição da Alemanha, no pós-guerra, que estabeleceu a democracia e a dignidade humana como preceitos constitucionais imodificáveis, ilustra o uso desse instrumento para a superação de injustiças passadas e para a refundação do Estado sobre novas bases. Finalmente, as cláusulas de intangibilidade podem servir até mesmo como barreira de *contenção* de disputas e conflitos. Nesse caso, elas atuam no sentido de ampliar o poder governamental de alguns líderes, de perpetuar barganhas políticas ou posições ideológicas controvertidas, ou, ainda, de encastelar privilégios e interesses privados ou corporativos de atores políticos⁵². É o caso da Jordânia, que incluiu na Constituição a proibição de emendas que alterem os “direitos do rei” (Constituição de 1952, art. 126, § 2º). Ou do preceito contido no art. 79 da Constituição de Tonga de 1875, ainda em vigor, que impede emendas que afetem a “sucessão do Trono” e os “títulos e propriedades hereditárias dos nobres”.

Como reflexo da sua diversidade de funções, os objetos das cláusulas pétreas também são muito variados (v. Tabela 3, abaixo). Tais cláusulas tiveram origem ao final do século XVIII⁵³, mas se desenvolveram, especialmente, nas constituições do segundo pós-guerra, como instrumento para a proteção de direitos fundamentais e para assegurar o respeito a certas regras do jogo democrático. Assim, tradicionalmente, elas tinham por objeto a proteção da forma de governo e, em certos casos, inclusive no Brasil, também da Federação⁵⁴. A forma republicana de governo é resguardada contra emendas por mais de 100 Constituições mundo afora⁵⁵ e, especificamente na América Latina, pelas Constituições de El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras e República Dominicana (5 das 10 Constituições que apresentam cláusulas pétreas explícitas). De forma semelhante, os direitos fundamentais (pelo menos, alguns direitos fundamentais, como a dignidade humana) frequentemente constam do rol de cláusulas pétreas, como é o caso, na América Latina, das Constituições da Bolívia, do Brasil e do Equador.

Porém, os conteúdos intangíveis das Constituições vão muito além desses objetos mais tradicionais. Eles

⁵¹ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 24; ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010.

⁵² ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 36.

⁵³ Nos EUA, a Constituição Federal, de 1788, originalmente, impedia a abolição do tráfico de escravos antes de 1808, e, na sua versão atual, proíbe que um Estado seja privado de igual representação no Senado sem consentimento. O preâmbulo da Constituição francesa de 1791 já previa a abolição “irrevogável” das instituições injuriosas à liberdade e à igualdade de direitos. Diversas Constituições latino-americanas também instituíram cláusulas pétreas bem cedo, como é o caso das Constituições do México de 1824 (que definiu que a religião do México deveria ser perpetuamente católica), da Venezuela de 1830, do Peru de 1839, do Equador de 1843, de Honduras de 1848, da República Dominicana de 1865 e de El Salvador de 1886 (ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 27-28).

⁵⁴ No Brasil, todas as Constituições republicanas, com exceção da Carta de 1937, previram cláusulas pétreas, impedindo toda reforma constitucional que viesse a abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. Na experiência internacional, a Constituição norte-americana de 1787, em seu texto original, já previa como limitação material ao poder de reforma que nenhum Estado poderia ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado. Também a Constituição alemã interdita a supressão da estrutura federal (art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn), ao passo que a Constituição portuguesa traz a forma unitária regional de Estado como cláusula pétrea (art. 288, alíneas *a*, *n* e *o* conjugadas). V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 200-201; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. t. 2. p. 151 e ss.

⁵⁵ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 30.

incluem, em alguns casos, “o mandato presidencial”, a “democracia”, o “pluripartidarismo”, a “separação entre Estado e Igreja”, a “língua oficial”, a “religião”, a “unidade nacional”, a “soberania”, as regras constitucionais sobre o poder de emenda, entre muitos outros⁵⁶. Embora de forma mais incomum no cenário mundial, o “núcleo essencial”, a “identidade” ou a “estrutura básica” das Constituições também são objeto de blindagem expressa contra emendas. Essa cláusula pétrea aparece com mais frequência na América Latina, constando dos textos constitucionais da Bolívia (que protege as “bases fundamentais” da Constituição), do Equador (que protege “a estrutura fundamental, a natureza e os elementos constitutivos do Estado”) e da Venezuela (que protege “a estrutura e os princípios fundamentais da Constituição”).

Tabela 3 – Limites materiais explícitos à reforma das Constituições Latino-Americanas⁵⁷

| País | Constituição, artigos | Cláusulas pétreas |
|-------------|-----------------------|---|
| Argentina | 1853, n/a | Não há |
| Bolívia | 2009, art. 411 | As bases fundamentais, os direitos, deveres e garantias, a primazia e reforma da Constituição |
| Brasil | 1988, art. 60 § 4º | Forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais |
| Chile | 1980, n/a | Não há |
| Colômbia | 1991, n/a | Não há |
| Costa Rica | 1949, n/a | Não há |
| Cuba | 1976, art. 137 | O sistema político, social e econômico (o socialismo) |
| Equador | 2008, arts. 84 e 411 | A estrutura fundamental, a natureza e os elementos constitutivos do Estado, os direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, e o procedimento de emenda |
| El Salvador | 1983, art. 248 | Forma e sistema de governo; território da República; e impossibilidade de reeleição para a Presidência da República (alternância no poder) |
| Guatemala | 1985, art. 281 | Arts. 140 (Estado independente, livre e soberano, organizado para garantir aos habitantes a fruição de seus direitos e liberdades e sistema de governo republicano, democrático e representativo), 141 (separação de Poderes), 165, al. “g” (poder do Congresso de recusar o reconhecimento do Presidente que continuar no cargo após o fim do mandato), 186 (pessoas vedadas para o exercício dos cargos de Presidente e Vice), e 187 (proibição de reeleição); a forma republicana de governo, a impossibilidade de reeleição para a Presidência da República (alternância) |
| Haiti | 1987, art. 284(4) | Natureza democrática e republicana do Estado |

⁵⁶ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 31-33.

⁵⁷ Fonte: CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. As previsões constitucionais de cada um dos países encontram-se ao final do artigo, em nota.

| País | Constituição, artigos | Cláusulas pétéreas |
|----------------------|------------------------------|--|
| Honduras | 1982, art. 373 | Artigos sobre reforma da Constituição; artigo sobre cláusulas pétéreas; forma de governo; território nacional; mandato presidencial; proibição de reeleição para a Presidência da República |
| México | 1917, n/a | Não há |
| Nicarágua | 1987, n/a | Não há |
| Panamá | 1972, n/a | Não há |
| Paraguai | 1992, n/a | Não há |
| Peru | 1993, n/a | Não há |
| República Dominicana | 2015, arts. 267, 268, 3 e 73 | O Princípio da Não Intervenção; a forma de governo civil, republicana, democrática e representativa |
| Uruguai | 1966, n/a | Não há |
| Venezuela | 1999, arts. 340 e 342 | Os princípios fundamentais previstos nos arts. 1 a 9 (que incluem, <i>e.g.</i> , o caráter democrático, participatório, eletivo, descentralizado, alternativo, responsivo, pluralista, com mandatos revogáveis, do governo e dos órgãos políticos) e a estrutura fundamental da Constituição |

A observação panorâmica desses limites materiais explícitos à reforma nas Constituições dos países democráticos — cada vez mais frequentes⁵⁸ — revela que, em geral, eles veiculam princípios fundamentais e, menos frequentemente, regras que representam concretizações diretas desses princípios⁵⁹. As exceções, no caso latino-americano, ficam especialmente por conta da vedação de reeleição do chefe do Poder Executivo. No caso da Carta brasileira de 1988, o extenso rol de cláusulas pétéreas inclui predominantemente princípios, como a forma federativa, a separação dos Poderes e um extenso catálogo de direitos fundamentais, embora também compreenda as regras do voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º).

A preponderância de princípios no elenco de cláusulas pétéreas está, em verdade, diretamente relacionada à preocupação com a preservação do espaço de deliberação democrática. A principal objeção à vedação de emendas constitucionais em relação a certas matérias diz respeito à limitação do autogoverno das novas gerações, que ficam de “mãos atadas” diante de escolhas feitas por gerações que já estão no caixão⁶⁰⁻⁶¹. Uma segunda objeção é o possível efeito colateral indesejado dessa interdição. Se as cláusulas pétéreas se destinam a preservar a própria Constituição (seu núcleo essencial), ao deixar as novas gerações sem alternativa para

⁵⁸ Como aponta Yaniv Roznai, apenas 17% das constituições mundo promulgadas entre 1789 e 1944 incluiu cláusulas pétéreas (52 de 306), mas esse número cresceu entre 1945 e 1988, quando 27% das constituições mundo promulgadas nesses anos incluiu tais disposições (78 de 286), e ainda mais entre 1989 e 2013 quando já mais de metade das Constituições (53%) incluiu tais disposições (76 de 143). V. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 28.

