

LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA

**PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DAS LIMITAÇÕES
MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA

**PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO DAS LIMITAÇÕES
MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação de Mestrado,
apresentada a Banca Examinadora do
Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, na área de
concentração de Direito do Estado, sob
a orientação do Professor Doutor
Roger Stiefelmann Leal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2018

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, inteligência suprema, causa primária de todas as coisas.

À Isabella, meu amor, agradeço imensamente por todo o apoio, paciência e parceria; por caminhar ao meu lado para juntos vencermos mais um desafio.

Ao meu pai, à minha mãe e aos meus irmãos, agradeço por constituírem – ontem, hoje e sempre – os alicerces de carinho e felicidade da minha vida.

Ao meu orientador, Professor Roger Stiefelmann Leal, agradeço por todo o apoio concedido à minha pesquisa. A sua orientação minuciosa e rigorosa foi fundamental para a conclusão do trabalho.

Devo agradecer também a Rodrigo Mudrovitsch, grande incentivador dessa empreitada acadêmica e amparo essencial para que ela fosse concluída com êxito.

Agradeço, ainda, aos meus amigos Michel Yamashita, Lucas Santos, Júlio Leão, Leonardo Leite Chaves, Alexandre Vitorino Silva, Luís Belém, Paulo Timponi Torrent, Mário Henrique Ditticio, Rafael Ferreira, Pedro Júlio Sales D'Araújo, Alexandre Freire, Luís Felipe Alves e Gustavo Teixeira Gonet Branco pela colaboração inestimável.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo espaço concedido ao meu trabalho de pesquisa.

RESUMO

ROSA, Lucas Faber de Almeida. **Parâmetros de interpretação das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição**. 2018. 159 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A principal finalidade da presente dissertação é identificar parâmetros interpretativos das cláusulas pétreas, contribuindo para o debate desses relevantes mecanismos constitucionais. Não se pretende fixar regras abstratas de interpretação para jurisdição constitucional, mas, sim, estabelecer referenciais aptos a, de um lado, fornecer critérios para abordagem do caso concreto e, por outro, municiar a comunidade jurídica de ferramental para examinar criticamente a judicialização do processo de construção constitucional. Para tanto, são analisadas as teorias elaboradas até o momento pelos juristas, problematizando não apenas o alcance conferido por cada uma às cláusulas pétreas, mas também os pressupostos reproduzidos pela doutrina a respeito do tema. Com efeito, são revisitados dois pressupostos largamente adotados sobretudo por interpretações expansivas das cláusulas pétreas: (i) a concepção de que as limitações materiais ao poder de reforma se colocam como postulados abstratos, adotados em momento de deliberação superior; e (ii) a percepção de que a jurisdição constitucional é instituição capaz de ser condutora primordial do processo de reforma, potencializada pela adoção de interpretação principiológica das cláusulas pétreas. A crítica desses pressupostos desvela a nuance institucional das cláusulas pétreas, exigindo que a análise de sua extensão interpretativa passe pela reflexão sobre a repercussão no processo de construção constitucional. A partir dessa premissa, as teorias da interpretação das cláusulas pétreas são revisitadas com o objetivo de estabelecer parâmetros interpretativos condizentes com o texto constitucional. Nesse contexto, interpretações ampliativas das cláusulas pétreas são naturalmente abordadas com maior ceticismo. Contudo, mesmo as teorias restritivas impõem cuidado metodológico mais apurado do jurista. Não basta afirmar a necessidade de interpretar as limitações materiais de forma restritiva, ante suposto déficit democrático do Poder Judiciário, sem considerar que os dispositivos petrificados efetivamente têm papel importante a

desempenhar no sistema constitucional. Simplesmente articular com a necessidade de restringir o alcance das cláusulas pétreas pode igualmente significar casuísmo da jurisdição constitucional, especialmente quando seus integrantes encontram respaldo ideológico na coalizão nacional dominante e pretendem facilitar movimentos de alteração constitucional. Com base nesses pressupostos, a dissertação avança para propor parâmetros interpretativos dos limites materiais à reforma a partir dos seguintes referenciais: os limites textuais; a expressão “tendente a abolir” prevista no § 4º do art. 60 da Constituição Federal; e os imperativos sistêmicos. Sustenta-se que a redação das limitações materiais deve ser o ponto de partida e de chegada da respectiva interpretação, sendo impróprio abandonar o texto para buscar em valores morais a resposta adequada ao problema posto. O argumento central será desenvolvido no sentido de que o intérprete deve adotar como centro de gravidade a literalidade dos preceitos em jogo, norteadas pela expressão “tendente a abolir”. Por isso, não é qualquer modificação constitucional que merece a reprimenda jurisdicional. Defende-se também que o alcance das limitações materiais deve ser perscrutado a partir da noção de sistema jurídico, presente a insuficiência do método exegético. Não se trata de buscar valores ou princípios intrínsecos à Lei Maior, mas, sim, de identificar no funcionamento do sistema constitucional o sentido atribuível aos conceitos elencados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Palavras-chave: jurisdição constitucional; cláusulas pétreas; reforma constitucional; hermenêutica constitucional; processo constituinte; democracia.

ABSTRACT

ROSA, Lucas Faber de Almeida Rosa. **Interpretation parameters of the material limits to constitutional amendment**. 2018. 159 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

The main purpose of this thesis is to identify interpretation parameters to material limits of constitutional reform, contributing to the debate of these relevant constitutional mechanisms. The thesis does not intend to fix abstract rules to judicial review, but to provide references to the analysis of constitutional amendments. Thus, the theories elaborated so far by the jurists are analyzed, problematizing not only the scope conferred by each one to the material limits of reform, but also the presuppositions reproduced by the doctrine. In fact, two assumptions largely adopted by expansive interpretations of the material limits are revisited: (i) the conception that material limitations on the power of reform are considered abstract postulates, adopted in a superior deliberation; and (ii) the perception that judicial review is an institution capable of being protagonist of constitutional reform, enhanced by the adoption of a principiological interpretation of material limits. The critique of these premises reveals the institutional nuance of material limits, requiring that the analysis of their interpretive extension pass through reflection on the repercussion in the process of constitutional construction. From this premises, theories of interpretation of material limits are revisited in order to establish interpretive parameters consistent with Constitution. In this context, expansive interpretations of material limites are naturally approached with greater skepticism. However, even restrictive theories impose more precise methodological care. It is not enough to affirm the need to interpret material limitations in a restrictive manner, given the supposed democratic deficit of judicial branch, without considering that material limits effectively have an important role to play in the constitutional system. Simply articulating with the need to restrict the scope of material limits can also mean a casuist judicial review, especially when its members find ideological support in the dominant national coalition and intend to facilitate constitutional change movements. Based on these assumptions, the thesis advances to propose interpretive parameters of material limits based on the

following references: the textual limits of Constitution and systemic imperatives. It is argued that the text of material limits must be the starting point and the point of arrival of interpretation, and it is inappropriate to abandon the text to seek in moral values the adequate response to the problem posed. The central argument will be developed in the sense that the interpreter should adopt as a center of gravity the literality of the precepts at stake, guided by the expression "tending to abolish", listed in art. 60, § 4^o, of the Brazilian Federal Constitution. Therefore, it is not any constitutional change that must be nullified by the judicial branch. It is also argued that the scope of material limits must be examined from the notion of legal system, given the insufficiency of the exegetical method.

Keywords: judicial review; constitutional amendment; constitutional interpretation; constituent process; democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E SUA INTERPRETAÇÃO	15
1.1 Limitações materiais ao poder de reforma: noções gerais	15
1.2 Corrente ampliativa	20
1.2.1 Visão idealizada do poder constituinte originário	21
1.2.2 Desconforto com a alteração da Constituição	26
1.2.3 Confiança na capacidade de o Poder Judiciário proteger e incrementar o projeto constitucional delineado no momento fundacional	28
1.2.4 Interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma	34
1.3 Corrente restritiva	36
1.3.1 Visão realista do poder constituinte originário	36
1.3.2 Compreensão da necessidade de alteração da Constituição	38
1.3.3 Desconfiança da legitimidade democrática do Poder Judiciário para operar como protagonista da reforma constitucional	40
1.3.4 Rejeição da abordagem principiológica das limitações materiais ao poder de reforma ..	42
CAPÍTULO 2 – LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA: CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS REVISITADOS	46
2.1 Cláusulas pétreas e a contingencialidade dos processos de transição política	46
2.1.1 Transitologia política e superconstitucionalidade	46
2.2.2 O processo de transição política do Leste Europeu	50
2.2.3 As condições reais de deliberação e as cláusulas pétreas	57
2.2 A mudança é a regra: implicações institucionais da inserção do Poder Judiciário como última instância do processo de construção constitucional	66
2.2.1 Cláusulas pétreas como mecanismos de deslocamento institucional.	67
2.2.2 Jurisdição constitucional e cláusulas pétreas: implicações institucionais.	71
2.2.3 O argumento contramajoritário da jurisdição constitucional	84
2.3 A necessária diferenciação metodológica do controle de constitucionalidade de Emenda... ..	88
2.4 Interpretação extensiva ou restritiva? O casuísmo na interpretação das limitações materiais ao poder de reforma	94
CAPÍTULO 3 - PARÂMETROS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA	105
3.1 Horizonte textual das limitações materiais ao poder de reforma	105
3.2 A expressão “tendente a abolir”	118
3.3 Limitações materiais ao poder de reforma e o sistema constitucional	127
CONCLUSÃO	138
BIBLIOGRAFIA	150

INTRODUÇÃO

Quando as cláusulas pétreas são inseridas no debate público, aos interlocutores imediatamente surge a imagem do núcleo intangível da Constituição, que não pode ser alcançado sequer por debates parlamentares conduzidos no âmbito do processo constitucional qualificado de reforma. De fato, não é raro observar na cena política brasileira agentes políticos invocando as cláusulas pétreas como limites a mudanças institucionais e, até mesmo, à própria discussão no seio da comunidade.

Nessa linha, as cláusulas pétreas buscam fundamento no intento do poder constituinte originário impor limites éticos e substanciais além dos quais seu próprio projeto de nação seria desnaturado¹. A geração que elaborou a Constituição como lei suprema da sociedade, com pretensão de eternização, vincula as demais em seus fundamentos mais caros, impedindo que deliberações dos poderes constituídos rompam com a própria essência do texto constitucional. Sob esse ângulo, as cláusulas pétreas assegurariam que o processo de construção constitucional siga determinadas balizas que impeçam qualquer regressão na comunidade².

No Brasil, a consagração das cláusulas pétreas em sucessivos textos constitucionais consolidou o entendimento de que elas são juridicamente vinculantes e parâmetros para o controle de constitucionalidade de emendas à Carta Federal³. Nessa linha, o elenco de cláusulas pétreas no art. 60, §4^a, da Constituição⁴, o Supremo Tribunal Federal consolidou a possibilidade de controle

¹ Oscar Vilhena Vieira define o fenômeno da superconstitucionalidade, expresso nas cláusulas pétreas, como “processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da produção legislativa, assim como a da reforma da Constituição, a estar vinculadas não somente à realização de um procedimento, mas à submissão a um Direito com conteúdo ético, que busca seu fundamento nos direitos humanos, no direito natural e nos princípios do Estado de Direito e da separação dos Poderes” (*A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.25-26.)

² Nesse sentido: HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: *Constitutionalism and Democracy*. Editado por Jon Elster e Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 240.

³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional. In: *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 273-274.

⁴ § 4º 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;

das emendas constitucionais⁵. Desde então, a Corte declarou a inconstitucionalidade de inúmeras emendas constitucionais, intervindo em vasta gama de temas, desde reformas previdenciárias até alterações no regime de precatórios.

Assim, o Supremo tem recorrentemente manuseado as cláusulas pétreas e participado do processo de construção constitucional. A par da elaboração de justificativas teóricas para a existência e legitimidade democrática das cláusulas pétreas, que permeiam grande parte da doutrina, não são poucas as perplexidades que envolvem a interpretação dessa espécie normativa. A extensão que deve ser conferida às cláusulas pétreas e o papel interpretativo desempenhado pelo Poder Judiciário convergem para a elaboração das seguintes perguntas: como devem ser interpretadas as limitações materiais ao poder de reforma? É pertinente a interpretação ampliativa das cláusulas pétreas?

A doutrina se divide na tentativa de responder a essa espécie de questionamento. Existem, de um lado, teorias que buscam ampliar o alcance das cláusulas pétreas, partindo, ora de sua classificação como princípios, ora da identificação de pressupostos normativos abstratos para o regular funcionamento do regime democrático, não raro extraídos das teorias da justiça.

Por outro lado, autores defendem interpretação restritiva das limitações materiais ao poder de reforma, com abordagem realista do momento fundacional, partindo da premissa de que a mudança é a regra do processo de construção constitucional. Além disso, essa corrente não vislumbra na jurisdição constitucional ator institucional apto a desempenhar papel protagonista na

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁵ Neste ponto, não é possível mencionar a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais sem fazer referência à obra de Otto Bachof, denominada "Normas constitucionais inconstitucionais?". Ao abordar o tema a princípio paradoxal, Bachof sustentou a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais inseridas pelo poder constituinte derivado, abordando expressamente o tema das cláusulas pétreas: "Uma lei de alteração da Constituição (isto é, na medida em que se trate da Lei Fundamental, uma lei de alteração do texto da Constituição: art. 79, n. 1) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o primeiro caso, quando são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o último, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração de imodificabilidade destas inserta no documento constitucional: assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, n. 3, eliminasse a articulação da Federação em Estados federados ou princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. 1 e 20. Não é necessário mostrar mais pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, inconstitucional" (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. P. 52).

reforma da Constituição, tampouco identifica na teoria dos princípios solução adequada para a interpretação das limitações materiais ao poder de reforma.

No entanto – e neste ponto reside o problema a ser enfrentado na dissertação –, as propostas de interpretação das cláusulas pétreas, ora restritivas, ora ampliativas, têm se mostrado incapazes de captar plenamente o fenômeno da superconstitucionalidade e de fornecer parâmetros adequados para a abordagem jurisdicional das cláusulas pétreas. Não viabilizam, portanto, o próprio controle da atuação do Poder Judiciário nesse mister constitucional.

O debate se desenvolve em torno de posições concernentes à ampliação ou à restrição do alcance das cláusulas pétreas, sem se refletir sobre parâmetros para essa atividade interpretativa, com reflexos importantes na jurisdição constitucional. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4357, o Supremo examinou os dispositivos da emenda constitucional nº 62/2009, que alteraram o regime de precatórios, declarando a inconstitucionalidade material do artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que limita a preferência no pagamento àqueles com sessenta anos de idade completos à época da expedição do precatório. Consignou-se que esse balizamento temporal afronta a isonomia, porquanto pretere aqueles que preencherem o requisito objetivo enquanto ainda pendente o pagamento. O mesmo parâmetro foi manejado como fundamento para assentar a inconstitucionalidade da compensação de precatórios com débitos do respectivo credor com a Fazenda Pública. O Supremo concluiu ainda que a atualização monetária prevista na emenda afronta o direito de propriedade, tendo em vista que o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança é insuficiente para mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda.

O Tribunal abordou a controvérsia em jogo a partir de parâmetros idênticos aos processos objetivos nos quais o objeto é ato normativo infraconstitucional. Não foi discutida a intensidade da contrariedade à cláusula pétrea ensejadora da intervenção judicial, tampouco foi analisada qual a extensão dos direitos e garantias individuais petrificados. Em outras palavras, o Supremo interviu no processo de reforma da Constituição sem balizas claras, decidindo questão que se encontra na periferia das limitações materiais ao poder de reforma.

O objetivo da dissertação, portanto, é identificar parâmetros interpretativos das cláusulas pétreas, contribuindo para o debate desses relevantes mecanismos constitucionais. Não se pretende fixar regras abstratas de interpretação para o

Supremo Tribunal Federal, mas sim estabelecer referenciais aptos a, de um lado, fornecer critérios para abordagem do caso concreto e, por outro, municiar a comunidade jurídica de ferramental para examinar criticamente a judicialização do processo de construção constitucional. Para tanto, será necessário analisar as teorias oferecidas até o momento pelos juristas, problematizando não apenas o alcance conferido por cada uma às cláusulas pétreas, mas também os pressupostos reproduzidos pela doutrina a respeito do tema.

Sob esse ângulo, será necessário revisitar dois pressupostos largamente adotados pela corrente ampliativa no que tange ao tema das cláusulas pétreas: (i) a concepção de que as limitações materiais ao poder de reforma se colocam como postulados abstratos, adotados em momento de deliberação superior; e (ii) a percepção de que a jurisdição constitucional é instituição capaz de ser condutora primordial do processo de reforma, potencializada pela adoção de interpretação principiológica das cláusulas pétreas.

A crítica desses pressupostos desvelará a nuance institucional e contingencial das cláusulas pétreas, exigindo que a análise de sua extensão interpretativa passe pela reflexão sobre a repercussão no processo de construção constitucional. A partir dessa premissa, as teorias da interpretação das cláusulas pétreas serão revisitadas com o objetivo de estabelecer parâmetros interpretativos condizentes com o texto constitucional.

Nesse contexto, interpretações ampliativas das cláusulas pétreas serão naturalmente abordadas com maior ceticismo. Contudo, mesmo as teorias restritivas impõem cuidado metodológico mais apurado do jurista. Não basta afirmar a necessidade de interpretar as limitações materiais de forma restritiva, ante suposto déficit democrático do Poder Judiciário, sem considerar que os dispositivos petrificados efetivamente têm papel importante a desempenhar no sistema constitucional. Simplesmente articular com a necessidade de restringir o alcance das cláusulas pétreas pode igualmente significar casuísmo da jurisdição constitucional, especialmente quando seus integrantes encontram respaldo ideológico na coalizão nacional dominante e pretendem facilitar movimentos de alteração constitucional. É necessária, assim, investigação voltada a estabelecer referenciais para interpretação das limitações materiais ao poder de reforma, consentâneos com as repercussões sistêmicas desse instituto.

Eis, portanto, a empreitada proposta: efetuar releitura crítica da visão ampliativa das cláusulas pétreas para, a partir dela, estabelecer parâmetros interpretativos das limitações materiais ao poder de reforma.

A própria definição do problema em jogo revela os limites da reflexão a ser realizada. Propõe-se a identificação de parâmetros interpretativos das limitações materiais ao poder de reforma explicitamente previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal. A revisitação crítica de premissas adotadas na leitura das cláusulas pétreas contribuirá também, embora lateralmente, para a abordagem de temas como os atinentes à existência de limites implícitos ao poder de reforma, à possibilidade de dupla revisão e à compreensão dos obstáculos formais ao poder de reforma. Contudo, essas questões não são objeto deste trabalho.

Para alcançar os objetivos propostos, esta dissertação será desdobrada em três partes. No Capítulo 1, serão apresentadas as principais teorias da interpretação, a partir da identificação das principais características das correntes ampliativa e restritiva. Esses marcos teóricos serão objeto de releitura crítica no Capítulo 2, no qual as premissas atinentes ao momento fundacional e ao papel da jurisdição constitucional serão problematizados, assim como a ambiguidade metodológica e o casuísmo decorrentes do atual cenário interpretativo.

No Capítulo 3, serão propostos, a partir das reflexões estabelecidas nas seções anteriores acerca das limitações materiais do poder de reforma, suas repercussões institucionais no processo de construção constitucional brasileiro e as atuais teorias da interpretação, parâmetros para interpretação das limitações materiais ao poder de reforma previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

De início, será afastada a viabilidade da interpretação extensiva das limitações materiais, considerada a releitura crítica, sob o prisma institucional, realizada no Capítulo 2. Contudo, o afastamento da abordagem ampliativa não desborda na automática adoção da interpretação restritiva, porquanto esta também pressupõe critérios hermenêuticos. Assim, após essa reflexão, o estudo avançará no sentido de fixar os parâmetros para a interpretação das cláusulas pétreas, os quais serão desenvolvidos a partir do seguinte tripé: (i) os limites textuais; (ii) a expressão “tendente a abolir”; e (iii) os imperativos sistêmicos.

Será demonstrado que a redação das limitações materiais deve ser o ponto de partida e de chegada da respectiva interpretação. É impróprio, como em regra procedem os adeptos do neoconstitucionalismo, abandonar o texto para buscar

em valores morais a resposta adequada ao problema posto. O argumento central será desenvolvido no sentido de que o intérprete deve adotar como centro de gravidade a literalidade dos preceitos em jogo, norteadada pela expressão “tendente a abolir”. Por isso, não é qualquer modificação constitucional que merece a reprimenda jurisdicional.

A par desse binômio, será sustentado que o alcance das limitações materiais deve ser perscrutado a partir da noção de sistema jurídico, presente a insuficiência do método exegético. Não se trata de buscar valores ou princípios intrínsecos à Lei Maior, mas, sim, de identificar no funcionamento do sistema constitucional o sentido atribuível aos conceitos elencados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Nesse sentido, será defendido que, ao lado dos elementos textuais, o sentido das limitações materiais decorre também de imposições sistêmicas que conformam os conceitos jurídicos em jogo. Essa investigação sistêmica deve refutar a busca por princípios implícitos ou valores superconstitucionais – como aqueles advindos da teoria da justiça –, identificando os nexos funcionais no próprio desenvolvimento do direito positivo.

CAPÍTULO 1 – LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E SUA INTERPRETAÇÃO

1.1 Limitações materiais ao poder de reforma: noções gerais

A construção de parâmetros interpretativos para as cláusulas pétreas pressupõe a adequada compreensão do próprio fenômeno da superconstitucionalidade. A interpretação conferida às limitações materiais ao poder de reforma, tal como ocorre relativamente a todo processo interpretativo, envolve premissas teóricas que informam e direcionam o jurista nesse ou naquele sentido.

A construção do significado das cláusulas pétreas não constitui unicamente operação lógica de subsunção, como a extrair da literalidade do enunciado as consequências jurídicas próprias. Tampouco podem essas normas, considerada a abertura semântica, serem compreendidas livremente, como objeto da vontade do intérprete ou interesse a ser ponderado.

Nesse sentido, a reiterada utilização do vocábulo “construção” neste trabalho não é aleatória, porquanto as cláusulas pétreas não são elementos dados ao intérprete. O próprio fenômeno da superconstitucionalidade deve ser rediscutido para que parâmetros interpretativos possam ser adequadamente compreendidos. É dizer, a forma como são abordadas as cláusulas pétreas revela visão particular do instituto da superconstitucionalidade. Premissas são adotadas, implícita ou explicitamente. Cabe ao jurista evidenciá-las, para verificar sua adequação e sobretudo correção.

O objetivo deste capítulo, portanto, é apresentar as principais correntes interpretativas acerca das limitações materiais ao poder de reforma, identificando os pressupostos que conduzem os intérpretes a abordagens restritivas ou ampliativas do alcance das cláusulas pétreas. Antes, porém, de adentrar no campo específico das teorias da interpretação, cumpre elucidar o conceito e função das cláusulas pétreas no ordenamento jurídico.

As cláusulas pétreas são produto da diferenciação entre os poderes constituintes originário e derivado⁶, consistindo em limitação imposta pela autoridade delegante (poder constituinte originário) ao órgão incumbido de efetuar alterações no projeto constitucional por ela inaugurado. Consoante sustenta Yaniv Roznai⁷, há relação de delegação entre os poderes constituintes, na qual o derivado, enquanto mandatário, necessariamente deve ter sua atuação restringida. Nelson de Sousa Sampaio bem explicita essa abordagem quando afirma que “enquanto o poder constituinte cria a Constituição, o poder de reforma constitucional é cria da Constituição, e não pode rebelar-se contra esta”⁸.

Assim, as limitações ao poder de reforma constitucional surgem como elementos garantidores da estrutura mínima concebida no momento fundacional do Estado. A partir delas são veiculados pelo poder constituinte originário aqueles elementos considerados fundantes para o sistema, sem os quais a própria decisão política fundamental encartada na Constituição surge desnaturada⁹. Jon Elster, ao analisar os fundamentos da autoridade constitucional, elabora analogia com a história de Ulisses e as sereias que também pode ser utilizada para

⁶ Nesse sentido, José Duarte Neto assinala que “A superioridade da Constituição, quanto ao seu conteúdo, é reforçada pela existência de um texto escrito sistematizado e por um procedimento especial e dificultoso de reforma. A rigidez constitucional, por isso, cria um reforço na supremacia material, estabelecendo uma hierarquia normativa entre a Constituição e a legislação ordinária” (Rigidez e Estabilidade Constitucional – Estudo da Organização Constitucional Brasileira. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 113).

⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 108.

⁸ SAMPAIO, Nelso de Sousa. Os limites da reforma constitucional. *Revista Forense*. Ano 59. Outubro-Novembro-Dezembro de 1962. p. 34. No mesmo sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de informação legislativa*. v. 30, n. 120 (out./dez. 1993). p. 170.

⁹ Essa é a interpretação realizada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho a partir das teorizações de Carl Schmitt. O autor sustenta que: “O mestre alemão aponta ser a Constituição a “decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política” – é o conceito ‘positivo’ de Constituição. Daí extrai ele a distinção entre constituição e leis constitucionais, estas as normas incluídas no documento constituição que desdobram, complementam, regulamentam a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política. A constituição resume-se, portanto, à definição do “modo e forma da unidade política”, por exemplo, na Constituição de Weimar a opção pela república e pela democracia. (...) Assim, é inerente e própria à Constituição uma definição que se exprime nos pontos fundamentais que consagra sobre a ordem política. Em consequência, estes pontos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição. Ora, o poder de reforma – poder de alterar a Constituição de acordo com a Constituição – não pode mudar esse núcleo, sob pena de estar fraudando a Constituição” (Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 202: 11-17, out./dez/ 1995. p. 13-14).

justificar também a existência das cláusulas pétreas¹⁰, sobretudo quando considerada a estrita vinculação entre o processo mais dificultoso de reforma constitucional e a supremacia do Diploma Básico. O autor afirma que os preceitos constitucionais são como as cordas que atam Ulisses ao seu barco e o impedem de seguir o canto das sereias¹¹. Embora esse entendimento tenha sido relativamente superado pelo autor posteriormente¹², permaneceu a concepção de que a Constituição consiste em restrição intergeracional ao poderes constituídos, surgindo pertinente estender o raciocínio às cláusulas pétreas, cujo objetivo consiste em impedir que deliberações conduzidas no âmbito do Legislativo suprimam compromissos solenes que conformam o cerne do texto constitucional.

Nesse sentido, as cláusulas pétreas são, de um lado, sob o ângulo da permanência do projeto constitucional, elementos de estabilização sistêmica; e por outro lado, mecanismos de engessamento das escolhas institucionais realizadas pelo Constituinte. A diferença, embora possa parecer sutil, é relevante, especialmente para a identificação de parâmetros interpretativos adequados. A escolha de um ou de outro caminho implica a alteração do alcance das limitações materiais à reforma.

Para respaldar a segunda abordagem, presente sobretudo em teses interpretativas expansivas das cláusulas pétreas, o processo constituinte é qualificado como inerentemente superior, digno de tutela procedimental e substancial. Não se trata de afirmar que o evento fundacional é superior à política ordinária como forma de sustentar a supremacia da Constituição, considerada a hierarquia de normas. O argumento é mais profundo e envolve definir que a própria deliberação é superior, de modo que seu resultado deve ser protegido de movimentos de reforma pelos poderes constituídos.

As cláusulas pétreas revelam, portanto, norma vinculatória da autoridade constituída à assembleia constituinte, representando obstáculo oposto pelas gerações passadas a deliberações dos parlamentares, ainda que no âmbito do

¹⁰ HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: *Constitutionalism and Democracy*. Editado por Jon Elster e Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 240.

¹¹ Elster divulgou essas ideias na obra "Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality" (Cambridge: Cambridge University Press, 1984). Em outra analogia representativa, aplicável também à temática das cláusulas pétreas, Frederick Hayek afirma que as disposições constitucionais é o "Pedro sóbrio", enquanto o eleitorado é o "Pedro bêbado" (The Constitution of Liberty. Chicago: University of Chicago Press, 1960. P. 176-190).

¹² Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

que Bruce Ackerman convencionou denominar política constitucional¹³. No estudo pátrio mais completo sobre as limitações materiais ao poder de reforma, intitulado “A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)”, Oscar Vilhena Vieira assim aborda a relevância desses mecanismos para o funcionamento das instituições¹⁴:

A importância de mecanismos de controle das maiorias e do próprio Estado, organizados e protegidos pelas Constituições rígidas, parece estar diretamente relacionada com o nível de submissão constitucional voluntária de cada sociedade, de cada sistema político. Em muitos sistemas políticos as regras sociais e a cultura legal são tão fortes, ou os níveis de consenso na sociedade são tão altos, que uma instituição artificial com o poder de limitar o processo majoritário é dispensável. Neste sentido, também alguns países, embora possuam sistemas de controle judicial das decisões da maioria, deles fazem pouco ou nenhum uso. Porém, para sistemas políticos onde conflitos entre maiorias e minorias são uma constante – como nos Estados Unidos –, ou países com profundas tradições autoritárias – como a Alemanha ou o Brasil –, o estabelecimento do sistema político por intermédio de uma Constituição rígida, que disponha, inclusive, de cláusulas superconstitucionais e de um ativo sistema de controle de constitucionalidade, parece crucial para estabilizar relações e expectativas quanto às regras básicas de justiça da comunidade, assim como quanto ao processo de competição política.

É possível identificar que as cláusulas pétreas têm como premissa a superioridade do momento de deliberação constituinte. As limitações materiais ao poder de reforma funcionam como mecanismos voltados a manter o poder constituinte derivado dentro do projeto idealizado no momento fundacional. A mudança é vista como algo tendencialmente prejudicial. Essas premissas contrafactuais fazem parte do imaginário criado no direito, sobretudo nos bancos

¹³ De fato, Ackerman desenvolve a tese de que o processo de construção constitucional se desenvolve dentro de perspectiva dualista na qual as mudanças fundamentais ocorrem em momentos de deliberação especial, ou seja, superiores àqueles verificados no cotidiano político da comunidade. O autor afirma que o dualista “enxerga um ponto de vista democrático profundo em muitas das práticas distintas que iludem o monista. Para ele, elas expressam nossos esforços constitucionais em exigir que os políticos eleitos operem em um sistema de mão-dupla. Se os políticos pretendem conquistar legitimidade democrática regular para tomar uma iniciativa, eles se direcionam para o caminho regular da criação normativa e ganham o consentimento da Casa, do Senado e do Presidente pelas vias usuais. Se demandarem autoridade superior, na criação da lei, direcionam-se para um caminho particularmente oneroso [...]. Somente quando um movimento político negocia com sucesso os desafios específicos do sistema de criação normativa, pode ele considerar sua iniciativa como representação do julgamento constitucional do povo” ACKERMANN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 11).

¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 31

das universidades, de sacralização do momento de fundação constitucional, como mecanismo de fortalecimento do constitucionalismo.

Reforça-se, ainda, a vinculação intergeracional pretendida pelas cláusulas pétreas com a transferência, ao Judiciário, da última palavra sobre a reforma da Constituição. Embora a intervenção judicial não seja padrão no direito comparado, como bem analisou Yaniv Roznai¹⁵, essa é a realidade brasileira¹⁶, objeto desta dissertação. Assenta-se que a jurisdição constitucional, sendo intérprete final da Constituição e responsável por sua guarda, o é também para definir se os limites materiais ao poder de reforma foram observados no processo de construção constitucional. Replica-se, nesse sentido, os mesmos argumentos utilizados para respaldar o controle de constitucionalidade das leis¹⁷. Surge, então, cenário no qual as cláusulas pétreas são mecanismos de tutela da fundação constitucional, cuja guarda compete a instituição alegadamente isolada da atividade político-partidária.

Em síntese, as limitações materiais ao poder de reforma são vistas como importantes mecanismos de combate à erosão do projeto constitucional, assegurando que parte das decisões tomadas na assembleia constituinte, enquanto momento deliberativo superior, sejam observadas pelas gerações seguintes. A instituição no ápice desse sistema é o Judiciário, atuando como ente contramajoritário responsável pela guarda da Constituição e do próprio processo constituinte em face dos desdobramentos da política ordinária e da atuação do poder constituinte derivado. Esse é o quadro cujas premissas serão revisitadas ao longo desta dissertação, com o objetivo de lançar as bases para a identificação de parâmetros interpretativos das limitações materiais ao poder de reforma.

Para além da base conceitual apresentada nesta seção, as teorias de interpretação das cláusulas pétreas podem ser situadas dentro de dois campos

¹⁵ O autor, em amplo estudo sobre o tema, aponta a existência de expressa autorização constitucional para o controle jurisdicional de emendas em Kosovo, Romênia, Quirguistão e Ucrânia (*Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. p. 181).

¹⁶ Essa é a realidade brasileira desde o exame ação direta de inconstitucionalidade nº 466, relator o ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 1991, oportunidade na qual o Supremo afirmou a possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade de Emendas, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal.

¹⁷ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. p. 173.

opostos, relativos às correntes ampliativas e restritivas. Ambas adotam premissas diversas, com significativa influência no resultado dos processos interpretativos. É necessário, portanto, para alcançar o objetivo a que se propõe este trabalho, identificar e delimitar as características e marcos teóricos das correntes ampliativa e restritiva das limitações materiais ao poder de reforma.

1.2 Corrente ampliativa

O desenvolvimento e estudo das cláusulas pétreas nas últimas décadas tem revelado o fortalecimento de abordagem expansiva das limitações materiais ao poder de reforma, que adota como premissa a necessidade de preservação e potencialização de avanços identificados no texto resultante das deliberações da Assembleia de 1987/1988. Por conseguinte, preconiza a restrição dos canais institucionais de mudança da Lei Maior e centralização do processo de construção constitucional no Poder Judiciário. Autores parcial ou integralmente situados nesse campo interpretativo apresentam como notas marcantes (i) visão idealizada do poder constituinte originário; (ii) desconforto com a alteração da Constituição; (iii) confiança na capacidade de o Poder Judiciário proteger e incrementar o projeto constitucional delineado no momento fundacional; e (iv) a adoção de interpretação principiológica das cláusulas pétreas.

O objetivo desta seção é explicitar as premissas adotadas pela doutrina expansiva das limitações materiais ao poder de reforma. Esses pressupostos, aliás, não são exclusividade de autores que ampliam o alcance das cláusulas pétreas, estando presentes em diversas abordagens do instituto, bem como em inúmeros entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ou seja, os aspectos a seguir relacionados representam, em maior ou menor grau, abordagens das cláusulas pétreas com significativo grau de aceitação pela doutrina e pelos Tribunais.

Da mesma forma, tampouco as características analisadas nas próximas linhas refletem integralmente todas as abordagens ampliativas das cláusulas pétreas. É dizer, não se pretende generalizar ou reunir arbitrariamente características de diferentes teorias acerca das cláusulas pétreas a serem problematizadas, mas, sim, encontrar o terreno comum no qual teses expansivas

das limitações materiais de reforma, bem como outras abordagens não expressamente ampliativas, buscam seus fundamentos.

1.2.1 Visão idealizada do poder constituinte originário

A corrente ampliativa tem como traço marcante a perspectiva de que as cláusulas pétreas são resultado de processo de deliberação racional da comunidade. É dizer, segundo essa tese, no momento fundacional membros da comunidade se reuniriam de forma livre para deliberar, com significativa participação popular, sobre aspectos da ordenação política então inaugurada. Por isso, o resultado dessas deliberações deve ser preservado e assegurado frente a movimentos dos poderes constituídos, inclusive quando efetuada a reforma constitucional.

A preservação do projeto constitucional surge, para essa corrente, como decorrência lógica da qualidade e superioridade da deliberação conduzida na Assembleia Constituinte. Segundo essa perspectiva, enquanto nas deliberações ordinárias do Parlamento os agentes políticos tomam decisões com base em cálculos de curto ou médio prazo, compelidos por razões político-eleitorais, na Constituinte prevaleceria a reflexão desimpedida sobre os caminhos a serem trilhados pela comunidade.

Adotando essa premissa, Carlos Ayres Britto sustenta que o Constituinte pretendeu dificultar a reforma da Constituição, aludindo à pretensão de eternização dos avanços alcançados com o novo Texto¹⁸. Vislumbra o momento fundacional, conseqüentemente, como evento deliberativo superior da comunidade. São reiteradas, nas reflexões do autor, as referências ao fato de o projeto constitucional estar concluído e ter constituído avanço frente a eventuais deliberações dos poderes constituídos¹⁹:

5.3.5 É nesse fluxo de ideias que se pode até mesmo contestar os que vêem as cláusulas pétreas como normas cumpridoras de uma função impeditiva da atualização da Magna Lei. Normas ideologicamente conservadoras, portanto. Mas não é bem assim,

¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003. P. 230-231.

¹⁹ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003. P. 236.

pois em se tratando de uma Constituição de vanguarda – como é o caso da nossa Magna Lei de 1988 --, suas cláusulas pétreas cumprem é o decisivo papel de perseverar nesse avanço. De impedir o retrocesso – de garantir, enfim, a intocabilidade do teor progressista de que ela se reveste.

Essa premissa é encontrada também nas reflexões de Oscar Vilhena Vieira. O autor desenvolve argumentação no sentido de que as cláusulas pétreas, por constituírem mecanismos de interrupção das deliberações majoritárias dos representantes eleitos pela população²⁰, podem ser justificadas por raciocínios abstratos para consolidação de princípios fundamentais capazes de respaldar o soerguimento de óbices à deliberação legislativa. Confira-se:

O argumento fundamental deste estudo pode ser formulado da seguinte maneira: para que as limitações materiais ao poder de reforma não se transformem numa simples barreira às deliberações levadas a cabo por uma maioria presente ou futura, estas devem assegurar proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça.²¹

Assim, o objetivo de Vieira é identificar, em abstrato, princípios dedutíveis de esquemas metafísicos capazes de informar e legitimar o controle jurisdicional de constitucionalidade do processo de emendamento constitucional. Para o autor, a solução para o problema da superconstitucionalidade é encontrar espaços normativos cuja proteção pelo Poder Judiciário se impõe como condição de sucesso tanto do ponto de vista normativo quanto sob o prisma democrático. Nesse sentido, a preocupação de Vieira reside justamente na fundamentação dessas limitações, que não podem ser encontradas, segundo o autor, no pensamento jusnaturalista e tampouco no utilitarismo. Diante disso, Vieira sustenta que a teoria da justiça de John Rawls constitui ferramenta importante para identificação dos parâmetros jurídicos que legitimam e devem pautar o exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, sem que, com isso, o próprio processo democrático seja suprimido. A propósito:

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 204.

²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 29-30.

Num trabalho que pretende explorar os problemas concernentes à adoção de cláusulas constitucionais que não podem ser alteradas por emenda à Constituição o pensamento de Rawls é provocador. Pois, se as cláusulas superconstitucionais são uma limitação à democracia, como visto início deste trabalho, elas precisam de uma justificação muito forte se pretendem se legitimar. Não havendo mais condições de fundar essa legitimidade num Direito transcendente e não se aceitando os riscos os riscos do decisionismo relativista ou utilitarista, necessário se faz buscar numa teoria procedimental da justiça, como a de Rawls, os fundamentos de uma ordem constitucional justa e, por consequência, os elementos constitucionais que poderiam se instituir legitimamente como obstáculo ao poder constituinte reformador.²²

Nessa direção, Vieira defende que a justificação teórica das cláusulas de superconstitucionalidade deve partir das teorizações de Rawls, num processo de construção racional diverso das pressuposições afetas ao jusnaturalismo. Vieira apresenta o pensamento rawlsiano como esforço de identificação dos princípios de justiça ínsitos a uma sociedade bem ordenada sem com isso utilizar argumentos metafísicos²³. De acordo com o autor, “Rawls busca estabelecer um procedimento onde os resultados sejam necessariamente justos, em função da justiça do procedimento”²⁴, cujo primeiro passo é a posição original, na qual indivíduos discutem racionalmente a forma de organização da sociedade, sem terem conhecimento da posição que ocupam na comunidade. Descarta-se, assim, o agir estratégico dos deliberantes, que são forçados a negociar sem referência a seus interesses particulares.