⁵⁹ A exceção, no caso brasileiro, fica por conta do art. 60, § 4º, II, da Constituição, que trata do voto direto, secreto, universal e periódico.

⁶⁰ ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010. p. 663; JEFFERSON, Thomas. *Carta de 6 set. 1789*. ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 213; PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011. p. 429.

⁶¹ Segundo a Comissão de Veneza, em uma democracia constitucional, “deve-se, em princípio, permitir uma discussão aberta sobre a reforma até mesmo dos mais básicos princípios e estruturas de governo”. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009. No original: “A constitutional democracy should in principle allow for open discussion on reform of even its most basic principles and structures of government”.

efetivar mudanças necessárias, a proibição de emendar certos preceitos pode, na verdade, acabar por incentivar a sua própria destruição, inclusive por meios violentos ou via revolução⁶²⁻⁶³.

Ambas as objeções podem ser suavizadas pela petrificação primordial de princípios, e não de regras. É que os princípios são caracterizados pela relativa indeterminação do seu conteúdo. Eles têm também um “núcleo essencial”, em cujo âmbito funcionam, em geral, como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, porém, existe um espaço amplo de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático⁶⁴. A partir dessa configuração, as cláusulas pétreas tornam-se menos “petrificantes” do que se poderia imaginar. Em *primeiro lugar*, passa-se a admitir algum grau de modificação de seu conteúdo via emendas, desde que o núcleo essencial dos princípios protegidos remanesça intacto. Em *segundo lugar*, o próprio sentido dos princípios, bem como a definição daquilo que se encontra em seu núcleo essencial tornam-se passíveis de atualização ao longo do tempo. É evidente, por exemplo, que o significado atual da dignidade humana não é o mesmo que aquele existente há vinte, cinquenta ou duzentos anos atrás⁶⁵.

Em todo caso, porém, é justamente em função de seu caráter contramajoritário e potencialmente anti-democrático que as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente, sem a pretensão de alargar demasiadamente o seu sentido e alcance. Nessa linha, a Comissão de Veneza⁶⁶ recomenda que as cláusulas de intangibilidade se limitem à tutela dos princípios básicos da ordem democrática e sejam interpretadas e aplicadas de forma restritiva e cautelosa⁶⁷. No Brasil, embora o rol de cláusulas pétreas seja amplíssimo, admite-se a possibilidade de limitação do conteúdo dos princípios e direitos protegidos até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservado o seu núcleo essencial⁶⁸. O próprio Supremo Tribunal

⁶² Sobre o ponto, v. MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito – EC 2/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, 1994. p. 118: “Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma interpretação compreensiva diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia da imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para a continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar sua ruptura”.

⁶³ Segundo a EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009, “todas as evidências históricas indicam que, para constituições que funcionam durante um período de tempo qualquer, o entrenchamento absoluto nunca será na prática absoluto”. Em situações de mudanças significativas ou de forte pressão política, aponta a Comissão, “mesmo as regras ‘não emendáveis’ serão alteradas, de um jeito ou de outro”. No original: 219. All historical evidence indicate that for constitutions that function over any period of time, absolute entrenchment will never in practice be absolute. If circumstances change enough, or if the political pressure gets too strong, then even “unamendable” rules will be changed — one way or the other. In such situations, constitutional unamendability may even have the negative effect of unduly prolonging conflicts and thereby building up pressure and increasing the costs to society of eventually necessary reform.

⁶⁴ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 341: “Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a concretização do princípio da maioria, inerente ao regime democrático. Há um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação democrática”.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016.

⁶⁶ A Comissão de Veneza (Comissão Europeia para a Democracia através do Direito) é órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais, que possui 61 países-membros, sendo 47 países membros do Conselho da Europa e outros 14 países não europeus, incluindo o Brasil. A respeito, confira-se: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN. Acesso em: 24 jul. 2019.

⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009. No original: “218. The Commission however considers that unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. [...] 220. On this basis the Venice Commission would as a general principle advocate a restrictive and careful approach to the interpretation and application of “unamendable” provisions”.

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. No mesmo sentido, v., dentre outros, STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo:

Federal já teve a oportunidade de afirmar justamente que

“não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissórias, que se materializaram no seu texto positivo”.

Por isso mesmo, conclui, “os limites materiais à reforma constitucional [...] não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária”⁶⁹.

Portanto, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não nuclear. Entendimento diverso representaria *sufocar* o espaço de conformação reservado à deliberação democrática e *engessar* o texto constitucional, impedindo sua adaptação a novas realidades e a demandas sociais legítimas, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. Uma interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia, assim, esvaziar o princípio democrático, sobretudo em países como o Brasil, onde as cláusulas pétreas abrangem considerável parcela dos dispositivos constitucionais⁷⁰.

Há, ainda, outra questão relevante. O que deve ocorrer com os países que simplesmente não preveem cláusulas de intangibilidade? Apesar de serem comuns, as cláusulas pétreas “não são um elemento necessário do constitucionalismo”⁷¹. Muitas Constituições não possuem limites materiais explícitos a emendas constitucionais, como é o caso de 10 dos 20 países latino-americanos (conforme a Tabela 3, acima). Será que, nessas situações, as novas gerações podem, com obediência às regras formais de emenda, deliberar por modificar o seu “núcleo essencial” ou, ainda, alterar, integralmente, a Constituição? Pode parecer estranho que os poderes constituídos tenham autoridade para substituir as escolhas mais fundamentais do poder constituinte originário⁷², para destruir ou desfigurar a essência da “identidade” da Constituição⁷³, e para se libertar dos pré-compromissos firmados no momento constituinte.

Diante desses questionamentos, alguns Estados passaram a defender, mesmo sem cláusulas de intangibilidade explícitas, que emendas constitucionais não podem modificar o núcleo essencial do texto, pois isso significaria a substituição da Constituição — o que não estaria compreendido no poder de emenda conferido pelo poder constituinte originário ao poder constituinte derivado⁷⁴. É famosa a frase de William Marbury, para quem “o poder de ‘emendar’ a Constituição não foi concebido para incluir o poder de destruí-la”⁷⁵. Essa tese parte da premissa de que, diversamente do poder constituinte originário — que é, na sua essência, um fato político que se impõe historicamente —, o poder de reforma constitucional é um poder de direito, regido pela Constituição e, portanto, sujeito a limitações. Sendo assim, se a função do poder de reforma é

Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. p. 34 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27.10.1999.

⁷⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47: “As mencionadas cláusulas pétreas foram tão ampliadas pela nova Constituição (até então, seguindo-se o modelo estadunidense, as cláusulas pétreas restringiam-se à República e à Federação) que os quatro temas hoje (e principalmente os direitos e garantias individuais) são encontrados em toda a Constituição: assim, interpretação mais extensa inibiria completamente o poder de emenda. E imobilizar o poder de reforma, na feliz expressão de Paulo Bonavides, é *correr todos os caminhos para a revolução*, isto é, a ruptura violenta da ordem constitucional”.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009.

⁷² Como aponta Richard Kay, “há algo de errado com a ideia de que uma emenda possa alterar o carácter essencial de uma Constituição, ao mesmo tempo que invoca a sua autoridade” (KAY, Richard. *Constituent authority*. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011. p. 715). V., ainda, ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 46.

⁷³ JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2010.

⁷⁴ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008.

⁷⁵ MARBURY, William. The limitations upon the amending power. *Harvard Law Review*, v. 33, 1919. p. 225. No original: “the power to ‘amend’ the Constitution was not intended to include the power to destroy it”.

permitir a adaptação do texto constitucional para preservar-lhe a força normativa, não faz sentido que esse mesmo poder possa ser utilizado para romper a continuidade e deformar a identidade da Constituição. A Constituição, alerta Michael Paulsen, “não é um pacto suicida”, de modo que “seus preceitos não devem ser interpretados de modo a tornar-lhe um (pacto dessa natureza), quando uma construção alternativa for possível”⁷⁶.