Nesse contexto, Vieira destaca que Rawls formula dois princípios de justiça: (i) cada pessoa deve ter igual direito à mais ampla liberdade compatível com a liberdade dos demais; e (ii) as desigualdades sociais e econômicas devem ser arrançadas de forma que ambas correspondam à expectativa de que beneficiarão a todos e que sejam ligadas a posições e postos abertos a todos²⁵. Com essas premissas, o pensamento rawlsiano pretende estabelecer uma

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 204.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 205.

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 205.

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 206.

estrutura básica que atenua as desigualdades sociais, mas também garanta que a igualdade absoluta não tolha os incentivos de inovação e desenvolvimento²⁶.

Embora reconheça a validade dos princípios estabelecidos por Rawls na posição original, Vieira ressalta que a importância dessa teoria consiste em “restabelecer a possibilidade de se discutir eticamente, numa época dominada pelo ceticismo e pelo relativismo, critérios independentes de justiça que devem informar a Constituição em uma dada sociedade”²⁷. Nesse viés, é a partir dessas premissas que Vieira afirma, à luz do pensamento rawlsiano, que uma sociedade plural deve ter procedimentos justos para tomada de decisões coletivas.

Essa função é exercida, de acordo com Vieira, pela Constituição, responsável por fixar limites formais e substantivos à atuação do Estado, assegurando que a comunidade não se distancie da estrutura básica vislumbrada na posição original. Sob esse ângulo, Vieira, agregando a concepção teórica de John Hart Ely²⁸, sustenta que as cláusulas superconstitucionais são justamente os mecanismos assecuratórios da permanência das condições básicas de uma existência digna em sociedade:

O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas constitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo. As cláusulas superconstitucionais não precisam, assim, buscar no

²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 206.

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 207.

²⁸ Segundo Vieira, “A alternativa proposta por Ely é buscar o preenchimento do conteúdo aberto da Constituição não em uma ordem superior de valores – que, em última instância, serão os valores dos próprios juízes, como previam os realistas -, mas na própria democracia. Partindo da experiência da Suprema Corte americana no período em que foi presidida pelo Justice Warren, Ely argumenta que o papel dos tribunais não é fazer escolhas substantivas, mas apenas se limitar a preservar a integridade do processo democrático – este, sim, locus adequado para a tomada de decisões substantivas. [...] os juízes devem sempre fazer uma leitura da Constituição muito próxima ao texto. Em segundo lugar, avaliar se os canais de participação política que levaram à elaboração da norma impugnada em face do Tribunal estavam abertos. Terceiro, se o processo político tem discriminado grupos minoritários insulares, ou se seus resultados terão impacto discriminatório sobre esses mesmos grupos, levando à fragilização do processo democrático. Apenas uma teoria que enxergue o poder de controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia (VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 215).

direito natural a sua fundamentação, mas prospectivamente retiram sua legitimidade da capacidade de compreender quais as condições fundamentais para a preservação da dignidade e da autonomia privada e pública dos cidadãos. Sua finalidade é proteger essas condições de maiorias qualificadas eventualmente seduzidas pelo canto de morte das sereias. Compreendidas e limitadas a essas condições de viabilização da dignidade e da autonomia pública e privada dos cidadãos, as cláusulas superconstitucionais não serão antidemocráticas, mas instrumentos legítimos e habilitadores da democracia, como meio de realização dos direitos humanos fundamentais²⁹.

Vieira defende, portanto, a promoção, mediante o controle de constitucionalidade de emendas, dos princípios democrático e da dignidade humanam, enquanto vetores de conformação do Estado e da sociedade. É dizer, a interpretação das cláusulas pétreas deve ter como parâmetro essas normas, enquanto princípios éticos. Essa é também a abordagem adotada por Daniel Sarmento. Segundo o autor, as limitações materiais ao poder de reforma devem “ser interpretadas à luz do princípio democrático, como garantias das condições de possibilidade de uma democracia efetiva e substancial”³⁰.

A compreensão das cláusulas pétreas a partir das teorizações de Rawls revelam como o momento fundacional é visto de forma idealizada. As cláusulas pétreas passam a ser interpretadas como produto da reflexão racional da comunidade, e não como linhas mestras do embate deliberativo e negocial verificado na Assembleia Constituinte. Por isso, após analisar o pensamento rawlsiano, Vieira afirma ser possível “aproximar-se, com mais precisão, dos preceitos de uma Constituição democrática que poderiam ser legitimamente subtraídos ao poder de reforma da Constituição, com a finalidade de preservação da dignidade humana e da igualdade de cada indivíduo em relação aos demais”³¹. Nesse sentido, constatada a insuficiência da literalidade do texto constitucional para apreensão do conteúdo das cláusulas pétreas³², esses preceitos identificados pela reflexão racional devem, segundo o autor, nortear as decisões da jurisdição constitucional acerca das cláusulas pétreas.

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 227.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: *Revista brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 3, nº 9, p. 9-38, abr./jun. 2005. P. 19.

³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 230.

³² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 235.

1.2.2 Desconforto com a alteração da Constituição

A primeira característica da corrente ampliativa apresenta relação direta com o aspecto ora analisado: o desconforto com a mudança constitucional. A percepção de superioridade da deliberação constituinte reforça a desconfiança em relação a mudanças normativas operadas pelos poderes constituídos. Presume-se a tendência de a reforma constitucional implicar a corrupção do projeto constitucional.

Por isso é ampliado o alcance das cláusulas pétreas. Carlos Ayres Britto afirma que o processo de emendamento é “hiperdifícil”, extraindo daí conclusão no sentido da potencialização das cláusulas pétreas. A partir de metáfora na qual a Constituição é o paciente e o poder reformador, cirurgião, Britto aduz que ao poder constituinte derivado incumbe apenas retocar o texto constitucional, consertar detalhes, potencializando os princípios estruturantes da Carta. Parte da distinção hierárquica entre os poderes constituintes originário e derivado, como faz Yaniv Roznai³³, para justificar a ênfase nos limites à reforma, qualificando-a como inevitavelmente pontual. O autor continua o raciocínio para afirmar indevida a reiterada reforma da Constituição, reportando-se à necessidade de preservar a coerência interna e perpetuar, perante a comunidade, sentimento de solidez relativamente ao Documento Básico³⁴:

2.3 Fruto, portanto, dessa boa conjugação de fatores externos com fatores internos, a nossa Lei Suprema deu providencial sequência à própria linha evolutiva do Direito como experiência histórica ou produto cultural. E ninguém vai desdizer que o Direito se marca mesmo é por essa caminhada de progressiva abertura de espaços à afirmação tetradimensional dos direitos subjetivos (direitos de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª dimensões) e concomitantes desconfianças quanto às boas intenções dos governantes e dos detentores do poder econômico. Com o que a nossa Lei Maior se tornou uma Constituição rigorosamente primeiro-mundista. Uma Constituição assumidamente comprometida com o justo por si mesmo (tornamos a dizer), com o quanto de objetivamente justo se pode alcançar em termos normativos, residente na dúplice e

³³ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 236.

³⁴ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003. P. 228; 236.

convergente limitação do poder político e do poder do dinheiro; pois é fato que a opressão política e a espoliação econômica sempre se colocaram enquanto piores entraves à sadia convivência humana em forma de Estado.

(...)

5.3.3 Se a Constituição, ora hiperdificulta, ora proíbe mesmo a produção das suas emendas, é porque está a pugnar pela sua própria estabilidade. Está a se auto-rotular como o mais estável, o mais firme, o mais hirto dos documentos jurídico-positivos e é justamente isso que contra-indica a proliferação das suas emendas. Mais ainda, pugnar pela sua própria estabilidade é meio de a Constituição defender sua unidade formal e material, sua necessária coerência interna, qualidade que não se coaduna com o visual de colcha de retalho que lhe impõe uma frenética produção legislativo-emendacional.

A desconfiança no modo de exercício do poder político, presente mesmo nos fundamentos do constitucionalismo, enquanto elemento de contenção de abusos dos agentes políticos, encontra eco na desconfiança em relação à mudança da Constituição. Acredita-se que a qualquer momento deliberações do Legislativo, no exercício do poder constituinte derivado, possam corromper o que decidido na Assembleia Constituinte. Movimentos sociais de alteração de rumos, ainda que democráticos, são vistos como aprioristicamente deletérios.

Essa percepção nem sempre aparece de forma explícita no pensamento de juristas que se filiam à corrente em tela. José Afonso da Silva Silva, por exemplo, adota como pressuposto a necessidade de perpetuação do projeto do poder constituinte³⁵, apresentando também desconforto com a mudança da Constituição. Contudo, o autor confere ênfase, na interpretação das cláusulas pétreas, à literalidade do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Concentra sua análise na expressão “tendente a abolir”, Silva afirma que a escolha do verbo “tender” implica a rejeição de Emendas que remotamente atinjam as normas petrificadas. O autor assim sintetiza suas reflexões³⁶:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 67.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 69.

modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes.

A abordagem de Silva não é expansiva no sentido de fazer a cláusula pétrea relativa ao voto, por exemplo, alcançar o próprio princípio democrático e, conseqüentemente, todas as normas que o conformam³⁷. Porém, o autor confere interpretação ao § 4º do artigo 60 da Constituição Federal que permite alterações apenas pontuais nas limitações materiais. É dizer, as possibilidades de reestruturação ou experimentação institucional de regras atinentes à separação de poderes ou ao sistema federativo são severamente limitadas pelo significado atribuído ao comando “tendente a abolir”.

1.2.3 Confiança na capacidade de o Poder Judiciário proteger e incrementar o projeto constitucional delineado no momento fundacional

A corrente ampliativa também apresenta como característica a confiança na capacidade de o Poder Judiciário proteger e incrementar o projeto constitucional delineado no momento fundacional. A expansão do alcance das limitações materiais ao poder de reforma significa o aumento proporcional da participação e importância da jurisdição constitucional para o processo de reforma da Constituição. É dizer, quanto mais ampla a área constitucional petrificada, maior é o campo de atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade das emendas. Assim, a adoção de abordagem ampliativa implica admitir, em maior ou menor grau, a depender do autor analisado, a capacidade de a jurisdição

³⁷ Em verdade, José Afonso da Silva não aprofunda este ponto, inviabilizando depreender a exata extensão por ele estabelecida para cada cláusula pétrea. Contudo, é importante salientar que o autor admite a existência de limitações materiais implícitas ao poder de reforma (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 70).

constitucional desempenhar papel nuclear no processo de construção constitucional.

Para tanto, alude-se à imparcialidade na atuação do Judiciário como argumento para o controle judicial de emendas, considerada a necessidade de, em quadro de respeito à separação de poderes, existir órgão capaz de resolver com equidistância as complexas questões afetas à modificação da Constituição³⁸. O argumento contramajoritário desenvolve-se atrelado a essa premissa, exigindo que órgão isento efetue contraponto em relação a processo político falho nas instâncias representativas, em prejuízo de segmentos minoritários. Desenvolvida inicialmente por Alexander Bickel³⁹, refletindo os debates jurídicos e políticos que acompanharam o exame do caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte norte-americana, essa tese indica que o Judiciário consiste em força contramajoritária no sistema, atuando com base em princípios, quando as demais instituições são representativas, funcionalizadas por razões políticas e elementos majoritários.

O Tribunal funcionaria, assim, como arena racionalizante de debates constitucionais, onde argumentos de princípio prevaleceriam sobre razões de política, constituindo órgão institucionalmente adequado para dar a última palavra relativamente a reformas da Constituição. Por isso, Jack Balkin sustenta, ao analisar o processo de construção constitucional, que “Cortes racionalizam, legitimam e suplementam o que os demais Poderes fazem, criando novas doutrinas no processo”⁴⁰⁴¹.

³⁸ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. p. 174.

³⁹ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁴⁰ BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. versão digital. p. 3614

⁴¹ Essa é também a visão defendida por Robert Alexy na obra *Constitucionalismo Discursivo*, na qual afirma que “A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados” (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 179). Raciocínio semelhante é desenvolvido por Ronald Dworkin ao caracterizar

Vieira adota argumentação similar, buscando apoio na teoria rawlsiana para defender o papel do Poder Judiciário nessa tarefa⁴². De acordo com o autor, os tribunais se colocam como bastiões argumentativos do povo⁴³, se legitimando pelo uso da razão pública em seus julgamentos. Em outras palavras, o deslocamento do centro deliberativo para o Poder Judiciário, ocasionado pelas cláusulas pétreas, se justificaria pela capacidade deste ente desenvolver fundamentações racionais e assegurar a existência das condições normativas para o ordenado desenvolvimento de uma sociedade democrática⁴⁴.

o Judiciário como fórum de princípios (Uma questão de princípio. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 102).

⁴² Neste passo, é essencial transcrever as reflexões de Vieira: “Os tribunais são efetivamente antimajoritários em relação ao legislador, mas a autoridade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza essa intervenção. Ao aceitar a visão dualista da política Rawls não coloca a Corte como sendo a guardiã última da Constituição, pois o seu papel de intérprete definitivo da Constituição limita-se à ação do Legislativo. É que no governo constitucional não são o Legislativo, o Executivo e muito menos o Judiciário que devem dar a última palavra, pois essa pertence ao povo. Quando este se manifesta, através de sua razão pública, não há limites que possam ser aplicados pela Constituição” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 211).

⁴³ É interessante observar como essa concepção teórica ecoa as reflexões de Robert Alexy em torno da teoria do constitucionalismo discursivo: “O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que majorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados” (ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 179).

⁴⁴ Em outro trecho, Vilhena afirma que “É através da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão transformar-se em fórum de extraordinária relevância dentro de um sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário. Com isto não se pretende estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático, mas estabelecer – ainda que idealmente – um procedimento racional para a discussão e aplicação dos princípios de justiça que servem como limites habilitadores do sistema democrático” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 238).

Vieira propõe, então, caminho a ser percorrido pela jurisdição constitucional relativamente às limitações materiais ao poder de reforma⁴⁵. De início, refere-se à necessidade de analisar a compatibilidade entre essas cláusulas e os princípios de justiça, enquanto paradigma de controle do direito positivo. Em um segundo momento, passa à análise de cada cláusula pétrea individualmente, adotando como pressuposto para a interpretação a potencialização dos princípios de justiça, sobretudo a democracia e a dignidade humana.

No tocante ao princípio federativo, argumenta que essa cláusula não revela, por si só, valor ético tutelar da democracia e da dignidade da pessoa humana. Sendo múltiplos os arranjos de distribuição do poder no território, o autor defende ser inviável assentar a invalidade de reforma constitucional que escolha sistema federativo compatível com a promoção da dignidade. Por conseguinte, conclui que “o controle de constitucionalidade de emendas em face do princípio federativo, tal como inscrito na Constituição brasileira, deve obedecer a um teste menos rigoroso do que aqueles aplicados às emendas que desafiem os demais princípios inscritos como cláusulas superconstitucionais”⁴⁶.

Em relação ao limite consubstanciado no voto direto, secreto, universal e periódico, Vieira defende interpretação ampliativa, argumentando que a proteção exclusiva do voto, consoante leitura literal do preceito, é insuficiente para proteger elementos essenciais do processo democrático. Consoante afirma, a cláusula em jogo deve receber interpretação mais rigorosa quando comparada ao princípio federativo e ser estendida para impedir também Emendas que restrinjam minorias políticas isoladas. Vale transcrever, neste ponto, o raciocínio do autor⁴⁷:

Ao analisar emendas que supostamente violem o art. 60, § 4º, II, da Constituição o intérprete deve ter em mente que o voto é apenas um meio destinado a permitir a plena realização da “cidadania” e do “pluralismo político”, que constituem fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a substituição do voto pela participação direta da população não deve ser vista como violação dos limites materiais ao poder de emendas, mas como aperfeiçoamento da realização dos valores

⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 240.

⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 241.

⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 243.

da cidadania. Da mesma forma, a proteção de minorias políticas em face da manifestação majoritária das votações também deve ser vista de maneira positiva, pois o voto como meio de realização da democracia não pode ser utilizado com a finalidade de provocar erosão nas bases da própria democracia, a infringir direitos de minorias políticas isoladas. Nesse passo, as emendas que tocam na questão do voto – e, conseqüentemente, no princípio democrático – devem passar por um escrutínio mais rigoroso do que aquelas que alteram o sistema federativo.

No que tange à separação de poderes, o autor qualifica o princípio como ínsito ao Estado de Direito, considerada a colocação de limites na atuação de cada Poder. Saliencia, porém, ser necessário admitir a existência de múltiplos arranjos institucionais possíveis aptos a promover a separação de poderes. Considera que não atenta contra a cláusula em análise eventual Emenda que reduza o poder de legislar conferido ao Executivo por meio das medidas provisórias. Relativamente aos direitos e garantias individuais, o autor sustenta que a referência inserida no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal deve abranger os direitos fundamentais enquanto instrumentos de tutela e promoção da dignidade humana. Neste ponto, vale a transcrição de excerto das reflexões de Vieira⁴⁸:

Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e racionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana que habilitem a democracia, como procedimento para tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como superconstitucionais – estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo § 2º do art. 5º da Constituição.

Bem se vê, portanto, que a tese de Vieira, embora encerre tentativa de identificar parâmetros interpretativos sólidos para as limitações materiais ao poder de reforma, consiste na construção abstrata e racional de pressupostos normativos estáticos cujo conteúdo fortaleceria o processo de desenvolvimento do regime democrático. Esse arcabouço seria operacionalizado pelo Poder

⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 245-246.

Judiciário, na qualidade de instância primordialmente responsável pela argumentação racional no seio da comunidade.

Essa compreensão também é adotada por Eduardo Ribeiro Moreira. A ideia central é a maximização do alcance das limitações materiais para tutelar valores essenciais ao projeto constitucional de 1987-1988, interpretando-as sob o prisma do movimento denominado “neoconstitucionalismo”. Ao se referir à cláusula pétrea relativa ao voto, o autor assim justifica sua expansão:

Então, por que se deve procurar uma maximização desse limite – o voto em suas características petrificadas? Porque a interpretação dessa cláusulas pétrea, em uma perspectiva neoconstitucional não se encerra no voto e vai além, impedindo a reforma em qualquer parte da Constituição que estructure o processo democrático. A maximização do voto, na melhor interpretação constitucional, dá-se pelo indicativo do seu significado por princípio democrático. Assim, a carga dos limites materiais ao poder de reforma atinge o patamar principiológico. A cláusula contida no § 4º do art. 60 projeta-se sobre todo o ordenamento constitucional, buscando impedir que o poder reformador desconstitua a democracia ou restrinja o indivíduo nos atos de participação política⁴⁹.

A utilização do termo neoconstitucionalismo merece maior atenção. Com efeito, o movimento neoconstitucionalista, que tem participação importante nas atuais reflexões em torno do direito constitucional no Brasil, defende em larga medida a aplicação das normas jurídicas por meio do sopesamento de princípios que alegadamente conformariam no cotidiano da população as normas constitucionais. Nesse sentido, Jorge Octávio Lavocat Galvão salienta que “o Neoconstitucionalismo se apresenta como uma teoria jurídica focada em uma visão progressista do papel dos juízes, justificada pela adoção de uma concepção axiológica de Constituição que exige o manejo de técnicas interpretativas especiais aptas a lidar primordialmente com normas-princípios, notadamente o juízo de ponderação”⁵⁰.

Perceba que, para o movimento neoconstitucional, o Poder Judiciário desempenha papel fundamental inclusive nas transformações sociais, mas para isso dispõe prioritariamente do sopesamento abstrato de conceitos

⁴⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

⁵⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 103-104.

indeterminados. Portanto, Moreira, ao propor a ampliação do alcance das cláusulas pétreas, insere, propositalmente, o Judiciário como peça central do processo de construção constitucional. Fábio Martins Andrade alcança conclusão similar⁵¹:

Expandir o âmbito de proteção das cláusulas pétreas – pela elasticidade da noção de “direitos fundamentais” –, longe de criar embaraços ao desenvolvimento, à adaptação da Constituição a realidade subjacente e petrificar o autogoverno das gerações futuras, garante que a Lei Maior tenha realmente a centralidade merecida no ordenamento nacional, seja respeitada pelos demais ramos políticos e tenha os frequentes excessos e arbítrios restringidos pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Dessa forma, a corrente ampliativa apresenta como premissa a capacidade de o Poder Judiciário exercer, com qualidade e legitimidade democrática, papel decisivo no processo de construção constitucional, a ponto de embasar leituras que expandem as limitações materiais ao poder de reforma para além dos horizontes textuais encerrados, no caso brasileiro, no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

1.2.4 Interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma

O caráter expansivo das cláusulas pétreas e o protagonismo atribuído ao Judiciário estão atrelados também à quarta característica da doutrina em tela: a adoção de interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma. Isso significa que às normas reveladoras das cláusulas pétreas é aplicada metodologia construída para a solução de dilemas interpretativos atinentes aos princípios. Tal compreensão das cláusulas pétreas está presente nas reflexões de Carlos Ayres Britto, que argumenta ser intocável o núcleo desses princípios, cabendo apenas a modificação da periferia, desde que para

⁵¹ ANDRADE, Fábio Martins. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009. p. 225-226.

“aumentar a perspectiva de funcionalidade do núcleo mesmo”⁵²⁵³. A terminologia utilizada pelo autor revela escolha por abordagem principiológica das limitações materiais do poder de reforma, preconizando que o núcleo essencial dos princípios petrificados deve ser interpretado de forma ampliativa, com a afirmação de premissa segundo a qual a atuação do poder constituinte derivado é excepcional⁵⁴.

O primeiro aspecto dessa abordagem é a leitura das cláusulas pétreas como mandamentos de otimização, ou seja, normas a serem aplicadas da forma mais ampla possível, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, consoante definição de Robert Alexy⁵⁵:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Esse modelo interpretativo permite a operacionalização das limitações materiais ao poder de reforma como mecanismo expansível, que alcança inclusive inúmeros preceitos constitucionais não explicitamente petrificados. Se os limites materiais são princípios, devem ser interpretados sob a óptica que lhes confira maior eficácia e alcance. Isso significa que estando em jogo emenda constitucional que reduza, sem abolir, o âmbito de proteção do direito de propriedade, a solução, sob essa óptica, é a declaração de inconstitucionalidade do ato questionado.

Nessa linha, conforme se extrai do excerto acima transcrito da obra de Eduardo Moreira⁵⁶, a interpretação principiológica confere às cláusulas pétreas, no contexto do movimento denominado neoconstitucionalista, caráter valorativo que

⁵² BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003. P. 240.

⁵³ O mesmo raciocínio é identificado nos estudos de Adriano Sant’Ana Pedra (Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. p. 137)

⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003. P. 245-246.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁵⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

abrange, no caso da separação de poderes, o sistema de todas as funções institucionais repartidas entre Judiciário, Executivo, Legislativo, Ministério Público, Tribunais de Contas e agências reguladoras. Nesse sentido, Moreira defende o engessamento do próprio desenho institucional, tornando impossível qualquer alteração que agrida, considerado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a alocação de competências prevista na Constituição Federal.

Além disso, a leitura principiológica resulta em outra consequência, verificada sobretudo na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a aproximação metodológica entre o controle de constitucionalidade da legislação ordinária e aquele atinente às emendas à Constituição. A título de exemplo, a abordagem em tela conduz à equiparação do princípio da separação de poderes, objeto de amplo tratamento ao longo do texto constitucional e parâmetro de controle da legislação ordinária, com o postulado da separação de poderes enquanto cláusula pétrea.

1.3 Corrente restritiva

A corrente restritiva consistem em contraponto à abordagem expansiva, sustentando o equívoco de interpretação que amplie o alcance das limitações materiais à reforma da Constituição. Apresenta como características principais: (i) visão realista do poder constituinte originário; (ii) compreensão da necessidade de alteração da Constituição; (iii) desconfiança da legitimidade democrática do Poder Judiciário para operar como protagonista da reforma constitucional; e (iv) rejeição da abordagem principiológica limitações materiais ao poder de reforma⁵⁷.

1.3.1 Visão realista do poder constituinte originário

A corrente restritiva não considera o momento fundacional intrinsecamente superior às deliberações conduzidas no âmbito do poder constituinte derivado. Reconhece que o exercício do poder constituinte originário,

⁵⁷ Tal como ressalvado relativamente à corrente ampliativa, as características que serão expostas a seguir não necessariamente são identificadas em todos os autores com abordagem restritiva, mas, sim, revelam traços importantes dos fundamentos dessa leitura contida das limitações materiais ao poder de reforma.

embora inaugurador de nova ordem jurídica, não se coloca como ponto final exitoso do processo de construção constitucional. As limitações cognitivas e as assimetrias de poder são apontadas pelos autores, que não adotam como premissa a necessidade de interpretar-se ampliativamente o alcance das cláusulas pétreas para proteger o projeto constituinte.

É o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que afirma a regra da liberdade do poder de conformação do poder constituinte derivado, salientando inexistir superioridade intrínseca entres os poderes originário e derivado⁵⁸. Reporta-se à Constituição Federal, sustentando a restrição interpretativa imposta pelo verbo “abolir” utilizado no art. 60 do Diploma Básico⁵⁹. Segundo o autor, a utilização dessa expressão permite a alteração e a regulamentação das normas petrificadas pelo poder constituinte derivado. Ferreira Filho também apresenta interessante abordagem sob os ângulos histórico e institucional, destacando as características do processo constituinte de 1987/1988⁶⁰:

Ao avaliar o peso dessas "cláusulas pétreas", convém lembrar que a Constituição de 1988 não foi obra de poder constituinte originário. Ela resultou de uma "reforma constituinte".

De fato, a "Constituinte" de 1987/1988 não era senão o Congresso Nacional - inclusive com os senadores eleitos em 1982 - investido de poderes especiais de reforma por força da Emenda n. 26/85 à Constituição de 1967.

Esta Emenda n. 26/85 alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente, com isso autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de "Constituinte", simplificando o procedimento (maioria absoluta dos membros do Congresso para a aprovação e não maioria de dois terços em cada Casa), e, sobretudo, suprimindo as "cláusulas pétreas" consagradas na Constituição de 1967, na Emenda n. 1/69, art. 47, § 1. Nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro poder constituinte.

A abordagem do autor rechaça ponto de partida metafísico, pautando a postura interpretativa restritiva nas próprias condições de deliberação do processo constituinte brasileiro. É dizer, o momento fundacional é estudado como evento histórico e, portanto, contingencial, sem aludir-se a avanços ou retrocessos.

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 202: 11-17, out./dez/ 1995. p. 13.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 181.

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 202: 11-17, out./dez/ 1995. p. 16.

1.3.2 Compreensão da necessidade de alteração da Constituição

A corrente restritiva também compreende como natural a mudança da Constituição, considerada a necessidade de constante aperfeiçoamento e correção de rumos. Confere-se ênfase à função de estabilização sistêmica das cláusulas pétreas, em detrimento de visão centrada no engessamento das escolhas institucionais realizadas pelo Constituinte. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui pela impossibilidade de as limitações materiais ao poder de reforma serem compreendidas de forma a tornar excepcional a mudança constitucional, admitindo como intangível apenas o núcleo essencial dessas normas.

Klaus Stern teoriza na mesma linha, advogando a excepcionalidade da limitação do poder constituinte derivado, a revelar a impossibilidade de ampliar, via intervenção jurisdicional, as cláusulas pétreas para engessar reformas constitucionais⁶¹. Ao aprofundar o estudo da conformação das limitações materiais à reforma da Constituição alemã, o autor estabelece a essencialidade das cláusulas pétreas como elemento deflagrador da intervenção jurisdicional, ou seja, apenas quando aspectos essenciais do preceito limitador forem afrontados cabe a atuação do Poder Judiciário:

Em qualquer caso se acentua que enquanto preceito excepcional, o Art. 79.3 há de ser interpretado restritivamente. Tem sido repetidamente destacado eue esta opinião em sua generalidade deve ser aceita com ceticismo, apesar de que este princípio pertencer ao arsenal de métodos de interpretação. Deve ser, sem embargo, considerada oportuna aqui, já que se trata de uma exceção “pela própria natureza das coisas” enquanto afeta o princípio fundamental da não vinculação do poder constituinte derivado.⁶²

⁶¹ STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987. p. 347.

⁶² Na versão original: “En cualquier caso se acentua que en cuanto precepto excepcional el Art. 79.3 LFB ha de ser interpretado restrictivamente. Que esta opinión en su generalidad ha de ser aceptada escépticamente, a pesar de que este principio pertenece al arsenal de los métodos de interpretación, ha sido repetidamente acentuado. Debe ser, sin embargo, considerada oportuna aquí ya que se trata de una excepción “por la propia naturaleza de la cosa” en cuanto que afecta al principio fundamental de la no vinculación del pouvoir constituant institué” (STERN, Klaus. Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987. p. 345-346).

Elival da Silva Ramos expressamente defende a interpretação restritiva das limitações, argumentando a impropriedade de engessamento da Constituição Federal⁶³, considerada a necessidade de assegurar ao poder constituinte derivado campo aberto para os aprimoramentos adequados à preservação da força normativa da Constituição. Nesse sentido, sustenta, de forma análoga a Roznai, que apenas modificações que alcancem a essência das cláusulas pétreas devem ser anuladas pela jurisdição constitucional. No tocante ao pacto federativo, por exemplo, aponta a inadmissibilidade de emenda constitucional que abolisse o nível federativo municipal ou restringisse excessivamente a autonomia de determinado ente federado⁶⁴.

Da mesma forma, Inocêncio Mártires Coelho corrobora a compreensão de a mudança constitucional ser necessária e inerente à própria consolidação do projeto constituinte. Segundo o autor, as limitações materiais ao poder de reforma não podem constituir obstáculos à adequação temporal e política às diferentes perspectivas sobre determinado instituto. Defende que as diferentes acepções e sentidos extraíveis da norma devem possibilitar a abertura do texto constitucional a diferentes arranjos institucionais⁶⁵:

Chegados, agora, ao final desta comunicação, num painel que se intitula Federalismo brasileiro e seus desafios, cabe-nos dizer que a grande provocação que a todos se impõe e, principalmente, a quantos possam alterar a nossa Constituição – no que for possível, mediante mutações constitucionais –, é não se deixarem intimidar pelo fantasma da intocabilidade do texto da cláusula federativa (o art. 60, § 4o, I, da atual Carta Política), mas, ao contrário, dar-lhe nova redação ou emprestar-lhe uma nova exegese, uma leitura que se mostre temporalmente adequada, de modo a equilibrarmos as relações entre a União e os Estados e Municípios – sobretudo nos domínios tributário e financeiro – porque, cronicamente endividados junto ao Tesouro Nacional, esses entes políticos acabaram se apequenando e perdendo, de fato, aquele mínimo de autonomia sem o qual não tem sentido falar-se em pacto federativo, nem aqui nem em qualquer outra comunidade política.

⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 223.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226.

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *A Forma Federativa de Estado Como Cláusula Pétreas: uma Abordagem Hermenêutica*. DPU N. 29 – Set-Out/2009 – Estudos Jurídicos. p. 204.

José Duarte Neto também admite com naturalidade a mudança constitucional, entendendo incompatível com o próprio desenvolvimento do projeto constitucional a mutabilidade do Diploma Básico. O autor alerta, inclusive, para a possibilidade de a excessiva rigidez da Constituição implicar a ruptura da decisão constituinte⁶⁶:

Ora, para as propostas colocadas por essa tese, parece que a última compreensão hermenêutica é a mais adequada. A estabilidade constitucional não se confunde com a imutabilidade, como tantas vezes se teve o cuidado sublinhar. Mais do que isso, ela pressupõe a mudança, porque é por seu meio que os sistemas constitucionais mantêm-se atuais, com potencialidade para dialogar com os fatos normados.

Caso se permita compreender as cláusulas pétreas como normas de eficácia absoluta, toda a Constituição estaria imobilizada. Para essas situações, a advertência de Jorge Vanossi, a que antes se referiu⁴⁵⁷ é adequada,. O fechamento de todas as possibilidades de transformação e atualização conduz à ruína constitucional. A ausência de mudanças engendra a ruptura, ou em outros termos, a rigidez máxima produz a maior crise constitucional: a instabilidade extrema ou o aparecimento de uma nova Constituição por obra de um novo Poder Constituinte.

Autores posicionados na corrente restritiva não apresentam, portanto, desconforto com a mudança da Constituição pelo poder constituinte derivado. Entendem apropriada – e ínsita ao processo político – a abertura de canais formais de reforma constitucional aptos a alterar substancialmente o Diploma Básico, conforme a própria configuração da sociedade sofre modificações.

1.3.3 Desconfiança da legitimidade democrática do Poder Judiciário para operar como protagonista da reforma constitucional

A corrente restritiva tampouco vislumbra na jurisdição constitucional instituição com legitimidade democrática suficiente para ocupar o vértice do processo de reforma da Constituição. A atuação judicial não consiste em fundamento ou incentivo à ampliação do alcance das cláusulas pétreas. A abordagem restritiva entende que o Legislativo é *locus* prioritário e natural de

⁶⁶ NETO, José Duarte. Rigidez e Estabilidade Constitucional – Estudo da Organização Constitucional Brasileira. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 216.

deliberação da reforma constitucional, sendo excepcional a intervenção do Judiciário.

Yaniv Roznai, em estudo comparado sobre o controle de constitucionalidade de emendas, salienta a necessidade de o Judiciário adotar postura deferente em relação ao poder constituinte derivado. O autor argumenta ser temerário que o Judiciário intervenha em processo de reforma constitucional, exceto quando presentes mudanças essenciais na estrutura institucional preconizada pelo Constituinte.

Para delimitar a intensidade da ingerência jurisdicional aceitável, Roznai faz interessante remissão ao desenho institucional de cada país⁶⁷. Sustenta que em países com processos de emendamento mais dificultoso, o Judiciário deve ser deferente à atuação poder constituinte derivado, porquanto a aprovação da emenda pressupõe amplo apoio da sociedade. Por outro lado, quando os requisitos formais para reforma da Constituição não forem dificultosos, prevendo, por exemplo, quórum baixo para deliberação, seria legítima a atuação mais incisiva do Judiciário. A atenção conferida pelo autor a aspectos institucionais do sistema são relevantes, na medida em que permitem compreensão mais completa do alcance e repercussão sistêmicos da interpretação conferida às cláusulas pétreas.

Roznai contribui para reduzir a importância usualmente conferida à interpretação judicial expansiva ou restritiva relativamente ao grau de intervenção do Judiciário no processo de construção constitucional. Ao reconhecer que Cartas com processo de emendamento facilitado ensejam maior ingerência do Judiciário, o autor aponta que o desenho institucional também incentiva determinados comportamentos dos atores envolvidos. A postura de cada agente político é afetada também pelas peculiaridades institucionais de cada sistema, e não apenas pela teoria da interpretação adotada, de modo que procurar a solução para os problemas enfrentados pelos Poderes na mera dicotomia entre teorias expansivas e restritivas não consiste em campo fértil para a análise do tema.

⁶⁷ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 209.

1.3.4 Rejeição da abordagem principiológica das limitações materiais ao poder de reforma

A corrente restritiva não admite interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma, rejeitando visão segundo a qual os preceitos petrificados sejam normas a serem potencializadas, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Autores posicionados nesse campo interpretativo conferem maior ênfase aos limites textuais das cláusulas pétreas e a leituras sistêmicas, sem preocupar-se com modificações que reduzam, ao invés de robustecer, os preceitos qualificados como cláusulas pétreas.

Nessa linha, Yaniv Roznai rejeita a leitura principiológica das limitações materiais ao poder de reforma, inclusive no tocante à utilização da máxima da proporcionalidade, propondo metodologia em quatro etapas. A primeira consiste na definição das normas petrificadas, tarefa necessária especialmente no tocante aos limites materiais implícitos. Na segunda, cumpre delimitar se as normas limitadoras são princípios ou regras, cuja aplicação diferenciada implica diferentes margens de atuação e discricionariedade judicial. No terceiro passo, cabe ao intérprete identificar a natureza do ato proibido, ou seja, se a Constituição proíbe a emenda ou mesmo a proposta de alteração. O autor afirma que nesta última hipótese a vedação seria ao poder constituinte derivado, dificultando a intervenção judicial⁶⁸.

A quarta etapa consiste na interpretação da emenda propriamente dita. O autor sustenta, inicialmente, que a presunção de constitucionalidade que milita em favor da legislação ordinária, deve operar de maneira mais robusta em relação à reforma constitucional. Nesse contexto, sustenta que deve ser prioritariamente utilizado o método de interpretação conforme a Constituição, evitando a nulidade de ato normativo resultante de movimento de mudança constitucional submetido a escrutínio rigoroso, sob o ângulo formal, no Poder Legislativo⁶⁹.

⁶⁸ Cumpre ressaltar que essa terceira etapa revela-se pouco pertinente ao caso brasileiro. É que, como apontado em nota de rodapé anterior, o controle judicial de constitucionalidade de emendas no Brasil já foi consolidado pelo Supremo e aceito pelos demais atores institucionais, consistindo em dado da realidade adotado como premissa deste trabalho.

⁶⁹ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 203.

Roznai então avança na análise da intensidade da alteração da Constituição que enseja a ingerência jurisdicional. Descarta abordagem que defenda que qualquer alteração constitucional que tangencie as cláusulas pétreas é vedada, afirmando imprópria a ampliação do alcance das limitações materiais do poder de reforma a ponto de impedir que o poder constituinte derivado regule de qualquer forma as normas petrificadas. Aponta que semelhante interpretação causaria situação contraditória: ao tempo em que seria possível regulamentar direitos fundamentais por meio da legislação ordinária, desde que proporcional, surgiria impossível em qualquer hipótese tratar do tema mediante emenda à Constituição⁷⁰.

O autor também rejeita a utilização da máxima da proporcionalidade para apreciação da compatibilidade das emendas constitucionais com as limitações materiais à reforma. Conforme argumenta, o mencionado método confere demasiada margem de atuação ao Judiciário, salientando a dificuldade de se apontar, objetivamente, no que consistiria violação desproporcional ao Estado de Direito, ao secularismo ou à monarquia⁷¹. Menciona que os princípios constitucionais em geral e as cláusulas pétreas exercem função diversa no sistema constitucional: enquanto os primeiros visam o legislador ordinário e impõem a máxima aplicação dos direitos fundamentais na política ordinária, as limitações materiais ao poder de reforma buscam defender a identidade básica da Constituição⁷². Nesse contexto, Roznai aponta como mais adequada a teoria do abandono fundamental, adotada pela Corte Constitucional alemã ao interpretar o artigo 79, § 3º, da Lei Fundamental de Bohn, cuja redação é a seguinte:

Artigo 79

[Alteração da Lei Fundamental]

(1) A Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente complete ou modifique o seu texto. No caso de tratados internacionais relativos à regulamentação da paz, à preparação de uma regulamentação da paz, ou à extinção de uma

⁷⁰ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 204.

⁷¹ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 205.

⁷² ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 205.

ordem jurídica criada pela ocupação, ou que sejam destinados a servir à defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente complementar o texto da Lei Fundamental com tal esclarecimento, para deixar claro que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados.

(2) Uma lei desse teor exige a aprovação de dois terços dos membros do Parlamento Federal e de dois terços dos votos do Conselho Federal.

(3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.

No exame do caso *Klass*, em 1970, o Tribunal interpretou restritivamente a expressão “afetar”, para assentar que apenas alterações do vórtice dos princípios constitucionais básicos mereceriam a reprimenda jurisdicional. Entendeu que a existência de cláusulas pétreas não pode impedir o poder constituinte derivado de alterar a Constituição relativamente a essas normas, desde que a reforma não implique a dissolução da própria essência do sistema; daí a expressão “abandono fundamental”. É dizer, emendas que preservam a identidade constitucional não podem, segundo o autor, serem rechaçadas pelo Judiciário⁷³.

A abordagem do autor constitui significativo avanço na interpretação das cláusulas pétreas, estabelecendo balizas importantes para o intérprete na redução do casuísmo e o afastamento de teses que ampliam o alcance dos limites materiais, sem a devida atenção às implicações institucionais e sistêmicas da atuação judicial. Ademais, Roznai evidencia a impropriedade de ter-se a análise das cláusulas pétreas mediante instrumentos empregados no exame da constitucionalidade da legislação ordinária, como a máxima da proporcionalidade.

Elival da Silva Ramos também rejeita a expansão das cláusulas pétreas com fundamento em leitura principiológica, aprofundando a identificação de parâmetros interpretativos objetivos das limitações materiais, com importante contribuição para o estudo das cláusulas pétreas⁷⁴. O autor aprofunda essa investigação, sofisticando a referência genérica ao núcleo essencial das cláusulas pétreas. Ao examinar os limites consubstanciados nos direitos e garantias

⁷³ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 207.

⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

individuais, afirma que a expressão deve ser interpretada de forma sistemática-teleológica. Consoante assevera, a vedação de reforma em tela não abrange os direitos e garantias individualmente considerados, mas, sim, o sistema de direitos e garantias fundamentais instituído pela Constituição de 1988. É dizer, não podem ser suprimidos aqueles direitos que refletem ideias basilares do texto constitucional, a distorcer o sistema protetivo instituído; porém, são permitidas alterações e reduções de direitos individualmente considerados, desde que não subvertam o sistema constitucional garantista⁷⁵.

A alusão ao elemento interpretativo sistêmico abre novo campo para a compreensão das limitações materiais ao poder de reforma. Admite-se a ideia de não serem as cláusulas pétreas elementos estanques e monolíticos, mas, sim, estruturas normativas que albergam múltiplos arranjos institucionais legítimos. Isso significa que, ante a insuficiência do elemento textual, não é necessário recorrer a elementos metafísicos ou princípios de justiça. O próprio sistema fornece as balizas para a interpretação das cláusulas pétreas. A um, porque a partir das demais normas constitucionais é possível estreitar o significado da limitação material em jogo. A duas, porquanto entender cada cláusula pétrea como um sistema de proteção implica admitir que a sua leitura deve afastar-se da interpretação usualmente conferida a regras e princípios no controle de constitucionalidade da legislação ordinária. Com isso, as cláusulas pétreas surgem como estrutura em si mesma que pode ser alterada pelo poder constituinte derivado, desde que não haja o abandono dos aspectos essenciais do sistema referencial.

⁷⁵ Neste ponto, vale frisar que, embora Elival da Silva Ramos adote, em regra, atitude exegética em face das cláusulas pétreas, o autor, ao analisar o tópico dos direitos e garantias individuais, aproxima-se da abordagem procedimentalista de Oscar Vilhena Vieira.

CAPÍTULO 2 – LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA: CARACTERÍSTICAS E PRESSUPOSTOS REVISITADOS

2.1 Cláusulas pétreas e a contingencialidade dos processos de transição política

2.1.1 Transitologia política e superconstitucionalidade

Conforme analisado no capítulo anterior, é possível identificar duas visões contrastantes a respeito das limitações materiais ao poder de reforma, a restritiva e a ampliativa. Segundo esta concepção, as cláusulas pétreas serviriam como elementos de proteção de decisão tomada em momento deliberativo superior da comunidade. É dizer, para além da supremacia e perenidade da Constituição, as cláusulas pétreas, tal como vislumbradas pela doutrina ampliativa, têm como premissa processo constituinte sóbrio, marcado por momento único de reflexão da sociedade em torno de seus propósitos e objetivos. Daí porque, transpondo a metáfora estabelecida nos estudos da Constituição como comprometimento intergeracional, é possível articular com a distinção entre o Pedro sóbrio (poder constituinte) e o Pedro ébrio (poder reformador).

Contudo, é necessário questionar se esse ponto de partida teórico efetivamente encontra respaldo nas circunstâncias reais de exercício do poder. O século XX foi palco de inúmeros laboratórios de experimentação constitucional, nos quais foi possível a apreciação, ao vivo e em cores – literalmente, considerado o papel já então desempenhado pela televisão –, de processos de reconfiguração de Estados a partir de nova fundação constitucional.

Nesse sentido, a transitologia, termo consagrado nos estudos de O'Donnel e Schmitter, agrega elementos importantes para a compreensão da democracia, afirmando não só a imensa complexidade e contingência do fenômeno democrático⁷⁶ – que inibem a adoção de conceitos específicos,

⁷⁶ O'Donnel e Schmitter consignam, corroborando o exposto até o momento na presente tese, que “uma grande variedade de regras de decisão e de procedimentos de participação alegam encarnar o princípio da cidadania. Ao longo do tempo e das unidades políticas, as instituições democráticas

detalhados e prescritivos de democracia –, mas também as nuances que caracterizam um governo democrático.

De acordo com Przeworski, no regime autoritário, a característica essencial é “que alguém tem a capacidade efetiva de evitar consequências políticas contrárias a seus interesses”⁷⁷, através de controle *ex ante* e *ex post* dos resultados políticos produzidos. Em regimes dessa natureza, o aparato estatal exerce controles processual e substantivo sobre as decisões tomadas pelas diversas instâncias da sociedade. Essa previsibilidade das decisões políticas é evidenciada pela literatura de O’Donnell e Schmitter, que ao estudar a transição em regimes democráticos distinguiram os processos de liberalização e democratização.

A liberalização consiste em gradual e controlada concretização de direitos individuais, conceituada por O’Donnell e Schmitter como “o processo de tornar efetivos determinados direitos que protejam tanto os indivíduos como os grupos sociais de atos arbitrários ou ilegais cometidos pelo Estado ou por uma terceira parte”⁷⁸. Trata-se de etapa anterior à democratização, que deflagra a transição e permite a incorporação das condições políticas para a progressiva concretização das instituições democráticas.

Przeworski afirma que na liberalização “o aparato de poder permite algum tipo de organização política e interação de interesses, mantendo, porém, intacta sua própria capacidade de intervir. É uma abertura controlada do espaço político

apresentam uma considerável variedade de formas. Nenhum conjunto único de instituições ou regras específicas define por si mesmo a democracia, nem mesmo os mais proeminentes, como o princípio da maioria, a representação territorial, a soberania do poder legislativo ou a eleição direta do poder executivo. Muitas instituições hoje consideradas distintivamente democráticas estabeleceram-se, inicialmente, com intenções bastante diferentes e só subsequentemente foram incorporadas às definições vigentes de democracia – por exemplo, parlamentos, partidos, governos mistos, grupos de interesse, acordos consociacionais etc. A modalidade específica que a democracia assume – num dado país é uma questão contingente, muito embora, dada a existência de determinados modelos proeminentes e à sua difusão internacional, provavelmente haja uma espécie de mínimo procedural que os atores contemporâneos consentiriam em considerar elementos necessários da democracia política” (O’DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 25).

⁷⁷ PRZEWORSKI, Adam. *Ama a incerteza e serás democrático*. In: *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 9: 36-46, Jul. 1984. P. 36.

⁷⁸ O’DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 23.

geralmente condicionada à compatibilidade das consequências políticas com os interesses e valores do aparato de poder autoritário”⁷⁹.

Esse processo de liberalização caracteriza não só momentos de transição entre regimes políticos, abarcando também as democracias tutelares, nas quais, apesar de formalmente democráticas, é mantido o exercício do controle sobre resultados políticos imprevisíveis. Em outras palavras, confere-se liberdades civis, entretanto não se dá liberdade aos resultados possíveis contrários aos interesses do regime autoritário. Com base nessa diferenciação, oriunda da transitologia, Przeworski delimita que a democracia consiste em forma de organização política que tem como pressuposto a incerteza referencial. Nesse sentido, o autor sustenta que “numa democracia, os resultados do processo político são, em certa medida, indeterminados no que diz respeito às posições que os participantes ocupam no conjunto das relações sociais, incluindo as relações de produção e as instituições políticas”⁸⁰.

Esses estudos revelam que as etapas de liberalização e democratização não constituem via direta e desimpedida em direção ao estabelecimento de normas constitucionais básicas regentes de determinada comunidade política. Como se extrai da transição política do Leste Europeu e suas mesas redondas (bem como de outros países⁸¹, como o próprio Brasil), o caminho rumo à democracia é sinuoso, repleto de idas e vindas que culminam no processo de elaboração (ou reforma) da Constituição. A análise desses processos, usualmente marcados pela instauração de assembleia constituinte, revela ser inviável, quiçá

⁷⁹ PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. In: Novos Estudos Cebrap, São Paulo, 9: 36-46, Jul. 1984. P. 37.

⁸⁰ PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. In: Novos Estudos Cebrap, São Paulo, 9: 36-46, Jul. 1984. P. 37.

⁸¹ O'Donnel e Schmitter, após analisarem o processo de transição em inúmeros países, tanto da Europa quanto da América do Sul, estabeleceram a metáfora dos jogos de transição, que elucida com precisão as contingências que cercam o processo constituinte: “Não se trata simplesmente de que os atores estejam incertos com relação à identidade, recursos e intenções daqueles com os quais entabulam o jogo transicional. Eles também estão conscientes (ou devem estar) de que seus confrontos momentâneos, soluções convenientes e compromissos contingentes estão, na verdade, definindo regras que provocarão um efeito perdurável, mas pouco previsível sobre o modo como o jogo político ‘normal’ será encetado no futuro, e sobre quem o jogará. Para captar essa situação, propomos a metáfora de um jogo de xadrez de níveis múltiplos. Nesse jogo, adicionam-se à já grande complexidade do xadrez normal, as quase infinitas permutações e combinações resultantes da habilidade de cada jogador, em toda jogada, de passar de um para outro nível do tabuleiro. Todos que o jogaram terão experimentado a frustração de não saber, praticamente até o fim, quem vai ganhar, por quais razões e com que peça. As vitórias e derrotas costumam acontecer de forma inesperada para ambos os jogadores” (O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. Transições do regime autoritário: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 108-109).

metafísico, articular com a existência de momento deliberativo perfeito ou alheio às vicissitudes da política ordinária.

Neste ponto, é possível argumentar que nem todo processo constituinte envolve transição política, ou seja, a realização da reforma constitucional dentro de um quadro de barganha política com os poderes estabelecidos, no que Elster denominou, com precisão, “reconstruir o barco em mar aberto”⁸². Contudo, é impróprio imaginar processo de refundação constitucional no qual os atores sejam absolutamente livres e decidam de forma inteiramente racional. Embora existam processos em que os agentes negociam com maior liberdade, sem amarras estabelecidas por poderes pré-estabelecidas, toda negociação política na sociedade inicia com desigualdade de força e/ou informação, revelando partes com capacidade distinta de barganha. A ressaltar essa óptica, Jon Elster destaca que mesmo em processos constituintes como o dos Estados Unidos da América, a Assembleia foi convocada por autoridade preexistente, com implicações nas etapas subsequentes, como a própria escolha dos delegados:

Embora a Assembleia esteja impedida de decidir a convocação e a delegação iniciais, ela pode se apropriar do poder sobre todas as outras decisões. Em graus variados, foi isso que aconteceu nas duas Assembleias do século XVIII. Elas confirmaram as próprias credenciais, estabeleceram muitas de suas próprias regras, às vezes anulando suas diretrizes, às vezes suplementando-as. A tensão entre as Assembleias e os que as convocaram – entre a criatura e o criador – estava no centro de ambos os processos. Na Filadélfia, as Assembleias Legislativas estaduais, que eram a fonte da autoridade dos delegados, eram também percebidas por muitos como um enorme obstáculo aos seus esforços. Em Paris, havia uma relação de certa forma similar entre o rei e a Assembleia.⁸³

Portanto, malgrado nem toda construção constitucional ocorra no âmbito da transição política, nenhum processo constituinte ocorre em situação de deliberação ideal similar à proposta por Rawls⁸⁴, razão pela qual a transitologia

⁸² ELSTER, Jon. Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea. In: Public Administration Vol. 71 Spring/Summer. 1993.

⁸³ ELSTER, Jon. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 142-143.

⁸⁴ Neste ponto, cumpre asseverar que Rawls realizou empreitada teórica consubstanciada na construção de uma teoria ideal de justiça por meio da qual se estabelecesse a possibilidade de debate racional acerca da justiça na sociedade, com a atenuação das desigualdades provenientes da arbitrariedade moral. Isso é alcançado por Rawls com o estabelecimento da posição original, de cunho contratualista, na qual cidadãos hipotéticos - simetricamente situados e mutuamente

surge como interessante paradigma de reflexão. O objeto dessa seção, conseqüentemente, consiste em analisar se é adequado adotar como pressuposto das limitações ao poder de reforma a necessidade de proteção de decisão política fundamental em razão de diferenciação qualitativa da deliberação que a originou, consideradas as contribuições da transitologia política. Cumpre examinar criticamente a justificação teórica das cláusulas pétreas à luz das reflexões engendradas pelo estudo dos processos constituintes comparados, especificamente aqueles que se sucederam no Leste Europeu na esteira da queda União Soviética, nos quais a sociedade civil organizada desempenhou papel relevante em processo de transição intensamente negociada⁸⁵.

2.2.2 O processo de transição política do Leste Europeu

O processo de transição política no Leste Europeu possui elementos fáticos que contribuem para a reflexão em torno do fenômeno da superconstitucionalidade. Nesses países a mudança de regime ocorreu de forma negociada⁸⁶, sem violência⁸⁷ e com larga participação da sociedade, mas dentro

interessados - se reúnem para estabelecer os cursos de ação daquela comunidade. Noutros termos, a posição original se justifica, em Rawls, como meio de fixação de procedimento equitativo que garanta a adoção de princípios justos e aceitáveis por todos os estratos sociais. Trata-se de situação hipotética cujo objetivo é viabilizar método analítico para o estudo das diferentes concepções de justiça, permitindo que divergências em torno dos princípios de justiça sejam racionalmente avaliáveis (*Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

⁸⁵ Nessa direção, os eventos do Leste Europeu desencadearam inúmeras reflexões em torno do conceito de sociedade civil e da possibilidade de institucionalização bem sucedida desses momentos de participação popular. É o caso, por exemplo, dos textos de Andrew Arato (*Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000) e Jon Elster (*Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea*. In: *Public Administration* Vol. 71 Spring/Summer. 1993).

⁸⁶ Nesse viés, Hobsbawn afirma que “Parecia natural, sobretudo no ano do bicentenário de 1789, descrever as mudanças de 1989-90 como as revoluções do Leste Europeu e, na medida em que os fatos que levam à completa derrubada de regimes são revolucionários, a palavra é apropriada, mas enganadora. Pois nenhum dos regimes da Europa Oriental foi derrubado. Nenhum, com exceção da Polônia, continha qualquer força interna, organizada ou não, que constituísse uma séria ameaça a ele, e o fato de que a Polônia continha uma poderosa oposição política na verdade assegurou que o sistema não fosse destruído de um dia para o outro, mas substituído por um processo negociado de acordo e reforma, não diferente da maneira como a Espanha fez a transição para a democracia após a morte do general Franco, em 1975” (HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. P. 472).

⁸⁷ Neste ponto, é interessante mencionar as reflexões de Timothy Garton Ash: “Com a única e notável exceção da Romênia, essas revoluções também foram singulares pela ausência quase total de violência. Tal como o Solidariedade em 1980-81, elas foram aquela contradição em termos histórica, a ‘revolução pacífica’. Nenhuma bastilha foi atacada, nenhuma guilhotina foi erguida. Os postes foram usados apenas para a iluminação pública. Só a Romênia viu tanques e pelotões de fuzilamento. Em todos os demais lugares, a única violência foi empregada no início pela polícia.

de molduras institucionais do antigo regime. Tal como no Brasil, a queda do regime não se deu por colapso⁸⁸. Com isso, é amplo o campo para análise das contingências políticas que cercam a elaboração ou reforma do texto constitucional.

Ao contrário de outros regimes ditatoriais do século XX, o Leste Europeu aderiu ao comunismo em virtude, prioritariamente, da ocupação do exército vermelho durante a Segunda Guerra. Em sua maioria, os regimes ditatoriais comunistas se estabeleceram como decorrência da política de expansão soviética, ou seja, verdadeira imposição dessa potência militar.

De fato, muito embora os países do então Segundo Mundo tenham apresentado taxas de crescimento econômico interessantes na primeira década após a Segunda Guerra, o fato é que a manutenção dos regimes ocorreu pelo aparato repressivo montado na estrutura estatal e, principalmente, pela constante ameaça de intervenção do exército vermelho. Nesse sentido, é interessante transcrever as reflexões de Hobsbawn:

O princípio que legitimava Estados [no leste europeu] era, para a maioria das pessoas, a retórica oficial ou o anedotário dos velhos cidadãos. Era provável que mesmo membros do partido, entre os não idosos, não fossem comunistas no sentido antigo, mas homens e mulheres (infelizmente, demasiado poucas mulheres) que faziam carreira em países que por acaso se achavam sob governo comunista. Quando ficou claro que a própria URSS estava cortando as amarras com eles, os reformadores (como na Polônia e Hungria) tentaram negociar uma transição pacífica; e os linhas-duras (como na Tchecoslováquia e RDA) tentaram resistir até tornar-se evidente que os cidadãos não mais obedeciam, embora o exército e a polícia ainda o fizessem. Nos dois casos, eles se foram tranquilamente quando compreenderam que seu tempo se esgotara, vingando-se assim, inconscientemente, dos propagandistas do Ocidente que diziam que isso era precisamente o que regimes totalitários jamais poderiam fazer.⁸⁹

[...] Tratava-se de uma posição em parte pragmática: o outro lado tinha todas as armas. Mas era também ética. Era uma afirmação de como as coisas deveriam ser. Eles queriam começar do mesmo modo que pretendiam continuar. A história, disse Adam Michnik, tinha-lhes ensinado que aqueles que começam atacando bastilhas acabam construindo as suas próprias" (ASH, Timothy Garton. *Nós, o povo: a revolução de 1989 em Varsóvia, Budapeste, Berlim e Praga*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. P. 149).

⁸⁸ O conceito de transição por colapso foi elaborado e aprofundado por Guillermo O'Donnell e Philippe Schmitter (*Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988).

⁸⁹ HOBSEBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. P. 473-474.

A bem da verdade, além da grave crise econômica que acometeu esses países a partir da década de 1960, movimentos de dissidência dentro do próprio Partido comunista após a morte de Stalin (1953) já vinham desestruturando esses regimes, oportunizando o espaço necessário para a consolidação de movimentos de reforma. Com efeito, tanto o regime reformador de Imre Nagy na Hungria (1956)⁹⁰, quanto o de Dubcek na Tchecoslováquia (1968), foram dissidências do Partido Comunista que assumiram o poder e foram expurgadas pelo exército vermelho⁹¹. Nessa perspectiva, não se pode ignorar, também, a influência da perestroika e glasnot, que contribuíram decisivamente para a intensificação dos movimentos internos de reforma, até então fortemente reprimidos pela URSS⁹².

O processo de transição constitucional no Leste Europeu, caracterizado pela plena observância da legalidade vigente, pode ser identificado em dois estágios: (i) as mesas redondas e (ii) a posterior reforma das constituições. Este ponto é importante: foi um processo sem novas constituições, ao menos inicialmente.

As mesas redondas constituíram efetivos espaços de barganha política com o Partido Comunista. Esse processo de negociação é dominado por ameaças e avisos, tal como denominado por Elster no artigo “Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea”. Segundo o autor, ameaças são feitas quando as partes negociantes são unitárias e homogêneas, enquanto os avisos são típicos de barganhas nas quais as partes apresentam divisões

⁹⁰ Em 1956 Imre Nagy, membro do Partido Comunista, assume o poder e anuncia o fim do sistema unipartidário e a saída da Hungria do Pacto de Varsóvia. Especialmente em virtude dessa segunda medida, o Exército Vermelho invade a Hungria, quando então Nagy se refugia na embaixada da Iugoslávia mas é atraído para fora por garantia escrita do governo, sendo preso e posteriormente enforcado. Com isso, János Kádár assume o poder e adota pauta reformista e liberalizante, dentro dos limites autorizados pelos soviéticos.

⁹¹ Nessa direção, embora não tenha sido objeto de estudo de O'Donnell e Schmitter, a transição política no Leste Europeu corrobora a tese dos autores no sentido de que as transições políticas são iniciadas dentro do próprio regime: “durante a transição, as eventuais regras e procedimentos do processo tendem a estar nas mãos de incumbentes autoritários. De forma mais ou menos acentuada, a depender do caso e do estágio de transição, esses incumbentes retêm poder discricionário sobre os acordos e direitos que em uma democracia estável estariam protegidos, de forma confiável, pela constituição e por várias instituições independentes. O sinal típico de que se iniciou a transição surge no momento em que esses detentores autoritários do poder começam, por alguma razão, a modificar as suas próprias regras no sentido de oferecer garantias mais seguras aos direitos de indivíduos e grupos” (O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 23).

⁹² HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. P. 461.

internas. Nestas hipóteses, os avisos são formulados em frases estruturadas como “não posso controlar minha ala radical”⁹³.

As mesas redondas se repetiram, em maior ou menor grau, nos diversos países do Leste Europeu⁹⁴. A Polônia foi o país que tomou a liderança na mudança de regime, e por isso enfrentou as negociações mais duras com o Partido Comunista e a constante ameaça de intervenção soviética. O grande ator do processo de transição polonês foi o Solidariedade, movimento oriundo do movimento operário da indústria.

Desde o início da década de 1980 o Solidariedade e o Partido Comunista se confrontaram constantemente, especialmente em razão das reiteradas tentativas do Partido, diante da crise econômica, reduzir subsídios para bens da vida básicos. Essa pressão culminou na mesa redonda iniciada em fevereiro de 1989, depois de muitos meses de disputa, e começou como simples processo de barganha entre o Solidariedade e o Partido Comunista, que precisava do apoio da oposição para enfrentar a crise econômica. De fato, as contínuas greves convocadas inviabilizavam reformas econômicas e o Partido necessitava da paz interna para conseguir ajuda internacional. Assim, a mesa redonda incluía várias submesas, que abarcavam desde a reforma do sistema econômico até a legalização do Solidariedade.

Da mesma forma, na Hungria a mesa redonda foi instaurada em 13.6.1989, três dias antes do aniversário da morte de Imre Nagy. O seu resultado foi um documento complexo com vários projetos de lei e emendas à Constituição sobre matérias que abarcavam dos procedimentos eleitorais e a condição dos partidos políticos até mudanças no Código Penal.

As mesas redondas, além da ampla gama de interesses conflitantes reunidos, conviviam com significativos desafios atinentes à sua legitimidade democrática e à sua relação com a constituição anterior. No que diz respeito ao segundo ponto, os cidadãos que compunham as mesas redondas eram forçados, dentro do cenário de transição negociada, a submeter os acordos nelas firmados aos procedimentos previstos na ordem constitucional anterior. É por isso que as

⁹³ ELSTER, Jon. Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea. In: Public Administration Vol. 71 Spring/Summer. 1993. P. 206.

⁹⁴ Existem, porém, exceções. A Romênia e a Bulgária partiram quase imediatamente à formação de uma Assembleia Nacional Constituinte (vide ARATO, Andrew. Civil Society, Constitution, and Legitimacy. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. P. 159).

mesas redondas resultavam em propostas de emenda à Constituição, cuja aprovação ocorreria em Parlamento ainda dominado pelo Partido Comunista. Nesse sentido, Andrew Arato captura com precisão os dilemas enfrentados pelos “revolucionários” do Leste Europeu⁹⁵:

Assim, os atores constitucionais do Leste Europeu, primeiro nas várias mesas redondas, procuraram evitar precisamente a condição de estado de natureza, fora de todo o Direito, postulando a continuidade constitucional com os antigos regimes, aquilo deixou os poderes executivo e legislativo, seja qual for seu real valor, provisoriamente em antigas mãos. Assim, na Polônia, Hungria, Bulgária e na antiga Alemanha Oriental, as oposições democráticas procuravam conduzir revoluções legais e constitucionais.

Essa utilização das estruturas normativas do regime anterior restringiu significativamente as possibilidades de renovação dos arranjos institucionais, não só porque os procedimentos ainda estavam sob controle do Partido Comunista, mas principalmente em virtude da participação ativa dessas instituições nas negociações transicionais. É exatamente por esse motivo que todos os países que eram presidencialistas mantiveram essa forma estrutural, sem maiores inovações ou mudanças na distribuição dos centros de poder⁹⁶.

Mas nem apenas as amarras da estrutura anterior restringem a liberdade de criação do poder constituinte. Chris Thornhill, ao revisitar criticamente as teorias do poder constituinte em vigor⁹⁷, aponta que o surgimento de um direito constitucional dos direitos humanos, estruturado na ordem internacional fortalecida no período imediatamente posterior a 1945, exerceu significativa pressão sobre os processos constituintes da segunda metade do século XX. Seja por meio de pressão econômica por parte de grandes potências, seja em razão do intercâmbio de ideias entre cidadãos e até mesmo Tribunais, a construção de novas ordens constitucionais ocorreu com uma ordem supranacional pairando sobre os constituintes. O poder constituinte surge, conseqüentemente, condicionado por influxos internacionais, que colocam as escolhas institucionais

⁹⁵ ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. P. 143.

⁹⁶ ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. P. 144.

⁹⁷ THORNHILL, Chris. The global legal system and the procedural construction of constituent power. In: *Global Constitutionalism Journal*, Volume 5, Issue 3. November 2016. P. 405-442.

feitas por ele em constante pressão pela predominância relativamente homogênea, na comunidade internacional, de determinados princípios e preceitos⁹⁸. Nesse viés, vale transcrever as reflexões de Thornhill⁹⁹:

Na maioria dos regimes contemporâneos, o espaço para fundação política é reduzido, e a atividade democrática nacional perde significado como fundamento inaugural de legitimidade. Cortes de fato amplamente definem previamente o escopo e conteúdo do poder constituinte. Em muitos casos, interações entre cortes provêm poder constituinte para governos, e governos conduzem o processo de fundação constitucional dentro dos limites ditados por normas internacionais. Isso significa que órgãos classicamente constituídos exercem o poder constituinte. Poder constituinte é usualmente constituído antes de ser declarado ou exercido. A fonte radical externa de legitimidade do sistema político, que a doutrina constitucional clássica definiu como a essência da construção e legitimação da instituição democrática, está perdida.

Outrossim, as próprias mesas redondas apresentavam problemas de legitimação democrática. Afinal, essas instâncias deliberativas em regras não eram eleitas¹⁰⁰ e rapidamente começaram a apresentar cisões partidárias importantes que afetariam a definição das regras para as primeiras eleições

⁹⁸ Não seria necessário retroceder ao século XX ou a processos constituintes específicos para perceber a influência da comunidade internacional na construção constitucional dos Estados nacionais. Basta observar como não raro Estados que pleiteiam o ingresso na União Europeia, por exemplo, são obrigados a realizar reformas constitucionais visando adequar-se ao que preconizado pelo bloco econômico. Até mesmo mudanças na Constituição não avalizadas pela União Europeia são objeto de intensa pressão e conflitos, como ocorre na Turquia contemporânea e a recente reforma constitucional que ampliou os poderes da Presidência (vide <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-05/turquia-diz-que-dara-adeus-uniao-europeia-se-negociacao-de-adesao-nao>. Acesso em 16/10/2017 às 23:20).

⁹⁹ Na versão original: "In most contemporary polities, the space for ex-nihilo political foundation is reduced, and national democratic agency loses significance as the founding source of legitimacy. Courts in fact now widely pre-define the scope and content of constituent power. In many cases, interactions between courts provide constituent power for polities, and polities conduct processes of constitutional foundation within constraints dictated by international norms. This means that classically constituted bodies exercise constituent power. Constituent power is often already constituted before it is asserted or exercised. The radically external source of legitimacy for the political system, which classical constitutional doctrine defined as the essence of democratic institution building and legitimation, is lost" (THORNHILL, Chris. *The Sociological Origins of Global Law*. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo Corsi (org.). *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*. Abingdon: Routledge; 2016. p. 106-107).

¹⁰⁰ Nessa linha, ao analisar o processo de transição na Tchecoslováquia, Timothy Garton Ash identifica com precisão que "o Fórum dificilmente poderia ser chamado de democrático. Quem os havia escolhido? Eles se escolheram. E contudo já no seu segundo dia de existência eles escreveram, em uma carta endereçada ao presidente Bush e a Gorbachov, que o Fórum Cívico 'sente-se capacitado a atuar como porta-voz de todo o povo tchecoslovaco'. Com que direito? Ora, por direito de aclamação. Pois as pessoas estavam indo às ruas dia após dia, gritando 'Viva o Fórum!'. Pelo menos em Praga, o povo – o demos – estava óbvia e indiscutivelmente por trás deles" (ASH, Timothy Garton. *Nós, o povo: a revolução de 1989 em Varsóvia, Budapeste, Berlim e Praga*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. P. 99-100).

parlamentares livres¹⁰¹. Em outras palavras, as próprias mesas redondas progressivamente se apresentaram como instâncias de deliberação com características muito semelhantes àquelas dos Parlamentos em seu estado ordinário¹⁰². Nessa linha, mesmo nos processos das mesas redondas do Leste Europeu, em que a sociedade civil se manifestou de forma significativamente livre das usuais restrições presentes nas deliberações legislativas, inúmeros fatores, como a moldura constitucional anterior e o seu déficit de legitimidade democrática, modulam os limites e extensão das possibilidades deliberativas.

Além de lidar com conflitos étnicos, justiça transicional e as barganhas do Partido Comunista, as sociedades em tela também foram obrigadas a conduzir a transição da economia planificada para a de mercado¹⁰³. Com efeito, as medidas atinentes à reforma econômica e os esforços para consolidação da democracia constitucional se relacionam de forma tensa. Se de um lado a reforma dos direitos de propriedade pressupõe a reforma do sistema de preço; por outro, a democracia política exclui a reforma do sistema de preços, porque as classes afetadas por efeitos danosos como a inflação bloqueariam politicamente as medidas adotadas¹⁰⁴¹⁰⁵. Portanto, o processo de transição política no Leste

¹⁰¹ ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000. P. 148.

¹⁰² Exatamente por isso Arato descarta a tese de que a legitimidade das mesas redondas defluiria de um hipotético véu da ignorância rawlsiano, identificado no desinteresse dos cidadãos que o compunham em determinadas questões políticas neles discutidas. Segundo o autor, “esse argumento funciona apenas nos estágios iniciais do processo no caso de elaboração da constituição em transições negociadas que envolvem parlamentos ordinários. Considerando que o trabalho de elaboração da constituição falhou, ou foi descartado, ou teve que ser reiniciado em razão das questionáveis circunstâncias do projeto inicial e daquele aprovado, um apelo tácito ou expresso ao véu da ignorância se torna crescentemente vazio”. Dentro das próprias mesas redondas, o comportamento estratégico se intensifica progressivamente e personalidades mais afetas ao exercício da atividade política ordinária se destacam já dentro das mesas redondas, conforme bem aponta Timothy Garton Ash: “Acompanhar tudo isso [mesa redonda] equivalia a ver a política em uma forma primária, espontânea e, quase diria, ‘pura’. Todos os homens e mulheres podem ser animais políticos, mas alguns são mais políticos do que outros. Era fascinante ver aqueles indivíduos reagindo instantaneamente à fragrância que cada vez mais percebia no Lanterna Mágica à medida que passavam os dias. A fragrância do poder. Pessoas que jamais haviam sido politicamente ativas de repente se levantavam, abriam caminho até o palco e propunham a si mesmas para um lugar na televisão; e já se podia vê-los sentados na cadeira de um ministro. Outros, há muito ativos na oposição democrática, ficavam sentados na primeira fila. A política real do poder não era para eles” ASH, Timothy Garton. *Nós, o povo: a revolução de 1989 em Varsóvia, Budapeste, Berlim e Praga*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. P. 99).

¹⁰³ ELSTER, Jon. *Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea*. In: *Public Administration Vol. 71 Spring/Summer. 1993. P. 169-170.*

¹⁰⁴ ELSTER, Jon. *Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea*. In: *Public Administration Vol. 71 Spring/Summer. 1993. P. 172-173.*

¹⁰⁵ Timothy Ash elucida com precisão a importância dos fatores econômicos da transição política do Leste Europeu ao analisar o caso polonês: “Todavia, os postos mais importantes de todos eram os econômicos, pois ao longo desse lento e doloroso processo de transição política negociada –

Europeu, conduzido inicialmente no âmbito das mesas redondas, desenvolveu-se no bojo de contingências fáticas relevantes, responsáveis por restringir as possibilidades de atuação dos atores, institucionais ou não.

É em virtude desse cenário que Elster reconhece na transição política do Leste Europeu uma plêiade de interesses – desde partidários até institucionais – que interferem nas negociações políticas que culminam na elaboração (por reforma ou assembleia constituinte) de nova moldura constitucional. Assim, no processo constituinte desses países, além dos interesses próprios do Partido Comunista ou do objetivo do Solidariedade de se consolidar como força política, havia também os interesses das próprias instituições vigentes, que tentaram moldar os procedimentos em discussão ao propósito de seu empoderamento¹⁰⁶. Ademais, forças externas – como o exército, movimentos sociais ou potências estrangeiras - também podem atuar de modo a constranger as negociações no bojo da Assembleia Constituinte.

Dessa forma, uma vez analisado o processo de transição política do Leste Europeu, principalmente sob o prisma da rede de interesses e contingências a restringir a inauguração da nova ordem constitucional, impende revisitar o fenômeno da superconstitucionalidade à luz dos importes da transitologia política.

2.2.3 As condições reais de deliberação e as cláusulas pétreas

de refolução – a situação econômica estivera piorando, piorando, piorando. As raízes dos infortúnios econômicos da Polônia podiam ser encontradas num passado mais distante: quase vinte anos antes, por exemplo, no começo da malfadada experiência de Gierek; ou quarenta, com a imposição do stalinismo pleno; ou ainda cinquenta, com a invasão alemã de setembro de 1939. Mas não há dúvida que a Polônia pagou um preço econômico adicional por ter quebrado o gelo da transição política. Isso foi válido, em um sentido mais amplo, ao longo da década de 80, e em um sentido mais estrito, a partir da primavera de 1988. Pois foi nesse período, quando todos os controles políticos se enfraqueceram (inclusive os que se exerciam sobre as reivindicações salariais), e quando o último governo comunista da Polônia adotou medidas cada vez mais irresponsáveis (principalmente a de liberar os preços agrícolas sem antes criar um mercado que os regulasse), que a inflação elevou-se a alturas assustadoras, de cerca de 64% em 1988 a perto de 640% em 1989” (ASH, Timothy Garton. Nós, o povo: a revolução de 1989 em Varsóvia, Budapeste, Berlim e Praga. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. P. 46).

¹⁰⁶ Nesse sentido, Elster sustenta que “a principal força por trás do processo polonês de construção constitucional foi o autointeresse institucional. Todos os principais atores – a Presidência, o Sejm e o Senado – estavam preocupados em preservar e expandir seus poderes no que diz respeito à legislação e à formação do governo” (ELSTER, Jon. Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea. In: *Public Administration* Vol. 71 Spring/Summer. 1993. P. 213).

Conforme visto, o fim de regimes autoritários instaurados na segunda metade do século XX possibilitou a verificação das condições reais de deliberação do processo constituinte. Ao escancarar dilemas enfrentados por populações obrigadas a conduzir a revolução constitucional ainda sob forte influência do partido dominante, esses eventos históricos potencializam um elemento comum a todos os processos de fundação constitucional: o caráter contingencial e limitado da deliberação constituinte.

O processo constituinte não se concretiza em condições ideais. Pelo contrário, são recorrentes os episódios em que interesses pessoais, institucionais ou partidários constroem as opções políticas disponíveis, impedindo que a deliberação se desenvolva de maneira condizente com a solenidade que usualmente se atribui ao processo constituinte. A propósito, é interessante transcrever as conclusões de O'Donnell e Schmitter sobre o tema:

Poucos momentos trazem consigo, como este o faz, escolhas e responsabilidades tão angustiantes, tanto no campo ético, quanto no político. Se algum tivéssemos cometido a temeridade de formular uma teoria de um tal processo, esta teria de constituir um capítulo de uma pesquisa muito mais ampla a respeito do problema da mudança social 'subdeterminada', das transformações em larga escala que têm lugar quando há insuficiência de parâmetros estruturais ou comportamentais para orientar e prever o resultado. Uma teoria dessas deveria incluir elementos de acidentalidade e imprevisibilidade, de decisões essenciais tomadas às pressas, com base em informações bastante inadequadas, de atores enfrentando dilemas éticos e confusões ideológicas sem solução, de momentos decisivos dramáticos alcançados, e ultrapassados sem uma compreensão do seu futuro significado. Em outras palavras, a teoria teria de ser uma teoria da anormalidade, na qual o inesperado e o possível são tão importantes quanto o comum e o provável. Ademais a percepção dos atores com relação a esta mesma anormalidade envolvendo a mudança de regime constitui, em si, um fator que afeta o resultado eventual da mudança¹⁰⁷.

Conforme verificado especialmente no processo de transição negociada do Leste Europeu, as deliberações que resultam nos dispositivos constitucionais do novo regime enfrentam os entraves normativos oferecidos pela estrutura estatal anterior, os interesses institucionais e partidários presentes nos órgãos deliberativos, assim como os próprios problemas de legitimidade das mesas

¹⁰⁷ O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. Transições do regime autoritário: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 18.

redondas – este último identificado no caso específico nos países do Leste Europeu. Essas circunstâncias fáticas não são privilégio daquela região do globo. No Brasil, o processo constituinte de 1987-1988 foi conduzido no âmbito de Congresso Nacional eleito durante o período militar. Embora houvesse notável efervescência política, sobretudo com o retorno ao país de importantes personalidades políticas anistiadas, era inequívoca a influência ainda exercida pelo período anterior.

O exame de tais processos constituintes demonstra que o momento fundacional não se mostra livre de restrições próprias a qualquer deliberação no seio da sociedade. Como mencionado no início desta seção, as próprias assembleias constituintes são convocadas por uma autoridade preexistente, com efetivo conflito entre criatura e criador. Para além desse aspecto, a própria definição das regras de deliberação é fundamental para o resultado final do processo, refletindo as próprias assimetrias de poder anteriores à Assembleia¹⁰⁸.