Com base nessas ideias, formularam-se diversas teorias para extrair limites substanciais implícitos às emendas constitucionais, como a “Teoria da Estrutura Básica” na Índia e a “Teoria da Substituição” na Colômbia. O problema é que a definição do que é a “estrutura básica”, o “núcleo essencial” ou a “identidade” da Constituição, bem como de quando tais conteúdos básicos estão sendo, de fato, subvertidos, torna-se algo altamente vago e subjetivo na ausência de uma expressa sinalização do constituinte. E essa dificuldade é levada ao extremo quando o conteúdo das emendas se sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, em especial pelas cortes constitucionais.

3.3 O Controle de Constitucionalidade de emendas

A relação entre as cláusulas pétreas explícitas e controle de constitucionalidade material das emendas não é uma relação necessária. De um lado, mesmo países que contêm em seus textos provisões não sujeitas a emenda, podem não adotar um sistema de controle judicial da sua compatibilidade com a Constituição. É o que ocorre na França, por exemplo⁷⁷. De outro lado, países que sequer possuem cláusulas pétreas explícitas admitem que as emendas se sujeitem aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, como é o caso da Colômbia.

No cenário norte-americano e europeu, o controle de constitucionalidade de emendas é formalmente admitido em muitos países. Todavia, poucas cortes constitucionais exercem na prática essa competência, indo ao ponto de declarar a inconstitucionalidade de ato do poder reformador. É o caso da Alemanha, dos Estados Unidos e da Noruega. E mesmo nos países em que há precedentes de invalidação de emendas à Constituição pelas Cortes Constitucionais — como a Áustria, a Bulgária e a República Tcheca —, tais casos são muito raros⁷⁸. Enquanto isso, na América Latina, o cenário é diverso. Com menor ou maior frequência, Cortes e Tribunais Constitucionais da região tanto se pronunciaram pela sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, quanto efetivamente invalidaram alterações ao texto constitucional que não se adequavam aos limites materiais explícitos ou implícitos ao poder de reforma⁷⁹. E isso apesar de nenhuma Constituição da América Latina conferir expressamente aos órgãos de jurisdição constitucional competência para controlar materialmente a constitucionalidade de emendas⁸⁰.

A fiscalização da constitucionalidade das emendas à Constituição nos países latino-americanos se dá tanto quando há cláusulas pétreas explícitas, como no Brasil e na Venezuela, quanto na ausência de qualquer

⁷⁶ PAULSEN, Michael Stokes. The Constitution of necessity. *Notre Dame Law Review*, v. 79, 2003. p. 1257.

⁷⁷ Na França, o Conselho Constitucional, por decisão de 5.11.1962 (FRANÇA. Conselho Constitucional. *Decisão 62-20 DC*, j. 5.11.1962), ao apreciar uma modificação da Constituição introduzida por lei aprovada em referendo popular, declarou expressamente não ter competência para se pronunciar sobre a questão. Essa posição foi reiterada em decisões de 2.9.1992 e 26.3.2003 (FRANÇA. Conselho Constitucional. *Decisão 2003-469 DC*, j. 2.9.1992 e 26.3.2003). V. FAVOREU, Louis; PHILIP, Loic. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 17. ed. Paris: Dalloz, 2003. p. 171 e s.

⁷⁸ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez., 2009; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 188. Em relação à Áustria, ver: ÁUSTRIA. Corte Constitucional. *Sentença G 12/00*, j. 11.10.2001. Já em relação à Bulgária, cf: BULGÁRIA. Corte Constitucional. *Sentença 03/04*, j. 06.07.2004. Por fim, em relação à República Tcheca, ver: REPÚBLICA TCHECA. Corte Constitucional. *Sentença PL ÚS 27/09*, j. 10.09.2009.

⁷⁹ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008; ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 72-79.

⁸⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.

limite substantivo expresso no texto constitucional, como na Argentina (que impôs ao poder de reforma que atuasse “dentro dos princípios da Constituição”), na Colômbia (que definiu que o poder de emenda não inclui o poder de “substituir” a constituição por outra)⁸¹, na Costa Rica (que protegeu o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais)⁸² e no Peru (que considerou os “princípios jurídicos” e “valores democráticos básicos” da Constituição como imutáveis)⁸³.

A legitimidade do controle de constitucionalidade material de emendas é um ponto bastante polêmico, sobretudo quando as limitações substantivas impostas ao poder reformador sequer são mencionadas no texto da Constituição. A textura aberta e vaga dos princípios protegidos pelas cláusulas de intangibilidade acaba conferindo às Cortes um poder enorme, que inclui a definição do próprio conteúdo do “núcleo essencial”, da “estrutura básica” ou da “identidade” da Constituição. Nesse sentido, para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes. Não se deve esquecer que as emendas à Constituição são aprovadas mediante um processo mais dificultoso, que normalmente exige a formação de amplas maiorias, de modo que desfrutem de alto grau de legitimidade democrática e presunção reforçada de constitucionalidade⁸⁴.

Os potenciais benefícios e perigos do controle de constitucionalidade de emendas são ilustrados pelo caso colombiano. Na Colômbia, a Corte Constitucional somente tem competência expressa na Constituição para controlar a constitucionalidade dos erros de procedimento na formação das emendas (Constituição de 1991, arts. 241 e 379) e não há qualquer limite material expresso ao poder de reforma constitucional. Apesar disso, desde a sentença C-551, proferida em 2003, a Corte passou a conferir uma interpretação ampliativa ao conceito de “erro procedimental”, de modo que pudesse exercer fiscalização sobre as emendas não apenas por vícios formais, mas também por vícios materiais⁸⁵. A Corte entendeu que, nos termos da Constituição política vigente, o poder constituinte derivado não tem competência para a substituição integral da Constituição (teoria da *substituição*), mas apenas para aprovar emendas pontuais ao texto (o artigo 374 da Carta prevê que “a Constituição poderá ser reformada...”). Assim, caberia à Corte Constitucional examinar o conteúdo da reforma para verificar, em cada caso, se houve respeito à regra de competência ou se, em verdade, a emenda equivaleria à substituição da Constituição “por outra integralmente distinta ou oposta”. E, segundo afirmou a Corte colombiana, tal limitação de competência deve ser entendida como a necessidade de que a Constituição conserve “sua identidade em seu conjunto e partir de uma perspectiva material”⁸⁶. A partir dessa decisão, afirmou-se, assim, a existência de limites substantivos ao poder de emenda implícitos no texto da Carta de 1991.

A Teoria da Substituição foi, então, aplicada em mais de uma dezena de casos⁸⁷. Em dois deles, a Corte colombiana se debruçou sobre a questão da reeleição presidencial. No primeiro caso, a Sentença C-1040, jul-

⁸¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-551/03*, j. 09.07.2003. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸² COSTA RICA. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça. *Resolução No. 2771-2003 de 04.04.2003*. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-236027>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸³ PERU. Tribunal Constitucional. *Sentença 050-2004-AI/TC*, j. 03.06.2005. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/normativas/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸⁴ GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008. p. 52. Sobre o tema, v., ainda: COMELLA, Víctor Ferreres. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *I-CON*, v. 11, n. 2, p. 339-357, 2013.

⁸⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-551/03*, j. 09.07.2003. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁸⁷ A título exemplificativo, confira-se as Sentenças C-551/2003, C-1200/2003, C-970/2004, C-1040/2005, C-588/2009, C-141/2010, C-1056/2012, C-10/2013, C-285/2016, C-373/2016 (Corte Constitucional da Colômbia).

gada em 2005⁸⁸, a Corte, por apertada maioria (5x4), entendeu pela constitucionalidade de emenda à Constituição que permitia uma reeleição para a chefia do Poder Executivo, por não considerá-la uma substituição da ordem constitucional vigente. Para assim entender, levou em conta o fato de que a permissão de uma única reeleição é relativamente comum internacionalmente e que não caberia à Corte exercer uma avaliação de oportunidade e conveniência da medida. Contudo, alertou que uma alteração para permitir a eleição para mais de dois mandatos seria provavelmente inconstitucional⁸⁹. O Presidente Alvaro Uribe pôde, então, ser reeleito para os quatro anos subsequentes. Porém, ao final do segundo mandato, Uribe obteve a aprovação no Congresso de emenda autorizando um terceiro mandato subsequente, que dependeria então de aprovação em referendo. Antes da realização da consulta popular, em fevereiro de 2010, a Corte Constitucional colombiana voltou a apreciar se a emenda em questão implicaria ou não a substituição da Constituição, na Sentença C-141⁹⁰. Dessa vez, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da emenda. Como fundamento, apontou que a possibilidade de terceira reeleição violaria o princípio da separação de poderes, “um dos elementos fundantes da Constituição colombiana”, já que fortaleceria, excessivamente, a Presidência de modo a alterar o equilíbrio entre os Poderes e órgãos do governo, bem como o princípio democrático, uma vez que afastaria a necessária alternância no Poder.