A transitologia revela que, numa assembleia constituinte, os arranjos institucionais escolhidos dependem das expectativas lançadas pelos atores sobre a posição futuramente ocupada no jogo político. Em cenários de incerteza, os agentes tendem a incluir na Constituição a maior diversidade possível de temas, entrincheirando questões de interesse próprio nos difíceis processos de emendamento. A formação do texto constitucional sujeita-se às nuances da dinâmica política então vigente. Por esse motivo, Marcus André Melo, ao examinar a Assembleia Constituinte de 1987-1988, conclui que o grau de inércia constitucional em determinados temas, o qual repercutiu no próprio processo de construção constitucional nas décadas de 1990 e 2000, decorre do “cálculo dos atores quanto a certos dispositivos atenderiam ou não a seus interesses no futuro¹⁰⁹”.

¹⁰⁸ Jon Elster destaca a questão concernente às regras de deliberação e seu papel restritivo do próprio poder constituinte: “Outro aspecto da formação das Assembleias constituintes se refere a suas regras internas de funcionamento. Ambas as Assembleias tiveram de aceitar o fato de que havia uma divisão preexistente da nação em grupos de tamanho desigual (os Estados Gerais na França e os estados que viriam a compor os Estados Unidos). Em ambas, surgiu a questão de se a Assembleia deveria proceder sob o princípio de ‘um homem, um voto’ ou de ‘um grupo, um voto’. Em ambas, as autoridades que as convocaram tentaram impor o segundo princípio. Elas tiveram sucesso na Assembleia norte-americana, mas não na francesa” (Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 147).

¹⁰⁹ MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. In: *Novos Estudos* 97, novembro de 2013, p. 191.

Reflexo desse contexto de deliberação é o próprio caráter analítico da Constituição de 1988, com o regramento detalhado do cenário social brasileiro. Diante da necessidade de acomodar inúmeros interesses conflitantes, a assembleia constituinte foi obrigada a constitucionaliza-los. Mas ao assim proceder, impôs que alterações substanciais de políticas públicas fossem conduzidas mediante emendas à Constituição¹¹⁰. Esse aspecto não passou despercebido dos constituintes que, ante o detalhamento do texto constitucional e a intensa negociação política atrelada à potencialização das demandas da população, optaram por regras formais facilitadas para mudança da Constituição. Neste ponto, é importante transcrever trecho da argumentação utilizada por Célio Borja ao participar de audiência pública da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas¹¹¹:

Há portanto, modelos diferentes que estão ao nosso alcance, de submeter o processo de reforma da Constituição a trâmites mais ou menos flexíveis. A grande pergunta que se faz: será conveniente inflexibilizar, dificultar o processo de emenda ou de reforma da Constituição? Eu me permito deixar uma sugestão para reflexão dos representantes do povo brasileiro. Se, porventura, tivermos uma Constituição, como se chama uma Constituição regulamentar, isto é, extensa, longa, que dispõe, às vezes, até minudentemente a respeito de assuntos que a lei ordinária e até o regulamento poderiam disciplinar, e muito bem, se, porventura, se opta por esse tipo de Constituição convém flexibilizar o processo da sua reforma ou da sua emenda, porque certamente, antes que se escoie o lapso de vida de uma geração, já muitíssimos dispositivos se revelarão inconvenientes. Se, porventura, a Constituinte opta por uma Constituição sintética,

¹¹⁰ Roger Stiefelmann Leal já havia identificado que um dos grandes temas do direito constitucional inaugurado pela Constituição de 1988 seria o estudo dos processos de reforma da Lei Fundamental à luz de sua natureza analítica, com significativas repercussões no papel desempenhado pelo Judiciário, aspecto que será aprofundado na seção subsequente. O autor afirma que “o crescente uso de instrumentos de reforma da Constituição em matéria de direito ordinário, sobretudo no caso de políticas públicas, ensejou iniciativas de procedimentos que modificaram, em boa medida, o significado e o alcance da jurisdição constitucional. O juízo sobre a juridicidade de relevantes medidas de governo passou a exigir, com certa frequência, o delicado e controvertido exame da constitucionalidade das emendas constitucionais. O reiterado uso dos instrumentos da reforma da Constituição para veicular preceitos voltados à orientação e direcionamento de políticas públicas em diversos setores torna prática comum e corriqueira a impugnação judicial de tais atos normativos. A fiscalização judicial das políticas públicas adquire, assim, novos contornos. Seu exercício cotidiano passou a reclamar, nas duas últimas décadas, efetivo controle de emendas à Constituição”. (Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre (coordenador). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo, Atlas, 2009. P. 89-90).

¹¹¹ BORJA, Célio. Anais da Assembleia Constituinte – Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas – 7 reunião ordinária.

uma Constituição que dispõe sobre os princípios, e entrega à iniciativa, à inteligência, ao patriotismo das gerações futuras dispor na lei ordinária sobre o que é mais conveniente para o País, aí convém que se dificulte o processo de reforma e de emenda da Constituição.

Essa nuance revela importante inconsistência da corrente ampliativa dos limites materiais ao poder de reforma. Embora seja correto afirmar que o Constituinte pretende tornar o mais perene possível o seu projeto constitucional, é equivocado assentar, como faz Britto, que existe processo hiperdificultoso de reforma da Constituição. O próprio Ulysses Guimarães reconheceu que “A constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma”¹¹². Tais premissas revelam não ser a mudança constitucional fenômeno rejeitado pelo Constituinte. Ela é aceita como inevitável, sobretudo considerada a complexidade das deliberações da Assembleia Constituinte de 1987/1988. A abordagem em tela adota premissas metafísicas para afirmar a necessidade de expansão das cláusulas pétreas. O ponto de partida da justificativa teórica elaborada pelos autores é equivocado.

Em verdade, a adoção de semelhante premissa pelos mencionados juristas revela ter-se conferido pouca importância às reais condições de deliberação do momento fundacional. O processo constituinte de 1987/1988 desenvolveu-se em ambiente conturbado e fragmentado, com forte assimetria entre as partes negociantes. Não era pequena a influência de atores políticos vinculados ao antigo regime, assim como eram enormes as demandas de grupos sociais reprimidos por mais de duas décadas.

Por isso, soa estranho que se afirme com naturalidade que o resultado das deliberações conduzidas no bojo de processos de transição política sejam naturalmente superiores àquelas conduzidas no âmbito dos poderes constituídos a ponto de ensejarem a imutabilidade de seus preceitos. O que se percebe é a adoção de cenário ideal de deliberação - inexistente - para sustentar a legitimidade das cláusulas pétreas. É dizer, o significado atribuído às cláusulas pétreas pela doutrina majoritária adota premissa metafísica, dificultando a adequada compreensão do papel das limitações materiais ao poder de reforma no funcionamento do sistema democrático.

¹¹² Frase mencionada por Adriano Pilatti na obra “A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo” (Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008).

A compreensão de que o processo constituinte desenvolve-se em condições acidentais de deliberação consiste na consequência imediata dos aportes da transitologia política, contribuindo para a desmistificação do momento de fundação constitucional. Todavia, existe outro aspecto importante dessa abordagem, especialmente sob o ângulo da repercussão na interpretação das limitações materiais ao poder de reforma.

As condições desiguais de poder e as recorrentes barganhas entre as partes negociantes dificultam o consenso, refletindo no próprio conteúdo dos preceitos constitucionais, inclusive das cláusulas pétreas. É dizer, as limitações materiais ao poder de reforma, mais do que pontos nodais da Constituição, são regras que necessariamente sobressaíram nas deliberações como o fio condutor do projeto constitucional.

A princípio, essa conclusão pode parecer óbvia; porém, é relevante para a interpretação das cláusulas pétreas. Perceba que a compreensão desses dispositivos como nexos ideológico mínimo entre os constituintes, resultado de intensa deliberação, e não como ideal normativo reiteradamente buscado na assembleia, permite assentar a necessidade de conferir menor amplitude às limitações materiais ao poder de reforma. É impróprio potencializar o alcance das cláusulas pétreas, visando o engessamento do sistema constitucional, quando a própria deliberação constituinte revela o profundo desacordo moral, não resolvido completamente, que prospera na comunidade. Consoante aponta Waldron¹¹³, a ideia de compromisso intergeracional utilizada como fundamento interpretativo do texto constitucional¹¹⁴, em raciocínio que pode ser estendido às cláusulas pétreas, apresenta sérias incompatibilidades com o processo de deliberação em comunidades democráticas. O exemplo de Ulysses e as sereias, utilizado por Jon Elster, é viável apenas quando evidente o fenômeno que se pretende evitar. Ou seja, no caso de Ulysses, o chamado das sereias é o evento inequívoco a ser evitado. Não há dúvidas, para a tripulação do herói, sobre o que deve ser feito. O mesmo não ocorre em sociedades democráticas com profundo desacordo moral, presente na assembleia constituinte e no próprio processo de construção constitucional posterior.

¹¹³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. 2ª edição. Oxford: Oxford, 2004. p. 268-269.

¹¹⁴ O tema foi abordado na primeira seção deste Capítulo.

A bem da verdade, para além dos achados da transitologia política, o próprio avanço das reflexões em torno do constitucionalismo supranacional e do papel da Constituição em sociedades complexas revela a dificuldade de compatibilização dessas circunstâncias reais com a ideia de Documento Básico intangível da comunidade. O congelamento de momento fundacional superior é incoerente com a necessidade de constante cuidado e atualização no presente por meio de narrativas capazes de atender à pluralidade – de grupos, crenças, ideologias e ordens jurídicas – verificada nas sociedades contemporâneas¹¹⁵. Articula-se, atualmente, com múltiplas Constituições¹¹⁶, nem todas vinculadas ao Estado soberano, convivendo na sociedade democrática¹¹⁷. É dizer, o próprio conceito de unidade da Constituição é questionado em prol de documento aberto, constantemente construído e redimensionado por um emaranhado de comunidades, entes e instâncias políticas, muitas vezes transnacionais.

O poder constituinte não permanece imune a esses influxos. O reconhecimento da multiplicidade de atores políticos, econômicos e sociais – nacionais ou não – interferindo simultaneamente nas deliberações constitucionais solapa a ideia de ter-se momento ideal no qual toda a legitimidade política é haurida e plasmada em documento vinculativo das gerações futuras. Chris Thornhill alerta justamente para essa mutação na compreensão do poder constituinte¹¹⁸:

Nada obstante, análises atuais do poder constituinte são geralmente marcadas por uma tendência a renunciar à ideia de

¹¹⁵ VESTING, Thomas. “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: Thomas Vesting e Stefan Koriath (Orgs.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. P. 71-94.

¹¹⁶ A multiplicidade de Constituições refere-se à proliferação de ordens jurídicas transversais com progressiva independência em relação à Constituição do Estado soberano, como a *lex mercatoria*, regulamentações internacionais do mercado financeiro e sistemas de proteção ao consumidor, mas significativo impacto na comunidade e no próprio processo de construção constitucional.

¹¹⁷ TEUBNER, Gunther. *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*. In: *Transnational Legal Theory*. 4:1, 2013. P. 51.

¹¹⁸ “Nonetheless, current analyses of constituent power are generally marked by a tendency to renounce the idea that constituent power expresses the real will of the people, articulating concrete conscious decisions about the founding norms of the polity. Instead, reflection on constituent power converges distinctively around the assertion that, although some expression of constituent power remains a *sine qua non* for legitimate government, it is improbable to imagine, in a complex society, that political institutions can obtain legitimacy through the decisions of a simply manifest sovereign people, proposing single substantive norms for the use of public authority”. (THORNHILL, Chris. *The global legal system and the procedural construction of constituent power*. In: *Global Constitutionalism Journal*, Volume 5, Issue 3. November 2016. P. 405-406)

que o poder constituinte expresse a real vontade do povo, articulando decisões concretas e conscientes acerca das normas fundacionais da comunidade. Em verdade, a reflexão sobre o poder constituinte converge distintivamente em torno da afirmação de que, embora alguma expressão do poder constituinte continue como condição sine qua non de um governo legítimo, é improvável imaginar, em uma sociedade complexa, que instituições políticas possam obter legitimidade mediante decisões de um simples povo soberano, propondo normas substantivas para uso da autoridade pública.

O autor chega a afirmar que o poder constituinte passou a ser fenômeno jurídico propriamente dito, legitimado pela ordem jurídica internacional e por pronunciamentos da jurisdição constitucional¹¹⁹. Surge impróprio, ante semelhantes desenvolvimentos, manter a leitura das cláusulas pétreas atrelada a conceito estanque, com a vinculação de projetos constitucionais das atuais gerações a intenções constituintes formuladas em época própria, com condições específicas de deliberação. É equivocado construir teorias interpretativas que adotem como premissa a sacralidade do momento de fundação constitucional.

Dessa forma, é necessário que a teoria das cláusulas pétreas seja revista para considerar as peculiares condições nas quais os textos constitucionais são elaborados, usualmente marcados por turbulências e circunstâncias limitadoras¹²⁰. Com isso, alteram-se os horizontes democráticos sobre os quais os regimes atuais são refletidos, especialmente no sentido de se esvaziar a pretensão de imobilizar processos de mudança normativa com base tão somente

¹¹⁹ Thornhill destaca que o processo constituinte do Quênia, em 2010, foi moldado, estruturado e legitimado por decisões da Corte Constitucional, que assegurou o diálogo entre as facções em conflito desde a guerra civil e a proteção de segmentos minoritários da comunidade. (The global legal system and the procedural construction of constituent power. In: *Global Constitutionalism Journal*, Volume 5, Issue 3. November 2016. P. 442).

¹²⁰ Nessa linha, Jon Elster consigna que “o primeiro paradoxo surge do fato de que a tarefa de elaboração da constituição geralmente emerge em condições que usualmente trabalham contra a elaboração de uma boa constituição. Sendo escrita para futuro indefinido, constituições devem ser adotadas em condições de máxima calma. Também, a importância intrínseca da elaboração da constituição requer que procedimentos sejam baseados em argumentos racionais e imparciais. Em legislaturas ordinárias, a troca de favores pode assegurar que todos os grupos alcancem alguns de seus objetivos mais importantes. Elaboradores de constituições, contudo, legislam principalmente para legislações futuras, as quais não têm nenhum representante na assembleia constituinte. Faz parte de sua tarefa olhar além de seu próprio horizonte e interesses. Ao mesmo tempo, o clamor por uma nova constituição normalmente surge em circunstâncias turbulentas, que tendem a privilegiar a paixão em detrimento da razão. Ademais, as circunstâncias externas da elaboração da constituição convidam para procedimentos baseados em barganhas com ameaças” (ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*. Vol. 45:364. 1995. P. 395).

em alegada deliberação constitucional solene a ser preservada a qualquer custo mediante instrumentos de compromisso intergeracional.

Neste ponto, é necessário ressaltar que as nuances do processo constituinte identificadas nesta seção não implicam a negativa da superioridade do poder constituinte originário, tampouco a rejeição das cláusulas pétreas. Não é esse o objetivo desta dissertação. Independentemente das circunstâncias nas quais ocorre o momento fundacional, as limitações ao poder de reforma funcionam como elementos importantes de estabilização do sistema constitucional, quando não para o controle judicial, sob o ângulo da própria atuação do Congresso Nacional. O ponto nodal é o ajuste das premissas que balizam a interpretação das limitações materiais ao poder de reforma.

As consequências dessa revisão não são de fácil apreensão e seu exaurimento constitui projeto acadêmico audacioso. Todavia, é necessário, na busca por parâmetros interpretativos para as limitações materiais ao poder de reforma, antever repercussões interessantes para a interpretação das cláusulas pétreas.

Em primeiro lugar, a compreensão das dificuldades enfrentadas por cidadãos em momentos de transição política abre caminho para teorizações que efetivamente questionem, sob o prisma prático e teórico, a viabilidade de engessamento permanente de dispositivos constitucionais oriundos de contingências político-econômicas. Ademais, a desconstrução da premissa de que as cláusulas pétreas foram estabelecidas dentro de cenários argumentativos ideais desencoraja a postura interpretativa do Poder Judiciário de ampliar sua aplicabilidade, como que a corrigir as vicissitudes majoritárias do processo legislativo que também se encontravam presentes na deliberação das cláusulas pétreas.

Sob o ângulo interpretativo, a conclusão no sentido da contingencialidade do processo de transição política revela que as cláusulas pétreas não devem ser vislumbradas como normas reveladoras de um núcleo deliberativo superior do poder constituinte, mas sim como mecanismo direcionado a conferir equilíbrio à evolução político-normativa da comunidade.

O afastamento da concepção ideal de deliberação usualmente imputada às cláusulas pétreas reforça a necessidade de valorizar a democracia como experimento e rechaça a adoção de arranjos institucionais que engessem o

sistema constitucional e fechem os canais de mudança política – como ocorre com o estabelecimento do controle jurisdicional de constitucionalidade das emendas constitucionais, transformando os tribunais em artífices supremos do processo de construção constitucional. É inevitável vislumbrar que a conclusão desta seção se alinha com a perspectiva de Richard Rorty da prioridade da democracia sobre a filosofia, que ressalta a necessidade de criatividade e experimentação na formulação dos arranjos democráticos¹²¹:

“Tanto Jefferson quanto Dewey descreveram a América como um ‘experimento’. Se o experimento falhar, nossos descendentes podem aprender algo importante. Mas eles não aprenderão uma verdade filosófica, não mais do que eles aprenderão uma verdade religiosa. Eles vão simplesmente pegar alguns palpites sobre o que atentar quando estiverem instaurando seu próximo experimento. Mesmo se nada mais sobreviver da era das revoluções democráticas, talvez nossos descendentes venham a se lembrar que as instituições sociais podem ser vistas como experimentos em cooperação ao invés de como tentativas de corporificar uma ordem universal e a-histórica. É difícil acreditar que essa memória não seria digna de se ter”.

A compreensão das contingências que restringem os processos de transição política salienta a necessidade de se manter abertos os canais de deliberação constitucional, lançando dúvidas sobre arranjos institucionais que consolidam os processos formais de construção constitucional em cláusulas imutáveis e, conseqüentemente, em instituições monolíticas como o Poder Judiciário. Dessa forma, uma vez constatado o caráter contingencial do processo constituinte, é necessário analisar o segundo aspecto relevante da dinâmica das cláusulas pétreas, relativo às implicações institucionais da inserção do Poder Judiciário no processo de construção constitucional.

2.2 A mudança é a regra: implicações institucionais da inserção do Poder Judiciário como última instância do processo de construção constitucional

¹²¹ RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos Filosóficos*. Volume 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. P. 254.

2.2.1 Cláusulas pétreas como mecanismos de deslocamento institucional

Conforme analisado no tópico anterior, a transitologia política revela o aspecto contingencial do processo constituinte, evidenciando a insuficiência de abordagem que qualifique as cláusulas pétreas como instrumentos de preservação e engessamento do resultado de deliberação superior. É dizer, a construção constitucional não se encerra no momento constituinte, considerada sua contingencialidade, razão pela qual as emendas à Constituição são importantes canais de transformação social que não devem ser obstruídos com o simples argumento da necessidade de preservar normas editadas em evento deliberativo qualitativamente superior.

Nesse contexto, a faceta do processo constituinte aprofundada na seção anterior redimensiona o ponto de partida das limitações materiais ao poder de reforma e descortina novo horizonte de reflexões, inclusive no tocante ao papel de cada agente na construção constitucional. Quando se admite que as cláusulas pétreas não são apenas princípios jurídicos decorrentes de raciocínios abstratos, abre-se a oportunidade para pensar sobre seu papel no ordenamento jurídico à luz da capacidade institucional dos agentes envolvidos. Com efeito, além do caráter contingencial das deliberações influenciar na abordagem interpretativa adotada pelo Poder Judiciário, há outro aspecto das cláusulas pétreas que recomenda atenção do jurista, sob o ângulo institucional. De fato, as limitações ao poder de reforma não representam apenas normas constitucionais basilares, imodificáveis pelo poder constituinte derivado. Elas também funcionam como mecanismos de realocação de competência. Quando o constituinte regulamenta o poder de reforma, incluindo cláusulas pétreas na Constituição, acaba por inserir, conscientemente ou não¹²², um novo ator, com poder de veto, no processo de construção constitucional: a jurisdição constitucional.

Em outras palavras, a criação das cláusulas pétreas não está atrelada apenas à compreensão difundida na doutrina de que as limitações materiais ao

¹²² Marcus André Melo defende que a centralidade do Supremo na megapolítica não foi antecipado pelos constituintes (Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. In: *Novos Estudos* 97, novembro de 2013, p. 206). Em verdade, cumpre reafirmar, tal como apontado em nota de rodapé anterior que, no Brasil, o controle judicial de constitucionalidade de emendas não decorre da literalidade da Constituição, mas, sim, de construção jurisprudencial. O próprio Supremo interpretou dessa forma o texto constitucional, no exame da ação direta de inconstitucionalidade nº 466, relator o ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 1991.

poder de reforma preservam o espírito da Constituição. É certo que elas se prestam a isso quando se colocam como parâmetro de controle manuseado pela jurisdição constitucional. Contudo, a principal função das cláusulas pétreas, em países que admitem o controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas, é inserir um segundo crivo institucional ao processo de reforma, para tornar mais difícil a alteração de determinados temas sensíveis¹²³. Esses dispositivos certamente comungam das qualidades intrínsecas ao que se convencionou denominar núcleo essencial da Constituição, mas são, primordialmente, pontos nodais em que a Assembleia Constituinte alcançou amplo consenso¹²⁴.

As cláusulas pétreas funcionam também, portanto, como regras de deslocamento de competência. A rigor, o processo de emendamento constitucional ocorre unicamente no Poder Legislativo, órgão incumbido de proceder à reforma da Constituição, observadas as respectivas balizas formais. A ressaltar essa óptica, no caso brasileiro, a tramitação da proposta de emenda ocorre integralmente no Congresso Nacional e nele é promulgada, sem participação do Executivo¹²⁵ ou do Judiciário. No entanto, quando proposta emenda cuja temática envolva cláusula pétreas, a decisão definitiva sobre a reforma cabe ao Supremo Tribunal Federal, se provocado mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Há inequívoco deslocamento institucional, cujo impacto na interpretação das cláusulas pétreas não pode ser negligenciado. Não se trata de estabelecer a dicotomia usual entre democracia e intervenção jurisdicional, mas, sim, de compreender a repercussão sistêmica da introdução das cláusulas pétreas e da consequente atuação do Judiciário. Isso significa considerar, na interpretação das cláusulas pétreas, que abordagem mais ou menos ampliativa de seu alcance

¹²³ Aspecto da Constituição Federal de 1988 que respalda essa interpretação e será aprofundado na dissertação é a expressão “tendente a abolir” insculpida em seu art. 60, § 4º. Com efeito, o legislador constituinte deixou claro que não é toda reforma constitucional restritiva dos temas sensíveis elencados no rol de cláusulas pétreas que enseja a intervenção judicial.

¹²⁴ A ideia da dificuldade na obtenção do consenso na Assembleia Constituinte de 1987-1988 e a consequente imunização de determinados preceitos aos inevitáveis processos de reforma constitucional é objeto da análise de Marcus André Melo (Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. In: *Novos Estudos* 97, novembro de 2013, p. 187-206).

¹²⁵ Neste ponto, é necessário ressaltar que o Executivo participa do processo de emendamento por meio da iniciativa prevista no art. 60 da Constituição Federal, bem assim mediante métodos tradicionais de diálogo entre os poderes, como a pressão orçamentária sobre parlamentares e a própria liderança do Governo no Congresso. Inexiste, porém, participação formal do Presidente da República, após a deflagração do processo.

implica também alteração na competência do Supremo. Ou seja, no processo de reforma constitucional, o Judiciário delimita, por meio da interpretação, a própria competência.

Daí porque é relevante o estudo das consequências de mecanismo que confere ao Judiciário a última palavra a respeito do processo de construção constitucional. Quando o Supremo adota, por exemplo, interpretação ampliativa a determinada cláusula pétrea, acaba por interferir na alocação de competência relativamente à reforma constitucional, com implicações significativas no sistema democrático, em virtude da dinâmica de atuação jurisdicional.

Contudo, antes de aprofundar as implicações de caber ao Supremo a última palavra sobre o processo de reforma, é necessário ressaltar que o objetivo desta seção não é contestar o controle jurisdicional de emendas constitucionais, realidade consumada no cenário brasileiro. Pretende-se abordar o tema sob perspectiva institucionalista, na esteira das reflexões de Adrian Vermeule e Cass Sunstein, identificando de que modo semelhante arranjo institucional repercute no processo interpretativo das cláusulas pétreas.

De fato, uma análise institucional do sistema modifica o foco dos questionamentos acerca da decisão a ser tomada. Em geral, quando juristas se deparam com uma controvérsia jurídica, a pergunta sobre a qual são feitas as reflexões é “como o texto deve ser interpretado?”. Todavia, o questionamento feito por um institucionalista é “quais procedimentos decisórios deve uma instituição, em face das suas capacidades, utilizar para interpretar determinado texto?”. Assim, a perspectiva sob a qual a questão é analisada transforma-se completamente; não se trata de escolher uma interpretação mais ou menos formalista, mas de escolher a técnica de decisão com base nas peculiaridades empíricas em que a instituição está imersa. Nesse sentido, para ilustrar o prisma sob o qual o institucionalismo opera suas principais reflexões, vale transcrever o seguinte trecho de artigo elaborado por Sunstein e Vermeule:

Aqueles que enfatizam argumentos filosóficos, ou a ideia de interpretações holísticas ou intratextuais, nos parecem ter dado pouquíssima atenção a questões institucionais. Aqui, assim como em outros pontos, nossa assertiva mínima é a de que um argumento sobre a interpretação adequada é incompleta se não atentar a considerações de exequibilidade, capacidades judiciais e efeitos sistêmicos em adição aos usuais argumentos sobre

legitimidade e autoridade constitucional. (...) Nossa ambição foi mais restrita e crítica – demonstrar que a teoria interpretativa, com elaborada pelos seus mais hábeis praticantes, tem sido marcadamente indiferente a questões institucionais, procedendo como se os juízes fossem confiáveis e como se suas escolhas de abordagem carecessem de consequências sistêmicas. Nós entendemos que essas indiferenças são uma forma de patologia produzida, em grande parte, pela contínua insistência da cultura jurídica em delimitar a questão interpretativa como “O que nós faríamos, quando enfrentássemos um problema dessa espécie?” Nós esperamos ter demonstrado que essa é uma questão enganosa a ser perguntada, e que tem consequências danosas não apenas para o estudo acadêmico do direito, mas também para as instituições legais. Uma vez que a questão seja corretamente formulada, deve ser possível vislumbrar as questões interpretativas em uma luz nova e melhor, e talvez adotar novas e melhores respostas também.¹²⁶

O institucionalismo problematiza aspectos que não podem ser negligenciados. Vislumbrar as capacidades técnicas de uma instituição no momento de delimitar sua competência e suas técnicas de decisão é fundamental para a obtenção de resultados positivos e, em última instância, para garantir a força normativa da Constituição¹²⁷; razão pela qual é necessário, no quadro de desneutralização política do Poder Judiciário, reconsiderar o raciocínio jurídico tradicional. O pensamento institucional oportuniza não só reflexão sobre as capacidades institucionais e respectivas consequências, mas também os efeitos sistêmicos de determinada decisão. Nessa linha, determinada decisão tomada na esfera do sistema legal impacta os demais componentes e exige a atenção para falácias consequenciais muitas vezes ignoradas pelo jurista. Além das questões teóricas que envolvem toda discussão jurídica, é necessário reconhecer que cada decisão judicial está inserida em um sistema de mecanismos e agentes cuja interação gera efeitos absolutamente diferenciados das expectativas e decisões individuais do sistema.

Isso não significa subscrever integralmente o pensamento dos autores ou mesmo sustentar o despropósito de o Judiciário exercer o controle de constitucionalidade. Essa atribuição jurisdicional não é o objeto a ser problematizado, mas sim premissa inafastável. A questão em jogo envolve definir

¹²⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. 101 *Michigan Law Review* 885, 2002-2003. P. 949-950.

¹²⁷ GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Fórum: Belo Horizonte, 2017. p. 148.

se o pressuposto adotado por correntes ampliativas, no tocante ao papel do Judiciário, é correto. Impõe considerar também que as interpretações expansiva e restritiva das cláusulas pétreas implicam diferentes consequências sob o ângulo institucional. Assim, a identificação das repercussões da participação do Judiciário no processo constitucional pressupõe a análise, nesta seção, dos seguintes aspectos da atuação jurisdicional: a) capacidade institucional; b) accountability; e c) argumento contramajoritário.

2.2.2 Jurisdição constitucional e cláusulas pétreas: implicações institucionais

Sob o ângulo da capacidade institucional, é necessário ponderar que, embora o Judiciário possa funcionar como arena catalisadora de argumentos racionais¹²⁸, as ferramentas à sua disposição podem empecer a contribuição do Tribunal para a construção constitucional. As deficiências na coleta de informações e as próprias limitações cognitivas do Judiciário reduzem o potencial aporte para os debates. As regras atinentes ao número limitado de sujeitos processuais atenuam a capacidade de apreensão de dados e argumentos pela jurisdição constitucional. Esse problema é agravado pelo fato de as dificuldades de pesquisa por parte dos magistrados implique vinculação mais intensa ao que articulado pelas partes no lapso temporal determinado na legislação processual¹²⁹. É dizer, no Judiciário inexistem espaço para contribuições amplas e aprofundadas de inúmeras entidades.

No caso brasileiro, o veículo de manifestação por excelência do poder jurisdicional no campo do controle de constitucionalidade de emendas é o processo objetivo, o mesmo utilizado para a análise da harmonia, com a Constituição Federal, de atos normativos inconstitucionais. Ou seja, em termos procedimentais e institucionais, o papel do Judiciário na fiscalização das emendas é equivalente àquele da legislação ordinária, razão pela qual neste tópico a

¹²⁸ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 179; BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. versão digital. p. 3614; e DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 102.

¹²⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 116.

análise abrangerá a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade em geral.

Feito esse esclarecimento, é necessário apontar que o processo objetivo surge inadequado para o aprofundamento de discussões complexas como as usualmente vinculadas à reforma da Constituição. Mesmo com as mudanças introduzidas pela Lei nº 9.868/1999, dentre as quais se destaca a audiência pública e a intervenção de *amicus curiae*¹³⁰, revela-se difícil para o Supremo apreender a grande quantidade de dados envolvidos em debates constitucionais complexos. Embora esses mecanismos ampliem os pontos de coleta de informações do Tribunal¹³¹, existem gargalos importantes nos contornos procedimentais dos institutos. A escolha das entidades admitidas como *amicus curiae* ou participantes das audiências públicas decorre de decisão individual do ministro relator, que concentra, conseqüentemente, a tarefa de assegurar a pluralidade e qualidade do debate jurisdicional. Muitas vezes esse pronunciamento, de admissão ou não de terceiros, carece de fundamentação adequada, tornando difícil compreender o raciocínio adotado pelo ministro para a seleção das entidades¹³².

A par desse aspecto, o desenho institucional das audiências públicas favorece ambiente expositivo, em detrimento do desenvolvimento de arena efetivamente deliberativa, em que argumentos possam ser racionalmente

¹³⁰ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

[...]

Art. 9º [...]

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹³¹ Em amplo estudo sobre o tema, Miguel Gualano de Godoy concluiu que, no universo de casos analisados, “praticamente todos os Ministros em todos os casos valeram-se, de forma expressa ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos amici curiae. Esses dados demonstram a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento. Essa abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade por meio de audiências públicas e amici curiae deve, assim, ser reconhecida como algo fundamental, pois ela efetivamente colabora com a tomada de decisão pelos Ministros quando do momento do julgamento dos casos” (Devolver a Constituição ao Povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Fórum: Belo Horizonte, 2017. p. 200).

¹³² GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Fórum: Belo Horizonte, 2017. p. 201.

debatidos e contestados pela pluralidade de atores especialistas. Ao reportar-se à audiência pública realizada nos autos da ação direta de inconstitucionalidade n. 3150, relativa à Lei de Biossegurança, Miguel Gualano Godoy aponta que o relator, ministro Ayres Britto, além de restringir as manifestações dos especialistas a argumentos científicos, vetou os debates na audiência, sob o fundamento de as discussões serem reservadas aos ministros no Plenário¹³³. É comum também que as audiências públicas sejam espaços de manifestação prioritariamente reservados a advogados. É dizer, não se verifica verdadeiro campo aberto a aportes interdisciplinares de especialistas em áreas de difícil compreensão pelos juristas, mas, sim, a dominação das audiências pelo discurso dos advogados, já dominante nas demais situações processuais.

No Brasil, a própria dinâmica das sessões de julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal tampouco auxilia no aprofundamento e confrontação de argumentos. Inexiste efetivo debate entre os ministros, mas, sim a sucessão enciclopédica de dados e fundamentos adotados individualmente por cada magistrado, os quais são posteriormente agregados em cada posição pela regra do voto¹³⁴.

Ademais, permanece necessária a filtragem e interpretação, pelo magistrado e seu gabinete, dos elementos colhidos na audiência pública e nas manifestações de *amicus curiae*. Com efeito, mesmo quando bem sucedido o aumento quantitativo dos dados recebidos, há tendência de o Judiciário replicar os erros dos próprios litigantes. A literatura internacional ressalta justamente a dependência do magistrado em relação às partes para descoberta de informações relevantes sobre a controvérsia em jogo. Vermeule, por exemplo, destaca a dificuldade dos Tribunais para examinar, com qualidade e aprofundamento suficientes, argumentos atinentes à história legislativa¹³⁵.

Nessa linha, à barreira procedimental deve ser acrescida a própria formação dos juristas. Alheio à interdisciplinaridade e focado no estudo de sistema fechado em si mesmo, o currículo das faculdades de Direito pouco tem a acrescentar quando em jogo temas complexos sob os prismas político e

¹³³ GODOY, Miguel Gualano. Devolver a Constituição ao Povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Fórum: Belo Horizonte, 2017. p. 201-202.

¹³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. P. 94-95.

¹³⁵ VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 111.

econômico. A bem da verdade, ainda que o tema controvertido não demande conhecimentos em áreas específicas, as equipes de assistentes dos magistrados usualmente carecem de habilidades de pesquisa adequadas¹³⁶.

Nesse sentido, é interessante observar a postura do Tribunal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade 1351 e 1354, no qual o Tribunal entendeu inconstitucionais os dispositivos da Lei dos Partidos Políticos que instituíram a cláusula de barreira no sistema político pátrio. Embora os mencionados processos versem o controle de constitucionalidade da legislação ordinária, a cláusula de barreira foi recentemente incluída na própria Constituição Federal por meio da Emenda n. 97, de 4 de outubro de 2017¹³⁷, revelando que o tema pode voltar a ser analisado pelo Supremo, agora à luz das limitações materiais ao poder de reforma.

As cláusulas de barreira podem ser definidas como mecanismos definidores de limiares de votação mínimos necessários para legitimar o ingresso do partido político na repartição de cadeiras do Parlamento. Nesse sentido, segundo Tavares, o objetivo dessas cláusulas é “deter a tendência (dos sistemas proporcionais) de atribuir representação parlamentar a partidos que aglutinam minorias demasiado escassas, sem a mínima expressão do ponto de vista da sua densidade relativa no conjunto da vontade coletiva manifestada eleitoralmente”.¹³⁸

As ações diretas de inconstitucionalidade 1351 e 1354 foram ajuizadas por partidos políticos e objetivavam fosse reconhecida a desarmonia, com a Constituição Federal, do art. 13 da Lei n. 9.096/95 e as remissões a ele operadas em outros dispositivos do mesmo diploma normativo, que regulamentam requisitos mínimos para o funcionamento parlamentar dos partidos. Eis a redação do mencionado preceito:

¹³⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 111.

¹³⁷ Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17.....

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.

¹³⁸ TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas; teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 45.

Art. 13 – Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Para tanto, os autores argumentaram que a cláusula de barreira instituída pelo referido dispositivo é incompatível com o texto constitucional, que assegura a livre criação de partidos políticos. Nesse sentido, alegou-se que “em nenhum momento a Letra Constitucional estabelece partidos de 1ª e 2ª categorias. Ao contrário, determina em seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A relatoria das ações diretas de inconstitucionalidade em tela coube ao ministro Marco Aurélio, que após considerações acerca do resultado das eleições mais recentes à época e da evolução histórica dos dispositivos constitucionais, concluiu que a cláusula de barreira contraria o pluralismo político protegido pela Constituição Federal e ofende os direitos de participação política das minorias populares. Nesse sentido, é oportuno transcrever, para melhor análise, excertos do seu voto condutor:

(...)

O Capítulo V de Título compreendido em parte básica da Constituição Federal – o II, porque trata dos direitos e garantias fundamentais – encerra como medula a liberdade dos partidos políticos, predicado inafastável quanto a essas pessoas jurídicas de direito privado. Pedagogicamente consigna a liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, revelando a necessidade de se resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. Vê-se o relevo maior atribuído à multiplicidade política. Relembrem: como fundamento da República, versou-se o pluralismo político e, quanto aos partidos políticos, previu-se a livre criação, fazendo-se referência, de maneira clara, ao pluripartidarismo. Tratou-se do caráter nacional das entidades para, a seguir, dispor-se que os partidos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, devendo ter estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. O que se contém no artigo 17 da Carta Federal diz respeito a todo e qualquer partido político legitimamente constituído, não encerrando a norma maior possibilidade de haver partidos de primeira e segunda classes, partidos de sonhos inamáveis em termos de fortalecimento e partidos fadados a morrer de inanição, quer sob o ângulo da atividade concreta no Parlamento, sem a qual é injustificável a

existência jurídica, quer da necessária difusão do perfil junto ao eleitorado em geral, dado indispensável ao desenvolvimento relativo à adesão quando do sufrágio, quer visando, via fundo partidário, a recursos para fazer frente à impiedosa vida econômico-financeira.

(...)

Em última análise, as previsões constitucionais encerram a neutralização da ditadura da maioria, afastando do cenário nacional óptica hegemônica e, portanto, totalitária. Concretizam, em termos de garantias, o pluralismo político tão inerente ao sistema proporcional, sendo com elas incompatível regramento estritamente legal a resultar em condições de exercício e gozo a partir da gradação dos votos obtidos.

(...)

Considerada a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, a conveniente representatividade dos partidos políticos no parlamento fica jungida tão-somente ao êxito verificado nas urnas, entendendo como tanto haver sido atingido o quociente eleitoral, elegendo candidatos, pouco importando o número destes. Só assim ter-se-á como atendido o fundamento da República, ou seja, o pluralismo político, valendo notar que o verdadeiro equilíbrio decorre do somatório de forças que revelem a visão dos diversos segmentos que perfazem a sociedade. Em síntese, não elegendo candidato, o partido fica automaticamente fora do contexto parlamentar.¹³⁹

Perceba que o voto elaborado pelo Ministro Marco Aurélio não aborda as peculiaridades do sistema político brasileiro, ou mesmo os problemas enfrentados pelo país no que tange à representatividade do Congresso Nacional e, principalmente, do relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo. O Ministro limita-se a analisar o resultado das eleições anteriores, para indicar o significativo número de partidos que seria alijado do funcionamento parlamentar, bem como disposições de diplomas normativos anteriores. Em síntese, a abordagem adotada é eminentemente retrospectiva, sem a análise dos efeitos sistêmicos que advém da cláusula de barreira e de sua declaração de inconstitucionalidade¹⁴⁰.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de junho de 2007. P. 49-52. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 17.12.2014, às 22:09.

¹⁴⁰ Neste passo, insta esclarecer que o Ministro Marco Aurélio, a par de ignorar os efeitos sistêmicos de sua decisão e a realidade política brasileira, reiteradamente relacionou, como sinônimos, os conceitos de pluralismo político e pluralismo partidário. Em que pese não seja o objeto deste trabalho, cumpre asseverar que essa construção teórica é falaciosa, visto que os partidos ditos nanicos não necessariamente representam valores diferentes ou setores minoritários da população. Assim, este ponto da decisão de declaração de inconstitucionalidade tão somente revela o desinteresse ou desconhecimento do Poder Judiciário por conceitos ou ideias advindos de outros campos de estudo, especialmente aqueles inseridos na ciência política.

Em verdade, argumentos de ordem política ou não jurídica, como o fenômeno dos partidos de aluguel, foram expressamente rechaçados pelo voto condutor do acórdão, no qual restou consignado que “esta Corte é chamada a pronunciar-se sobre a matéria a partir da Constituição Federal. Descabe empunhar a bandeira leiga da condenação dos chamados partidos de aluguel [...]”¹⁴¹. Esse raciocínio abstrato foi adotado, em maior ou menor medida, pelos demais membros do Tribunal, os quais, muito embora estivessem apreciando tema político controvertido e sem vedação expressa da Constituição Federal, declararam a inconstitucionalidade dos dispositivos em tela por meio do cotejo entre o ato normativo impugnado e princípios estabelecidos pelo texto constitucional¹⁴².

Assim, não há uma preocupação com o sistema político vigente no Brasil ou com as consequências da intervenção judicial quanto às cláusulas de barreira, ainda que para considerá-las inconstitucionais. Pelo contrário, verifica-se apenas a comparação abstrato entre os dispositivos impugnados e o texto constitucional, com análise histórica que relaciona o instituto democrático das cláusulas de barreira com o período ditatorial mais recente do país. Inclusive, mesmo quando se reconhece a ausência de respostas certas na Constituição, recorre-se apenas ao postulado da proporcionalidade, sem a efetiva análise das consequências

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de junho de 2007. P. 59. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 17.10.2017, às 22:09.

¹⁴² Essa foi a linha seguida pelo ministro Eros Grau: “A lei, de modo oblíquo, reduz a representatividade dos deputados eleitos por determinados partidos, como que cassando não apenas parcela de seus deveres de representação, mas ainda --- o que é mais grave --- parcela dos direitos políticos dos cidadãos e das cidadãs que os elegeram. Para ela, o voto direto a que respeita o artigo 14 da Constituição do Brasil não tem valor igual para todos. Uma lei com sabor de totalitarismo. Bem ao gosto dos que apoiaram a cassação de mandatos e de registro de partido político; bem ao gosto dos que, ao tempo da ditadura, contra ela não assumiram nenhum gesto senão o de apontar com o dedo. Não apenas silenciaram, delataram... Uma lei tão adversa à totalidade que a Constituição é, tão adversa a esta totalidade que o mesmo partido político pelo qual poderá ter sido eleito o Chefe do Poder Executivo será, sob a incidência de suas regras, menos representativo do que os demais partidos no âmbito interno do Parlamento. Múltipla e desabridamente inconstitucional, essa lei afronta o princípio da igualdade de chances ou oportunidades, corolário do princípio da igualdade. Pois é evidente que seria inútil assegurar-se a igualdade de condições na disputa eleitoral se não se assegurasse a igualdade de condições no exercício de seus mandatos pelos eleitos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de junho de 2007. P. 102-B. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 17.10.2017, às 22:09).

práticas do instituto analisado e tampouco dos efeitos sistêmicos que lhe concernem¹⁴³.

Por conseguinte, apesar de a questão apreciada pelo STF referir-se a complexo problema político, intimamente relacionado com a tentativa de incremento dos sistemas eleitoral e partidário vigentes, os Ministros manejam instrumentos unicamente jurídicos de modo hermético, sem a devida apreciação da realidade política que cerca sua decisão. Apenas o ministro Gilmar Mendes efetuou análise aprofundada do sistema eleitoral proporcional, identificando suas peculiaridades e efeitos na realidade política. Especificamente quanto às cláusulas de barreira, o Ministro engendrou comparação profícua com o sistema político alemão, investigando qual desenho institucional é mais adequado à Constituição. Confira-se:

A questão que aqui se discute é a possibilidade ou não de a lei estabelecer uma cláusula de barreira que repercuta sobre o funcionamento parlamentar dos partidos políticos, tal como o fez o legislador brasileiro.

Como se vê, trata-se de uma restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido, sem qualquer repercussão sobre os mandatos dos seus representantes. Não se estabelece qualquer tipo de mitigação, mas simplesmente veda-se o funcionamento parlamentar ao partido, com as consequências que isso pode gerar, como o não-recebimento dos recursos provenientes do fundo partidário, ou o seu recebimento em percentuais ínfimos, e a vedação do acesso ao rádio e a televisão.

Por isso, o modelo aqui adotado diferencia-se substancialmente de outros sistemas políticos-eleitorais do direito comparado.

¹⁴³ Nessa linha, vale citar excerto do voto do Ministro Carlos Aires Britto que bem evidencia essa concepção: “[...] Como a nossa Constituição consagra muitos valores, alguns deles se antagonizam, na prática, levando-nos a um tipo difícil de opção – já tenho falado sobre isso -: se optamos de um jeito, prestigiamos a Constituição; se optamos de outro, prestigiamos igualmente a Constituição. E fica uma estranha opção interpretativa entre o certo e o certo, já que todas as opções têm lastro constitucional. É aquele tipo de questão que lembra Sócrates, em um dilema famoso, quando perguntado por um discípulo: Mestre, o homem deve casar ou permanecer solteiro? E Sócrates respondeu: Seja qual for a decisão, virá o arrependimento. Mas aí nos socorre, graças a Deus, o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja: entre o certo e o certo, qual a opção que menos ofende os outros valores da Constituição? Dizendo de modo reverso: qual a opção mais afirmativa dos demais valores da Constituição? Aí entendo que o eminente Relator se houve muito bem. Faz um tipo de opção, em magnífico voto, que prestigia os partidos políticos e o princípio da liberdade associativa” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de junho de 2007. P. 104. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 17.08.2017, às 22:09).

Na realidade do direito alemão, consagra-se que o partido político que não obtiver 5% (cinco por cento) dos votos na votação proporcional, ou pelo menos três mandatos diretos, não obterá mandato algum, também na eleição para o chamado primeiro voto. Nesse caso, despreza-se a votação dada ao partido. Todavia, nunca se atribuiu consequência no que concerne àquilo que nós chamamos de igualdade de oportunidades ou igualdade de chances. A legislação alemã tentou estabelecer um limite mais elevado para efetivar o financiamento público das campanhas. Mas a Corte Constitucional entendeu que essa cláusula era sim violadora do princípio da igualdade de oportunidades (Chancengleichheit), porque impedia que os partidos políticos com pequena expressão conseguissem um melhor desempenho, tendo em vista que eles não teriam acesso à televisão, muito menos aos recursos públicos. Daí a legislação ter fixado percentual de 0,5% dos votos para o pagamento de indenização pelo desempenho dos partidos nas eleições.

O modelo confeccionado pelo legislador brasileiro, no entanto, não deixou qualquer espaço para a atuação partidária, mas simplesmente negou, *in totum*, o funcionamento parlamentar, o que evidencia, a meu ver, uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na qualidade de princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)¹⁴⁴.

Entretanto, conforme se extrai do trecho acima do voto do Ministro Gilmar Mendes, a análise comparativa se deu entre sistemas de direito, sem a consideração de peculiaridades institucionais ou políticas de cada país. Noutros termos, em que pese se tenha admitido que as cláusulas de barreira podem ser instrumento importante na modelagem do sistema eleitoral proporcional, não se analisou aspectos relevantes do cenário político atual¹⁴⁵. Essa omissão, embora seja em determinados casos deliberada – como se extrai dos votos dos ministros Marco Aurélio e Eros Grau --, revela também a dificuldade, seja em virtude da escassez de tempo, seja em razão da insuficiência de recursos cognitivos, de reunir e sistematizar informações importantes sobre o tema em jogo. Nessa linha,

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1351 e 1354. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de junho de 2007. P. 125-127. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 17.12.2014, às 22:09.

¹⁴⁵ Além de não serem analisados aspectos concernentes ao sistema político vigente, cumpre asseverar que o estudo apenas do sistema alemão olvida inúmeros países que também instituíram cláusulas de barreira para aprimorar as eleições proporcionais. Conforme afirma Ricardo Rodrigues (Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 126, abril/junho de 1995), a República Tcheca e a Polônia estabelecem que o acesso ao Parlamento seja condicionado à obtenção de 5% (cinco por cento) dos votos, enquanto a Hungria fixa cláusula de exclusão equivalente a 4% (quatro por cento). A Grécia, por sua vez, organiza seu sistema eleitoral com base na alta cláusula de barreira de 17% (dezesete por cento). É certo, porém, que cada país se organiza à sua forma e de acordo com suas próprias peculiaridades, razão pela qual Israel e Dinamarca, por exemplo, possuem ínfimas cláusulas excludentes, semelhantes ao quociente eleitoral brasileiro.

o STF, ao adotar perspectiva puramente jurídica e abstrata para apreciar problema com raízes políticas, foi incapaz de analisar a questão sob ponto de vista sistêmico e institucional, olvidando aspectos importantes do sistema político e eleitoral brasileiro, cujas interações entre os agentes geram efeitos importantes sobre a sociedade e suas normas jurídicas¹⁴⁶.

De fato, a sociedade brasileira, longe de possuir sistema político equilibrado e dotado de dinâmica saudável entre os poderes constituídos, apresenta um Poder Legislativo com pouca representatividade e altamente fragmentada, cujas relações de poder, a par de instáveis, revelam a necessidade de estabelecer coalizões que permitam ao Poder Executivo instituir as políticas públicas majoritárias. Daí a sistemática que se convencionou denominar Presidencialismo de Coalizão. Essa expressão foi cunhada por Sergio Abranches em artigo elaborado no contexto do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, para sintetizar peculiaridades do sistema político brasileiro, no qual, segundo o autor, a governabilidade só é possível com a formação de coalizões partidárias.

Argumenta o autor que o presidencialismo brasileiro respalda-se em relação simbiótica e instável entre Legislativo e Executivo, necessária em virtude do alto grau de heterogeneidade social e pluralismo político. Portanto, o regime brasileiro desenvolve-se em um processo complexo “de negociação e conflito, no

¹⁴⁶ A propósito, em que pese não seja o objeto central deste estudo, impende salientar que a superficialidade da análise efetuada pelos Ministros do STF no caso em tela se reflete na ausência de audiência pública, usualmente elencada como elemento propulsor do caráter democrático da jurisdição constitucional. Neste ponto, vale citar a crítica efetuada por integrantes do Projeto Dossiê Justiça: Uma proposta de Observação entre Constituição e Democracia no Brasil (Jurisdição Constitucional: entre o respeito ao legislador e o ativismo judicial – o artigo 5º da Lei nº 11.105/05. In: Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. V. 1, n. 3 (Edição Especial), dez. 2008. Rio de Janeiro. Faculdade Nacional de Direito, 2008. P. 144): “Aliado ao excessivo idealismo na concepção do tribunal como um representante argumentativo dos cidadãos, lastreada em uma compreensão da democracia dissociada da premissa majoritária, percebe-se a seletividade do tribunal na definição de quais temas serão abertos à participação da sociedade em audiências públicas. Nos casos sobre a cláusula de barreira e a fidelidade partidária, apesar do caráter extremamente complexo, político e polêmico de ambos os temas, não houve a realização de audiência pública com a participação de diferentes atores políticos, institucionais ou não interessados na decisão. Também não foram ouvidos especialistas com diferentes formações e contribuições acadêmicas sobre os temas em questão. Idêntica postura institucional foi adotada pelo STF no importante caso sobre a greve dos servidores públicos civis, oportunidade na qual também poderia ter sido realizada uma audiência pública com ampla participação da sociedade e dos segmentos corporativos interessados. Podemos concluir que, de modo altamente seletivo, alguns temas escolhidos pelo tribunal dão ensejo a uma concepção alargada de acesso à justiça, enquanto outros, não”.

qual os partidos na coalizão se enfrentam em manobras calculadas para obter cargos e influência decisória”¹⁴⁷.

No sistema presidencialista brasileiro as interações partidárias exercem papel decisivo na própria estruturação da dinâmica relacional entre os Poderes Executivo e Legislativo, cujas interações baseiam-se na pertinência partidárias dos respectivos agentes políticos. Aliás, Fernando Limongi, malgrado combata a noção de que o presidencialismo de coalizão consiste em regime único e peculiar, reconhece que o diálogo institucional brasileiro é calcado no alinhamento partidário dos agentes públicos¹⁴⁸.

Sob esse ângulo, a par das controvérsias atinentes às peculiaridades do presidencialismo brasileiro, a conformação política brasileira (heterogeneidade social e pluralismo político) aliada ao sistema presidencial no qual os parlamentares são escolhidos mediante eleições proporcionais em lista aberta, favorece que a Presidência da República seja obrigada a barganhar com coalizões fragmentadas os seus principais projetos políticos. Cenário análogo foi identificado por Bruce Ackerman em regimes parlamentaristas instáveis, como os italiano e francês¹⁴⁹.

A estruturação do sistema político brasileiro se baseia em uma combinação de fatores perigosos, cujos efeitos, potencializados pelas características sociais e econômicas da sociedade brasileira, devem ser minuciosamente ponderados pelos agentes tomadores de decisões fundamentais, sejam eles políticos ou juízes. Com efeito, dentro dessa sistemática, dois cenários desfavoráveis são possivelmente delineados. De um lado, os partidos podem se opor a toda agenda do Poder Executivo, sem, porém, terem homogeneidade suficiente para aprovar

¹⁴⁷ ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. O Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1998. P. 29.

¹⁴⁸ O autor sustenta que “nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do status quo legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso esta alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo”. (LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: Novos Estudos CEBRAP n. 76, novembro de 2006, p. 41).

¹⁴⁹ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. 113 Harvard Law Review 4. January 2000. P. 653.

as suas próprias, causando a paralisia do Estado. Por outro lado, o Poder Executivo pode dominar os partidos pequenos e ideologicamente insignificantes para de qualquer forma aprovar seus projetos. O caso brasileiro oscila entre os dois contextos, mas parece predominar o segundo, verificável na distribuição de cargos entre partidos aliados ou legendas de aluguel, que trocam o seu tempo disponível na TV por financiamento de campanha ou cargos públicos, independentemente da afinidade ideológica ou objetivos governamentais. Em situações mais graves, ocorre a compra do apoio de parlamentares, evidenciada pelo recente caso do Mensalão.

É certo que inúmeros aspectos do sistema político brasileiro, como o financiamento de campanhas e as coligações eleitorais, contribuem para as vicissitudes verificadas hodiernamente nos noticiários e objeto de debates sobre a nunca concretizada reforma política; porém, não é necessário maior esforço para identificar que a pulverização partidária também desempenha papel que merece maior reflexão dos agentes institucionais.

Assim, a análise constitucional das cláusulas de barreira não prescinde da consideração da conformação sistêmica da política pátria. A presença de eleições proporcionais e as notórias vicissitudes atinentes à relação entre os Poderes Executivo e Legislativo impedem que se reduza a problemática a uma simples ponderação de princípios constitucionais, pressupondo larga e extensa pesquisa sob os ângulos histórico, político, jurídico e social, incompatível com as limitações institucionais do Judiciário.

Essa espécie de distorção, verificada no exame das cláusulas de barreira, pode ser reproduzido em inúmeros outros temas constitucionais submetidos ao controle de constitucionalidade de emendas. Isso fica claro quando analisado o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4357, em que o Supremo em momento algum questiona se o novo regime de precatórios facilitaria o adimplemento dos débitos da Fazenda Pública ou seria mais eficaz que a sistemática anterior. Decidiu-se tão somente com base na ponderação de princípios. A abrangência limitada do exame do tema foi evidenciada quando o Tribunal, em questão de ordem examinada posteriormente, em 25 de março de 2015, modulou os efeitos da decisão.

O Judiciário tem capacidade limitada de contribuir com qualidade para os debates conduzidos no processo de construção constitucional. Tal cenário

decorre não apenas das deficiências cognitivas enumeradas, mas também da forma como o Judiciário se insere, com linguagem própria, nos debates constitucionais. Com efeito, pouca atenção é dada aos limites do diálogo do Judiciário com os demais Poderes ou esferas da sociedade civil. O Direito possui vocábulo técnico-científico de difícil apreensão pela população em geral ou mesmo por lideranças políticas sem familiaridade com a área.

Ao fundamentar suas decisões em conceitos abstratos de teoria constitucional, distanciam as suas escolhas da própria sociedade civil, cujo discurso não é pautado por linguagens abstratas e razões técnicas, excluindo a própria comunidade de decisões fundamentais¹⁵⁰. A intensa utilização da teoria constitucional como fundamento para as decisões judiciais pode servir, em última instância, como álibi para determinadas escolhas políticas cujos reais motivos acabam encobertos pelo verniz da teorização. Nesse viés, a teoria constitucional camufla razões e fundamentos que deveriam ser explícitos, permitindo que o subjetivismo não seja submetido a efetivo controle. É dizer, o raciocínio judicial (e jurídico) tradicional, ao se preencher de teorizações e raciocínios abstratos, a par de invariavelmente passar ao largo dos problemas concretos por meio de valorações implícitas, olvida aspectos fundamentais da experiência social e política alheios aos métodos clássicos (e pós-positivistas) de interpretação jurídica. Consoante assevera Tsakyrakis, ao analisar a problemática atinente à máxima da proporcionalidade, recorrentemente utilizada pelos Tribunais, “o problema da retórica da ponderação no contexto da proporcionalidade é que ela

¹⁵⁰ Nesse sentido, vale frisar as reflexões de Rodrigo Kaufmann (Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. Repositório de teses da Universidade de Brasília. 2010, p. 279) sobre o tema: “Quando se perscrute acerca da dinâmica da ‘ponderação de valores’, da ‘dignidade da pessoa humana’, do núcleo essencial dos direitos fundamentais’, do princípio da proporcionalidade’, tratamos como centrais conceitos que somente fazem sentido dentro da lógica de um sistema absoluto e abstrato. Não se fala nada do mundo, das experiências que se quer evitar com a utilização desse vocabulário. O uso dessa linguagem somente renova a discussão em torno de problemas transcendentais cujas soluções somente interessam os doutrinadores, filósofos do direito e juristas teóricos e não às pessoas que vivem seus dramas pessoais transformados em lide jurisdicional. Na busca de um Direito mais útil e eficaz que consiga efetivamente dar conta de problemas concretos e atenuar experiências de humilhação, torna-se prioritária a utilização de um novo vocabulário ou de novas narrativas que consigam alterar nossas referências teórico-jurídicas. Um vocabulário que consiga transformar as discussões ontológicas em debates acerca de nossas opções políticas e se essas opções são úteis na construção de uma efetiva democracia liberal”.

obscurece considerações morais que está no cerne de questões de direitos humanos, e portanto priva a sociedade de discurso moral que é indispensável”¹⁵¹.

Neste ponto, reconhecer que cabe ao Judiciário a última palavra sobre o processo de construção constitucional implica conferir a instituição com deficiências técnicas significativas – considerado o tema em jogo – e com linguagem própria, definições fundamentais da sociedade, em prejuízo de outras instâncias da vida democrática. De fato, privilegiar o processo decisório do magistrado significa excluir outras instituições do processo político, concentrando suas possibilidades nos estritos limites do raciocínio jurídico.

2.2.3 O argumento contramajoritário da jurisdição constitucional

Revela-se inevitável também, nesse contexto, apontar o déficit de responsabilidade política do Judiciário, sobretudo em arranjos institucionais como o brasileiro, no qual ministros do Supremo, além de indicados pelo Presidente da República, permanecem no cargo até os 75 anos de idade. Com o objetivo de assegurar a independência do Judiciário, confere-se aos ministros garantias que impõem isolamento institucional, inclusive no tocante às demandas de segmentos sociais, sentidas mais intensamente nas instâncias representativas.

Afirma-se que é justamente esse isolamento do Judiciário que permite atuação no sentido da proteção do sistema constitucional frente a maiorias ocasionais. Trata-se do argumento contramajoritário, já apontado no início deste capítulo. Todavia, é necessário asseverar que a perda de responsabilidade política com a inserção do Judiciário no processo de construção constitucional não é compensada satisfatoriamente pelo argumento contramajoritário. Diversos estudos têm apontado que a jurisdição constitucional está inserida no sistema político vigente e mostra-se incapaz de contrariar, por longo lapso temporal, a coalizão política dominante.

Em paradigmático estudo publicado na década de 1950¹⁵²¹⁵³, Robert Dahl evidenciou como a Suprema Corte norte-americana funciona como agente político

¹⁵¹ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 3, 1 July 2009. P. 493

¹⁵² DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: 6 J. Pub. L. 279 1957.

¹⁵³ Em interessante estudo sobre o tema, Gerald Rosenberg afirma que o mérito do artigo de Dahl,

e, ao enfrentar temas complexos e polêmicos, constitui peça chave nas escolhas institucionais do país¹⁵⁴. O autor demonstrou, de forma pioneira, como a Suprema Corte não atua de modo estritamente jurídico, apontando o equívoco de considerar o Judiciário ente isolado e capaz de resolver os problemas colocados sob sua análise apenas com base em princípios.

Jack Balkin aprofunda o tema ao analisar a atuação da jurisdição constitucional sob o paradigma do *framework originalism*. O autor sustenta que o processo de construção constitucional é plural e não envolve necessariamente a primazia do Judiciário. Além de agente racionalizador do debate, o Tribunal surge também como elemento reativo às propostas e interpretações constitucionais efetuadas pelos demais agentes institucionais. O autor refuta, portanto, a noção de construção constitucional cujo vórtice seja o Judiciário. E mais, Balkin lança mão do conceito de *partisan entrenchment* – em tradução livre, entrenchamento partidário –, para explicar como se desenvolve essa interação entre os diferentes atores e a jurisdição constitucional. Segundo essa concepção, os partidos políticos posicionam nos Poderes da República, inclusive no Judiciário, agentes que reflitam seu perfil ideológico.

Ocorre que a permanência desses agentes nos cargos muitas vezes ultrapassa o período no qual o grupo político detém o poder, ficando

além da argumentação clara e objetiva, foi levantar problemas inéditos acerca do papel e impacto da Suprema Corte sobre o sistema político e a sociedade, questionando premissas até então intocadas (The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. 50 Emory Law Journal 613 - 2001).

¹⁵⁴ No contexto brasileiro, Jorge Galvão tenta relacionar uma mudança de comportamento do Supremo Tribunal Federal à vitória nas eleições e permanência do Partido dos Trabalhadores na Presidência da República: “Não há dúvidas de que o direito constitucional brasileiro vivenciou na última década uma profunda transformação: o protagonismo atual do Supremo Tribunal Federal é fruto de uma mudança de compreensão sobre o papel da Corte na democracia brasileira. Coincidentemente, este período marca a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao Poder Federal. Seria possível traçar um paralelo entre a mudança do perfil da Corte e a orientação programática do partido governista? No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, não há uma distinção clara entre juízes liberais e conservadores, o que dificulta a análise. É possível, contudo, verificar algumas evidências. O Partido dos Trabalhadores historicamente assumiu uma postura política de promoção dos direitos de minorias, como direitos dos indígenas, de gênero e de igualdade raça. Ao longo do governo petista, por exemplo, foram criadas a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Nesse mesmo período, houve um incremento na jurisprudência sobre esses temas, que passaram a integrar a agenda da Corte. Assim, pode-se inferir que o julgamento de alguns casos constitucionais relevantes não tenha sido mera obra do acaso, mas fruto de um processo político mais amplo, podendo ser citados, como casos relevantes, a PET nº. 3.388 (Raposa Serra do Sol), a ADPF nº. 54 (aborto de fetos anencefálicos), a ADPF nº. 132 (casamento homo afetivo) e a ADPF nº. 186 (cotas raciais na UnB)” (O Poder Executivo na construção do Direito Constitucional: uma breve análise do caso brasileiro. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, vol. 2, jul./dez. 2014. P. 54-55).

entrincheirados em posições estratégicas durante o governo de outro viés ideológico. Balkin sustenta que a jurisdição constitucional atua de forma contramajoritária justamente quando entre seus membros estão entrincheirados agentes da coalizão anterior. A atuação contramajoritária, então, não está atrelada à proteção das minorias, mas, sim, ao reajustamento de forças no espectro político, com reflexo na atuação de cada instituição¹⁵⁵. A ressaltar essa óptica, são poucos os exemplos de decisões efetivamente contramajoritárias da Suprema Corte norte-americana, e a principal delas talvez seja *Dred Scott v. Sandford*, processo no qual o Tribunal excluiu os escravos e descendentes de tutela constitucional, inclusive de acesso ao Judiciário. A ressaltar essa óptica, Stephen Carter defende que os Tribunais são instituições naturalmente conservadoras, com atuação pautada na análise legal retrospectiva. Salienta ser predominante no Judiciário a indiferença ou oposição a mudanças sociais, anotando que o caso *Brown v. Board of Education*, no qual afastadas políticas segregacionistas no sistema educacional, constituiu acidente histórico¹⁵⁶.

A par dos aspectos relacionados à atuação como agente político, inevitável quando a própria composição do Tribunal é definida pela elite detentora do poder político, Scott Lemieux e David Watkins¹⁵⁷ apontam que, sob o ângulo da conformação institucional, o desenho atribuído à jurisdição constitucional dificulta a defesa eficaz de interesses minoritários contrapostos ao projeto político dominante. Isso porque a própria implementação de decisões judiciais pressupõe a participação de outros Poderes, sobretudo quando em jogo questões afetas às políticas públicas. Os demais atores institucionais têm diversos mecanismos, ativos e passivos, para impedir o cumprimento de determinações judiciais, desde a demora ou atendimento incompleto das diretrizes até a recusa expressa no adimplemento das obrigações. Por isso, Rodrigo Mudrovitsch, ao analisar o

¹⁵⁵ Balkin afirma que “Bickel depreendeu a lição errada da história: a luta em torno do New Deal não é a história de uma Corte contramajoritária; é a história de um judiciário federal que gradualmente ajusta-se em resposta à mudança das circunstâncias políticas, mobilizações populares e novas indicações judiciais. Como visto, resistência judicial ao New Deal teve vida relativamente curta. Em poucos anos, a Suprema Corte recuou de sua posição inicial e começou a legitimar o novo regime constitucional” (BALKIN, Jack. *Living originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 3674).

¹⁵⁶ CARTER, Stephen L. "Do Courts Matter?" (1992). *Michigan Law Review*. Volume 90. 1992. P. 1222-1223.

¹⁵⁷ *Beyond the 'Counter-majoritarian Difficulty': Lessons from Contemporary Democratic Theory*. In: *Polity* Volume 41, N. 1, Janeiro de 2009.

fenômeno democrático em governos representativos, aponta a natureza meramente contrafacutal do argumento contramajoritário¹⁵⁸:

Por conseguinte, as abordagens teóricas que impõem ao Poder Judiciário papel contramajoritário carecem de embasamento factual. A partir de raciocínios abstratos, limitam-se a conferir à Corte Constitucional função política para a qual o ente não apresenta aparato e conformação institucional adequados. Essa configuração apenas evidencia que justificar a jurisdição constitucional por seu papel contramajoritário e alça-la à condição de ponto central na promoção da democracia constitui equívoco grave.

Portanto, o papel contramajoritário do Judiciário não é suficiente para justificar o déficit de capacidade institucional e responsabilidade política por ele enfrentado. Ou seja, o Judiciário apresenta graves problemas na construção de diálogo proveitoso com os demais atores políticos e até mesmo com a sociedade civil. Por outro lado, a instituição não é capaz de, por si só, promover grandes mudanças na sociedade a ponto de impedir a erosão do projeto constitucional. Talvez essa seja a consequência mais importante das reflexões acerca das cláusulas pétreas: incluir determinado preceito no rol de limitações materiais ao poder de reforma não significa a salvação do empreendimento democrático. A bem da verdade, a fixação dos juristas com as cláusulas pétreas é o sintoma do fetichismo direcionado ao Judiciário que domina a teoria constitucional. O Tribunal transforma-se em grande depositário das esperanças da sociedade na formação de um país justo e solidário, olvidando-se as limitações ínsitas à atuação do órgão.

Conforme demonstrado ao longo desta seção, as implicações de conferir-se a última palavra do processo de construção constitucional ao Judiciário devem ser seriamente consideradas no tocante à interpretação das cláusulas pétreas. É equivocado teorizar sobre o tema sem considerar que o alcance conferido às limitações materiais ao poder de reforma pode obstruir canais de mudança constitucional com a inserção no processo de ente com reduzida capacidade institucional e ínfima responsabilização política. Consoante assevera Conrado Hübner Mendes, “não soa convincente amarrar uma comunidade política ao

¹⁵⁸ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Democracia e Governo Representativo*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2016. p. 25.

posicionamento de um pequeno ente colegiado, com pequena alternância, que pode engessar por completo novos projetos sob a justificativa de que asseguraria os pressupostos da democracia”¹⁵⁹.

2.3 A necessária diferenciação metodológica do controle de constitucionalidade de Emenda

Além de adotar premissas equivocadas no tocante ao momento fundacional e ao papel do Poder Judiciário, a corrente ampliativa implica relevante confusão metodológica entre os controles de constitucionalidade de Emenda e de lei. A pretensão de engessamento do projeto constituinte conduz à necessidade de preservar em maior grau e extensão os preceitos qualificados como cláusulas pétreas, resultando na aproximação entre os parâmetros de controle de cada modalidade.

O princípio da separação de poderes torna-se equivalente à separação de poderes objeto da imutabilidade. Aspectos constitucionais do direito de propriedade transformam-se na cláusula pétrea relativa ao direito individual de propriedade. Eventual ofensa à distribuição de competência entre os entes federados transforma-se, por sua vez, em violação da cláusula pétrea relativa ao pacto federativo.

A par desse aspecto, sob o pretexto de assegurar a espinha dorsal do pensamento constituinte, a própria locução “tendente a abolir”, prevista no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, é suplantada, com a leitura de que qualquer contrariedade ao postulado petrificado deve ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a ampliação do alcance da cláusula pétrea ocorre em termos de extensão – interpreta-se os preceitos para aumentar a quantidade de comandos constitucionais ou arranjos institucionais protegidos – ou intensidade – qualquer contrariedade, e não apenas a abolição, autoriza a intervenção jurisdicional. Em ambos os eixos de análise, há a convergência metodológica com o controle de constitucionalidade de leis. Essa equiparação entre os parâmetros de controle de

¹⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.

constitucionalidade de Emenda e de lei é um dos traços mais marcantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Nesse sentido, é interessante proceder a exame comparativo de casos submetidos à apreciação do Tribunal.

Observem, por exemplo, o julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2356, redator do acórdão o ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de maio de 2011. O processo versou a harmonia, com a Constituição Federal, da Emenda n. 30/2000, mediante a qual foram implementadas alterações no regime de precatórios. O ato normativo teve a eficácia suspensa, consoante fundamentos assim resumidos:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória trânsita em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). 3. A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação “em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos” dos “precatórios pendentes na data de promulgação” da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível

de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta “a separação dos Poderes” e “os direitos e garantias individuais”. 5. Quanto aos precatórios “que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999”, sua liquidação parcelada não se compatibiliza com o caput do art. 5º da Constituição Federal. Não respeita o princípio da igualdade a admissão de que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do § 1º do art. 100 da Constituição. 6. Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição de 1988.

Dentre os pontos questionados na Emenda, prevaleceu, por maioria, o entendimento de que o novo regime de precatórios implicava violação à cláusula pétrea atinente à garantia individual da isonomia. O colegiado acatou os fundamentos coligidos pelo ministro Néri da Silveira:

De indagar-se, porém, é se emenda constitucional pode estabelecer normas definidoras de um regime especial, a ter vigência, por dez anos, no máximo, para esses precatórios a se expedirem resultantes de ações ajuizadas até 31.12.1999. Esse regime especial de precatórios não atingiria, em qualquer hipótese, como está no caput do art. 78 em foco, “os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Transitórias e suas complementações e os que já tiveram os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo”. Os créditos assim ressaltados no art. 78 em exame, cujo pagamento dependa de precatório, estarão sujeitos às normas permanentes do art. 100 e seus parágrafos, inclusive com a redação prevista na Emenda Constitucional nº 30, de 2000, art. 1º.

Dá-se, porém, que o art. 78 do ADCT, na redação de seu caput, - no que concerne aos precatórios decorrentes de “ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999”, os quais ficariam sujeitos ao regime especial de liquidação “em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos”, com a incidência dos parágrafos 1º a 4º do mesmo dispositivo, por igual, não é regra válida.

De fato, não cabe, em um universo de precatórios, estipular regime excepcional, para um certo grupo desses precatórios, mais gravoso aos beneficiários, sob pena de ofensa, na discriminação estabelecida, ao preceito fundamental do art. 5º, quanto a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção. Não

será, efetivamente, de admitir-se, como a guardar respeito ao princípio da isonomia, que um certo número de precatórios, oriundos de ações ajuizadas até 31.12.1999, fique sujeito ao regime especial do art. 78 do ADCT, com o pagamento a ser efetuado em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, enquanto os demais créditos, anteriores à Emenda Constitucional nº 30 representados em “precatórios pendentes” à data da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, e os decorrentes de ações ajuizadas, a seguir, ou seja, a partir de janeiro de 2000, sejam beneficiados com o tratamento mais favorável do art. 100, § 1º, da Constituição, de uma só vez, com valor atualizado e pagamento até final do exercício seguinte, apresentados sejam dentro do prazo do § 1º do art. 100, da Constituição.

A propósito do princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello, citado na inicial, escreveu, em “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 2º ed., editora Revista dos Tribunais, p. 49:

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Cabe, por isso, mesmo quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela Lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação pode ser qualquer elemento radicado neles, todavia, necessita inarredavelmente guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.”

Ora, na espécie, consoante se observou acima, não há pertinência lógica entre a grave discriminação estabelecida entre o pagamento dos precatórios resultantes de ações iniciais ajuizadas até 31.12.1999 e as aforadas imediatamente após, todas anteriores à Emenda 30, de setembro de 2000, em ordem a que tenham, ao longo do decênio, tratamento tão díspar, como resultaria da aplicação do art. 78 e seus parágrafos do ADCT, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000, e do art. 100 e parágrafos, da Constituição.

Como se vê, o Tribunal examinou a alegada desarmonia da Emenda com a Constituição Federal a partir de simples contraponto entre o ato questionado e o princípio da isonomia. Verificou se havia justificativa razoável para o tratamento discriminatório entre as situações jurídicas delineadas pela Emenda. A partir de

lição doutrinária direcionada ao exame da compatibilidade de Lei com o princípio da igualdade, o colegiado limitou-se a verificar que, na espécie, “não há pertinência lógica entre a grave discriminação estabelecida (...) em ordem a que tenham, ao longo do decênio, tratamento tão díspar”.

Inexiste alusão à intensidade da discriminação presente na Emenda necessária para configuração de abolição do limite material relativo aos “direitos e garantias individuais”. Concluiu-se, sem qualquer diferenciação metodológica, que tratamento díspar conferido a grupos diversos no tocante ao regime de precatórios implica a abolição da mencionada cláusula pétrea. A aproximação com a abordagem adotada pela Corte nos controles de constitucionalidade de Emenda e de lei é evidenciada pela análise de processo no qual declarada a desarmonia, com a Carta Federal, de ato normativo infraconstitucional, a partir do princípio da isonomia.

O Supremo tem enfrentado em diversas oportunidades situações controversas a respeito do estabelecimento de critérios etários ou físicos para ingresso no serviço público. No recurso extraordinário nº 150.455, da relatoria do ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de maio de 1999, a Segunda Turma do Tribunal examinou a legitimidade da imposição legal de altura mínima para acesso a cargo público. O voto condutor do ministro relator foi assim redigido:

(...) O disposto no inciso XXX do artigo 7º da Constituição Federal, sobre a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” é aplicável no âmbito da Administração Pública, tendo em conta a norma remissiva do § 2º do artigo 39 dela constante. Assim, a regra é no sentido de surgir inconstitucional critério de admissão que implique discriminação. A circunstância de o referido inciso não mencionar, em si, o fator altura não é de molde a concluir-se pela possibilidade de a Administração vir a impô-lo sem uma causa socialmente aceitável. Ora, a espécie dos autos revela a feitura do concurso público para preenchimento não do cargo de agente de polícia civil, quando, então é viável exigir-se uma certa compleição física. A Recorrente inscreveu-se visando a ocupar o cargo burocrático de escrivão de polícia, logrando êxito no certame, vindo a cursar a Academia de Polícia e tendo alcançado a concessão da segurança pelo Juízo, Tenho me defrontado com outras situações concretas oriundas do Estado de Mato Grosso do Sul, como a verificada no Recurso Extraordinário nº 148.095-5, em que o cargo em questão mostrou-se o de agente de polícia. Em tal âmbito, o discrimen mostra-se próprio à função

a ser exercida. Na carreira policial, exsurge com peculiaridades a função de agente de polícia. Relativamente ao cargo de escrivão, não se pode cogitar da necessidade de estampa que se mostre, até mesmo, intimidadora, isso visando ao automático respeito pelos cidadãos em geral. As situações são diversas, cabendo ressaltar, mais uma vez, a atividade como que escriturária, muito embora exigindo-se técnica superior à normal, do escrivão. A ora Recorrente, tendo em conta a moldura fática dos autos, acabou por deixar de atender à exigência do concurso em face de uma diferença mínima de um centímetro. Exigida a altura de um metro e sessenta, apresentou-se com um metro e cinquenta e nove centímetros de altura, o que, para a média brasileira, considerado o sexo feminino, é uma altura razoável.
(...)

Como se vê, o Tribunal adotou critério idêntico àquele identificado no caso dos precatórios. É dizer, identificou as situações com tratamento diferenciado e buscou fundamentos razoáveis para a discriminação. Não os encontrando, afastou a aplicação do ato questionado com base no princípio da isonomia. A abordagem metodológica é, portanto, idêntica. Não se perquiriu da diferente intensidade com que atingida a cláusula pétrea da isonomia, tendo a Corte tratado ambos os casos como problemas atinentes à interpretação do mencionado princípio, independentemente do veículo normativo utilizado.

Contribui para esse processo a adoção de abordagem principiológica pela corrente ampliativa, no que preconizada a possibilidade de desbordamento da literalidade do texto das cláusulas pétreas e a interpretação dessas normas como mandamentos de otimização. Verifica-se o elástico ou delimitação de seu âmbito de aplicação a partir de racionalidade própria dos princípios, sobretudo mediante a máxima da proporcionalidade.

A limitação material ao poder de reforma consubstanciada nos direitos e garantias individuais, entre os quais figura a isonomia, é vista como equivalente ao princípio da igualdade. Ocorre que os âmbitos de proteção e núcleos essenciais de cada categoria são diversos. É impróprio confundir ambos os postulados. O âmbito de proteção da cláusula pétrea-igualdade alcança situações nas quais a reforma constitucional implicará a abolição da essência da garantia individual de isonomia preconizada pelo Constituinte. O âmbito de proteção do princípio da igualdade atinge toda e qualquer situação, inclusive relações entre agentes privados, ou ato normativo que revelem discriminação não justificada.

O conteúdo essencial do princípio da igualdade é majoritariamente identificado na doutrina pátria, como será demonstrado no Capítulo 3, a partir da máxima da proporcionalidade, desdobrada no exame da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O núcleo essencial é verificado, assim, no contexto de colisão, em situação concreta e delimitada, com outros princípios ou direitos fundamentais. É dizer, a essencialidade do preceito se conforma de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas de aplicação, que determinam a gravidade da ofensa ao princípio que suscita a intervenção judicial.