A decisão é festejada como uma das mais importantes na história da Corte Constitucional colombiana. E é paradigmática na América Latina, já que situações semelhantes ocorreram em muitos países, sem que suas cortes constitucionais invalidassem as emendas⁹¹. Esse foi, precisamente, o caso da Venezuela. A Suprema Corte venezuelana foi chamada a se pronunciar sobre se uma emenda poderia permitir a reeleição ilimitada do Presidente, à luz das cláusulas pétreas, previstas nos arts. 6, 340 e 342, do “sistema de governo [...] alternativo”, bem como da “estrutura básica da Constituição”⁹². Na ocasião, a Sala Constitucional entendeu que a eliminação da inelegibilidade do Presidente que já houvesse exercido o cargo “não subverte o princípio da alternância no exercício do poder”, argumentando que a natureza alternativa do sistema de governo não se encontra na exigência de que lideranças declinem obrigatoriamente suas aspirações legítimas em favor de outras. Encontra-se, isso sim, na

“possibilidade efetiva e real de que o eleitorado [...] participe de processos eleitorais periódicos em que compitam, em igualdade de condições, as várias opções políticas que compõem o corpo social e, assim, tenha oportunidade para decidir entre recompensar aqueles que consideram seus melhores governantes ou renovar completamente as estruturas de poder quando seu desempenho tenha sido fraco.”

Assim, concluiu que o princípio apenas seria violado se os titulares da soberania fossem impedidos de escolher os seus representantes pela não realização de eleições.

Recentes casos na Colômbia demonstram, contudo, que nem sempre a possibilidade de controle de cons-

⁸⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-1040*, j. 19.10.2005.

⁸⁹ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-141*, j. 26.02.2010.

⁹¹ Veja-se também o caso da Costa Rica. A Corte Constitucional da Costa Rica (a “Sala IV”) declarou a inconstitucionalidade de emenda ao art. 132 da Constituição introduzida para proibir a reeleição. Como fundamento, a Corte alegou que a emenda foi utilizada para suprimir de forma absoluta o conteúdo essencial do direito humano e fundamental a ser eleito e a eleger, já que, de um lado, o ex-presidente “não poderá postular seu nome para ser eleito” e, de outro, os “cidadãos não poderão votar nele”.

⁹² VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. *Opinião n. 53*, j. 03.02.2009. No original: “conviene añadir que la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado, como actor fundamental del proceso democrático, acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, en igualdad de condiciones, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido pobre. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”.

titucionalidade material de emendas é utilizada no sentido de impedir “reformas constitucionais abusivas”⁹³, podendo ser empregada para simplesmente barrar reformas que desagradem a Corte. Diante de uma crise institucional no Judiciário colombiano, foram aprovadas duas emendas constitucionais que criaram novos órgãos no Poder Judiciário. Em polêmicas decisões, porém, a Corte Constitucional decidiu que ambas as emendas consubstanciavam, em verdade, uma substituição constitucional. Na Sentença C-285/2016, a Corte entendeu que a criação do Conselho de Governança Judicial violou a separação de Poderes e o autogoverno autônomo do Poder Judiciário⁹⁴. Como notou Mario Cajas Sarria, porém, a reforma apenas substituiu um órgão existente, formado apenas por membros integrantes da estrutura do Poder Judiciário, por outro que, apesar de ter composição diversa, também era formado somente por integrantes da magistratura, de modo que seria “difícil argumentar que o Congresso tenha minado o núcleo do Princípio Constitucional da Independência Judicial” nesse caso⁹⁵. Também, na Sentença C-373/2016, o Tribunal constitucional concluiu que a criação da chamada “Comissão de Aforados”, que modificou o sistema de investigação, acusação e julgamento dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral, teria afrontado a separação de poderes e a independência judicial⁹⁶. A decisão nesse caso foi ainda mais controversa, já que impediu a criação de órgão capaz de promover maior controle e *accountability* do Poder Judiciário em momento em que vivencia séria crise.

O cenário colombiano demonstra que o controle de constitucionalidade substancial de emendas deve ser visto com especial cautela. De um lado, é certo que ele pode impedir que a possibilidade de emendar o texto constitucional seja utilizada de forma abusiva para alterar radicalmente ou suprimir regras e princípios nucleares de uma dada ordem constitucional. De outro lado, os limites substanciais ao poder de emenda também podem ser invocados pelo Poder Judiciário para simplesmente barrar o exercício do poder de emenda em hipóteses legítimas, seja para permitir a adaptação do texto original a novas realidades, seja para atualizar o desenho institucional do Estado para melhorar o desempenho de suas funções.

4 As emendas à Constituição e seu controle no Brasil

4.1 Muitas emendas, muitas mudanças? Reformas à Constituição de 1988

Se as Constituições não podem ser vistas como documentos “intocáveis”, as modificações periódicas passam a fazer parte da própria dinâmica de sobrevivência das Constituições⁹⁷. Porém, costuma-se enxergar com maus olhos os países cujos textos constitucionais são modificados muito frequentemente, como se a taxa de emendas significasse necessariamente uma falta de consolidação e instabilidade do próprio regime constitucional. Essa associação deve, porém, ser analisada com maior cautela. A realidade brasileira pode auxiliar a compreensão de que nem sempre uma elevada quantidade de emendas significa, de fato, a efetivação de muitas mudanças à Constituição ou, ao menos, ao seu núcleo essencial e identidade.

Como se viu, a Constituição de 1988 é *hiperinclusiva*. Trata-se de um texto compromissório, que buscou

⁹³ LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁹⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-285/2016*, j. 01.06.2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-285-16.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁵ SARRIA, Mario Cajas. The unconstitutional constitutional amendment doctrine and the reform of the Judiciary in Colombia. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença C-373/2016*, j. 13.07.2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-373-16.htm>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁹⁷ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing policy: the brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLO, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012. p. 203-222.

conciliar interesses dos diversos setores participantes do processo constituinte, sem que se possa extrair predomínio absoluto de uma única tendência política ou de uma diretriz econômica. A Constituição de 1988 também é *hiperanalítica*. Em suas mais de 250 disposições permanentes e 100 provisórias, organizou a máquina estatal, garantiu direitos, estabeleceu fins públicos, delineou políticas públicas e incorporou uma multiplicidade de interesses (inclusive privados e corporativos). Tudo isso com um grau incomum de detalhes. Ela é composta por normas *indispensáveis* (aquelas que compõem a ideia de Constituição em sentido moderno, que dispõem sobre a organização do Estado e direitos fundamentais), normas *necessárias* no contexto brasileiro (não constitucionalizadas na maior parte dos países, mas que merecem proteção especial na nossa tradição jurídica) e normas *supérfluas* ou *desnecessárias* (que não deveriam sequer constar da Constituição, pois substanciam proteção de matérias que deveriam se situar no âmbito da política ordinária). As duas últimas, como visto, são denominadas pela doutrina convencional de normas apenas formalmente constitucionais, enquanto as primeiras de normas tanto material quanto formalmente constitucionais.

Pelo seu próprio perfil — hiperinclusivo e hiperanalítico —, não deveria causar surpresa que a Constituição brasileira tenha se sujeitado com o passar do tempo a muitas transformações. É natural e inevitável que uma Constituição tão ampla e compromissória tivesse mesmo que ser constantemente atualizada. De fato, ao longo de 30 anos de vigência, foram 6 emendas de revisão e outras 99 emendas, em uma média de 3,5 emendas ao ano. E isso foi possível pelo fato de que, embora a Constituição de 1988 seja *rígida* (i.e., preveja regras mais dificultosas para sua alteração em relação à legislação ordinária), as regras formais para a reforma do texto constitucional são relativamente simples de alcançar. Salvo em relação à iniciativa, o poder de emenda no Brasil fica apenas nas mãos do Congresso, sem a necessidade de aprovação por Assembleias Estaduais ou por consulta popular. Além disso, no contexto do chamado presidencialismo de coalização, o quórum de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa em dois turnos de votação é facilmente atingível pelas coalizões parlamentares de apoio ao Executivo, criando um ambiente institucional altamente favorável à proliferação de emendas constitucionais.