No tocante à cláusula pétrea-igualdade, o conteúdo essencial não é definido a partir do confronto com outros princípios ou outras limitações materiais ao poder de reforma. A par desse aspecto, o grau de contrariedade à cláusula pétrea ensejador da atuação jurisdicional é previamente estabelecido pelo próprio texto constitucional, mais especificamente na baliza da locução “tendente a abolir”, prevista no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Ou seja, o poder constituinte derivado é obstado quando a reforma possa implicar a efetiva abolição do preceito petrificado, e não quando contrariado pela inovação constitucional.

Assim, é impertinente a aproximação metodológica entre os controles de constitucionalidade de Emenda e de lei, decorrente da potencialização do engessamento do projeto constituinte e da leitura principiológica das limitações materiais ao poder de reforma. Revela-se necessário buscar metodologia própria para o controle de constitucionalidade de emendas, consideradas as balizas propostas pela literalidade da Constituição Federal e pelo sistema constitucional a ela correspondente.

2.4 Interpretação extensiva ou restritiva? O casuísmo na interpretação das limitações materiais ao poder de reforma

As análises realizadas nas seções anteriores permitem também enfrentar aquele que talvez seja o principal ponto controvertido na leitura das cláusulas pétreas. Afinal, o Judiciário deve interpretar restritivamente ou extensivamente as limitações materiais ao poder de reforma? A resposta a essa questão implica a retomada de ideias lançadas nos capítulos anteriores, como consequência das

reflexões de cada aspecto da pesquisa, mas é necessário reunir e aprofundar as conclusões parciais até aqui atingidas. A indagação envolve sutilezas às quais o jurista deve estar atento para evitar sucumbir a visão dicotômica entre Judiciário e democracia. A simples contraposição das atuações restritiva e expansiva da jurisdição constitucional é insuficiente para assegurar parâmetros interpretativos objetivos, surgindo recorrente a alusão à prudência judicial ou à necessidade de resguardar princípios básicos de justiça.

Nesse contexto, as propostas de interpretação das cláusulas pétreas, ora restritivas, ora ampliativas, têm se mostrado incapazes de captar plenamente o fenômeno da superconstitucionalidade e de fornecer parâmetros adequados para a abordagem jurisdicional das cláusulas pétreas. Não viabilizam, portanto, o próprio controle da atuação do Poder Judiciário nesse mister constitucional. Com exceção da teoria elaborada por Oscar Vilhena Vieira, bem como das abordagens de Elival da Silva Ramos e Yaniv Roznai, o debate se desenvolve em torno de posições concernentes à ampliação ou à restrição do alcance das cláusulas pétreas, sem envolver reflexão aprofundada sobre parâmetros para essa atividade interpretativa. Trabalha-se com noções vagas, como a ponderação de princípios ou o núcleo essencial das garantias, para defender ora postura minimalista da jurisdição constitucional, ora atitude mais invasiva.

A ressaltar essa óptica, não é difícil identificar autores que formulam teoria restritiva mas, no tocante a determinadas cláusulas pétreas, admitem interpretação extensiva. É o caso de Elival da Silva Ramos, que embora assente expressamente sua teoria sobre bases restritivas, admite que a locução “direitos e garantias individuais”, prevista na Constituição Federal, alcance todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais. Da mesma forma, Oscar Vilhena Vieira, malgrado sustente que a necessidade de conferir interpretação ampliativa ao limite material relativo ao voto, defende interpretação restritiva da forma federativa de Estado enquanto cláusula pétrea.

O Supremo tem se mostrado ambíguo no controle de constitucionalidade do processo de emendamento, revelando a ausência de referenciais hermenêuticos para a interpretação das cláusulas pétreas. Não é possível vislumbrar critério único na atuação do Tribunal. Nesse sentido, as situações retratadas nas ações diretas de inconstitucionalidade 4357, 5595 e 2024 são emblemáticas.

No julgamento da ADI 4357, o Supremo examinou os dispositivos da emenda constitucional nº 62/2009, que alteraram o regime de precatórios. Naquela oportunidade, os mecanismos da nova sistemática de pagamento de débitos fazendários foram submetidos ao cotejo com os princípios da separação dos poderes, efetividade da jurisdição, isonomia entre poder público e particular, e coisa julgada material. Além disso, o reajuste dos precatórios foi examinado em face do direito de propriedade.

O Plenário declarou a inconstitucionalidade material do artigo 100, § 2º, da Carta Federal, no que preconiza a preferência apenas para indivíduos com sessenta anos de idade completos à época da expedição do precatório. Consignou-se, nos termos do voto do ministro Carlos Ayres Britto, que esse balizamento temporal afronta a isonomia, porquanto pretere aqueles que preencherem o requisito objetivo enquanto ainda pendente o pagamento. O mesmo parâmetro foi manejado como fundamento para assentar a inconstitucionalidade da compensação de precatórios com débitos do respectivo credor com a Fazenda Pública. Consoante assinalou o ministro Luiz Fux, “não há justificativa plausível para tamanha discriminação. A medida [compensação] deve valer para credores e devedores públicos e privados, ou acaba por configurar autêntico privilégio odioso”.

A par desse aspecto, o Supremo concluiu que a atualização monetária prevista na emenda afronta o direito de propriedade, tendo em vista que o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança é inidôneo para mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. A Corte estabeleceu também que o regime especial de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela mencionada emenda - o qual veiculou nova moratória dos débitos judiciais da Fazenda Pública - é incompatível com a separação dos poderes, a cláusula constitucional do direito adquirido, a coisa julgada, a isonomia e o acesso à justiça. Neste ponto, vale transcrever os fundamentos da corrente vencedora, capitaneada pelo ministro Luiz Fux (p. 47-51):

Com efeito, a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1o, caput), acompanhada do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5o, XXXV), tem como núcleo a limitação jurídica do exercício do poder político. Cuida-se da histórica busca da domesticação da Administração Pública com uma espécie de barreira em face das arbitrariedades do Estado,

notadamente pela supremacia da lei (NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, p. 40). Essa ideia de controlabilidade do poder político a partir de parâmetros jurídico-normativos tem como origem histórica mais imediata a superação do Estado Absolutista, inicialmente pelo ângulo formal, através da organização e da racionalização do aparelho administrativo do Estado segundo o princípio da legalidade. Evoluiu, modernamente, para uma concepção também substancial ou material, que “só adquire sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais” (idem, p. 25), assim não mais se compadecendo com uma espécie de “casca vazia de legalidade”, conforme consagrada expressão de Ulrich Scheuner.

De qualquer modo, se a ideia de Estado de Direito caminha em direção à supremacia da lei como baliza para a atuação administrativa, parece claro que as garantias do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva representam componentes imprescindíveis à concretização de tal princípio constitucional. Incorrer-se-ia na mais retumbante incoerência caso fossem proclamadas com tintas fortes as restrições de índole formal e material à atuação do Estado, mas desacompanhadas de instrumentos que lhes assegurassem a observância in concreto, justamente ao que se destina a prestação jurisdicional. Em última análise, em um cenário como este a própria violação das normas de direito material pelo poder público seria relegada à irrelevância, já que impossível desencadear de modo forçoso as consequências deste comportamento ilícito, no que tem destaque a responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, §6º, da Constituição. Submissão à lei e sujeição às consequências pelo descumprimento desta mesma lei, portanto, são conceitos que necessariamente devem andar juntos, por isso que ninguém há de negar que a completa supressão do acesso e da efetividade da tutela jurisdicional em face do poder público traduziria ofensa ao núcleo essencial do princípio do Estado de Direito.

[...]

A moratória criada pela EC no 62/09 compromete ainda o amplo acesso à justiça e a plena efetividade da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). É que a fase executiva do processo é o momento fundamental de realização do direito, etapa em que praticados os atos materiais necessários à entrega do bem da vida àquele que, após o devido processo legal, foi reconhecido por sentença como seu justo titular. Sob a ótica jusfilosófica, a execução restaura efetivamente a ordem jurídica afrontada pela lesão, realizando a sanção correspondente à violação. A atividade judicial que atua essa sanção é a própria execução, conforme ensina Liebman em seu notável Processo de Execução (São Paulo: Saraiva, 2003). Por meio da atividade executiva, o Estado cumpre a promessa do legislador de que, diante da lesão, o Judiciário deve atuar prontamente de sorte a repará-la a tal ponto que a parte lesada não sofra as consequências do inadimplemento.

Bem se vê que o Supremo¹⁶⁰ analisou a questão controvertida na ação direta interpretando os dispositivos impugnados como faz em qualquer processo objetivo voltado à verificação da constitucionalidade de ato normativo infraconstitucional. O Tribunal não teve o cuidado metodológico necessário para o manejo das cláusulas pétreas. Isso fica evidente quando se verifica que o Poder Judiciário se colocou na posição institucional de rever até mesmo índices de correção monetária de débitos fazendários, com base no direito de propriedade. Ou seja, estendeu-se o alcance dessa garantia individual para tutelar matéria que nem mesmo tangencia o núcleo do texto constitucional.

Esse cenário suscita maiores questionamentos diante do exercício do controle jurisdicional sem se atentar para as balizas reveladas pela literalidade do art. 60, § 4º, do Diploma Básico. Não se perquiriu o conteúdo da expressão “tendente a abolir” e tampouco a repercussão institucional das limitações materiais ao poder de reforma. Tal cenário é evidenciado pelo contraste do entendimento vencedor com a posição isolada do ministro Teori Zavascki (p. 210-214):

Respeitado o processo legislativo próprio e observadas as cláusulas pétreas, é soberano o poder constituinte reformador. Embora se saiba que as normas constitucionais formam um todo orgânico e entrelaçado, não faz sentido algum, à luz desse amplo poder de reforma conferido pela Constituição, pretender o reconhecimento da ilegitimidade de emenda à luz de qualquer outro parâmetro constitucional que não seja aquele núcleo central, ou, o que seria mais grave, à luz de normas ou de princípios de origem infraconstitucional.

[...]

A expressão “tendente a abolir” é tradicional em nosso constitucionalismo. Todas as Constituições Republicanas, com exceção de da de 1937, a utilizaram, ao tratar dos limites do poder constituinte reformador (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1891, art. 90, § 4º; Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil/1934, art. 178); Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946, art. 217, § 6º; Constituição da República Federativa do Brasil/1967, art. 50, § 1º; Emenda Constitucional nº 1/1969, art. 47, § 1º; e Constituição da República Federativa do Brasil/1988, art. 60, § 4º).

Abolir significa, eliminar, extinguir, revogar, anular, suprimir. Daí o entendimento de que emenda constitucional tendente a abolir os

¹⁶⁰ É imprescindível ressaltar, neste ponto, a formação de importante corrente minoritária, encabeçada especialmente pelos ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes, os quais refletiram de forma mais aguçada sobre os limites interpretativos das cláusulas pétreas.

princípios e institutos a que se refere § 4º do art. 60 da Constituição é a que os atinge em seus alicerces fundamentais e estruturantes, ou seja, em seu “núcleo essencial”. Ruy Barbosa, a propósito da Constituição de 1891, falava da inalterabilidade “naqueles centros vitais do seu organismo, a respeito dos quaes a revisão importaria em verdadeira revolução constitucional” (BARBOSA, Ruy. Commentarios à Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. VI, SP: Saraiva, 1934, p. 461). Pontes de Miranda, a propósito da Constituição de 1946, aludia à proteção a um “cerne” fundamental, considerando “ingenuas e imprudentes” as Constituições que, indo além, “se fizessem inalteráveis, eternas”, até porque “emendar-se, permitir alterar-se, nos indivíduos e nos grupos sociais, é sinal de sabedoria. A tendência é para mínimo de inalterável, de fixo, de preciso (...)” (MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1947, 3ª ed., Tomo VI, RJ: Borsoi, 1960, p. 472)”.

Ora, é manifesto exagero supor que a EC 62/2009, que veio dar nova disciplina ao art. 100 da CF, tenha se destinado ou tenha aptidão para abolir, ainda que parcialmente, qualquer dos princípios e institutos protegidos pelo § 4º do art. 60 da Constituição, que sequer foram por ela afetados, nem mesmo periféricamente. O dispositivo modificado cuida de outro tema, o do regime de pagamento de precatórios, tema que, a rigor, poderia, sem qualquer gravame ao modelo constitucional, ser retirado do texto da Constituição. A existência, ou não, do art. 100 no texto Constitucional não comprometeria, nem mesmo modificaria, muito menos aboliria o núcleo estruturante da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes ou dos direitos e garantias individuais. Considerar ilegítima até mesmo emenda constitucional que discipline o regime de precatório judiciais, essa, sim, seria, com perdão do trocadilho, uma interpretação constitucional tendente a abolir o poder constituinte reformador!

Portanto, a leitura do acórdão da ADI 4357 revela que o entendimento majoritário formado no Plenário possibilitou que o Supremo, sem fixar parâmetros para a atividade interpretativa, se colocasse como artífice final da sistemática dos precatórios. Cabe questionar se o Tribunal foi ou não ativista – questão alheia ao problema ora proposto - mas é certo que houve o elastecimento das limitações materiais, sobretudo no tocante às garantias e direitos individuais

Mais recentemente, em 31 de agosto de 2017, o ministro Ricardo Lewandowski deferiu monocraticamente pedido liminar formulado na ADI 5595 para suspender a eficácia da Emenda nº 86/2015. O ato questionado implicou a redução do investimento líquido mínimo da União em ações e serviços públicos de saúde. O autor da ação direta articulou com o princípio da vedação ao retrocesso social, aludindo à violação ao direito fundamental à saúde em razão da

diminuição dos recursos direcionados às respectivas prestações. O ministro relator adotou os seguintes fundamentos (p. 11-22):

[...]

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.

Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, § 1º da Constituição, segundo a qual “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”.

[...]

Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial.

Para além do implemento individual de medida acauteladora no controle de constitucionalidade de emenda, que por si só evidencia a ausência de prudência no exame do ato de reforma, o excerto transcrito revela a ampliação do alcance de cláusula pétrea para engessar todo o sistema de saúde pública. Em verdade, o próprio regime de alocação orçamentária foi alçado à condição de cláusula pétrea com base no princípio da vedação ao retrocesso, aplicado como se estivesse em jogo a análise da legislação infraconstitucional.

Se nas temáticas dos precatórios e do direito fundamental à saúde o STF não encontrou maiores problemas em intervir no processo de emendamento, a ADI 2024 apresentou cenário diverso e consideravelmente mais cauteloso. O processo versava a alegação de inconstitucionalidade da emenda n. 20/1998 – que alterou a forma de participação dos servidores estaduais detentores, exclusivamente, de cargos em comissão no regime previdenciário –, com alicerce no princípio federativo. O STF julgou improcedente a ação, adotando interpretação restritiva da referida cláusula pétrea. Entendeu-se que a forma federativa não pode ser vista de forma abstrata e estanque, especialmente

quando em jogo o engessamento do texto constitucional. É o que se extrai do voto condutor do ministro Sepúlveda Pertence (p. 84-85):

Ao conceito de Federação na Teoria Geral do Estado correspondem algumas características específicas de identificação, quais a discriminação constitucional das esferas de competência da ordem central e das ordens descentralizadas; a inclusão na última de certa autonomia constitucional dos Estados-membros; a rigidez da Constituição Federal total, e a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz – ao que parece, universalmente, de caráter jurisdicional – dedicado ao controle de constitucionalidade, perante ela, das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados, além, geralmente, participação dos Estados federados – quase sempre por sua igual representação no Senado – no processo de formação do direito federal [...].

Concorrendo, porém esses caracteres típicos essenciais, a partir deles, as Federações apresentam, no Direito Comparado uma multiplicidade de variações que já não comportam inclusão num conceito unívoco e de validade geral, embora muitas vezes de particular relevância no modelo concreto que se cogita.

Por isso – a exemplo do que sucede com o princípio da separação dos Poderes (v. g., ADIns 98/MT e 105/MG, Pertence) – também o da “forma federativa de Estado”, princípio erigido em “cláusula pétrea” de todas as Constituições da República – como tal, não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição.

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 compromissório, que se materializaram no seu texto positivo.

O resto é metafísica ideológica.

Da mesma forma, no exame da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.367, da relatoria do ministro Cezar Peluso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 2006, o Supremo assentou a constitucionalidade da Emenda nº 45/2004, mediante a qual foi criado o Conselho Nacional de Justiça. No tocante à alegada ofensa à cláusula pétrea relativa à separação de poderes, o ministro relator assim estabeleceu os fundamentos que nortearam o entendimento do colegiado:

(...)

A independência (do Judiciário) suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. Na verdade, ela só pode ser considerada

invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política. Ou, no que concerne ao Judiciário, quando outra forma de supressão de atribuições degrade ou estreite a imparcialidade jurisdicional. Fora dessas hipóteses, nada obsta a que o constituinte reformador lhe redesenhe a configuração histórica, mediante reorganização orgânica e redistribuição de competências no âmbito da estrutura interna do Judiciário, sem perda nem deterioração das condições materiais de isenção e imparcialidade dos juízes.

A abordagem da Corte no trato da forma federativa de Estado e da separação de poderes é diversa daquela concernente aos direitos e garantias individuais, sem explicitar, para tanto, os fundamentos que conduzem a essa diferenciação¹⁶¹. Oscar Vilhena Vieira chegou a diagnóstico idêntico ao analisar a jurisprudência do Supremo em comparação com o Tribunal Constitucional alemão, concluindo que “a Corte brasileira (...) tem sido mais cambiante no seu processo de controle de constitucionalidade de emendas”¹⁶²

Identifica-se, conseqüentemente, a ausência de critérios homogêneos na análise das limitações materiais, abrindo campo à análise casuística do tema. Esse cenário é resultado do debate cíclico da doutrina em torno de interpretação restritiva e extensiva. Portanto, buscar nesse contraponto a solução para o tema em jogo nesta dissertação é insuficiente. Não basta afirmar a necessidade de privilegiar a democracia ou os direitos fundamentais.

Em verdade, a adoção de perspectiva mais ou menos restritiva das cláusulas pétreas não constitui apenas ato de vontade do intérprete. Consiste também em decorrência da adoção de determinadas premissas. A título de exemplo, para esclarecer o argumento, Oscar Vilhena Vieira não define como objetivo de sua abordagem ampliar o alcance das limitações materiais; pelo

¹⁶¹ Essa nuance foi objeto de consideração por Eduardo Ribeiro Moreira: “A jurisprudência do STF foi clara no sentido de minimizar a proteção constitucional, pois continuava esculpida em favor da forma federativa do Estado, ao interpretá-la restritivamente, isto é, somente protegendo os atos diretamente contrários à Federação. Caso o núcleo essencial não estivesse ameaçado, a cláusula pétrea federativa não era aproveitada, muito menos maximizada para fora do núcleo nos julgamentos. Um largo espectro, sobretudo, que afeta a sobrevivência financeira dos Estados e municípios, ficou delimitado fora do significado jurisprudencial da cláusula pétrea. Qualquer reforma tributária que afete Estados e municípios deveria sofrer controle sob o aspecto da proteção desse limite material ao poder de reforma” (Teoria da reforma constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-51).

¹⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 181.

contrário, o autor expressa cautela relativamente à ingerência do Judiciário no processo de construção constitucional¹⁶³. Porém, os pressupostos a respeito do processo constituinte e da função das cláusulas pétreas desbordam na maior extensão das limitações materiais ao poder de reforma. É o que ocorre com a cláusula relativa ao voto, sob o ângulo da tese procedimental, cujo alcance é ampliado para abranger o princípio democrático em virtude de Vieira conferir às cláusulas pétreas o papel de garantia da estrutura básica da sociedade e os respectivos princípios de justiça.

A ressaltar essa óptica, conforme estudado ao longo deste trabalho, as abordagens que mais avançaram no sentido de fornecer balizas objetivas para a interpretação foram as de Oscar Vilhena Vieira, Yaniv Roznai e Elival da Silva Ramos, que contêm tentativa de superar o mero confronto entre interpretação restritiva e ampliativa. Vieira busca superar a dicotomia em tela aludindo à necessidade de preservação dos princípios éticos de justiça, de modo que a atuação do Tribunal, quando pautada com deferência por essas balizas, não implica ampliação irrazoável e antidemocrática das cláusulas pétreas. Roznai aponta que a postura restritiva ou não do Tribunal depende também do arranjo institucional vigente, aduzindo que processos facilitados de emendamento encerram maior campo de atuação judicial. Avança na busca por parâmetros de interpretação aprofundando a teoria do abandono fundamental criada pelo Tribunal Constitucional alemão. Ramos tampouco se atém à distinção entre interpretações restritivas e ampliativas. Embora reconheça adotar premissas direcionando à necessidade de postura prudente da jurisdição constitucional, propõe leitura sistêmica do texto constitucional como forma de identificar em que momento o núcleo essencial de cláusula pétrea é atingido pela reforma da Constituição.

A abordagem restritiva embora priorize as limitações institucionais e democráticas da jurisdição constitucional, assumindo como pressuposto a excepcionalidade da limitação do poder constituinte derivado, tampouco fornece referenciais hermenêuticos completos para a interpretação das cláusulas pétreas. Como se vê, mesmo os defensores de postura restritiva do Poder Judiciário têm dificuldades em identificar critérios para interpretação das cláusulas pétreas.

¹⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 233.

Tanto autores que buscam em elementos metafísicos ou na natureza principiológica das cláusulas pétreas o respaldo para a atuação judicial, quanto aqueles que advogam a mínima intervenção do Judiciário no processo de construção constitucional, fornecem referenciais ao intérprete que devem ser refinados e sofisticados.

O cenário, portanto, revela a esterilidade do debate em torno do caráter mais ou menos ampliativo do alcance das cláusulas pétreas. O quadro teórico fornecido pela doutrina não fornece, de maneira completa, parâmetros interpretativos para as limitações materiais, desbordando em análise casuística do tema pelos Tribunais¹⁶⁴. As abordagens acima mencionadas constituíram importante avanço que deve ser aprofundado, consideradas as lacunas apontadas quando da análise de cada uma delas. É necessário persistir na identificação de parâmetros interpretativos para as limitações materiais ao poder de reforma, a partir dos caminhos abertos pelas teorias analisadas no Capítulo 1 e à luz das premissas lançadas neste Capítulo.

¹⁶⁴ É importante ressaltar que não se pretende, neste ponto, responsabilizar diretamente a academia por eventuais inconsistências no processo decisório dos Tribunais. O problema da fundamentação das decisões judiciais é mais complexo e profundo, surgindo impróprio afirmar que eventual pobreza conceitual dos magistrados decorra, de forma imediata, da formatação doutrinária. Contudo, a doutrina exerce a dupla função de (i) fornecer ao Judiciário elementos para o exame das controvérsias a ela submetidos; e (ii) realizar análise crítica dos entendimentos adotados pelos Tribunais. Nesse sentido, a qualidade da produção doutrinária influencia, mesmo que indiretamente, o nível de integridade e correção dos pronunciamentos judiciais.

CAPÍTULO 3 - PARÂMETROS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA

3.1 Horizonte textual das limitações materiais ao poder de reforma

O objetivo deste capítulo é, a partir das reflexões estabelecidas nas seções anteriores acerca das limitações materiais do poder de reforma, suas repercussões institucionais no processo de construção constitucional brasileiro e as diversas teorias da interpretação, identificar parâmetros para interpretação dos preceitos. O primeiro passo nesse sentido consiste em, retomando as reflexões engendradas nos capítulos anteriores, fixar as balizas decorrentes do próprio horizonte textual das cláusulas pétreas.

É importante ressaltar que a referência aos limites textuais não consiste na defesa intransigente de interpretação literal das cláusulas pétreas, mas, sim, na vinculação do intérprete ao texto-base. Conforme sustenta Elival da Silva Ramos, aludindo às lições de Friedrich Müller, “o conteúdo da decisão não precisa resultar do teor literal, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório”¹⁶⁵. Sob esse ângulo, a redação das limitações materiais deve ser o ponto de partida e de chegada da respectiva interpretação. É impróprio, como em regra procedem os adeptos do neoconstitucionalismo¹⁶⁶, abandonar o texto para buscar em valores morais, aprioristicamente determinados a resposta adequada ao problema posto.

A vinculação às balizas textuais das limitações materiais ao poder de reforma, e conseqüente rejeição de leituras ampliativas, decorre da revisitação das premissas que embasam a adoção e dinâmica desses mecanismos. A ineficácia de limitar as reflexões sobre o tema em torno do confronto entre as interpretações restritiva e ampliativa, abordada ao final do capítulo anterior, não impede o intérprete de questionar determinados pressupostos na busca por parâmetros interpretativos pertinentes. No Capítulo 1 foi possível identificar que a

¹⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador, Brasil. p. 8.

corrente ampliativa adota, em regra, mas não concomitantemente, três pressupostos: a) a superioridade da deliberação no processo constituinte; b) a possibilidade de buscar em fundamentos metafísicos a definição do conteúdo das limitações materiais ao poder de reforma; e c) o exercício de função contramajoritária pelo Poder Judiciário.

Todavia, as condições reais de deliberação do processo constituinte e o perfil institucional do Judiciário infirmam as mencionadas premissas. O momento fundacional não envolve deliberação com qualidade necessariamente superior àquela da política ordinária. As discussões – seria mais apropriado denominar negociações – envolvem forças assimétricas e cálculos políticos que impactam as escolhas institucionais realizadas. É dizer, a própria definição do conteúdo da Constituição depende de relações de poder preexistentes à assembleia constituinte.

A constatação de não ser o momento constituinte absoluto ou isento de erros não implica erodir a supremacia da Constituição enquanto elemento de estabilização do sistema jurídico, mas, sim, recomenda cautela na adoção de interpretações ampliativas das cláusulas pétreas. O processo de construção constitucional desenvolve-se continuamente, surgindo impróprio o seu engessamento, considerada a necessidade de constante aprimoramento de caminho que não se encerra na fundação constitucional.

Assim, sendo o processo constituinte resultado de deliberações não ideais e não integralmente racionais, a própria identificação de princípios metafísicos extraídos de exercício contrafactual revela-se um contrassenso. As limitações materiais ao poder de reforma são normas elaboradas pela comunidade, dentro de contexto fático próprio, presentes peculiaridades políticas, econômicas e sociais. É inadequado interpretá-las a partir de conceito ideal de sociedade democrática.

As cláusulas pétreas são regras negociadas e sua legitimidade, bem como a da Constituição como um todo, decorre justamente do compromisso entre as partes, da construção de caminhos politicamente viáveis. Este raciocínio merece aprofundamento. Sobretudo nas sociedades em transição política, o compromisso entre as partes conflitantes é de difícil concretização, repleto de concessões recíprocas. É natural, portanto, que os próprios constituintes tenham dificuldade em delimitar aqueles temas cuja importância sobressaia a ponto de o

respectivo conteúdo essencial ser colocado fora do alcance do poder constituinte derivado. Os obstáculos relativos ao dissenso são superados por meio de negociações, cujas balizas são as próprias possibilidades reais de autoconformação da comunidade e não a estrutura básica ideal da sociedade.

A adoção de premissa contrafactual, no tocante às cláusulas pétreas, implica o abandono dos próprios referenciais que permitiram a definição do ordenamento maior da comunidade, impondo verdadeiros saltos no processo de maturação democrática da sociedade. Ou seja, a pretexto de assegurar determinado projeto constitucional, alcança-se o oposto, a imposição de identidade engessada, usualmente formalizada no âmbito judicial.

A compreensão da contingencialidade do processo constituinte revela que a identidade constitucional é algo construído e legitimado ao longo do tempo pela própria sociedade e agentes que a operam institucionalmente. É impróprio, ao argumento de preservar esse projeto, aludir a pressupostos de funcionamento de comunidade ideal, obstruindo os canais de deliberação capazes de manter a dinâmica de autolegitimação do processo de construção constitucional em sociedades complexas¹⁶⁷.

Em verdade, a busca por referenciais metafísicos para a interpretação de cláusulas pétreas consiste em evidente paradoxo. Argumenta-se a necessidade de preservar determinado projeto de Constituição para, ato contínuo, buscar fora dos limites textuais os fundamentos para determinar o alcance e sentido das cláusulas pétreas. É dizer, com o objetivo de manter a identidade constitucional, interpreta-se as limitações à reforma de modo a substituir essa identidade por outra, racionalizada pelo Judiciário. Esse aspecto deve ser ressaltado, porquanto as cláusulas pétreas são potentes instrumentos de entrincheiramento de determinados valores em face de deliberações majoritárias, razão pela qual a adoção de interpretações desbordantes do texto constitucional implicam a centralidade da jurisdição constitucional – e do pensamento jurídico em geral – em detrimento da arena política e da própria sociedade civil.

Nesse contexto, interpretações ampliativas pressupõem também que o Judiciário seja instituição capaz de atuar de forma contramajoritária, assegurando

¹⁶⁷ VESTING, Thomas. “Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: Thomas Vesting e Stefan Koriath (Orgs.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. P. 71-94.

a preservação do projeto constitucional em face de movimentos da política ordinária. Assim, as cláusulas pétreas estendidas seriam importantes porque permitiriam que o Judiciário tivesse campo maior de atuação para a manutenção da estrutura básica da sociedade democrática.

Ocorre que o exame da atuação da jurisdição constitucional revela que a composição e estrutura institucional dificulta a adoção, a longo prazo, de comportamentos contramajoritários. O Judiciário tende a acomodar-se nas balizas impostas pela coalização política dominante. É dizer, o relativo isolamento do Tribunal em relação às contingências da política ordinária, usualmente vinculado à ideia de neutralidade do Judiciário, não implica postura imparcial e análise com maior qualidade das Emendas questionadas. Por isso, Rodrigo Mudrovitsch conclui que “a tese de que os magistrados adquirem argumentativamente a sua legitimidade política é absolutamente insuficiente para admitir que se deposite nas Cortes Constitucionais (...) as rédeas de condução da democracia”¹⁶⁸.

Por outro lado, o Tribunal apresenta significativas limitações institucionais para contribuir, com qualidade, para o debate em torno do processo de construção constitucional. Seja em razão da dificuldade epistemológica de lidar com matérias afetas a outros campos do conhecimento, seja em virtude de deficiências na coleta e análise de dados relevantes, o Judiciário tem dificuldades para se inserir de forma integrada e positiva nos debates fundamentais da sociedade.

O quadro que se coloca, com a interpretação ampliativa das cláusulas pétreas, com o abandono dos limites impostos pelo próprio texto constitucional, é a concessão da última palavra sobre o processo de construção constitucional a órgão com reduzida capacidade institucional de participar do debate democrático em torno do projeto de sociedade que se pretende implementar, apresentando, em contrapartida, atuação deficiente no exercício de contraponto às elites detentoras do poder. No caso brasileiro o cenário é agravado pelo caráter analítico da Constituição Federal, o qual impõe que a maior parte das grandes reformas do país sejam realizados por meio de emendas à Constituição. Ou seja, especialmente no Brasil, ampliar o alcance das cláusulas pétreas significa

¹⁶⁸ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Desentrinchamento da Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

posicionar o Supremo como artífice final de todos os movimentos de transformação social da comunidade.

É importante, portanto, que o texto das cláusulas pétreas seja efetivamente observado pelo intérprete, sem a necessidade de ter-se como referencial princípios éticos de justiça ou parâmetros extraídos de modelos teóricos. A ampliação do sentido e alcance das cláusulas pétreas não assegura o desenvolvimento do experimento democrático dentro do projeto constitucional preconizado, apenas aumenta a capacidade de ingerência monolítica do Judiciário sobre a Constituição Federal. Essa intervenção, por sua vez, tanto pode preservar arranjos institucionais injustos e não necessariamente protegidos pelas cláusulas pétreas, quanto pode ser insuficiente, na prática, para conter movimentos democráticos efetivamente capaz de alterar a identidade constitucional inaugurada pela assembleia constituinte.

A observância das balizas textuais das cláusulas pétreas surge como parâmetro interpretativo inafastável, consideradas as condições reais de deliberação das cláusulas pétreas e as características institucionais do Poder Judiciário. A centralidade do texto no processo interpretativo das cláusulas pétreas afasta abordagens que busquem em análises apriorísticas e contrafactuais as respostas para as questões hermenêuticas da superconstitucionalidade. Atende-se, assim, ao alerta realizado por Paulo Bonavides com base nas reflexões de Friedrich Müller¹⁶⁹:

Essa desorientação e perplexidade de intérpretes, que continuamente se arredam do texto para abraçar-se, em face das peculiaridades de cada situação, a um sentido concreto da norma, ou a uma valorização da regra normativa pelo sistema ou ainda a uma pretensa interpretação “conforme a Constituição”, esse largo teto debaixo do qual se abrigam todas as soluções possíveis e imprevisíveis, apenas traduz a dificuldade desesperadora e angustiante de transmudar o Estado social ou de justicialismo num Estado de Direito, preservador do patrimônio clássico das garantias individuais.

(...)

Assim é que preceitua teoricamente em caso de conflito, ou seja, de resultados parciais contraditórios, que os elementos imediatamente relacionados com a norma prevaleçam sobre os demais.

E se no interior dos elementos imediatamente vinculados à norma se levantar um conflito, entende ainda que a prevalência caberá

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 499 e 525.

aos elementos gramaticais e sistemáticos, porquanto eles se referem a interpretação de texto de normas, enquanto os demais a textos que não são textos de normas.

No tocante às limitações materiais ao poder de reforma previstas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, duas delas impõem maior cuidado do intérprete relativamente aos respectivos horizontes textuais: “o voto direto, secreto, universal e periódico” e “os direitos e garantias individuais”.

A cláusula pétrea relativa ao voto tem sido não raramente interpretada pela doutrina como norma a abranger e resguardar o princípio democrático. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira, ao analisar essa limitação material, salienta que “a proteção de minorias políticas em face da manifestação majoritária das votações também deve ser vista de maneira positiva, pois o voto como meio de realização da democracia não pode ser utilizado com a finalidade de provocar erosão nas bases da própria democracia”¹⁷⁰. Eduardo Ribeiro Moreira vai além para afirmar que a cláusula em jogo impede “a reforma em qualquer parte da Constituição que estruture o processo democrático”¹⁷¹.

O sistema constitucional brasileiro não comporta essa espécie de interpretação ampliativa. O preceito delimitou com clareza o objeto petrificado: o voto, no que relevadas as balizas de desenvolvimento da democracia brasileira. Estabeleceu o governo representativo como base inafastável, vedando eleições indiretas para os respectivos cargos. Considerar o voto cláusula pétrea não implica vedar que mecanismos de participação direta sejam aprimorados ou ampliados, mas, sim, excluir a possibilidade de adoção de democracia plebiscitária, sobretudo em modelos nos quais a população limita-se a confirmar a permanência do Presidente no cargo. A previsão do voto periódico, por sua vez, encerra a alternância no poder como exigência básica da democracia brasileira, enquanto o sufrágio universal busca extirpar qualquer dúvida sobre a incompatibilidade do voto censitário com o sistema político pátrio.

É interessante observar como a cláusula pétrea em tela revela com clareza o momento político então vivido pelo país, salientando aquele ponto que era muito caro à população após duas décadas sob o regime de exceção.

¹⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 243.

¹⁷¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-44.

Petrificar o voto significou a recusa generalizada à situação anterior, a rejeição do autoritarismo. Havia consenso entre os mais variados grupos políticos sobre a necessidade de instaurar uma democracia, sem a permanência de qualquer ranço autoritário. Inexistia, portanto, a pretensão de engessar essa ou aquela variável ínsita a um processo democrático ideal. O objetivo era reconciliar o país com o voto, com a livre escolha de seus representantes.

Assim, a cláusula pétrea relativa ao voto, quando historicamente situada, surge incompatível com leituras que pretendam estendê-la à proteção do princípio democrático. Ela consiste em claro exemplo de como as limitações materiais de reforma revelam a espinha dorsal que sobressai a assembleia conflituosa e fragmentada. Se o objetivo das cláusulas pétreas é tutelar a identidade da Constituição, não há outra alternativa juridicamente adequada senão reconhecer o projeto constitucional espelhado nos limites textuais dos preceitos.

O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido relativamente aos direitos e garantias individuais. Diversos autores defendem que a expressão deve ser interpretada para abarcar os direitos fundamentais em geral, inclusive os sociais e políticos. Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira sustenta que a interpretação restritiva do dispositivo é imprópria porque “deixaria de fora direitos políticos e sociais indispensáveis à realização da dignidade humana e da autonomia individual na esfera pública”¹⁷². Ingo Sarlet defende posição análoga, articulando com a dificuldade de diferenciar os direitos individuais e sociais, bem assim com a possibilidade de, a prevalecer esse entendimento, ficarem excluídos também direitos políticos e de nacionalidade. Vale transcrever, neste ponto, a argumentação do autor¹⁷³:

[...]

Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Como a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das "cláusulas pétreas" pode ser justificada à luz do direito constitucional positivo é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no Preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia

¹⁷² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 245.

¹⁷³ SARLET, Ingo. Direitos Sociais - O problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 46/2004. p. 42 – 73. Jan - Mar / 2004. p. 8.

dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado Democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no arts. 1.º, I a III e 3.º, I, III e IV, da CF/1988 (LGL\1988\3). Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados - mesmo não estando expressamente previstos no rol das "cláusulas pétreas" - autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída. Neste caso, fatalmente os direitos sociais acabariam sofrendo um significativo déficit no âmbito de sua fundamentalidade.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225, da CF/1988 (LGL\1988\3)), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais.

Os argumentos em prol da inclusão de direitos sociais no elenco de cláusulas pétreas podem ser sistematizados nos seguintes grupos: a) os direitos sociais são componentes essenciais do projeto constitucional; b) os direitos sociais desempenham papel importante na promoção da dignidade da pessoa humana; c) é incoerente que o Constituinte tenha considerado serem fundamentais os direitos sociais sem conferir-lhes proteção jurídica compatível; e d) é inviável diferenciar qualitativamente direitos individuais e sociais.

Os dois primeiros argumentos decorrem da adoção de premissa contrafactual das cláusulas pétreas. Ou seja, afirma-se a importância dos direitos sociais para uma identidade ideal de Constituição ou para a concretização de determinado princípio de justiça, em detrimento do que o próprio Constituinte expressamente entendeu como basilar para o funcionamento do sistema. Conforme analisado no Capítulo 2 deste trabalho, a compreensão das cláusulas pétreas como o consenso possível ante a conflagração entre vários grupos com interesses díspares indica ser impertinente a fuga dos horizontes textuais do dispositivo. O projeto de Constituição é apontado no próprio texto, e não em reflexões abstratas da academia. As cláusulas não revelam a identidade constitucional ideal, mas, sim, a identidade da Constituição de 1988.

Ao contrário daqueles que afirmam que a expressão direitos e garantias individuais aponta de forma incompleta o projeto constitucional em jogo, o exame do processo constituinte brasileiro sugere que a restrição terminológica é coerente com o momento então vivido pela sociedade. É natural que, após décadas de regime autoritário, os constituintes encontrassem facilidade em colocar como ponto indiscutível da agenda nacional a proteção de direitos e garantias individuais. Tal como ocorre com o direito ao voto, era pacífica a necessidade de assegurar os direitos e garantias conformadores do Estado de Direito, sob o ângulo das liberdades individuais, que por tanto tempo foram negligenciados. Esse quadro é, aliás, compatível com os processos de liberalização gradual preconizados por O'Donnell e Schmitter, em estudo mencionado no Capítulo 1, segundo o qual os direitos e garantias individuais são os primeiros assegurados, como condição para o desenvolvimento do sistema político democrático¹⁷⁴.

A exclusão dos direitos sociais do rol de cláusulas pétreas não pode ser considerado um deslize do Constituinte. É bem verdade que a Constituição de 1988 fortaleceu o Brasil no rumo de tornar-se um Estado Social, mas isso não significa que os constituintes tivessem segurança de que esse era o destino pretendido a ponto de manter os direitos sociais fora do alcance do poder constituinte derivado. O texto constitucional encerra inúmeros princípios direcionados ora a uma intervenção estatal maior, ora a ingerência mínima do Estado. A consolidação do modelo de Estado Social no Brasil é o claro exemplo

¹⁷⁴ O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. Transições do regime autoritário: primeiras conclusões. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988. P. 23.

de campo normativo que o Constituinte delegou às futuras gerações, prolongando o processo de tomada de decisão e permitindo que a sociedade amadurecesse os conceitos que então eram robustecidos. Não por acaso, o segundo ciclo de reformas da Constituição – Emendas nº 5 a 8 – foi caracterizado por Paulo Bonavides como “esquema de desnacionalização da economia brasileira, fomentada pelo neoliberalismo instalado no poder”¹⁷⁵. Ou seja, a intensidade do Estado Social é constantemente recalibrada pela sociedade, que ainda não alcançou consenso quanto ao tema mesmo três décadas após a assembleia constituinte.

Por conseguinte, a construção dos direitos sociais como essenciais ao projeto constitucional pode ser extraída do que se entende abstratamente por cenário ideal, mas não da própria Constituição ou da assembleia constituinte. Isso não significa assentar, como sugere Ingo Sarlet, que os direitos sociais consistem em dimensão inferior dos direitos fundamentais. Os direitos dos trabalhadores, os direitos à saúde e à educação desempenham papel importante na sociedade e norteiam as políticas públicas, bem como investimentos massivos do Estado. Constituir ou não cláusula pétrea não rebaixa esses preceitos. Em inúmeros países, os direitos sociais sequer são constitucionalizados e nem por isso merecem o desprezo do Estado – é o caso, por exemplo, da Alemanha.

A concepção segundo a qual os direitos sociais integram dimensão essencial da dignidade da pessoa humana, razão pela qual devem ser incluídos no rol de cláusulas pétreas também é afastada por esse raciocínio. O fato de determinados direitos sociais consistirem em importante instrumentos de concretização de patamar mínimo de dignidade não implica que devam ser considerados cláusulas pétreas. A promoção desses direitos pressupõe amplo aparato estatal, cujo simbolismo do fenômeno da superconstitucionalidade não é capaz de suprir. Em outras palavras, a concretização da dignidade da pessoa humana não se dá pela petrificação de direitos, mas, sim, pela devida construção de caminhos, legislativos ou constitucionais, adequados ao seu implemento, inclusive sob o ângulo da gestão do erário.

Ao que parece, o esforço para incluir os direitos sociais na categoria de cláusulas pétrea enquadra-se na luta pela judicialização e constitucionalização de

¹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 700.

determinados anseios sociais, para os quais nem sempre o Estado está aparelhado. Roger Stiefelmann Leal demonstrou como essa espécie de raciocínio é prejudicial à noção de direitos fundamentais – e, no caso em tela, das cláusulas pétreas –, assim como tampouco contribui para a implementação desses direitos¹⁷⁶:

Adverte Jorge Miranda que, ao se considerar os direitos econômicos e sociais como direitos sem densidade subjetiva autônoma, corre-se o risco de desvalorizá-los. Na verdade, eles não são desvalorizados por não admitirem tutela jurisdicional eficaz, mas desvalorizadores da noção de direitos fundamentais. Procurou-se, ao que parece, colocar todos os anseios da população na Constituição sob o signo de direitos fundamentais, na intenção de que o Judiciário fornecesse saúde, educação, lazer, assistência social e trabalho a todos, suprimindo as eventuais deficiências dos governos em curso. Pretendeu-se instaurar, através da estruturação de vários objetivos governamentais sob a forma de direitos fundamentais e da instituição de instrumentos processuais pretensamente apropriados a assegurar o seu cumprimento na falta de providências normativas, a sociedade perfeita sem preocupações a respeito de seus limites políticos e financeiros.

A vulgarização da noção de direitos fundamentais tem, sem sombra de dúvida, raízes na implementação dos direitos sociais nos textos constitucionais de vários países. Não haveria de ser diferente, uma vez que se estabeleceu na declaração de direitos fundamentais prevista na Constituição direitos que não são direitos. De que adianta incorporar estes novos direitos ao texto constitucional, se eles não podem ser exigidos?

A falta de rigor teórico que possibilitou a constitucionalização de tais reivindicações sociais sob a forma de direitos fundamentais acabou por admitir a invenção de novos direitos a partir de novos reclamos da sociedade sem haver um mínimo de preocupação a respeito da sua qualidade como direito e, sobretudo, como direito fundamental. Tem-se a impressão de que a proliferação de novos direitos é apenas uma seqüência de um processo de positivação de reivindicações sociais que se iniciou com os chamados direitos sociais. Desse modo, vêm surgindo novos direitos rotulados de fundamentais que, a exemplo dos direitos econômicos e sociais, constituem anseios populares sem a menor condição de serem normatizados como direitos.

Portanto, o argumento de ter-se proteção insuficiente desses direitos como justificativa para ampliar o alcance da respectiva cláusula pétrea surge inadequado. As limitações materiais ao poder de reforma não estão à disposição do intérprete para a construção de sistema ideal, nem mesmo servem à

¹⁷⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: < <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >. Acesso em 20 de abril de 2016.

operacionalização da tutela desse ou daquele direito. As cláusulas pétreas têm função própria, relacionada à estabilização do sistema em torno de dispositivos considerados fundantes pelo Constituinte. Daí a importância da literalidade dos preceitos consistir no cerne do processo interpretativo.

Neste ponto, vale ressaltar que, para além do que revelado pelo processo constituinte relativamente aos direitos e garantias individuais, a leitura estrita do sistema é coerente. A Constituição Federal evidencia que propositalmente não foram considerados cláusulas pétreas todos os direitos fundamentais ao colocar o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico ao lado dos direitos e garantias individuais como limitações materiais ao poder de reforma. Quisesse o Constituinte referir-se a todos os direitos fundamentais, não teria incluído o mencionado direito político no rol de cláusulas pétreas. Ou seja, não há campo ao intérprete para avançar ou corrigir o sistema, exceto se pretender impor ao texto constitucional, por meio de leitura própria entronizada no Judiciário, a estrutura básica de sociedade que lhe pareça mais adequada.

Por fim, é impróprio articular com a dificuldade na distinção entre direitos individuais e sociais para assentar a impossibilidade de apenas uma das dimensões ser considerada limitação material ao poder de reforma. Embora doutrinariamente seja possível problematizar a separação estanque entre as categorias em termos de custos, aplicabilidade¹⁷⁷ e coerência sistêmica¹⁷⁸, a Constituição Federal separou com clareza os direitos individuais -- art. 5º -- e sociais -- arts. 6º a 11. Esse é o referencial semântico no qual o Constituinte balizou a terminologia do art. 60 da Constituição Federal.

¹⁷⁷ Stephen Holmes e Cass Sunstein demonstraram que direitos de primeira e segunda geração são igualmente custosos ao Estado, sendo incorreto distingui-los a partir do aparato estatal necessário ao implemento de cada categoria. Segundo os autores, direitos individuais, como a liberdade de expressão, requerem ações governamentais que garantam seu desenvolvimento. Assim, todo o aparato do Poder Judiciário, por exemplo, tem o objetivo de garantir esses direitos, representando custos para o Estado (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2005. P. 513). O mesmo entendimento é sustentado por Victor Abramovich e Christian Courtis (*Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. P. 29-30).

¹⁷⁸ Elival da Silva Ramos adota essa linha argumentativa, sustentando “preconizar, para esse ponto específico, uma interpretação de efeitos extensivos, de modo a se entender que são objeto da proteção especial deferida pelo Constituinte originário os direitos e garantias fundamentais e não apenas os direitos fundamentais vinculados à autonomia individual. Afinal, se com as aludidas limitações materiais explícitas o que se quis foi imunizar os princípios democráticos diante da revisão constitucional, não há por que segmentar o sistema de direitos e garantias fundamentais, expressão da complementaridade existente entre as diversas categorias pelas quais se espraiam essas franquias constitucionais, sistema esse, todo ele, essencial para a implantação e desenvolvimento da Democracia” (*A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-229).

Isso não significa, porém, que os direitos individuais petrificados sejam apenas aqueles expressamente inscritos no art. 5º da Constituição Federal. O próprio § 2º do dispositivo preconiza que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. É dizer, existem outros direitos individuais ao longo da Constituição e até mesmo em tratados internacionais. Em momento algum o rol foi limitado à topologia do art. 5º. O Supremo não se equivoca, portanto, quando considera o princípio da anterioridade tributária uma cláusula pétrea, uma vez que a condição de garantia individual não se restringe à topologia do artigo em que inserido o direito.

No entanto, é necessário observar que a identificação dos direitos fundamentais tidos como cláusulas pétreas passa pela vinculação à primeira dimensão, ou seja, ao fato de ser um direito propriamente individual. Apesar das mencionadas críticas doutrinárias à separação entre as categorias, é possível extrair aqueles elementos em comum que permitem delimitar, com segurança, o rol de direitos alçados à condição de limitações materiais ao poder de reforma. Na lição de Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”¹⁷⁹.

É bem verdade que todo direito social encerra também uma pretensão do indivíduo a determinada prestação do Estado. Contudo, o próprio surgimento e funcionalidade dos direitos sociais permitem distinguir as dimensões. Os direitos individuais, embora também demandem ação estatal e imponham custos ao erário, constituem a base do conceito de Estado de Direito formulado sob o ângulo do pensamento liberal. Os direitos sociais, por outro lado, surgem no século XX atrelados ao conceito de igualdade material e promovidos pelo Estado mediante prestações necessárias para a realização do ideal de justiça social. Por isso, demandam intensa intervenção estatal na sociedade e na economia, com custos de operacionalização superiores aos dos direitos individuais¹⁸⁰. Assim,

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 582.

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 593.

embora seja equivocado salientar essas diferenças para afirmar o caráter programático dos direitos sociais ou mesmo para deles retirar a etiqueta de fundamentais, é plenamente viável diferenciá-los dos direitos individuais para fins de delimitação do alcance das cláusulas pétreas.

Não é objetivo desta dissertação listar aqueles direitos individuais que se entende por cláusulas pétreas, mas, sim, demonstrar que a observância dos horizontes textuais das limitações materiais ao poder de reforma implica, sem resultar em incoerência sistêmica, na necessidade de interpretar estritamente a expressão “direitos e garantias individuais” prevista no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Contudo, a delimitação das cláusulas pétreas nesses termos, tendo o texto constitucional como ponto de partida e chegada do processo interpretativo, não é suficiente para a identificação de parâmetros interpretativos das cláusulas. Isso porque, mesmo quando o direito à propriedade, por exemplo, é assim classificado, resta perscrutar qual a intensidade de violação a esse preceito que enseja a intervenção judicial. Ou seja, quando exatamente uma alteração da Constituição implica ofensa às limitações materiais ao poder de reforma? A leitura literal dos dispositivos auxilia a interpretação e reduz a margem de discricionariedade do magistrado, mas não elimina a vagueza das cláusulas abertas. Nessa direção, cumpre ao intérprete persistir na análise, abordando importante baliza interpretativa fornecida pelo próprio Constituinte – a expressão “tendente a abolir” – e a perspectiva sistêmica de análise de contrariedade aos dispositivos petrificados.

3.2 A expressão “tendente a abolir”

A compreensão da necessidade de atentar para as premissas textuais das cláusulas pétreas, com o afastamento de pressupostos metafísicos na interpretação dos preceitos, abre campo para análise da principal baliza fornecida pelo Constituinte ao intérprete para compreensão das cláusulas pétreas no sistema constitucional brasileiro: a expressão “tendente a abolir”, prevista no § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Eis o teor do dispositivo:

Art. 60. [...]

§ 4º 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.

As limitações materiais ao poder de reforma são cláusulas abertas do sistema constitucional. Porém, é possível extrair referencial importante para sua interpretação da redação conferida ao § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Não é raro doutrinadores elaborarem teoria interpretativa das limitações materiais alheia à expressão “tendente a abolir”. É o caso, por exemplo, de Eduardo Ribeiro Moreira, que advoga tese expansiva das cláusulas pétreas sem perpassar a leitura do que preconizado no dispositivo constitucional¹⁸¹. Da mesma forma, Fábio Martins de Andrade articula com a impropriedade de emendas que apenas reduzam a abrangência de limitação material relativa a direitos fundamentais¹⁸²:

Outro problema seria quanto à proposta que meramente dificultasse ou reduzisse o alcance ou abrangência de qualquer enunciado previsto no art. 5º, eis que não necessariamente seria “tendente a abolir”. Nesse caso, a expressão abrange obrigatoriamente tais hipóteses e a resposta conduz necessariamente ao repúdio de tais propostas.

Outros autores reconhecem a importância da baliza prevista no preceito, mas o fazem para extrair da expressão a inviabilidade de reformas constitucionais que remotamente tendam a abolir as cláusulas pétreas ou alguns de seus elementos conceituais¹⁸³. É interessante transcrever, nessa linha, as reflexões de Adriano Sant’Ana Pedra¹⁸⁴:

O enunciado da norma contida no artigo 60, §4º, da CR, ao utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, quis preservar em qualquer hipótese o cerne da Constituição, vedando

¹⁸¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-35.

¹⁸² ANDRADE, Fábio Martins. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009. p. 210.

¹⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 69.

¹⁸⁴ PEDRA, Adriano Sant’Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. p. 137.

inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional, não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial.

Conforme o alcance dado à expressão “tendente a abolir”, seriam proibidas tanto as propostas de emendas constitucionais que lesem diretamente as cláusulas pétreas quanto as que prejudiquem indiretamente tais pontos. Entretanto, a expressão “tendente a abolir” permite propostas de emendas que visem a ampliar as previsões constantes no §4º do artigo 60 da CR.

A análise é centralizada no vocábulo “tendente”, em detrimento do verbo “abolir”. Essa leitura, além de permitir interpretação ampliada que ignora as reflexões engendradas nos capítulos anteriores, atenua o papel do vocábulo “abolir” e o contexto semântico em que inserida a locução. Surge pertinente, portanto, aprofundar o exame desse parâmetro interpretativo estabelecido pelo Constituinte.

Com efeito, cumpre ressaltar que o destinatário do § 4º do art. 60 da Constituição Federal não é o Judiciário, mas o próprio Legislativo, atuando como poder constituinte derivado. Consoante anteriormente consignado, o Constituinte não previu o papel que viria a ser exercido pelo Judiciário no tocante às cláusulas pétreas¹⁸⁵. O controle jurisdicional de constitucionalidade das Emendas não foi cogitado pelos parlamentares, que se limitaram a prever limitações materiais ao poder de reforma sem alçar o Supremo à condição de guardião. O próprio Tribunal o fez no exame da ação direta de inconstitucionalidade nº 466, relator o ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 1991, em acórdão assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de

¹⁸⁵ MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. In: Novos Estudos nº 97, novembro de 2013, p. 206.

sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.

Sendo o controle judicial de constitucionalidade de emendas no Brasil extraído de interpretação sistemática da Constituição Federal, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário atentar para o fato de que as regras previstas no art. 60 da Carta não tiveram o significado construído tendo em vista a atuação jurisdicional. Esse aspecto é negligenciado pela doutrina. O dispositivo

em tela direciona-se à fixação do arcabouço no qual se desenvolve o processo de reforma da Constituição, conduzido no âmbito do Congresso Nacional. Isso não implica ser vedado ao Tribunal interpretar o preceito, mas altera as balizas da abordagem adotada.

A própria estrutura sintática da norma revela esse quadro. O comando “não será objeto de deliberação” é direcionado ao poder constituinte derivado. O trecho não autoriza concluir ter-se adotado limites materiais mais rigorosos em virtude de ser impedida até mesmo a deliberação da matéria. A proibição de debate do tema é colocada nesses termos porque inserida no processo legislativo e não como forma de recrudescer o controle judicial de constitucionalidade de emendas. A ressaltar essa óptica, o Constituinte alude ao termo proposta de emenda à Constituição.

A principal consequência da compreensão do destinatário da regra constitucional, porém, diz respeito à expressão “tendente a abolir”. Conforme visto, diversos autores a interpretam como preceito permissivo da ingerência judicial no processo de construção constitucional quando a emenda apenas afetar ou atingir cláusula pétrea. É dizer, consideram preponderante o vocábulo “tendente”, em detrimento do verbo “abolir”¹⁸⁶. Essa concepção foi expressamente adotada pelo ministro Carlos Velloso, e endossada pelo Plenário do Supremo, no exame da ação direta de inconstitucionalidade n. 926. Na oportunidade, o magistrado assentou que¹⁸⁷:

[...] a imunidade recíproca dos componentes do Estado Federal não pode ser suprimida mediante emenda constitucional, ou não pode emenda constitucional suspendê-la ou afastá-la, porque, se o fizer, ofenderá o pacto federativo, enfraquecendo-o, pelo que é tendente a aboli-lo.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 69. Ingo Sarlet também faz essa leitura, sustentando que “No que concerne ao alcance desta proteção, a nossa ordem constitucional - notadamente (mas de longe não exclusivamente) em face do teor literal do art. 60, § 4.o, da CF/1988 (LGL\1988\3) - não apenas veda uma supressão (ou abolição) de dispositivos da Carta (o que seria muito pouco), mas impede também uma abolição tendencial (o que pode vir a ser demais)” (Direitos Sociais - O problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 46/2004. p. 42 – 73. Jan - Mar / 2004. p. 14)

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 926. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 1 de setembro de 1993. P. 184. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346696>. Acesso em 27.09.2017, às 19:41.

Como se vê, o ministro equivale a ofensa ao pacto federativo e seu consequente enfraquecimento à tendência de abolição da cláusula pétrea. Tem-se interpretado a expressão “tendente a abolir” com o objetivo de considerar ilegítimas até mesmo reformas constitucionais que reestruturem as cláusulas pétreas sem implicar sua abolição. É dizer, o tendente predomina sobre o verbo “abolir”, cujo sentido isolado reduz o campo de atuação correcional do Judiciário.

É necessário repensar esse argumento, a partir da premissa de ser o Legislativo, enquanto poder constituinte derivado, o destinatário principal do art. 60 da Constituição. A expressão “tendente a abolir” refere-se à proposta de emenda e não à emenda constitucional promulgada. O Constituinte objetivou regular o processamento da Emenda. Nesse sentido, a proposta de emenda consiste em instrumento que pode vir a abolir as cláusulas pétreas porque ainda não promulgada; daí a utilização da expressão “tendente a abolir”. Ou seja, a utilização da palavra “tendente” decorre da alusão a uma proposta em deliberação, de modo que ela não qualifica a intensidade do impacto nas limitações materiais de reforma, mas, sim, o respectivo momento das discussões em que incide a proibição. Não se pretende, com esse argumento, revisitar a intenção do Constituinte, mas enquadrar adequadamente o dispositivo nas balizas reveladas pelo sistema em que inserido.

Nesse contexto, o foco da análise do dispositivo, no tocante às limitações materiais ao poder de reforma, deve ser o verbo “abolir”. A utilização dessa palavra pelo Constituinte consiste em significativo obstáculo às teorias que pretendem autorizar a ingerência judicial quando as cláusulas pétreas são apenas afetadas ou mesmo tangencialmente atingidas. A análise da violação de determinada cláusula pétrea é diferente da relativa aos princípios constitucionais por ato normativo infraconstitucional. A emenda pressupõe intensa contrariedade ao texto constitucional, que pode ser impedida apenas quando “abolir” as regras qualificadas como limites ao poder de reforma.

Contudo, o que significa abolir? Assiste razão a José Afonso da Silva quando afirma ser impróprio admitir a nulidade da emenda apenas quando expressamente eliminada a cláusula pétrea. A desnaturaçãõ da norma, mesmo que por via transversa, implica a supressão do projeto constitucional protegido pela respectiva cláusula, de modo que interpretar o dispositivo como proibitivo somente da efetiva abolição resultaria na própria ineficácia das cláusulas pétreas.

Abolir, porém, não equivale a afetar, como têm interpretado o Supremo e José Afonso da Silva¹⁸⁸. O verbo significa anular, afastar, extinguir. Algo que se limita a afetar o objeto analisado não implica sua abolição. Tornar inexistente determinado instituto jurídico significa descaracterizá-lo, alterá-lo no sentido de ser impossível reconhecer em sua nova modelagem os aspectos essenciais que o conformaram como cláusula pétrea. Tome-se como exemplo a forma federativa de Estado. Desnaturaria essa limitação material emenda constitucional que inviabilizasse o exercício da prerrogativa de auto-organização dos Estados, mediante a concentração de poderes na União. Contudo, uma emenda restrita a alterações parciais, ainda que profundas, na alocação de competência, com a exclusão de determinadas matérias do âmbito legislativo estadual, não resulta em violação ao pacto federativo. Ou seja, a simples diminuição da descentralização de funções entre os entes federados não significa a abolição do pacto federativo. O mesmo vale para emenda que eventualmente veicule reforma tributária, retirando tributos de um ente e repassando a outro. Caso permaneça viabilizada a autonomia e capacidade de auto-organização dos entes federados, é possível a implementação de novo arranjo no tocante ao tema.

Por esse motivo repete-se, em diversos pontos desta dissertação, o alerta para não se confundir o exame da constitucionalidade de emenda com a apreciação da harmonia, com a Constituição Federal, da legislação infraconstitucional. A cláusula pétrea da separação dos poderes, por exemplo, encerra ampla variedade de arranjos institucionais possíveis que não necessariamente a desnaturam, enquanto o princípio da separação dos poderes traz em seu bojo todas as normas constitucionais que o estruturam e não podem ser contrariadas por lei ordinária ou complementar.

Esse raciocínio é central para a teoria do abandono fundamental, formulada pela Corte Constitucional alemã e corroborada por Yaniv Roznai, que surge como abordagem adequada das limitações materiais ao poder de reforma no Brasil, considerada a expressão “tendente a abolir” prevista na Constituição Federal. De acordo com essa tese, restrições ao emendamento da Constituição não podem impedir o poder constituinte derivado de modificar os princípios constitucionais fundamentais, desde que de uma forma que preserve a estrutura

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 69

básica do sistema¹⁸⁹. A pertinência dessa abordagem relativamente à realidade brasileira foi identificada inclusive por Oscar Vilhena Vieira. Embora não endosse totalmente a teoria, o autor, ao comparar os casos alemão e brasileiro, entende-a mais compatível com a utilização, pelo Constituinte pátrio, do termo “abolir”¹⁹⁰:

O art. 60, § 4º, da Constituição brasileira, por sua vez, foi escrito de forma menos restritiva em relação ao escopo da proteção especial, proibindo apenas aquelas emendas tendentes a abolir os direitos e princípios protegidos como cláusulas super-rígidas. Em princípio, o uso da expressão tendente a abolir deixa mais espaço de ação ao poder constituinte reformador do que o termo afetar, empregado pelos redatores da Lei Fundamental. Por outro lado, abolir limita mais o intérprete do que afetar. Portanto, a princípio o Judiciário alemão deveria ter mais discricionariedade do que o brasileiro para pôr limites ao poder de reforma.

Contudo, a teoria do abandono fundamental não é suficiente enquanto parâmetro interpretativo das cláusulas pétreas, constituindo norte que deve ser aprofundado. A abordagem acertadamente exclui a possibilidade de emenda que apenas afeta limitação material ao poder de reforma ser considerada inconstitucional, mas para tanto articula com norma de textura aberta, qual seja, o conteúdo essencial dos dispositivos petrificados. A teoria do abandono fundamental permanece incerta, propiciando o casuísmo judicial e acadêmico, até que se defina o que se entende por núcleo essencial. A utilização dessa expressão não pode constituir alibi para que o intérprete amplie ou restrinja o alcance das cláusulas pétreas quando conveniente ante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas.

A noção de núcleo essencial tem sido recorrentemente utilizada no estudo dos direitos fundamentais como limite para a restrição efetuada pelo legislador sobre os respectivos âmbitos de proteção. Duas correntes principais se formaram na empreitada de definir esse conceito, a relativa e a absoluta. A relativa preconiza que o núcleo essencial varia de acordo com as peculiaridades da situação analisada, enquanto a absoluta aponta a existência de conteúdo imutável, aprioristicamente delimitado, independentemente das circunstâncias que

¹⁸⁹ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 206.

¹⁹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 2009. P. 179.

envolvem a aplicação do direito. A insuficiência das teorias, que implicavam engessamento ou flexibilização na concretização dos direitos fundamentais, abriu campo para a emergência de solução intermediária: a adoção do princípio da proporcionalidade como mecanismo de aferição dos limites conformadores do núcleo essencial¹⁹¹.

Todavia, a máxima da proporcionalidade, conquanto adotada quase universalmente pela jurisdição constitucional¹⁹², tampouco é capaz de solucionar de forma adequada o problema em tela. Conforme acertadamente aponta Roznai¹⁹³, esse método foi elaborado com o objetivo de solucionar conflitos entre direitos fundamentais, avaliando as desvantagens a determinado grupo ou indivíduo decorrentes dos meios escolhidos para a concretização de outro direito fundamental ou para a proteção do interesse público. As limitações materiais ao poder de reforma, porém, não consistem apenas em direitos fundamentais, mas, sim, em cláusulas abertas, como a separação de poderes, cuja análise a partir da máxima da proporcionalidade confere excessiva discricionariedade ao intérprete.

Em se tratando de cláusulas pétreas, há o imperativo de delimitar a identidade do postulado constitucional erigido à condição de limitação ao poder de reforma para fins de preservá-lo, de modo que não está em jogo a verificação do excesso ou adequação de determinada norma ou ato do Poder Público. É dizer, não se trata de averiguar a adequação do ato aos fins pretendidos e tampouco se existem outros meios para alcançá-los de forma menos gravosa. Por isso, a utilização da máxima da proporcionalidade não contribui para identificação do conteúdo essencial das cláusulas pétreas a ser assegurando mediante ingerência judicial.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 213-214.

¹⁹² Alec Stone Sweet e Jud Mathews, em amplo estudo sobre o tema, concluem que “a maior parte das cortes superiores mais poderosas adotaram o princípio da proporcionalidade para lidar com as questões politicamente relevantes e potencialmente controversas às quais foram expostos. O mesmo é verdade para as cortes da União Europeia, para a Corte Europeia de Direitos Humanos e para a Organização Mundial de Comércio. Juízes admitiram a proporcionalidade por razões similares. Considerados os textos constitucionais que eles foram provocados a interpretar e aplicar, o princípio da proporcionalidade tornou fácil para eles priorizar valores que a própria política escolheu priorizar, mesmo em situações difíceis nas quais esses valores poderiam entrar em tensão ou conflito” (Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. Faculty Scholarship Series. 2008. Paper 14. P. 89-90)

¹⁹³ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014. P. 205.

A evolução do conceito de núcleo essencial relativamente aos direitos fundamentais revela a dificuldade de identificar parâmetros objetivos em tais situações interpretativas, alusivas a características imanentes ou ínsitas a determinada norma ou direito. Com efeito, é difícil apontar, em termos jurídicos ou mesmo argumentativos, qual é a essência de determinado instituto, sem recorrer a fundamentos metafísicos ou noções subjetivas. A título de exemplo, de que se trata o conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes? Consideradas as infinitas possibilidades de arranjos institucionais que se enquadram nesse postulado e as condições reais de construção do Estado, é impróprio adotar como modelo noção ideal de separação entre os Poderes, oriunda de reflexões abstratas e contrafactuais. O jurista deve estar aberto, em sua análise, à multiplicidade de cenários à disposição dos atores políticos no processo de construção constitucional, muitos inovadores, mas nem todos incompatíveis com as normas que encerram cláusulas pétreas.

Portanto, a análise do conteúdo essencial das cláusulas pétreas deve ser aprimorada. A simples remissão à máxima da proporcionalidade é insuficiente para a identificação de parâmetros objetivos de interpretação das limitações materiais explícitas ao poder de reforma. A solução deve ser encontrada no próprio sistema constitucional, consideradas as balizas ofertadas pelos limites textuais da Constituição e as premissas expostas no Capítulo 1 desta dissertação.

3.3 Limitações materiais ao poder de reforma e o sistema constitucional

Conforme visto, a expressão “tendente a abolir”, constante do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, descortina cenário no qual apenas violações ao conteúdo essencial das limitações materiais ao poder de reforma autorizam a intervenção do Judiciário no processo de construção constitucional. Todavia, o núcleo essencial das cláusulas pétreas ainda constitui elemento vago, não raro preenchido por determinadas concepções morais fundamentadas em pressupostos contrafactuais que se afastam das premissas expostas no Capítulo 1 desta dissertação.

Nesse sentido, fica claro que, ao lado dos elementos textuais, o sentido das limitações materiais decorre também de imposições sistêmicas que

conformam os conceitos jurídicos em jogo. Essa investigação sistêmica deve refutar a busca por princípios implícitos ou valores superconstitucionais – como aqueles advindos da teoria da justiça –, identificando os nexos funcionais no próprio desenvolvimento do direito positivo. A abordagem interpretativa de caráter sistêmico ora proposta assenta-se em dois eixos de análise, relativos à Constituição como sistema de direito positivo e a cada cláusula pétrea como sistema a ser preservado em sua totalidade.

O primeiro eixo complementa a perspectiva do horizonte textual das limitações materiais ao poder de reforma e pode ser identificada ao longo dessa dissertação. A compreensão da Constituição como sistema de direito positivo implica rejeitar teorias da interpretação que busquem em modelos ideais de estruturação de princípios de justiça, como a democracia e a dignidade humana, o parâmetro de leitura das cláusulas pétreas. As limitações materiais devem ser lidas a partir de nexos funcionais estabelecidos na própria Constituição, com especial enfoque nos limites textuais dos preceitos. É impróprio potencializar o alcance das cláusulas pétreas para rejeitar arranjos institucionais que não atendem a determinada perspectiva ideal de projeto constitucional.

A compatibilidade da atuação do poder constituinte de reforma dá-se com a dinâmica basilar estabelecida pelo Constituinte no funcionamento das instituições preconizado no texto da Constituição de 1988. Trata-se de perspectiva positivista, na linha preconizada por Elival da Silva Ramos¹⁹⁴, que objetiva atenuar práticas interpretativas moralistas ou, quando menos, voltadas à implementação de modelos abstrata e aprioristicamente construídos. O paradigma proposto observa a metodologia proposta por Karl Larenz, que salientou a perda da função estabilizadora da Constituição quando sua interpretação extrapola os “limites que lhe são traçados pelo significado literal, pelo contexto, pelas opiniões e propósitos do legislador constituinte histórico e talvez ainda pelo sentido tradicional dos institutos jurídicos a que a Constituição se refere”¹⁹⁵.

O segundo eixo consiste no aprofundamento da leitura sistêmica proposta por Elival da Silva Ramos no tocante à cláusula pétrea dos direitos e garantias

¹⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. P. 169.

individuais. Conforme analisado no Capítulo 2, o autor propõe que os direitos fundamentais formam um sistema único a ser interpretado enquanto cláusula pétrea, de forma que alterações em um dos direitos não necessariamente implicam abolição da respectiva cláusula pétrea. Ou seja, diferencia-se a alteração, ainda que substancial, de elemento do sistema, da modificação e desnaturação do sistema como um todo. Vale transcrever, neste ponto, o seguinte trecho das reflexões do autor¹⁹⁶:

Na leitura que fazemos da disposição, de efeito restritivo, nesse ângulo mais geral, o que o Constituinte de 1988 vedou foi a eliminação, direta ou indireta, do sistema de direitos e garantias fundamentais e não de um específico direito ou garantia. Vale dizer, em contraposição a uma visão atomística, propomos a visão sistêmica, que nos permite falar em princípio dos direitos e garantias fundamentais.

O aprofundamento da abordagem iniciada por Ramos permite propor também que cada direito individual seja considerado um sistema em si, cujos elementos podem ser alterados pelo Constituinte. A análise desenvolver-se-ia, então, por etapas. No primeiro momento, cabe ao intérprete identificar qual a posição ocupada pelo direito individual afetado no sistema de garantias fundamentais. Direitos relativamente periféricos podem ser mais atingidos pelo poder constituinte derivado do que aqueles centrais ao sistema, como o direito à vida, a liberdade, a igualdade e o direito de propriedade. O conteúdo essencial desses direitos marginais é, conseqüentemente, menos amplo e mais suscetível à ingerência e regulamentação do poder de reforma. Além disso, direitos inseridos pelo próprio poder constituinte derivado tampouco poderiam ser alçados à mesma condição interruptiva ocupada pelas mencionadas garantias centrais.

Esse modelo de análise afasta a argumentação de autores que indicam contrassenso na interpretação restritiva do alcance da expressão direitos e garantias individuais, em virtude de que direitos individuais menos importantes seriam considerados cláusulas pétreas, enquanto direitos sociais relevantes, como o direito à educação, seriam excluídos. A perspectiva sistêmica permite que o intérprete confira a cada direito intensidade bloqueadora de movimentos de

¹⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 230.

reforma compatível com a sua relevância para o sistema protetivo da Constituição de 1988.

Na segunda etapa, o exame continua dentro do subsistema de tutela do direito individual específico. O direito de propriedade, por exemplo, é objeto de regulamentação constitucional em inúmeros dispositivos, como evidenciado pelos artigos 5º, incisos XXII a XXXI, e 184 a 191, todos da Constituição Federal. O Supremo entende que até mesmo o regime de precatórios atinge o sistema constitucional do direito de propriedade, como verificado nas já mencionadas ações diretas de inconstitucionalidade nº 4357 e 4425. Nesse sentido, a abordagem proposta neste trabalho permite ao intérprete vislumbrar com clareza dois aspectos essenciais do controle de constitucionalidade de emendas. Em primeiro lugar, facilita diferenciação do parâmetro de controle utilizado no exame das emendas – as cláusulas pétreas – e aquele manejado na fiscalização da legislação ordinária – toda a Constituição –. Consoante apontamos ao longo da dissertação, é comum que o Judiciário, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto é emenda, confunda os parâmetros e não se limite a analisar a compatibilidade do ato questionado com a cláusula pétrea. Na ADI 4357, relativa ao regime de precatórios, foi esse justamente o alerta do ministro Teori Zavascki aos demais membros do Tribunal (p. 210):

É indispensável ter presente que qualquer emenda constitucional, justamente por modificar a Constituição, tem, sempre, por sua própria natureza, o caráter de norma contrária a algum preceito constitucional, pelo menos ao que visa a modificar, mas, afirmar, só por isso, a sua inconstitucionalidade significaria eliminar do sistema o próprio poder constituinte reformador.

A compreensão da cláusula pétrea relativa a cada direito individual consistir em sistema, com diferentes elementos e níveis de essencialidade, propicia a distinção entre, por exemplo, o direito de propriedade enquanto limitação material ao poder de reforma e as normas constitucionais relativas a esse direito individual. Estas podem ser alteradas sem necessariamente implicar a abolição do sistema protetivo do direito de propriedade.

Nas diferentes ações diretas de inconstitucionalidade concernentes ao regime de precatórios, o entendimento dessa distinção pelo Judiciário permitiria fossem mais claramente delimitadas as balizas nas quais a intervenção

jurisdicional é legítima. Com efeito, a conexão entre a forma de pagamento dos débitos da Fazenda Pública e o direito de propriedade é tênue, reflexa. É dizer, as normas relativas ao precatórios, que sequer precisariam ser constitucionalizadas, são apenas laterais em relação ao direito de propriedade. São múltiplas as formas de cálculo da atualização dos débitos fazendários e quase nenhuma delas implicaria a abolição do direito de propriedade.

Além disso, e esta é a segunda vantagem do método proposto, a abordagem viabiliza a delimitação mais precisa do conteúdo essencial, impedindo a extensão do engessamento a elementos laterais ou circunstanciais do direito individual. A própria segmentação das normas constitucionais evidencia, a partir do próprio sistema, os elementos sem os quais o direito individual será esvaziado. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 939, relator o ministro Sydney Sanches, acórdão publicado no Diário da Justiça de 18 de março de 1994, o Supremo enfrentou questão atinente ao cotejo da Emenda n. 3/1993 com o princípio da anterioridade, enquanto garantia individual. O Tribunal entendeu inconstitucional a exceção criada pelo poder constituinte derivado. O relator adotou o seguinte fundamento na análise da matéria:

(...) Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos.

Como se vê, o Tribunal, a par de desconsiderar a existência de sistema de direitos e garantias individuais, assentou o integral engessamento do princípio da anterioridade, mantendo o campo de incidência absolutamente incólume em face do poder constituinte derivado. No entanto, o sistema da anterioridade tributária permite a criação de exceções, tais como aquelas estabelecidas pelo poder constituinte originário. O limite para essas alterações é retirado do próprio texto constitucional, que exime tributos inerentemente urgentes, como o imposto extraordinário criado na iminência ou no caso de guerra externa, e impostos

extrafiscais, como o imposto sobre a importação de produtos estrangeiros¹⁹⁷. É dizer, há tipologia básica dentro da qual o Constituinte verificou ser admissível a criação de exceções ao princípio da anterioridade: urgência ou extrafiscalidade. Observadas essas balizas, é plenamente possível que o poder constituinte derivado excepcione o postulado sem sequer afetar a respectiva cláusula pétrea.

Aprofundando o raciocínio, não seria absurdo cogitar-se da remodelação do princípio da anterioridade mediante emenda constitucional, para alterar, por exemplo, os marcos temporais do preceito. O sistema da anterioridade pressupõe a adoção pelo Estado de mecanismos que assegurem ao contribuinte lapso temporal para preparar-se para o novo ônus que enfrentará, prestigiando a segurança jurídica. Portanto, é impróprio, a partir da leitura sistêmica, afirmar ser intocável o princípio da anterioridade.

Esse raciocínio pode ser aplicado às demais cláusulas pétreas. No tocante à forma federativa, há amplo conjunto de normas constitucionais estruturando essa norma essencial ao Estado brasileiro. São regras de competência, de direito tributário e de direito financeiro que viabilizam a existência do poder central e possibilitam o exercício da autonomia pelos entes federados. Essa miríade de normas pode ser recalibrada pelo poder constituinte derivado sem com isso violar a cláusula pétrea relativa ao pacto federativo. É legítimo que determinados tributos sejam transferidos de um ente federado para o outro, desde que a autonomia dos Estados e Municípios não seja inviabilizada. O mesmo vale para as competências legislativa e material.

No exame da medida cautelar pleiteada na ação direta de inconstitucionalidade nº 926, relator o ministro Sydney Sanches, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de maio de 1994, o Supremo suspendeu a eficácia de emenda constitucional que previu a não incidência do princípio da imunidade recíproca entre os entes federados sobre o recém criado imposto provisório sobre movimentação financeira. O Plenário sufragou, à unanimidade, tese segundo a qual a criação de exceção ao mencionado princípio tributário enfraquece a Federação e, portanto, contraria as cláusulas pétreas. O relator, após tecer considerações doutrinárias a respeito do princípio da imunidade recíproca, assim espelhou o entendimento do colegiado:

¹⁹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 35.

17. Em face de todas essas considerações, sem me comprometer com a tese no julgamento final de mérito, tenho por relevante, para o efeito do exame de medida cautelar, o primeiro fundamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, qual seja o da ameaça ao regime federativo, pela quebra do princípio da imunidade recíproca entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no que concerne à instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros (...).