Ainda assim, diante da espantosa cifra de 105 emendas (incluindo as emendas de revisão) e mais de 300 artigos emendados (v. Tabela 5), a impressão geral que fica (sobretudo para um observador externo) é que a Constituição brasileira de 1988 ainda não se consolidou, vivendo uma espécie de “processo constituinte permanente”⁹⁸. Afinal, desde a sua edição, os sucessivos governos sentiram a necessidade de realizar frequentes reformas constitucionais. Contudo, um olhar mais atento sobre as modificações produzidas ao longo dos anos e sobre o próprio texto constitucional levam à conclusão oposta.

Tabela 5 – Emendas à Constituição brasileira de 1988 nos primeiros 30 anos de vigência⁹⁹

| Ano | 89 | 90 | 91 | 92 | 93 | 94 | 95 | 96 | 97 | 98 | 99 | 2000 | 01 | 02 | 03 |
|---------------------------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|------|----|----|----|
| Nº emendas/ano | 0 | 0 | 0 | 2 | 2 | 6* | 5 | 6 | 2 | 3 | 4 | 7 | 4 | 4 | 3 |
| Artigos emendados ou acrescidos | 0 | 0 | 0 | 3 | 10 | 9 | 9 | 11 | 7 | 50 | 17 | 20 | 14 | 11 | 35 |

| Ano | 04 | 05 | 06 | 07 | 08 | 09 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 |
|----------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| Nº emendas/ano | 3 | 3 | 5 | 3 | 1 | 5 | 5 | 1 | 3 | 5 | 8 | 6 | 5 | 4 | 0 |

⁹⁸ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

⁹⁹ Fonte: NOLTE, Detlef. Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics? *Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes*, 2008, p. 25; complementado por pesquisa de elaboração própria.

| Ano | 04 | 05 | 06 | 07 | 08 | 09 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 |
|---------------------------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|-----------------|----|----|
| Artigos emendados ou acrescidos | 35 | 6 | 14 | 4 | 1 | 11 | 5 | 1 | 5 | 6 | 9 | 18 | 20 ¹ | 6 | 0 |

¹ A Emenda Constitucional no 91/2016 não alterou nenhum dispositivo da Constituição, limitando-se a criar uma janela de desfiliação partidária, de vigência temporária, que facultou “ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão”.

| | | | |
|-----------------|---------------------|--|-----------------------|
| Balanco: | 30 anos de vigência | 105 emendas (99 emendas e 6 emendas de revisão em 1994*) | 337 artigos emendados |
|-----------------|---------------------|--|-----------------------|

Em verdade, após 30 anos de vigência, o diagnóstico quase unânime é o de que a Carta desfruta de inegável sucesso político-institucional¹⁰⁰. Ela tem sido capaz de absorver, sem traumas significativos, instabilidades eleitorais, políticas e econômicas que, em outros tempos, certamente teriam produzido rupturas. E mais: teve o mérito de criar um ambiente propício para a difusão de um sentimento constitucional, apto a inspirar uma atitude de maior acatamento em relação à Lei Maior. É preciso, portanto, explicar esse aparente paradoxo. As perguntas que devem ser respondidas são: tantas reformas teriam alterado o “núcleo essencial” e a “identidade” da Constituição? Corremos o risco de desfigurar a Constituição por meio das sucessivas emendas?

A análise do conteúdo de cada uma das emendas constitucionais aprovadas no Brasil permite concluir que elas não foram capazes de abalar o “núcleo essencial” da Carta de 1988. Em verdade, as alterações atingiram, em sua maioria, as partes do seu texto vocacionadas a disciplinar temas cuja natureza é nitidamente infraconstitucional, mas que, por opção do constituinte, integram a Constituição formal, com especial destaque para os delineamentos de políticas públicas específicas¹⁰¹. Nos últimos anos, todas as reformas mais significativas no país — como reformas da previdência, do Judiciário, tributária e econômica — dependeram de emendas à Constituição.

Há inúmeros exemplos de reformas constitucionais realizadas que evidentemente não dizem respeito a conteúdos indispensáveis ou necessários em nossa Constituição. Foram acrescidos ou alterados preceitos sobre: (i) custeio das aposentadorias de servidores públicos (EC 3/1993), (ii) exploração dos serviços de gás canalizado pelos Estados (EC 5/1995), (iii) admissão de professores estrangeiros nas universidades brasileiras (EC 11/1996), (iv) instituição de fundo social de emergência para saneamento financeiro do governo federal (EC 17/1997), (v) reforma da previdência social (EC 20/1998), (vi) limite de despesas com o Poder Legislativo municipal (EC 25/2000), (vii) prescrição de ação quanto a créditos das relações do trabalho (EC 28/2000), (viii) pagamento de precatórios judiciais pelos entes de direito público (EC 30/2000), (ix) permissão de participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão (EC 36/2002), (x) instituição de contribuição de custeio da iluminação pública (EC 39/2002), (xi) ampliação de prazo de programa de irrigação em regiões áridas (EC 43/2004), (xii) registro de brasileiros nascidos no estrangeiro (EC 54/2007), (xiii) supressão de requisito para o divórcio dos casais (EC 66/2010), (xiv) extensão

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, v. 10, n. 25, p. 25-66, 2008.

¹⁰¹ A principal hipótese utilizada para explicar a contínua necessidade de reforma constitucional no Brasil é a de que a constituinte assumiu um compromisso maximizador, trazendo para o texto da constituição uma grande quantidade de políticas públicas, modos de efetivação de direitos e interesses de grupos particulares. Assim, “Na medida em que diversas políticas públicas estão previamente definidas na Constituição, é preciso reformá-la quando determinado grupo chega ao poder, para adequá-la a seu projeto de governo” (V. NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da constituição de 1988. In: DIMOULIS, Dimitri, et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 25).

a profissionais de saúde militares a permissão para a cumulação de cargos (EC 77/2014), (xv) prazo da Zona Franca de Manaus (EC 84/2014), entre muitos outros. Assim, o alto índice de emendabilidade da Constituição brasileira se explica, em boa medida, pela constitucionalização de políticas de governo e de outras tantas matérias tipicamente infraconstitucionais, que normalmente ficariam a cargo da legislação ordinária.

A corroborar essa conclusão, interessante estudo de Rogério Arantes e Cláudio Couto revelou que 30,5% dos dispositivos que integravam o texto original da Constituição brasileira de 1988 se referiam a políticas públicas concretas¹⁰². Os autores demonstraram que essa realidade não encontra paralelo nas Constituições mundo afora, em que predominam conteúdos materialmente constitucionais. E isso mesmo em relação a Constituições analíticas editadas no pós-Segunda Guerra (como a da Alemanha, que teria apenas 1% de políticas públicas reguladas no texto) e a Constituições dirigentes (como a de Portugal, cuja taxa de políticas públicas seria de 4,5%)¹⁰³. O estudo analisou, ainda, o conteúdo de todas as emendas à Constituição promulgadas durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso, verificando, de forma surpreendente, que 68,8% dos dispositivos reformados se referiam a políticas públicas (portanto, às normas apenas formalmente constitucionais).

Durante três décadas de vigência, foram aprovadas algumas emendas relativas à parte materialmente constitucional da Constituição. Contudo, elas se caracterizaram, em sua ampla maioria, pela intenção de elevar o grau de proteção do indivíduo em face do Estado, tutelando novos direitos, ou pela atualização do desenho institucional dos Poderes, a fim de que pudessem melhor desempenhar as funções que lhes foram imputadas pela Constituição. É o caso, por exemplo, da EC 26/2000 (que incluiu a moradia como direito fundamental), da EC 45/2004 (que definiu a razoável duração do processo como direito fundamental), da EC 90/2015 (que incluiu o transporte no rol de direitos sociais), e, ainda, da EC 92/2016 (que explicitou que o Tribunal Superior do Trabalho integra a estrutura do Poder Judiciário). A identidade ou o “núcleo essencial” da Constituição permaneceram, desse modo, quase inalterados. Nessa linha, o mesmo estudo supracitado demonstrou que, em relação aos 31,2% dos dispositivos reformados que se referiam a normas materialmente constitucionais, mais da metade (17,9% do total) apenas ampliaram garantias ou modernizaram instituições. As exceções mais significativas foram a EC 16/1997, que introduziu a possibilidade de reeleição do Presidente para um mandato subsequente, e a EC 32/2001, que restringiu o poder do Presidente da República de editar medidas provisórias, de modo a moralizar o uso desse instrumento normativo.