É bem verdade que a imunidade tributária é peça importante do pacto federativo, porquanto viabiliza situação de equilíbrio entre os poderes, evitando o surgimento de conflitos federativos em torno da arrecadação financeira. Contudo, a cláusula pétrea federativa não é absolutamente incompatível com a criação de exceção ao referido princípio por meio de emenda constitucional. A instituição, pelo poder constituinte derivado, de exceções pontuais à imunidade recíproca não implica a desnaturação da federação.

O sistema da separação de poderes também observa estruturação similar à do princípio federativo. As atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário conformam o arcabouço no qual se desenvolvem as relações entre as diferentes instâncias, permitindo a atuação independente de cada qual e o controle recíproco do exercício do poder. Contudo, não é toda alteração no regime institucional de um Poder que implica ofensa ao princípio da separação dos poderes. Existem previsões constitucionais marginais em relação à independência dos poderes, cuja supressão não implica modelo de concentração imprópria.

Observem, a título de exemplo, o inciso XIII do art. 49 da Constituição Federal, segundo o qual compete exclusivamente ao Congresso Nacional “escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União”. Eventual alteração desse dispositivo, para alterar o método de composição dos órgãos de controle externo, incumbindo o Supremo Tribunal Federal de escolher um terço dos membros, não necessariamente viola a cláusula pétrea da separação entre os poderes. O Legislativo continuará com suas atribuições básicas resguardadas, inclusive escolhendo um terço dos membros do Tribunal de Contas da União, que poderá receber nova modelagem institucional, talvez mais independente em relação a vínculos político-partidários.

Tampouco poderia ser reputada inconstitucional emenda mediante a qual fosse extinta medida provisória. Como se sabe, esse instrumento normativo

tornou-se fundamental na condução de assuntos políticos pelo Executivo nas últimas décadas. Por meio dele, a Presidência da República tem superado bloqueios parlamentares e forçado a apreciação de temas relevantes para o programa de governo. A ressaltar essa óptica, até mesmo a recente reforma do ensino médio foi implementada por meio da Medida Provisória 746/2016. Contudo, a eliminação da medida provisória do ordenamento, malgrado enfraqueça o Executivo, não suprime excessivamente seu campo de atuação. A Presidência da República ainda teria, dentro do sistema da separação de poderes, outros mecanismos de atuação, como a iniciativa legislativa e a possibilidade de imprimir urgência a projeto de lei. Essa foi a leitura de Oscar Vilhena Vieira sobre o tema¹⁹⁸:

Da mesma forma que o princípio da Federação, a concretização do princípio da separação de Poderes no Brasil poderia ser bastante aperfeiçoada. A título exemplificativo, um dos aspectos mais incompatíveis com o princípio da separação de Poderes instituído pela Constituição de 1988 foram as medidas provisórias, pelas quais o Executivo tem sido capaz de legislar sobre vastas matérias, vinculando condutas sem intermediação do Legislativo. Neste sentido, uma reforma que reduza as possibilidades de o Executivo de legislar, obrigando diretamente os cidadãos, sem a necessidade de intermediação legislativa seria um aperfeiçoamento do princípio da separação dos Poderes, e não a sua ruptura.

É interessante salientar a diferença na perspectiva de Oscar Vilhena Vieira relativamente ao que assentado neste trabalho. Embora tenha identificado que a medida provisória não é elemento essencial ao papel desempenhado pelo Executivo na dinâmica institucional, o autor constrói o raciocínio a partir da possibilidade de aperfeiçoar a cláusula pétrea da separação dos poderes, tendo como referencial noção ideal do postulado. A proposta deste trabalho não é essa. A possibilidade de extinção da medida provisória decorre do funcionamento do próprio sistema, da existência de outros instrumento de manifestação do Executivo no processo político brasileiro e não a busca pela aproximação de arranjo institucional ideal. Caso contrário, o Judiciário transformar-se-ia no fiscalizador de toda a estruturação da sociedade a partir de referenciais teóricos próprios, com pouca permeabilidade às arenas deliberativas.

¹⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 244.

As modificações no arranjo institucional de determinada cláusula pétrea devem ser vistas a partir do sistema, e não de forma isolada, como se cada dispositivo versando as atribuições e privilégios de um poder fosse a própria limitação material ao poder de reforma. O raciocínio do alcance da cláusula pétrea a partir de noção sistêmica impede a atuação demasiadamente incisiva e casuísta do Supremo em determinadas situações. Na ação direta de inconstitucionalidade n. 5017, o então relator, ministro Joaquim Barbosa, deferiu o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia da Emenda n. 73/2013 à Constituição Federal, mediante a qual foram criados 4 novos Tribunais Regionais Federais. O ministro adotou os seguintes fundamentos:

(...)

A Constituição de 1988 (art. 96, II, a, b, c e d) manifestamente quis romper com o passado de dependência do Poder Judiciário em relação aos poderes políticos, ao conferir aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça o poder de iniciativa quanto à “criação ou a extinção de tribunais” (art. 96, II, c da Constituição). Este é um aspecto crucial da independência do Judiciário em nosso país.

Em diversas partes do mundo a Magistratura tem apontado os riscos latentes do subfinanciamento do Judiciário.

Nos EUA, o Judiciário Federal pediu ao Executivo a destinação de fundos de emergência, considerado o risco de colapso da prestação jurisdicional.

Diante do prejuízo incalculável aos jurisdicionados e aos advogados, a American Bar Association criou uma força-tarefa para ajudar na criação de soluções para o custeio do Judiciário. Disse a Presidente da ABA, Laurel G. Bellows, que “o problema do custeio inadequado do Judiciário é uma prioridade elevada [da entidade]”.

Logo, toda modificação que crie encargos para o Judiciário (e, no presente caso, os encargos são de elevadíssima monta) ou afete sua estrutura deve ter por iniciativa o órgão jurisdicional competente, segundo a Constituição.

Lembro que nem sequer a utilização do expediente de emenda à Constituição pode atalhar a prerrogativa de iniciativa do Poder competente na propositura legislativa e nas discussões que sejam de seu direto interesse.

(...)

A salvaguarda do pacto federativo quanto aos checks and balances é essencial e não “favorece” apenas o Executivo e o Judiciário. Em mais de uma oportunidade o Legislativo ou seus integrantes buscaram tutela jurisdicional para garantir o pleno exercício do mandato que lhes foram outorgado democraticamente.

(...)

Como se vê, a recalibração do equilíbrio entre os Poderes é corriqueira, própria da complexidade das relações institucionais, e

não indica a existência prévia de tensões ou de oposições insuperáveis.

Contudo, no controle jurisdicional, é imprescindível apontar o risco que correm as instituições em caso de precedente que autorize hipoteticamente um Poder a modificar unilateralmente a estrutura ou a competência de outro Poder. Sem o Judiciário, o Legislativo e o Executivo independentes, é mera questão de tempo a ocorrência de algo que não se deseja: a supressão das competências de cada órgão formador da vontade do Estado.

Embora o relator trate de suposto vício de iniciativa na emenda, tema alheio ao objeto desta dissertação, é importante observar como o ministro chega à conclusão de ter-se violação à Constituição mediante a potencialização do alcance da cláusula pétrea da separação dos poderes. Barbosa defende que a própria alteração na estrutura de um Poder não prescinde da iniciativa do próprio Poder, sob pena de ser contrariado o princípio da separação dos poderes. O argumento é equivocado. Para além de como devem ser interpretadas as regras de iniciativa de emenda, a cláusula pétrea da separação dos poderes não autoriza concluir-se pela necessária participação do Poder no processo de emendamento que altere sua estrutura. A emenda à Constituição é o veículo adequado para criação de Tribunais Regionais Federais, de modo que é o poder constituinte derivado, e não o Legislativo, que implementa a alteração. Não há, portanto, intervenção de um poder sobre outro a ponto de desnaturar a independência de determinada instância.

O caso analisado revela a dificuldade do Supremo delimitar o parâmetro de controle da separação de poderes. Confunde-se até mesmo as regras constitucionais reveladoras da iniciativa legislativa com o âmbito de proteção da cláusula pétrea. A análise sistêmica evita tais inconsistências. O postulado da separação de poderes passa a ser um conjunto suscetível de reordenações, sem que o objetivo maior – a preservação da atuação independente dos poderes – seja suprimido. A ampliação do número de Tribunais Regionais Federais pelo poder constituinte derivado não retira a independência do Judiciário, apenas reorganiza a infraestrutura material da atuação jurisdicional. Entendimento em sentido contrário impediria qualquer reforma do Judiciário, porquanto esse Poder carece de legitimidade para deflagrar o processo de emendamento, transformando o elemento quantitativo dos Tribunais em cláusula pétrea.

Por fim, no tocante à limitação material relativo ao direito ao voto direto, secreto, universal e periódico, a interpretação sistêmica reforça os limites textuais analisados na primeira seção deste capítulo, impedindo que a cláusula pétrea seja transformada em mecanismo de engessamento do sistema democrático. Os direitos políticos listados nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal, que operacionalizam o conteúdo da cláusula pétrea podem ser objeto de alterações, assim como outros aspectos do sistema, como as regras estruturantes das eleições. Não é qualquer reforma eleitoral que impacta essa limitação material ao poder de reforma, apenas aquelas que restrinjam excessivamente o eleitorado, instituem métodos indiretos de eleição, tornem público o voto ou reduzam drasticamente a periodicidade dos certames.

O método sistêmico aqui proposto, atrelado aos horizontes textuais da norma e às implicações da expressão “tendente a abolir”, não pretende eliminar a zona de incerteza que envolve qualquer interpretação jurídica. A bem da verdade, é difícil e reducionista que o jurista antecipe todas as situações que exigirão a interpretação de cláusulas pétreas. Naturalmente, o conteúdo essencial de cada limitação material será definido conforme surjam controvérsias em torno da constitucionalidade de Emendas. Contudo, a leitura sistemática avança no sentido de fornecer parâmetros condizentes com as condições reais de deliberação constituinte e com o próprio papel desempenhado pelo Judiciário, permitindo que o jurista fundamente adequadamente as decisões, balizando de forma deferente e coerente o processo de construção constitucional conduzido em instâncias representativas da sociedade.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foram elencadas as conclusões parciais das reflexões operadas em cada capítulo, de modo a encadear as ideias e relações causais concernentes ao tema. Nada obstante, persiste a necessidade de delinear e retomar os principais conceitos e ideias que se pretendeu aprofundar e esclarecer na execução da pesquisa em tela.

(I)

A análise das limitações materiais ao poder de reforma evidenciou a existência de duas correntes interpretativas contrapostas: a ampliativa e a restritiva. Os pressupostos identificados nessas abordagens não são uniformemente adotados por todos os autor enquadráveis em cada corrente, mas possibilitaram a visualização do quadro interpretativo preponderante na doutrina atinente às cláusulas pétreas.

A corrente restritiva aceita com naturalidade processos de reforma constitucional, não apresentando visão idealizada do momento fundacional. Compreende o processo constituinte como algo histórico, sujeito a restrições cognitivas e obstáculos negociais. Não confere à jurisdição constitucional importância ímpar, tampouco a vê como instituição essencial ao processo de construção constitucional. Essa corrente não equipara as limitações materiais ao poder de reforma a princípios constitucionais, entendendo serem distintos os conteúdos protegidos, por exemplo, pela separação de poderes-cláusula pétrea e pelo princípio da separação de poderes.

A corrente ampliativa, por sua vez, revela compreensão idealizada do poder constituinte originário, visto como momento de deliberação superior, no qual a comunidade reunida estabelece racionalmente as balizas que nortearão o desenvolvimento da sociedade. Apresenta, conseqüentemente, desconforto com a alteração da Constituição, sustentando a necessidade de ter-se o projeto constituinte defendido e potencializado. Há inequívoca desconfiança em relação ao poder constituinte derivado, inversamente proporcional à confiança depositada na capacidade de o Poder Judiciário proteger e incrementar o projeto constitucional delineado no momento fundacional. É pautada também pela

interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma, responsáveis justamente por operacionalizar a expansão do seu alcance. Isso porque a compreensão das cláusulas pétreas como princípios e, conseqüentemente, mandamentos de otimização, conduz à aplicação dessas normas na maior medida possível.

(II)

O estudo das características das correntes interpretativas evidenciou que a premissa da corrente ampliativa relativa à visão idealizada do processo constituinte é equivocada e insuficiente para a adequada compreensão das limitações materiais ao poder de reforma. A transitologia política, concentrada neste trabalho no estudo de caso de países do leste europeu, revela a contingencialidade do processo constituinte, o qual não é pautado por condições ideais de deliberação. As inúmeras variáveis e assimetrias de força nas negociações afastam a compreensão de ter-se o momento de fundação constitucional como eminentemente superior e racional. Existe cálculo político, a partir das expectativas futuras dos atores, inclusive na elaboração de normas constitucionais, aspecto revelado pela inserção, na Constituição de 1988, de amplo espectro de matérias.

Paralelamente, a perspectiva idealista e metafísica surge contrastante com a própria análise do papel da Constituição, como unidade normativa intocável, em sociedades complexas, sob o ângulo do constitucionalismo supranacional. Com efeito, restou demonstrado que o congelamento de momento fundacional superior é incoerente com a necessidade, verificada nas sociedades contemporâneas, de constante reconstrução de narrativas capazes de atender à pluralidade de grupos, crenças, ideologias e ordens jurídicas. O próprio conceito de unidade da Constituição é questionado em prol de documento aberto, constantemente construído e redimensionado por um emaranhado de comunidades, entes e instâncias políticas, muitas vezes transnacionais.

A compreensão das dificuldades enfrentadas por cidadãos em momentos de transição política, complementada pelos aportes advindos do constitucionalismo supranacional, inviabiliza soluções interpretativas que resultem no engessamento permanente de dispositivos constitucionais moldados sob

contingências político-econômicas. Ademais, o afastamento do momento fundacional como cenário argumentativo ideal implode concepções ampliativas das cláusulas pétreas, como se ao Judiciário coubesse corrigir as vicissitudes do processo legislativo que também se encontravam presentes na deliberação das cláusulas pétreas.

Restou demonstrado que a contingencialidade do processo de transição política impõe que as limitações materiais ao poder de reforma constituem mecanismo direcionado a conferir equilíbrio à evolução político-normativa da comunidade. Antes de qualquer referência a princípios éticos abstratos voltados à concretização de cenário normativo ideal, as cláusulas pétreas são aqueles pontos que sobressaíram como centrais do compromisso entre as partes deliberantes na Assembleia Constituinte.

O abandono da concepção ideal de deliberação usualmente imputada às cláusulas pétreas reforça a necessidade de valorizar a democracia como experimento e rechaça a adoção de arranjos institucionais que engessem o sistema constitucional e fechem os canais de mudança política – como ocorre com o estabelecimento do controle jurisdicional de constitucionalidade das emendas, transformando os tribunais em artífices supremos do processo de construção constitucional.

(III)

A análise da jurisdição constitucional revelou que o protagonismo que lhe é atribuído pela corrente ampliativa esbarra em importantes limitações institucionais e democráticas. Isso não implica seja refutado o controle judicial de emendas, tampouco pressupõe a superação ou abandono do debate em torno da interpretação propriamente dita dos textos petrificados. Contudo, quando determinadas abordagens interpretativas desbordam os limites textuais e sistêmicos das limitações materiais ao poder de reforma, tácita ou explicitamente admitindo a jurisdição constitucional como elemento decisivo no processo de construção constitucional, as reflexões em torno dos limites e possibilidades da atuação judicial na reforma tornam-se relevantes.

Nesse contexto, constatou-se que as dificuldades em coletar e interpretar dados atinentes a problemas constitucionais complexos, aliadas à formação do jurista, carente de interdisciplinaridade, implicam em contribuição limitada, muitas vezes deficitária da jurisdição constitucional para o debate público. Além disso, a linguagem própria do discurso jurídico, inalcançável para grande parte da população, obstrui movimentos de mudança da Carta, confinando as possibilidades de rearranjo institucional nos estreitos limites e legitimidade do raciocínio jurídico. A esse fato se soma a reduzida *accountability* do Judiciário, que se mostra incapaz de dialogar abertamente com a sociedade civil, com a assunção dos ônus inerentes à efetiva inserção no debate político da comunidade.

Ademais, restou demonstrado que a jurisdição constitucional apresenta significativas dificuldades para exercer papel efetivamente contramajoritário. A jurisdição constitucional tem sua composição definida pela coalizão política dominante, de modo que os Tribunais tendem a ser contramajoritários justamente quando seus membros ainda não se adequaram ao novo arranjo das forças políticas. Fora dessas situações, a jurisdição constitucional tende a racionalizar e legitimar os projetos hegemônicos na classe política. A par desse aspecto, o próprio Judiciário é estruturado de forma incompatível com a função de enfrentamento de movimentos majoritários, porquanto a própria implementação das decisões judiciais pressupõe, ao fim e ao cabo, a participação de outros Poderes.

No caso brasileiro, constitui pressuposto básico da atuação do Supremo na reforma constitucional a contrariedade a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Quanto maior for o alargamento interpretativo dessas normas, mais amplo será o campo reservado ao Judiciário no processo de construção constitucional. A compreensão das limitações institucionais da jurisdição constitucional recomenda a rejeição de tais interpretações ampliativas, considerada a possibilidade de ter-se órgão dessa natureza no vórtice da reforma constitucional.

(IV)

Para além das premissas teóricas revisitadas ao longo da dissertação, a análise das correntes interpretativas das limitações materiais ao poder de reforma revelou equivocada aproximação metodológica entre os controles de constitucionalidade de Emenda e de lei, verificada também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É dizer, quando analisada situação na qual alegada a inconstitucionalidade de Emenda, o intérprete procede a exame idêntico àquele que realizaria se enfrentasse a alegação de desarmonia, com a Constituição Federal, de lei ordinária.

Não se perquire da intensidade diferenciada necessária para declaração de inconstitucionalidade de Emenda, considerada a expressão “tendente a abolir”. Olvida-se que não é qualquer impacto na norma petrificada que implica a inconstitucionalidade da reforma, mas, sim, aquele que conduza à abolição do preceito. Além disso, ignora-se que a extensão da limitação material ao poder de reforma não equivale a todas as normas que a conformam constitucionalmente. Apenas os preceitos reveladores do conteúdo essencial são petrificados. Por isso, a alusão ao pacto federativo-cláusula pétrea, por exemplo, não pode ser confundida com todas as normas constitucionais de distribuição de atribuições entre os diferentes entes federados.

A corrente ampliativa apresenta dois aspectos que contribuem para formação desse quadro. A potencialização do engessamento constitucional como pressuposto dessa abordagem, a partir de compreensão idealizada do momento constituinte e de desconforto com a mudança constitucional, conduz à extensão do conteúdo petrificado a normas apenas marginalmente relacionadas ao postulado qualificado como cláusula pétrea.

A par desse aspecto, a adoção de interpretação principiológica das limitações materiais ao poder de reforma conduz à confusão entre a norma petrificada e o princípio constitucional correlato. A locução “separação de poderes”, prevista no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, passa a ser tratada como sinônimo do princípio da separação de poderes, ensejando o tratamento metodológico idêntico aos controles de constitucionalidade de lei e Emenda. Esse método de trabalho inclui a utilização indevida de instrumentos típicos da análise principiológica, como a máxima da proporcionalidade, para solução de problemas atinentes às limitações materiais ao poder de reforma. Além disso, a abordagem principiológica, baseada na concepção de princípios como mandamentos de

otimização, aplicados de forma mais ampla possível, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, contribui para a não consideração de balizas textuais explícitas das cláusulas pétreas, como a expressão “tendente a abolir”.

(V)

O cenário interpretativo das limitações materiais ao poder de reforma evidenciou também a dificuldade de fornecimento de parâmetros hermenêuticos para a jurisdição constitucional, bem assim para a análise adequada das decisões judiciais sobre o tema. A corrente restritiva, embora seja consistente no reconhecimento das implicações institucionais das cláusulas pétreas, tem dificuldade em evidenciar parâmetros interpretativos ao jurista. Articula-se com as limitações do Judiciário, incumbindo-lhe de tutelar apenas o conteúdo essencial das cláusulas pétreas. Contudo, a ausência de definição do que seria o aspecto essencial dessas normas abre campo para a discricionariedade do magistrado. A corrente ampliativa afirma a necessidade de ampliar o alcance das limitações com base em leitura principiológica; sem, porém, atentar para as balizas textuais e para as próprias peculiaridades da aplicação das cláusulas pétreas. Trabalha-se com noções vagas, como a ponderação de princípios ou o núcleo essencial das garantias, para defender, a depender do caso concreto, postura deferente ou ativista da jurisdição constitucional.

Essa ausência de critérios resulta em ambiguidades dentro das próprias correntes doutrinárias. Elival da Silva Ramos, embora apresente pressupostos atinentes à teoria restritiva, defende a expansão da locução “direitos e garantias individuais” para alcançar todos os direitos fundamentais. Oscar Vilhena Vieira, malgrado defenda a ampliação do alcance do limite material relativo ao voto, sustenta a restrição da cláusula pétrea atinente à forma federativa de Estado.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também revelou significativa dubiedade e oscilação nas soluções conferidas aos casos, sem justificativa teórica para o tratamento distinto de cada situação. O Tribunal tende a expandir o alcance dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição relativos aos direitos e garantias individuais, rechaçando emendas que apenas afetem esses preceitos, enquanto reformas constitucionais atinentes à forma

federativa de Estado e à separação de poderes são objeto de menor ingerência da jurisdição constitucional.

O campo interpretativo – tanto na academia quanto no Judiciário – é, portanto, casuísta. Articula-se ciclicamente com a restrição ou ampliação das cláusulas pétreas, bem assim com o contraponto entre democracia e direitos fundamentais, em debate estéril que não resulta na identificação de parâmetros interpretativos para os limites materiais à reforma. A ressaltar essa óptica, identificou-se ao longo da dissertação que as abordagens que mais avançaram no sentido de fornecer balizas objetivas para a interpretação foram as de Oscar Vilhena Vieira, Yaniv Roznai e Elival da Silva Ramos, que não se limitaram a afirmar ser necessária abordagem restritiva ou ampliativa.

(VI)

A desconstrução dos pressupostos da corrente ampliativa das cláusulas pétreas atinentes ao processo constituinte idealizado e ao papel desempenhado pela jurisdição constitucional, descortinaram o horizonte textual como primeiro parâmetro interpretativo das limitações materiais ao poder de reforma. Demonstrou-se que o texto das cláusulas pétreas, tal como redigido pelo Constituinte, revela o compromisso possível entre as partes conflitantes em processo deliberativo árduo e não integralmente racional. Superá-lo ao argumento de ter-se as balizas de uma comunidade ideal ou a potencialização de princípios abstratamente deduzidos significa erodir o próprio edifício sobre o qual a sociedade encontrou a legitimidade. O desbordamento da referência literal implica verdadeiro contrassenso, porquanto a partir do objetivo de tutelar o projeto constitucional inaugural, impõe-se à sociedade, usualmente a partir da jurisdição constitucional, identidade engessada, alheia ao que deliberado no momento fundacional.

O abandono dos limites impostos pelo texto constitucional também mostrou-se impróprio porque implica o protagonismo da jurisdição constitucional ou, quando menos, a ampliação de sua atuação. Como visto ao longo desta dissertação, são diversas as limitações institucionais e reduzida a legitimidade democrática do Judiciário, as quais não justificam sua transformação – mediante interpretação ampliativa –, de participante excepcional do processo de reforma

constitucional, em artifice principal do desenvolvimento do projeto inaugurado pelo Constituinte.

A centralidade do texto petrificado no processo interpretativo revelou-se importante sobretudo para a compreensão da limitação material à reforma relativa ao “voto direto, secreto, universal e periódico”. A observância do horizonte textual afasta interpretações que equivalem essa cláusula pétrea ao princípio democrático, expandindo-a para alcançar regras estruturantes do processo político. O preceito estabelece como patamar mínimo da democracia brasileira o sistema representativo, a alternância de poder, a liberdade do eleitor e a universalidade dos eleitores. Arranjos institucionais fora desse espectro não se encontram engessados. Essa leitura é compatível inclusive com o momento histórico vivido na Assembleia Constituinte, em que surgia essencial cristalizar a noção do voto após duas décadas de regime autoritário.

O mesmo ocorre no tocante aos “direitos e garantias individuais”. A atenção à literalidade da norma revela o contexto do processo constituinte, em que a espinha dorsal do projeto inaugurado girava em torno de assegurar liberdades individuais após anos de repressão pelo aparato estatal. Por isso, são inadequadas leituras que, a partir de argumento contrafactual, defendem que os direitos sociais são cláusulas pétreas porque consistem em elementos essenciais do projeto constitucional ou desempenham papel importante na concretização de determinado princípio de justiça. O texto das limitações materiais revela o projeto real da Assembleia Constituinte, e não abstração acadêmica que proponha a espinha dorsal ideal da Constituição.

Restou demonstrado também que a restrição da cláusula pétrea em tela aos direitos e garantias individuais não consubstancia deslize do Constituinte. Embora tenha fortalecido o aspecto social do Estado brasileiro, a Constituição oscila entre a ingerência mínima e a maior intervenção estatal, transparecendo a fratura ideológica da Constituinte sobre o tema. A decisão sobre o viés não era, portanto, nuance consolidada da essência do projeto constitucional. Pelo contrário, o debate permaneceu aberto às gerações futuras, culminando no recalibramento do Estado Social em diversas emendas constitucionais.

O entendimento de não serem os direitos sociais cláusulas pétreas não implica conferir-lhes caráter programático ou diminuir sua importância como fator assecuratório da dignidade da pessoa humana. As limitações materiais ao poder

de reforma não estão à disposição do intérprete para a construção de sistema ideal, nem mesmo servem à operacionalização da tutela desse ou daquele direito. As cláusulas pétreas têm função própria, relacionada à estabilização do sistema em torno de dispositivos considerados fundantes pelo Constituinte.

(VII)

O segundo parâmetro interpretativo das limitações materiais ao poder de reforma proposto nesta dissertação consiste na expressão “tendente a abolir”, prevista no § 4º do art. 60 da Constituição Federal. Demonstrou-se que o destinatário principal desse comando constitucional é o Congresso Nacional. Isso porque o dispositivo é voltado a regular o processo legislativo, e não o controle judicial de constitucionalidade de emendas, cuja operacionalização no Brasil decorre de interpretação sistemática realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa inversão na análise do preceito permite concluir que a expressão “tendente a abolir” não objetiva suavizar a rigidez do verbo “abolir”, impedindo reformas que apenas afetem os limites materiais à reforma; mas, sim, foi construída dessa forma porquanto relativa ao processo legislativo. Ou seja, a proposta de emenda é tendente a abolir porque apenas a emenda efetivamente promulgada pode implicar a exclusão de determinada norma petrificada. A expressão “tendente” revela o momento deliberativo a que se refere a proibição e não a intensidade em que as limitações materiais podem ser afetadas. É necessário, portanto, abandonar concepção segundo a qual, no exame de constitucionalidade de emenda, a locução “tendente” prepondera sobre o verbo “abolir”.

Abolir, por sua vez, não significa afetar ou atingir. A intervenção na cláusula pétrea, pelo poder constituinte derivado, para ser proibitiva, deve ser severa a ponto de desnaturar o limite estabelecido pelo Constituinte. O verbo “abolir” consiste, portanto, em importante marco diferenciador dos controles de constitucionalidade de emenda e de lei. Não é qualquer contrariedade a preceito petrificado que implica a inconstitucionalidade de emenda. O conteúdo essencial da norma em tela deve ser desnaturado, de forma semelhante ao que preconiza o Tribunal Constitucional alemão mediante a aplicação da teoria do abandono fundamental.

Mostra-se imprópria também a utilização da máxima da proporcionalidade para definição do que se entende do conteúdo essencial dos limites materiais a ser preservado. Esse método foi elaborado para resolver conflitos em direitos fundamentais, averiguando a adequação dos meios escolhidos e a necessidade da medida para proteção de determinado direito em detrimento de outro atinente a indivíduos ou grupos diversos. Não é disso que tratam as cláusulas pétreas, cujo exercício interpretativo impõe que o intérprete identifique o seu conteúdo essencial, e não a adequação ou necessidade de determinada medida do poder público ou mesmo da atuação de particulares.

(VIII)

O terceiro parâmetro interpretativo proposto nesta dissertação refere-se às imposições sistêmicas que conformam as limitações materiais ao poder de reforma. Essa abordagem desdobrou-se em dois eixos complementares: (i) a Constituição como sistema de direito positivo e (ii) a identificação de cada cláusula pétrea como sistema a ser preservado em si.

O primeiro eixo aprofunda a observância do horizonte textual das cláusulas pétreas para preconizar que o sentido e a essencialidade desses preceitos devem ser extraídos, sob a óptica positivista, dos nexos funcionais da própria Constituição, e não de modelos metafísicos alheios ao texto constitucional.

No segundo eixo, foi proposta, na esteira das reflexões de Elival da Silva Ramos, a análise das limitações materiais ao poder de reforma em etapas, considerando cada cláusula pétrea um sistema de proteção em si, cujas nuances e características podem ser alterados sem necessariamente desnaturar o todo que o Constituinte pretendeu proteger.

No tocante aos direitos e garantias individuais, a análise foi desdobrada em duas etapas. Na primeira, o intérprete deve identificar a posição ocupada pelo direito individual afetado no sistema de garantias fundamentais. Direitos periféricos podem ser mais atingidos por reformas constitucionais do que direitos individuais centrais para o sistema, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, e à propriedade. Essa perspectiva permite que cada direito tenha efeito

bloqueador compatível com o sistema protetivo da Constituição de 1988, evitando o engessamento desmedido de direitos secundários.

Na segunda etapa, a análise refere-se ao subsistema de tutela do direito individual específico. Identifica-se, por exemplo, no sistema pétreo relativo ao direito de propriedade, os aspectos essenciais e aqueles laterais ou marginais. Esse momento analítico permite a distinção entre determinado direito individual enquanto limite material à reforma e as normas constitucionais conformadoras desse direito. Propicia, ainda, a delimitação do conteúdo essencial, a partir da compreensão da existência de características sem as quais a norma petrificada se mantém.

Esse método sistêmico foi transposto para as demais limitações materiais ao poder de reforma, sem, contudo, a segregação em duas etapas. A forma federativa de Estado, quando vislumbrada como sistema, revela que é possível alterar o regime de competências – legislativas, tributárias e administrativas – dos entes federados sem abolir essa cláusula pétreia. A partir dessa abordagem, a imunidade tributária, potencializada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ação direta de inconstitucionalidade nº 926, relator o ministro Sydney Sanches, pode ser recalibrada e excepcionada sem abolir a federação, ainda que implique a diminuição de receitas de determinados entes federados.

Em síntese, compreender cada limitação material como sistema, e não como princípio, viabiliza a melhor compatibilização desses preceitos com os pressupostos das cláusulas pétreas, possibilitando o desenvolvimento de metodologia própria de análise da constitucionalidade de emendas, condizente com os referenciais fornecidos pelo próprio texto constitucional.

Os parâmetros interpretativos propostos nessa dissertação não são exaurientes e tampouco pretendem solucionar, aprioristicamente, as controvérsias que inevitavelmente serão submetidas à jurisdição constitucional. Há um longo caminho a ser trilhado pelos juristas no sentido de compreender adequadamente esses mecanismos de estabilização constitucional, no contexto do naturalmente longo e demorado processo de amadurecimento democrático da sociedade.

Contudo, a leitura sistemática fornece balizas alinhadas com as condições reais de deliberação constituinte e com as próprias limitações institucionais e democráticas da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário inevitavelmente participará de momentos sensíveis e dramáticos da construção do projeto

constitucional brasileiro, mas tal intervenção deve ocorrer de forma coerente e deferente em relação ao que definido nas instâncias representativas da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ACKERMANN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. The new separation of powers. In *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000.

ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. *Arizona State Law Journal* 42, (2010): 663-.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad.: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ANDRADE, Fábio Martins. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta. In: *Revista Brasileira de Filosofia* 2009 – RBF 233.

ARANHA, Márcio Iório. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro* 7: 389-402, 2000.

ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Nova York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

ASH, Timothy Garton. *Nós, o povo: a revolução de 1989 em Varsóvia, Budapeste, Berlim e Praga*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Livraria do Advogado, nº 56, set.-dez./2005, p. 9-46.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.

BACHOUR, Samir Dib. *Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais*. Dissertação de Mestrado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. The processes of constitutional change: from partisan entrenchment to the national surveillance state. *Fordham Law Review*, Vol. 75, No. 2, 2006.

BALKIN, Jack. *Living originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. The Roots of the Living Constitution (May 1, 2012). *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 249.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNAL, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the case Study of Colombia: An analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*. Volume 11 - Issue 2. April/2013, P. 339–357.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (coordenador). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: *Revista Eletrônica Custos Legis*. Volume 2 – 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. A Constituição e os limites de sua reforma. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Editora Del Rey, nº 1, jan./jun. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2^a ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARTER, Stephen L. "Do Courts Matter?" (1992). *Michigan Law Review*. Volume 90. 1992. P. 1216-1224.

COELHO, Inocêncio Mártires. A Forma Federativa de Estado Como Cláusula Pétrea: uma Abordagem Hermenêutica. DPU N. 29 – Set-Out/2009 – Estudos Jurídicos.

COUTO, Cláudio G.; ARANTES, Rogério B. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 21, n. 61.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: 6 J. Pub. L. 279 1957.

_____. *On democracy*. New Haven: Yale University Press, 2000.

_____. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELSTER, Jon (org.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

_____. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

_____. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

_____. Constitution-making in eastern europe: rebuilding the boat in the open sea. In: *Public Administration* Vol. 71 Spring/Summer. 1993.

_____. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*. Vol. 45:364. 1995.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?” *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Poder Constituinte*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. “O papel político do judiciário na ordem constitucional vigente”. In: *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, set.2008.

_____. *Sete vezes democracia*. São Paulo: Convívio, 1977.

_____. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 202: 11-17, out./dez/ 1995.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2008.

- GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Fórum: Belo Horizonte, 2017.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Metro Books, 2002.
- HAYEK, Frederick. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. In: *Annual Review of Political Science*, Vol. 11, 2008.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.
- JUNQUEIRA, Maria Olívia Pessoni. *Discurso e Política Constitucional: A reforma constitucional na doutrina brasileira da Primeira República*. Dissertação de Mestrado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2015.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. Repositório de teses da Universidade de Brasília. 2010.
- KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”. In *California Law Review*, 2004, vol. 92, pp. 1441-1477.
- KNIGHT, Jack. Institutionalizing Constitutional Interpretation. In: Ferejohn, J.; Rakove, J.; RILEY, J. (org.). *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge University Press.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre (coordenador). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo, Atlas, 2009.
- _____. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Disponível em: < <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >. Acesso em 20 de abril de 2016.
- LEITE, Fábio Carvalho. Revisão da doutrina dos limites ao poder de reforma na constituição de 1988 (reflexões a partir do estudo de dois casos). *Direito, Estado e Sociedade*. Volume 9 – nº 29. jul/dez 2006. P 87 a 151.

LEMIEUX, Scott; WATKINS, David. Beyond the 'Countermajoritarian Difficulty': Lessons from Contemporary Democratic Theory. In: *Polity* Volume 41, N. 1, Janeiro de 2009.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H.. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2ª ed. esp. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOUIS Michael Seidman. "The secret life of the political questions doctrine". In: *The John Marshall Law Review*, nº 37, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Limitações ao Poder de Reforma Constitucional na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de Mestrado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2011.

MAUS, Ingborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos* nº 58 - novembro de 2000.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. In: *Novos Estudos* nº 97, novembro de 2013, p. 187-206.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de discussão. In: *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, Sundfeld, Carlos Ari (Coordenador).

_____. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?. *Revista Consulex*, Ano I, n. 12, Dezembro/1997.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; FRÓES, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça. É desejável a participação popular nas reformas constitucionais?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. ano 10 – n. 34. janeiro/abril de 2016. p. 183-207.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Desentrancheamento da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Democracia e Governo Representativo. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2016.

_____. ; ROSA, Lucas Faber de Almeida. Processos de Mutação Constitucional e “Framework Originalism”. In: *Revista Jurídica Consulex*. Ano XVII. Número 389. P. 20-22.

NETO, José Duarte. Rigidez e Estabilidade Constitucional – Estudo da Organização Constitucional Brasileira. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3 edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. A Constitucionalização dos Direitos Sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 10, junho/julho/agosto, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006.

PFERSMANN, Otto. Reformas Constitucionales Inconstitucionales: una perspectiva normativista. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. número 99, setembro-dezembro/2013. P. 17-60.

PORRAS, Javier Dorado. *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997.

PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. In: *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 9: 36-46, Jul. 1984.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. Edição. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Justiça como equidade: um reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de informação legislativa*. v. 30, n. 120 (out./dez. 1993).

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos Filosóficos*. Volume 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ROSENBERG, Gerald. The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy- Maker," *50 Emory Law Journal* 613 (2001).

_____. Courting Disaster: Looking for Change in All the Wrong Places. *54 Drake Law Review* 795 (2005).

ROSS, Alf. On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law. *Mind*, 78, 1969, p. 1.

_____. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. Tese de Doutorado submetida ao Departamento de Direito da London School of Economics. Londres: 2014.

SAMPAIO, Nelson de Souza. Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional. *Revista de Direito Público*. Ano XVI – nº 67. Julho-Setembro de 1983. p. 5-19.

_____. Os limites da reforma constitucional. *Revista Forense*. Ano 59. Outubro-Novembro-Dezembro de 1962. p. 34-38.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Direitos Sociais - O problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 46/2004. p. 42 – 73. Jan - Mar / 2004.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: *Revista brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 3, nº 9, p. 9-38, abr./jun. 2005.

_____. A ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado* n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os direitos fundamentais e o poder de reforma constitucional. In: *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEIDMAN, Louis Michael. "The secret life of the political questions doctrine". In *The John Marshall Law Review*, nº 37, 2004, pp. 441-480.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo* 226 (2001): 11-32.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987.

STITH, Richard. "Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal's Supreme Court." *American University International Law Review* 11, nº 1 (1996): 47-77.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constitution of many minds*. Princeton University Press, 2009.

_____. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. ; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. 101 *Michigan Law Review* 885, 2002-2003.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Faculty Scholarship Series*. 2008. Paper 14.

TAVARES, José Antonio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas; teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TESEBELIS, George; Nard, Dominic. A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries. *British Journal of Political Science*. Volume 46 / Issue 02 / April 2016, pp 457-478.

TEUBNER, Gunther. The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism. In: *Transnational Legal Theory*. 4:1, 2013. P. 44-58.

THORNHILL, Chris. The global legal system and the procedural construction of constituent power. In: *Global Constitutionalism Journal*, Volume 5, Issue 3. November 2016. P. 405-442.

_____. The Sociological Origins of Global Law. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo Corsi (org.). *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*. Abingdon: Routledge; 2016. p. 99-124.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?. *International Journal of Constitutional Law*. Volume 7, Issue 3, 1 July 2009. P. 468–493.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. *Taking the constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. 123 *Harvard Law Review* 4, 2009-2010.

VESTING, Thomas. "Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne. In: Thomas Vesting e Stefan Koriath (Orgs.) *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. P. 71-94.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VOIGT, Stefan. Explaining Constitutional Garrulity. *International Review of Law and Economics*. 2009. 29:290-303.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. 2ª edição. Oxford: Oxford, 2004.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346 a 1406.