É possível, então, concluir que o elevado número de emendas à Constituição no Brasil está mais fortemente relacionado à necessidade, criada pela própria abrangência e detalhamento dos temas apenas formalmente constitucionais tratados na Constituição, de que a política ordinária seja feita por meio de emendas. Não se pode, portanto, relacionar tal fato com uma suposta instabilidade do “núcleo essencial” da Constituição brasileira, que, como se vê, se manteve imune a alterações mais significativas.

Nesse ambiente institucional altamente favorável à proliferação de emendas constitucionais, a Constituição de 1988 adotou uma interessante estratégia de autopreservação. De um lado, como válvula de escape para a *hiperconstitucionalização* empreendida pelo constituinte originário, estabeleceu um procedimento pouco dificultoso de reforma do texto constitucional. De outro, como barreira de contenção contra possíveis tentativas de descaracterização do seu núcleo essencial, estabeleceu um amplo conjunto de cláusulas constitucionais intangíveis (art. 60, § 4o, da CF). Assim, o sistema de reforma constitucional passou a contar com um mecanismo de aferição da validade constitucional dessas emendas, operado pelo Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade.

¹⁰² ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia*: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220.

¹⁰³ Fonte: CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>. Acesso em: 24 jul. 2019.

4.2 Controle de constitucionalidade de emendas no Brasil

No Brasil, a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil não é controvertida. Na Constituição de 1988, o exercício do poder de emenda sujeita-se à fiscalização jurisdicional tanto sob a ótica *formal* — relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60, *caput*, e §§ 2º e 3º) e às vedações configuradoras de limites circunstanciais (art. 60, § 1º) — quanto pelo prisma *material*, por força de restrições à alteração do conteúdo da Constituição que revele tendência à abolição das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

Mesmo antes da edição da Carta de 88, o controle material das emendas era admitido, sem muitos questionamentos, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O primeiro pronunciamento da Corte a respeito da possibilidade de controle ocorreu em 1926, em caso que discutia reforma constitucional em face da redação originária da Constituição de 1891¹⁰⁴. No caso, embora a discussão tenha se limitado aos aspectos formais da emenda contestada — possibilidade de emendar a Constituição durante estado de sítio, além do quórum e do rito exigidos para a deliberação —, o STF afirmou sua competência para fiscalizar a compatibilidade material da emenda com o texto originário da Carta Política então em vigor.

Sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da Emenda nº 1, de 1969, o STF voltou a admitir, no julgamento do MS 20.257 (Red. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. em 08.10.1980), o controle material de constitucionalidade de emenda à constituição. Mas a Corte foi inclusive além. Discutia-se, naquela ocasião, mandado de segurança impetrado por parlamentar contra a simples tramitação de proposta de emenda à constituição que visava prorrogar mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores de todo o país. O Ministro Relator, Décio Miranda, julgou prejudicado o mandado de segurança, em razão da aprovação superveniente da emenda à constituição pelo Congresso Nacional. Já o Ministro Soares Muñoz, apesar de não considerar o mandado de segurança prejudicado, o indeferia sob o fundamento de que não se poderia controlar preventivamente a constitucionalidade de simples proposta de emenda à constituição. Prevaleceu, entretanto, o voto do Ministro Moreira Alves.

No caso, a corrente vencedora, além de entender que o julgamento do mandado de segurança deveria prosseguir mesmo depois da aprovação da emenda à constituição, afirmou outras duas premissas fundamentais para a compreensão do tema no Brasil. Primeiro, apontou que o poder constituinte derivado estaria limitado juridicamente pelo poder constituinte originário, de modo que caberia ao STF fiscalizar a constitucionalidade das emendas à Constituição à luz das cláusulas pétreas. Segundo, considerou que, diante da redação do texto constitucional, que estabelecia que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”, a limitação material decorrente das cláusulas pétreas se dirigia também ao próprio processamento da emenda, vedando a sua apresentação e a sua deliberação¹⁰⁵. A partir de então, passou-se a autorizar o parlamentar a instaurar perante o STF um controle preventivo de constitucionalidade de simples propostas de emenda à constituição, com base no fundamento de que “a

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 18.178*, Rel. Min. Hermenegildo de Barros, j. em 1926, em que o STF julgou constitucional à luz da Constituição de 1891 a emenda aprovada pelo Congresso Nacional, em 1926, que aumentava os poderes do Executivo.

¹⁰⁵ Veja-se a ementa do julgado: Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento 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 (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20257*, Rel. Min. Décio Miranda, Red. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 08.10.1980).

Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação”.

Na vigência da atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento pelo cabimento tanto da fiscalização repressiva de emendas à Constituição, via ações diretas, quanto do controle preventivo da constitucionalidade em face de meras propostas de emenda constitucionais, por meio de mandados de segurança. A Carta de 1988 praticamente não modificou a redação do preceito que instituiu as cláusulas pétreas em relação à EC 1/1969, tendo apenas aumentado, significativamente, o escopo dos princípios protegidos. O § 4º do art. 60 da Constituição, atualmente em vigor, dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

A primeira ocasião em que o STF voltou a analisar o tema, já sob a nova ordem constitucional, se deu no julgamento de três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a emenda constitucional nº 2/1992, que antecipou de 07.09.1993 para 21.04.1993 a data para realização do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo do país¹⁰⁶. Nessa oportunidade, todos os Ministros do STF concordaram que a emenda constitucional estaria sujeita ao controle jurisdicional à luz do parâmetro material estabelecido no art. 60, § 4º da Constituição. A divergência instaurou-se quanto ao mérito: uma minoria formada por três Ministros — Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence — entendeu que a antecipação da data do plebiscito violava a cláusula pétrea da separação de poderes, vício que, entretanto, não foi reconhecido pela maioria da Corte. Ambas as correntes, embora divergissem quanto à existência do vício de inconstitucionalidade da emenda, manifestaram certo consenso quanto à necessidade do controle das emendas para a manutenção da identidade ou do “núcleo imutável” da Constituição; bem como quanto à especial “dificuldade contramajoritária” que uma decisão judicial de anulação de emenda constitucional trazia, de modo que sua interpretação deve ser restritiva.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal fiscalizou, em múltiplos casos, a compatibilidade material de emendas com a Carta de 1988. Ao contrário do que se poderia imaginar, porém, o fato de a maior parte das sucessivas emendas (mais do que uma centena delas) tratarem de matérias tipicamente infraconstitucionais e preservarem o “núcleo essencial” da ordem constitucional inaugurada em 1988 não implicou uma atuação mais autocontida do STF. Quais foram, então, as consequências dessa dinâmica para o controle de constitucionalidade das emendas aprovadas?

A primeira e mais óbvia consequência é que, em regra, as ações ajuizadas questionaram justamente a constitucionalidade material de emendas que alteraram temas *apenas* formalmente constitucionais. Estudo realizado por Rubens Eduardo Glezer verificou que, das 84 ações diretas que envolviam alegações de inconstitucionalidade de emendas ajuizadas até fevereiro de 2012, mais da metade (53,6%) questionaram as grandes reformas constitucionais promovidas¹⁰⁷. Contra a reforma previdenciária (EC 20/1998) foram propostas 27 ADIs, contra a reforma do Judiciário (EC 45/2004) foram 14 ADIs, e contra a reforma administrativa (EC 19/1998) foram 4 ADIs. Número relevante de ações diretas (16 ADIs) questionou o imposto e a contribuição provisórios sobre operações financeiras, ambos criados por emenda à Constituição (EC 03/1993 e EC 12/1996). Ademais, pelo menos 6 ações diretas se voltaram contra o sistema de pagamento de precatórios e outras duas contra planos fiscais.

A segunda consequência se refere tanto ao *standard* de controle aplicado a esses casos, quanto à frequência com que o STF passa a ser acionado para fiscalizar as emendas. O fato de a maior parte das emendas aprovadas modificarem normas constitucionais “supérfluas” ou “desnecessárias”, que cristalizavam delinea-

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 829, 830 e 831*, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 14.04.1993.

¹⁰⁷ GLEZER, Rubens Eduardo. Ativismo moderado do STF no controle das emendas constitucionais. In: DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

mentos concretos e muito específicos de políticas públicas e do arcabouço de vários ramos do direito, que normalmente seriam regulados pelo legislador ordinário, conduz o STF a um certo impasse. Caso o conteúdo dessas emendas tivesse sido veiculado por lei, seria admitida, sem nenhuma dificuldade, uma ampla fiscalização constitucional. Porém, no momento em que tais matérias são constitucionalizadas, torna-se mais difícil justificar o controle de sua compatibilidade com o texto constitucional, já que, por seu próprio objeto, tais emendas dificilmente seriam capazes de violar cláusulas pétreas ou de desfigurar o núcleo essencial da Carta de 1988.

Assim, se a Corte brasileira optasse por conferir aos limites materiais ao poder reformador interpretação restritiva, deixaria de ser capaz de afastar eventuais excessos praticados pelo constituinte reformador em temas de política ordinária. O Supremo então, diante desse impasse, tem preferido, na vigência da atual Constituição, submeter tais emendas a um controle mais rígido. Disso decorre que o STF tem conferido, nesses casos, uma leitura bastante ampliativa do risco de tendência à abolição das cláusulas pétreas. De certo modo, assim agindo, o STF aproxima o controle de constitucionalidade das emendas relativas a temas *apenas* formalmente constitucionais ao controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Diversos casos ilustram esse diagnóstico.

Na ADI 939 (rel. Min. Sydney Sanches, j. em 12.1993), questionou-se a Emenda Constitucional nº 3/1993, que instituiu um tributo denominado IPMF, cuja vigência seria imediata, afastando-se a vedação constitucional da cobrança de tributo “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou” (art. 150, III, “b”, Constituição de 1988). O dispositivo da emenda foi, porém, declarado inconstitucional pelo STF. Para tanto, a Corte teve de enquadrar o Princípio da Anterioridade Tributária como um direito fundamental e, logo, imutável por força de previsão no rol de cláusulas pétreas. E o STF assim entendeu apesar de o princípio não se encontrar *topograficamente* no Título II da Constituição (relativo aos “direitos e garantias fundamentais”) e de a própria Carta ter previsto outros tributos dispensados de obedecer ao Princípio da Anterioridade.

Em outro precedente paradigmático, na ADI 1.946 (rel. Min. Sydney Sanches, j. em 03.04.2003), o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade que impugnava o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998, que instituiu teto de R\$ 1.200,00 para os benefícios do regime geral de previdência social, enunciados no art. 201 da Constituição. O Tribunal conferiu interpretação conforme a Constituição à norma constitucional, a fim de excluir de seu âmbito de incidência os salários concedidos à mulher no período de licença à gestante, direito previsto no art. 7º, XVIII, da CF e enquadrável na locução “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, consagrada no inciso II do art. 201. O fundamento para a exclusão foi o temor de esvaziamento da proibição de diferença de salários por motivos de sexo, uma vez que a limitação do benefício previdenciário acarretaria a assunção da eventual diferença de valor por parte do empregador, o que tenderia a desencorajar a admissão de mulheres ou o estabelecimento de seus salários em patamar acima do limite. Repare-se que a emenda tratou de tema — o teto previdenciário — apenas formalmente constitucional, *i.e.*, que não deveria ter sido previsto na Constituição, mas, sim, instituído mediante lei. E, como decorrência disso, mais uma vez, o STF adotou um parâmetro de controle mais rigoroso para declarar a inconstitucionalidade da emenda. Essa situação se repetiu em, pelo menos, mais uma dezena de casos nos quais a Corte brasileira entendeu pela inconstitucionalidade (total ou parcial) de emendas à Constituição que tratavam, em verdade, de temas tipicamente regulados pela via da legislativa ordinária¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Confrim-se: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3105 e 3128*, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, j. 18.08.2004 (referentes à EC 41/2003, que entendeu que o tratamento discriminatório entre servidores da União e dos demais entes em relação à contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos ofenderia o princípio da isonomia tributária); (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.356-MC e 2.362-MC*, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25.11.2010 (relativas às normas sobre pagamento de precatórios instituídas pela EC 30/2000); (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4425 e 4357*, Rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 14.03.2013 (relacionadas às normas sobre pagamento de precatórios instituídas pela

Uma terceira e última consequência se refere à postura da Suprema Corte do Brasil em relação às reformas efetivadas em normas materialmente constitucionais. Ao contrário do que algumas análises parecem sugerir, nesses casos, o STF exerce o controle de modo mais cauteloso e autocontido. Cabe notar que a Corte não precisou desempenhar, em todos esses anos de vigência da Constituição, um papel de contenção do uso arbitrário do poder reformador pelo Congresso. O STF não foi convocado a impedir qualquer tipo de substituição implícita ou sub-reptícia da Constituição de 1988. Tampouco surgiu, a partir da aprovação de emendas constitucionais, risco efetivo de rompimento da identidade constitucional¹⁰⁹. Se é verdade que algumas propostas de emenda chegam a insinuar uma desfiguração da nossa Carta, pouquíssimas emendas aprovadas suscitaram esse problema de forma concreta.

Para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, até hoje, apenas duas emendas que tratavam de matérias tipicamente constitucionais fragilizaram algum aspecto importante do núcleo essencial da nossa Constituição. Foram elas a “PEC da bengala” e a “PEC da verticalização das coligações”, embora tais aspectos apenas fossem laterais em relação aos objetos das emendas aprovadas. No primeiro caso, o STF analisou a ADI 5.316 MC (Rel. Min. Luiz Fux, j. em 21.05.2015), ajuizada contra a EC 88/2015, que aumentou o limite de idade de aposentadoria compulsória de 70 para 75 anos. O problema na emenda estava, porém, no dispositivo que condicionava a permanência no cargo de Ministros do STF, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, após os 70 anos, a uma nova sabatina no Senado Federal. A Corte entendeu, em sede liminar, que a exigência constituiria afronta ao núcleo essencial da cláusula pétrea da separação dos Poderes, uma vez que importaria em uma interferência política indevida e prejudicial ao “exercício imparcial e independente da função jurisdicional”.

Já no segundo caso, relativo ao julgamento da ADI 3685 (Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 22.03.2006), estava em questão a EC 52/2006, que pôs fim à exigência de verticalização das coligações partidárias, em superação a decisão anterior do STF sobre o tema. No caso, a Corte decidiu que havia violação às cláusulas pétreas pela determinação de aplicação da nova regra ao processo eleitoral que ocorreria antes de um ano do início de sua vigência. Entendeu-se, na hipótese, que a regra da anterioridade eleitoral constitui, no Brasil, um direito fundamental. Este funciona como obstáculo às mudanças repentinas das regras eleitorais para favorecer os ocupantes de cargos eletivos responsáveis por essas mudanças. Porém, mesmo nesses dois casos, suscitaram-se algumas dúvidas tanto sobre se o princípio invocado para invalidar parcela da emenda seria efetivamente cláusula pétrea (no segundo caso) quanto se teria havido, efetivamente, uma reforma “tendente a abolir” a cláusula pétrea invocada.

Além disso, tramitam, atualmente, no STF duas ações diretas em que se discute a constitucionalidade de emendas recentemente aprovadas, ao argumento de que elas teriam alterado preceitos nucleares da Constituição de 1988. A primeira é a ADI 5595 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, contra os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, que reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde, implicando redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos de saúde e agravando o subfinanciamento do SUS. De acordo com a petição inicial, tal emenda violaria os direitos fundamentais à vida e à saúde, que constituem cláusulas pétreas, os princípios da vedação ao retrocesso e da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, bem como o dever de progressividade na concretização de direitos sociais. Nesse caso, em 31.08.2017, o Ministro Relator deferiu a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia dos dispositivos questionados na EC 86/2015, considerando existir vedação constitucional a reformas constitucionais que “impliquem retrocesso no estágio de proteção [de direitos e garantias fundamentais] alcançado [...], ainda que a pretexto de limites orçamentário-

62/2009); (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4307*. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.04.2013 (sobre a composição das Câmaras Municipais e a retroação de efeitos às eleições de 2008 permitida pela EC 58/2009).

¹⁰⁹ Tramitam, atualmente, no STF duas ações diretas em que se alega que emendas constitucionais recentemente aprovadas alteraram a identidade da Constituição de 1988: a ADI 5595 contra os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, que reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde, e a ADI 5680 contra a EC 95/2016, que estabeleceu teto para os gastos públicos da União por 20 anos.

-financeiros”. Desse modo, reconheceu-se, na decisão monocrática em sede de cautelar, que o gasto mínimo em matéria de saúde integra o núcleo essencial do direito à saúde, sendo insuscetível de reforma.

O segundo caso pendente de análise pelo Supremo é o das ADIs 5633, 5658 e 5680 (Rel. Min. Rosa Weber) contra a EC 95/2016, que estabeleceu teto para os gastos públicos da União por 20 anos. Um dos argumentos principais das ações é de que o congelamento dos pisos constitucionais dos gastos com educação e saúde compromete significativamente as bases materiais que permitem a efetivação desses direitos, já que promoverá a redução drástica dos gastos *per capita*, dado o acréscimo populacional. Com isso, seriam violados os direitos fundamentais à saúde e à educação (na vertente da garantia do mínimo existencial), considerando-se que as normas que instituem os pisos de gastos constituem condições materiais mínimas para a realização desses direitos, bem como o princípio da vedação ao retrocesso.

De tudo isso, é possível afastar a leitura tradicional a respeito da atuação do STF nos casos de controle de constitucionalidade de emendas. Em verdade, tal controle tem se dado de forma menos ambiciosa do que parece. A Corte Constitucional tem adotado uma leitura mais ampliada do conteúdo e do alcance das cláusulas pétreas apenas quando as emendas constitucionais cuidam de normas apenas formalmente constitucionais, que não são necessárias à luz do núcleo essencial da Constituição brasileira. Já nas situações — mais raras — em que o ato do poder reformador afete normas materialmente constitucionais, importantes para a manutenção da identidade constitucional brasileira, o escrutínio adotado tem sido menos rigoroso e a interpretação do conteúdo das cláusulas pétreas mais restritivo, preservando-se, em maior grau, a decisão do poder constituinte derivado. Por isso, ao contrário do que se imagina, o Supremo Tribunal Federal tem sido deferente ao poder constituinte reformador no controle de constitucionalidade de emendas que alteram normas que compõem o núcleo essencial da Constituição de 1988. Nessas situações, as hipóteses de procedência do pedido, com invalidação das emendas, são relativamente incomuns na experiência brasileira.

5 Considerações finais

As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, enfrentam o perigo de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, deve-se, de um lado, permitir emendas à Constituição e, de outro, buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de “cláusulas pétreas”.

Para auxiliar a compreensão da complexa questão da durabilidade das Constituições, foram expostos, ao longo do estudo, os delineamentos e potencialidades desses dois instrumentos — poder de emenda e cláusulas pétreas — especialmente à luz da experiência latino-americana. O caso brasileiro recebeu um tratamento especial na última parte do trabalho, na qual se buscou afastar dois sentidos comuns em relação a esses temas. De um lado, o de que a alta taxa de emendas à Constituição de 1988 significaria necessariamente uma falta de consolidação e instabilidade do próprio regime constitucional. De outro lado, o de que o STF submeteria as emendas a um controle muito rígido, a partir de uma leitura ampliada das cláusulas pétreas, de modo a impor amarras excessivas no poder reformador.

Em relação ao primeiro ponto, demonstrou-se que a ampla e constante necessidade de atualização da Carta brasileira de 1988 decorre do seu perfil hiperinclusivo e hiperanalítico, bem como da elevação ao nível constitucional de políticas de governo concretas e de outras tantas matérias tipicamente infraconstitucionais, que normalmente seriam veiculadas pela legislação ordinária. Não se pode, portanto, relacionar tal fato a uma suposta instabilidade do “núcleo essencial” da Constituição brasileira, que, ao longo de quase 30 anos,

se manteve imune a alterações mais significativas. Já no que se refere ao segundo ponto, apontou-se que a atuação do STF no controle de constitucionalidade de emendas é menos ambiciosa do que parece. A Corte somente tem atuado de forma mais rigorosa e menos deferente nos casos em que as reformas cuidam de normas apenas formalmente constitucionais, que, a rigor, deveriam ser reguladas pela política ordinária.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. v. 1.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. v. 2.
- ALBERT, Richard. Constitutional handcuffs. *Arizona State Law Journal*, v. 42, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, 2006.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing policy: the brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLO, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012. p. 203-222.
- ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAUJO, Cicero Romão Resende de; SIMÕES, Júlio Assis (org.). *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild (Hucitec); ANPOCS, 2009.
- ÁUSTRIA. Corte Constitucional. *Sentença G 12/00*, j. 11.10.2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, v. 10, n. 25, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad*. Texto para Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Bogotá, 2005.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *Models of constitutional review (reform and amendments) in Latin America: a comparative analysis*. Paper Prepared for the VI IACL World Congress on Constitutional Law, 2004.

- BULGÁRIA. Corte Constitucional. *Sentença 03/04*, j. 06.07.2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CADENA, Carlos Alberto López. *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana: concepto, justificación y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2015.
- CAMERLENGO, Quirino. *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Milão: Giuffrè, 2007.
- CHACON, Vamireh. *Vida e morte das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.
- COMELLA, Víctor Ferreres. El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- CONSTITUTE PROJECT. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/>.
- CORDEIRO, Jose Luis. Constitutions around the World: a view from Latin America. *Discussion Paper n. 164*, Institute of Developing Economies, 2008.
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés; BAER, Susanne. *Comparative constitutionalism*. Minnesota: West Academic Publishing, 2003.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Teoria da mudança constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The endurance of national Constitutions*. Cambridge: New York: Cambridge University Press, 2009.
- ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on Constitutional Amendment*, adopted 11-12, dez. 2009.
- FALLON, Richard H. "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, 1997.
- FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 17. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *Revista Plenarium - Câmara dos Deputados*, v. 1, p. 53, 2004.
- FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn. Towards a theory of constitutional change. In: FUSARO, Carlo; OLIVER, Dawn (eds.). *How Constitutions change: a comparative study*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. *Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty*. Paper University of Chicago, 2014.
- GLEZER, Rubens Eduardo. Ativismo moderado do STF no controle das emendas constitucionais. In: DIMOULIS, Dimitri et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- GÖZLER, Kemal. *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008.
- GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*. 5 out. 1988. Disponível em: [BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.50-54, 2019](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-</p></div><div data-bbox=)

- GUIMARAES-(10-23).html. Acesso em: 24 jul. 2019.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. Limites de la mutación constitucional. In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. In: HORTA, Raul Machado. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional identity*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2010.
- JEFFERSON, Thomas. *Carta de 6 set. 1789*.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.
- KAY, Richard. Constituent authority. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011.
- LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Rio de Janeiro: Editorial Ariel, 1986.
- MARBURY, William. The limitations upon the amending power. *Harvard Law Review*, v. 33, 1919.
- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. [mimeografado].
- ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. *Mudança constitucional: o Brasil pós-1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Plebiscito – EC 2/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 7, 1994.
- MENDONÇA, Eduardo. Impeachment: o direito constitucional fora dos tribunais. *Jota*, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impeachment-o-direito-constitucional-fora-dos-tribunais-25032015>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. t. 2.
- NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da Constituição de 1988. In: DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- NEGRETTO, Gabriel. The durability of Constitutions in changing environments: explaining constitutional replacements in Latin America. *Working paper n. 350*, The Helen Kellogg Institute for International Studies, 2008.
- NOLTE, Detlef. *Constitutional change in Latin America: power politics or symbolic politics?* Paper ECPR Joint Session of Workshops Rennes, 2008.
- PAINE, Thomas. *The rights of man*. Nova York: Anchor, 1969.
- PAULSEN, Michael Stokes. The Constitution of necessity. *Notre Dame Law Review*, v. 79, 2003.
- PREUSS, Ulrich K. The implications of “eternity clauses”: the german experience. *Israel Law Review*, v. 44, 2011.

- PULIDO, Carlos Bernal. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *I-CON*, v. 11, n. 2, 2013.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- REPÚBLICA TCHECA. Corte Constitucional. *Sentença PL ÚS 27/09*, j. 10.09.2009.
- ROZNAI, Yaniv. Unamendability and the genetic code of the Constitution. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 514, 2011.
- ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016.
- SARRIA, Mario Cajas. The unconstitutional constitutional amendment doctrine and the reform of the judiciary in Colombia. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/09/the-unconstitutional-constitutional-amendment-doctrine-and-the-reform-of-the-judiciary-in-colombia/>. Acesso em: 23 jul. 2019.
- SCHILLING-VACAFLOR, Almut (org.). *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing Limited, 2012.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham: London: Duke University Press, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Mutações constitucionais. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- VALDÉS, Ernesto Garzon. Derecho y democracia en América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 7, n. 1-2, 2000.
- VEJA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.
- VENEZUELA. Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça. *Opinião n. 53*, j. 03.02.2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ZANDONADE, Adriana. Mutaçao constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 194, n. 35, 2001.

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